



UNIVERSIDAD DE MURCIA.

FACULTAD DE DERECHO.

***CONVERGENCIA DE LAS CIENCIAS
JURÍDICOSOCIALES, CRIMINOLÓGICAS Y
PENITENCIARIAS EN LA VERIFICACIÓN DE LAS
CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO.
ESPECIAL ATENCIÓN A LA EFICIENCIA DE LA
PENA DE PRISIÓN.***

D. Pedro RAMÓN MARTÍNEZ.

2013

ÍNDICE.

	<u>Página</u>
INSCRIPCIÓN.....	17
ABSTRACT	19
PALABRAS CLAVE.....	21
ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	23
PRAENOTANDOS AL TEMA OBJETO DE ESTUDIO	27

CAPÍTULO I.

GÉNESIS CLÁSICA JUSTIFICATIVA DE LA VIOLENCIA O EL CASTIGO: CONSIDERACIONES PREVIAS AL TEMA EN ESTUDIO.

1. El principio de todo: los primeros estados de la ley	29
1.1. Antecedentes históricos	29
1.2. La aplicación de la equidad en Egipto	33
1.2.1. Los hebreos	34
1.2.2. Egipto.....	34
1.3. La justicia, condición de la vida social.....	35
1.3.1. Los hititas.....	36
1.3.2. Similitudes y diferencias en la aplicación de la justicia	36
2. Costumbres, leyes y gobierno	38
2.1. La legislación en Egipto, en Grecia y en Roma.....	38
2.2. Derecho romano y Derecho bizantino	40
2.3. El mundo latino: Derecho popular y Derecho ilustrado	42
2.4. El Derecho en Francia y en España.	43
2.5. El Derecho en Inglaterra y en Alemania.....	45
3. Nociones políticas y sociales	46
3.1. Organización judicial y administrativa de 1300 a 1775	46
3.2. El Derecho romano y la nueva filosofía jurídica	49
3.3. Nacimiento de legislaciones pragmáticas y diversificadas.....	49
3.4. El pensamiento jurídico en los siglos XVI y XVII.....	51

3.5.Codificación y unificación de las leyes en Europa.....	53
3.6.La reforma en materia criminal; brujería y demonología; de la mazmorra al reformatorio, al correccional y a la prisión	54
4. La sombra del pasado: umbrales del modelo presidencial en España.....	58
4.1.Comienzo: siglos XVI, XVII y XVIII	58
4.2.Sustitución de la pena de galeras por los presidios arsenales y africanos	60
4.3.La cárcel.....	61
4.4.Las casas-galera femeninas.....	62
4.5.Nacimiento de la pena privativa de libertad	64

CAPÍTULO II.

EL SUCESO: PLURALIDAD DE SUPUESTOS DE HECHO Y DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

1. El estado de la cuestión: nuestro acercamiento al tema.....	69
1.1.Orígenes del comportamiento humano	69
1.2.La libertad, nota definitoria de la persona	70
1.2.1. Libertad constitutiva	70
1.2.2. Libertad de elección o de arbitrio	71
1.2.3. La realización de la libertad: el proyecto vital	72
1.2.4. La libertad social: miseria y oportunidades.....	72
1.3.Los derechos de libertad personal a la luz del Derecho constitucional y del actual Derecho penitenciario español.....	74
1.3.1. La libertad personal como garantía.....	74
1.3.2. La detención preventiva.....	75
1.3.3. El procedimiento de Habeas Corpus.....	91
1.3.4. La prisión provisional.....	91
1.3.5. Sucinto trazado del Derecho penitenciario actual: reeducación, reinserción y principios afines.....	92
1.3.6. La relación de sujeción especial penitenciaria	95
2. El sistema de las consecuencias jurídicas del delito	96
2.1.La pena.....	97
2.2.Las medidas de seguridad	98
2.3.Las denominadas consecuencias accesorias	99
2.3.1. Conflictos socio-penológicos de la criminalidad económica	99

2.3.2. Antecedentes de las consecuencias accesorias	101
2.3.3. Aspectos generales de las consecuencias accesorias	103
2.3.4. Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias	119
2.3.5. El comiso	120
2.3.6. Las consecuencias accesorias del art. 129 CP	122
2.4. La responsabilidad civil derivada del delito	125
2.4.1. Consideraciones generales	125
2.4.2. Concepto y naturaleza jurídica	126
2.4.3. Extensión de la responsabilidad civil	128
2.4.4. Personas civilmente responsables	128
2.4.4.1. Responsabilidad civil directa. Normas penales para el reparto de la responsabilidad civil	129
2.4.4.2. Breve referencia a la responsabilidad de las aseguradoras	131
2.4.4.3. La responsabilidad civil directa de quienes no son penalmente responsables en supuestos de exención de responsabilidad penal	132
2.4.4.4. Participación a título lucrativo	133
2.4.4.5. Responsabilidad civil subsidiaria	134
2.4.4.6. Casuística de la responsabilidad civil Subsidiaria	136
2.4.4.7. Responsabilidad subsidiaria de la Administración	140
2.5. Las costas procesales	141
2.6. Pagos aplazados y prelación de pagos de la responsabilidad civil y de las demás responsabilidades pecuniarias	143
2.6.1. Pagos aplazados de la deuda en concepto de responsabilidad civil	143
2.6.2. Prolación de pagos de las responsabilidades pecuniarias	144

CAPÍTULO III.

CONCEPTO, TEORÍAS Y FINES DE LA PENA. EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (I).

1. Introducción	147
1.1. Concepto de pena como consecuencia jurídica del delito	151
1.2. Definición de pena	156

2. Teorías sobre los fines y funciones de la pena	157
2.1. Teorías absolutas	158
2.2. Teorías relativas	160
2.2.1. Teoría de la Prevención general negativa	160
2.2.2. Teoría de la Prevención general positiva	161
2.2.3. Teorías de la Prevención especial	162
2.3. Teorías mixtas o unitarias	165
3. Fines y funciones de la pena en el ordenamiento jurídico-penal español	166
3.1. La pena en la Constitución de 1978.....	167
3.2. La finalidad de las penas privativas de libertad en la legislación española	168
3.3. La pena en la legislación penal	173

CAPÍTULO IV.

CONCEPTO, TEORÍAS Y FINES DE LA PENA. EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (II).

1. Clases de penas, prevencionismo y peligrosidad social	177
1.1. Por razón del bien jurídico o del derecho afectados	181
1.1.1. Digresión: la pena de muerte	181
1.1.2. Penas privativas de libertad	184
1.1.3. Penas privativas de derechos	185
1.1.3.1. Clases de penas privativas de derechos	186
1.1.3.2. Inhabilitación absoluta.....	190
1.1.3.3. Inhabilitación especial	194
1.1.3.4. Atendiendo a las características del sujeto activo	194
1.1.3.5. En relación al modo en cómo resulta impuesta	202
1.1.3.6. La suspensión de empleo o cargo público	206
1.1.3.7. Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores	207
1.1.3.8. Privación a la tenencia y porte de armas	209
1.1.3.9. Penas aplicables a las personas jurídicas.....	210
1.1.3.10. Penas restrictivas de la capacidad ambulatoria	213
1.1.3.11. La pena de trabajo en beneficio de la comunidad.....	214
1.1.3.12. La privación de la patria potestad.....	217

1.1.4. Penas patrimoniales. La multa penal	219
1.1.4.1. La pena pecuniaria	220
1.1.4.2. Consideraciones de política criminal.....	221
1.1.4.3. La pena pecuniaria en el Derecho español	223
1.1.4.4. El sistema de días-multa	224
1.1.4.5. La multa proporcional.....	227
1.1.4.6. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (RPSIM)	231
1.1.4.6.1. Generalidades de la RPSIM.....	232
1.1.4.6.2. Extensión y módulos de conversión	233
1.1.4.6.3. Prohibición de la RPSIM para condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años	235
1.1.4.6.4. Ejecución y cumplimiento de la RPSIM	237
1.1.4.6.5. Efectos del cumplimiento de la RPSIM	239
1.1.4.6.6. La intervención de la persona jurídica sustitutoria por impago de la multa	240
1.2. Penas graves, menos graves y leves	241
1.3. Penas principales y penas accesorias	252
1.4. Penas únicas, cumulativas y alternativas	253
1.5. Penas originarias y penas sustitutivas	254

CAPÍTULO V.

CONCEPTO, TEORÍAS Y FINES DE LA PENA. EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (III).

1. La Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), puerta de entrada al futuro	255
1.1. Aplicación de la norma penitenciaria: principio de legalidad y plena judicialización del cumplimiento de la pena de prisión.....	258
1.2. El reconocimiento a la situación jurídica de los internos frente a la intromisión de la Administración: recreo de la realidad	260
1.2.1. Resocialización y reinserción	260
1.2.2. Relaciones con el exterior.....	262
1.2.3. Consideraciones sobre la dignidad de la persona privada de libertad.....	265

2. Las reformas penitenciarias: la rotura de los sueños	267
2.1.El Código Penal de 1995	268
2.2.Nuevo Reglamento Penitenciario	271
2.3.La evolución penal, procesal y penitenciaria de 2003.....	273

CAPÍTULO VI.

LAS CONDENAS LIMITATIVAS DE LIBERTAD.

1. Reflexiones previas	277
2. Marco referencial vigente en materia de ejecución penal.....	278
3. La pena de prisión	284
3.1.Breve referencia conceptual.....	286
3.2.La pena de prisión en el Código Penal de 1995.....	287
3.3.Consideraciones generales sobre la ejecución de la pena de prisión	294
4. La pena de localización permanente	296
4.1.Introducción	296
4.2.Naturaleza y características	297
4.3.Regulación normativa	298
4.4.Contenidos de la pena de localización permanente	299
4.5.Perfiles administrativos de su ejecución.....	302
4.5.1. La ejecución penal mediante control electrónico	304
4.6.Ventajas e inconvenientes de la pena de localización permanente.....	307
5. El cómputo de las penas privativas de libertad.....	308

CAPÍTULO VII.

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. CRISIS DE LAS PENAS CARCELARIAS (I).

1. Sustitutivos de las penas privativas de libertad en el Código Penal español. Aproximación a la suspensión de la pena privativa de libertad.....	313
--	-----

1.1. Consideraciones generales	314
1.2. Orígenes de la suspensión de las penas privativas de libertad.....	317
2. Inconvenientes de las penas privativas de libertad de larga duración. Reflexiones político criminales.....	318
3. Contrariedades de las penas privativas de libertad de corta duración. Medios para sustituirlas.....	322
4. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad	326
4.1. Descripción general del modelo	326
4.2. Elementos de regulación.....	328
4.2.1. Supuestos de suspensión: penas que pueden ser suspendidas	328
4.2.2. Discrecionalidad judicial. Valoración de la peligrosidad criminal	330
4.2.3. Requisitos, criterios y procedimiento de la suspensión	332
4.2.4. Suspensiones extraordinarias de la ejecución de la pena	336
4.2.5. Plazos de suspensión, obligaciones y revocación.....	339

CAPÍTULO VIII.

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. CRISIS DE LAS PENAS CARCELARIAS (II).

1. Aproximación a la sustitución de la pena privativa de libertad.....	345
2. Circunstancias introductorias conceptuales	345
3. Régimen de sustitución	347
4. Penas sustituibles y penas substitutivas	348
5. Módulos de conversión de penas	349
6. Requisitos, criterios y procedimientos de sustitución.....	351

7. Plazos y condiciones de la sustitución	352
8. Quebrantamiento o incumplimiento de la pena sustitutiva y sus efectos	352
9. Cumplimiento de la pena sustitutiva.....	354

CAPÍTULO IX

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. CRISIS DE LAS PENAS CARCELARIAS (III).

LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS COMO SUSTITUTIVO DE LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA.

1. Precedentes numéricos y legislativos del actual art. 89 del CP.....	355
2. El tratamiento de la expulsión sustitutiva en el art. 89 del CP de 1995	364
2.1. Naturaleza jurídica, fundamento y finalidad de la expulsión sustitutiva.....	365
2.2. Ámbito subjetivo de aplicación: extranjero sin residencia legal en España	368
2.3. Ámbito objetivo de aplicación: penas privativas de libertad inferiores a seis años	368
2.4. Delitos en los que no procede la expulsión sustitutiva	370
2.5. Excepciones a la aplicación de la expulsión sustitutiva	371
2.5.1. Gravedad del delito cometido y alarma social.....	371
2.5.2. Frustración de los fines de la pena.....	372
2.5.3. Las circunstancias personales del condenado.....	373
2.6. Ámbito temporal de la expulsión sustitutiva	374
2.7. La expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento en el último tramo de la pena de prisión.....	375
2.8. Efectos de la expulsión	376
2.9. Crítica a la regulación actual del art. 89 CP	377
3. Estimación capitular final	378

CAPÍTULO X.

EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD A LA LUZ DEL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL.

1. Delimitación conceptual introductoria.....	379
2. La Ciencia criminológica y la información empírica sobre la cuestión penitenciaria.....	380
2.1. Percepción criminológica	380
2.2. Examen empírico	383
3. Los sistemas penitenciarios y los fines de la ejecución penitenciaria.....	385
3.1. El sistema filadélfico.....	386
3.2. El sistema auburniano	386
3.3. Los sistemas progresivos	387
3.3.1. El sistema Maconochie	387
3.3.2. El sistema Obermayer	387
3.3.3. El sistema de Crofton.....	387
3.3.4. El sistema Montesinos	388
3.3.5. Sistema progresivo o de individualización científica	388
4. El sistema penitenciario vigente en la Legislación española.....	390
4.1. El Derecho penitenciario español. Consideraciones generales	390
5. La ejecución de la pena privativa de libertad en el Derecho español	392
5.1. Introducción	392
5.2. Concepto de establecimiento y régimen penitenciario	394
5.3. Clases de establecimientos penitenciarios	396
5.3.1. Establecimientos de preventivos.....	397
5.3.2. Establecimientos de cumplimiento	400
5.3.2.1. Establecimientos de régimen cerrado	401
5.3.2.2. Establecimientos de régimen ordinario	401
5.3.2.3. Establecimientos de régimen abierto.....	402
5.3.2.4. Centros Mixtos.....	403
5.3.2.5. Departamentos para jóvenes	403
5.3.3. Establecimientos especiales.....	404
5.3.4. El régimen flexible del art. 100 del RP.....	404

5.4. Formas especiales de ejecución	405
5.4.1. Internamiento en departamentos para jóvenes.....	405
5.4.2. Internamiento en unidades de madres.....	405
5.5. Tratamiento penitenciario: la clasificación por grados.....	407
5.5.1. Introducción	407
5.5.2. Concepto	407
5.5.3. Finalidad del tratamiento	409
5.5.4. Condición principal del tratamiento	409
5.5.5. Procedimientos de tratamiento. Límites	410
5.5.6. Criterios básicos.....	410
5.5.7. El equipo técnico.....	410
5.5.8. Programas en comunidad terapéutica	412
5.5.9. La Instrucción 3/2004	412
5.6. La clasificación penitenciaria	413
5.6.1. Introducción	413
5.6.2. Concepto	413
5.6.3. La clasificación por grados de tratamiento.....	416
5.6.4. Grados de tratamiento	418
5.6.5. Variables de observación y criterios de clasificación	418
5.6.6. La Instrucción 9/2007	421
5.6.7. El llamado régimen general de cumplimiento	422
5.6.8. El régimen especial del art. 36 CP para la clasificación o progresión al tercer grado.....	423
5.6.9. Revisión de la clasificación: mantenimiento de grado. Progresión y revisión de grado	426
5.7. Los beneficios penitenciarios.....	429
5.7.1. Concepto, clases y efectos	429
5.7.2. Adelantamiento de la libertad condicional	431
5.7.3. Tramitación de indulto particular autorizada por el JVP.....	435
5.7.4. La redención de penas por el trabajo	436
5.7.5. La redención de penas por el trabajo y la doctrina Parot.....	437
5.8. La libertad condicional y el cumplimiento definitivo	438
5.8.1. Antecedentes	438
5.8.2. Evolución legal y penitenciaria.....	440
5.8.3. Marco constitucional de la libertad condicional.....	444
5.8.4. La función de la reinserción como finalidad de la libertad condicional.....	444
5.8.5. El concepto de resocialización como fin último de la libertad condicional.....	445

5.8.6. Orientación preventivo-especial de la libertad condicional	445
5.8.7. Marco legislativo de la libertad condicional.....	447
5.8.8. Requisitos para la concesión de la libertad condicional	449
5.8.9. Clasificación en tercer grado de tratamiento	450
5.8.10. Tercer grado restringido y tercer grado común.....	451
5.8.11. Tercer grado con control telemático	453
5.8.12. Iniciación del expediente	455
5.8.13. El JVP. Competencia para aprobar o denegar la propuesta de libertad condicional efectuada por la Junta de Tratamiento.....	456
5.8.14. Suspensión de la libertad condicional.....	458
5.8.15. Revocación de la libertad condicional.....	459
5.8.16. La libertad condicional de septuagenarios y enfermos terminales	462
5.8.17. Sucinto comentario sobre el Derecho terapéutico	465
5.8.18. La libertad condicional de extranjeros.....	468
5.8.19. Libertad condicional para penados por terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.....	470
5.9. Licenciamiento definitivo	473
5.10. La asistencia postpenitenciaria	476

CAPÍTULO XI.

MEDIDAS DE SEGURIDAD.

1. Antecedentes: origen histórico y conceptual	479
2. Presupuestos de aplicación y principios rectores.....	481
2.1. Fundamento.....	482
2.2. Principio de legalidad	484
2.3. Principio de jurisdiccionalidad y de ejecución	485
2.4. Principio de proporcionalidad.....	485
3. Clases de medidas	487
3.1. Medidas privativas de libertad.....	488
3.2. Medidas no privativas de libertad.....	491
3.3. Previsión específica para extranjeros.....	498

3. Inscripción y cancelación de antecedentes delictivos.....	546
3.1.Consideraciones de política criminal.....	546
3.2.Inscripción.....	550
3.3.Cancelación.....	551
4. Inscripción y cancelación de las medidas de seguridad.....	554

CAPÍTULO XIII.

RAZONES QUE SALVAGUARDAN EL RECURSO A LA PENA DE PRISIÓN.

1. Percepción general	555
2. Fundamentos sociológicos	555
2.1.La explicación humanitaria.....	557
2.2.La perspectiva económico-estructural	561
2.3.El campo de significados del control y el castigo	563
2.3.1. La noción de control social como castigo: perspectiva criminológica y jurídico penal	564
2.3.2. La problemática clásica del castigo en el presente.....	567
2.3.3. Referentes teóricos para una perspectiva socio-estructural.....	572
3. Fundamentos filosófico-jurídicos	578
3.1.Realidad social y ley	580
3.2.Violencia, ley y derecho.....	583
4. Fundamentos psicológicos	586
4.1.Concepto de la personalidad en la ejecución penal	587
4.2.La teoría de la personalidad delictiva de EISENCK	588
4.3.Variables temperamentales de la personalidad	590
4.3.1. La impulsividad	591
4.3.2. La búsqueda de sensaciones	592
4.3.3. La influencia de la personalidad en la intervención con delincuentes.....	593
4.4.Trastornos de la personalidad, clasificaciones psiquiátricas y reacciones delictivas	594
5. Delincuencia y sistema penal.....	597
5.1.Breve referencia al sistema penitenciario en España.....	597

5.2. Violencia y prisiones. Evolución de las tasas de encarcelamiento.....	599
5.3. Efectos psicológicos de la estancia en prisión: la prisionización	604
5.4. La reincidencia de los encarcelados.....	607
5.5. Objeto del encarcelamiento: retribución/rehabilitación	611
6. Fundamentos político-jurídicos y criminológicos	617
6.1. La opción del castigo	618
6.2. Legitimación de la pena de prisión	619
6.3. Razones para una correcta ejecución de la pena de prisión.....	622
6.4. Imposición de la pena: la falacia de la peligrosidad	625
6.5. Referencia crítica a la prisión provisional	627
7. Cuestiones de política criminal en la reforma prevista del CP	627
7.1. Marco de Parte General	630
7.1.1. Prisión permanente revisable	630
7.1.2. Custodia de seguridad	630
7.1.3. Libertad vigilada	632
7.1.4. Libertad condicional	632
7.2. Marco de Parte Especial	632
7.2.1. Detención ilegal con desaparición de la víctima	632
7.2.2. Los hurtos.....	633
7.2.3. Delitos contra el orden público.....	633
7.2.4. Incendios	634
7.2.5. Matrimonio forzado	634
7.2.6. Hostigamiento	634
7.2.7. Racismo y xenofobia	634
7.2.8. Prostitución y pornografía infantil.....	634
7.2.9. Ocultación de bienes	634
7.2.10. Imágenes íntimas	634
7.2.11. Multirreincidencia.....	634
7.2.12. Esterilización.....	634
7.2.13. Comiso ampliado	635
7.2.14. Supresión de las faltas.....	635

CAPÍTULO XIV.

OBSERVACIONES CONCLUSIVAS.

I.	La dinámica histórica.....	637
II.	El paso de la selva al jardín	641
III.	El marco legal previsor de la ejecución penal	642
IV.	Medidas reformadoras desde la experiencia de los errores o deficiencias observados. Principios de solución.....	643
V.	Sobreabundancia de controversias: toma de posición	651
VI.	Una y recta constante	653
	Bibliografía utilizada.....	655

INSCRIPCIÓN

¿Qué está por encima del dinero para el preso? La libertad o, al menos, cualquier sueño de libertad. Los presos son grandes soñadores...

Memorias de la casa muerta.

Fiódor Mijailovich DOSTOIEVSKI.

ABSTRACT

Con nuestro trabajo pretendemos poner de manifiesto cómo los fines de reeducación y reinserción de la pena de prisión y la finalidad preventiva de ésta, se han visto degradados por la errónea interpretación de que la sociedad debe imponer al criminal un sufrimiento proporcional al que ocasionó con el delito.

En esta investigación se sostiene que los presupuestos para una adecuada política criminal se asientan sobre los resultados que nos aportan la ciencia jurídica, criminológica y penitenciaria: la formación es el mejor antídoto para abordar la violencia, cuyo efecto más pernicioso es, precisamente, la destrucción de la confianza ciudadana en el funcionamiento de sus instituciones. En este sentido, la finalidad del presente trabajo es aportar las propuestas de *lege ferenda* que mejoren el sistema de ejecución de las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión del delito.

This paper aims to show how the purposes of rehabilitation, reintegration and prevention of the imprisonment have been degraded by the misinterpretation of that society should impose suffering to the delinquent proportional to the suffering caused by the crime.

*In this research we argue that adequate criminal policy should be based on the results provided by legal, criminology and penitentiary sciences: education is the best antidote to face violence, as its most pernicious effect is precisely the destruction of public confidence in the functioning of the institutions. Hence, the aim of this study is to provide *lege ferenda* proposals to improve the system of the legal consequences applied to the offense.*

PALABRAS CLAVE

Antecedentes penales, *criminal record*; beneficios penitenciarios, *prison benefits*; cárcel, *jail*; carrera delictiva, *criminal career*; castigo, *punishment*; Centro de Inserción Social, *Social Rehabilitation Center*; clasificación penitenciaria, *prison classification*; Código Penal, *Penal Code*; consecuencias jurídicas del delito, *legal consequences of crime*; Derecho penal, *penal law*; Derecho penitenciario, *penitentiary rules*; Derecho terapéutico, *therapeutic jurisprudence*; ejecución de penas, *enforcement of penalties*; equipo técnico, *technical team*; establecimiento penitenciario, *penitentiary*; garantía jurisdiccional, *in due process of law*; indulto, *pardon*; ingreso penitenciario, *imprisonment*; inhabilitación, *disqualification*; institución penitenciaria, *prison*; interno, *inmate*; Juez de Vigilancia Penitenciaria, *Prison Judge*; Junta de Tratamiento, *Treatment Board*; Jurisprudencia terapéutica, *therapeutic Jurisprudence*; libertad condicional, *parole*; libertad vigilada, *probation order*; pena, *penalti*; penado, *convicted*; Penología, *Penalogy*; permisos de salida, *furlough*; política criminal, *criminal policy*; preso, *inmate*; prisión, *prison*; prisión preventiva, *remand*; proceso penal, *criminal trial*; Psicología criminal, *criminal psychology*; quebrantamiento de condena, *sentence breaking*; Reglamento Penitenciario, *penitentiary rules*; reinserción social, *social reintegration*; resocialización, *resocialization*; suspensión de la ejecución de la pena, *interruption of sentence application*; sustitución de penas privativas de libertad, *substitution*; teoría de la personalidad criminal de Eysenck, *Eysenck's theory of criminal personality*; tratamiento penitenciario, *penitentiary treatment*; Tribunal Constitucional, *Constitutional Court*; Tribunal Supremo, *Supreme Court of Justice*; unidad extrapenitenciaria, *community unit*.

ABREVIATURAS Y SIGLAS.

(A)AAN	Auto(s) Audiencia Nacional
(A)AAP	Auto(s) Audiencia Provincial
a. C.	antes de Cristo
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AJCVP	Auto Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria
AJI	Auto Juzgado de Instrucción
AN	Audiencia Nacional
AP	Actualidad Penal
art./arts.	Artículo/artículos
(A)ATC	Auto(s) del Tribunal Constitucional
(A)ATS	Auto(s) del Tribunal Supremo
(A)ATSJ	Auto(s) del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial
CE	Constitución Española de 1978
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIE-10	Clasificación internacional de enfermedades, décima versión
CJ	Cuadernos Jurídicos
CJM	Código de Justicia Militar
Coord./s	Coordinación, Coordinador, Coordinadores
CP	Código Penal de 1995
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPI	Corte Penal Internacional
CPM	Ley Orgánica 13/1985, del Código Penal Militar
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
DGIIP	Dirección General de Instituciones Penitenciarias
DLL	Diario La Ley
Dir.	Dirección, Director
DSM-III/IV	Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales
DT	Disposición Transitoria
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EM	Exposición de Motivos

EPC	Estudios Penales y Criminológicos
ET	Equipo Técnico
et. alt.	y otros
FGE	Fiscalía General del Estado
FIES	Ficheros Internos de Especial Seguimiento
FJ	Fundamento jurídico o de derecho
Ibid.	Allí mismo, en el mismo lugar
Ídem	El mismo, lo mismo
Inst. DGIP	Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias
JCI	Juzgado Central de Instrucción
JVP	Juez de Vigilancia Penitenciaria
LEC	Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil
LECRim	Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por RD 14-09-1882
LI	Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establece Reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto (Modificada por Ley 1/1988, de 14 de enero).
LL	Revista Jurídica española La Ley
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor
LOPM	Ley Orgánica Procesal Militar
MF	Ministerio Fiscal
monograf.	Monografía
n. p.	nota al pie
núm.	Número
OM	Orden Ministerial
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.	Obra citada
p./pp.	página/páginas
párr.	párrafo
PE	Parte Especial
PG	Parte General
p. ej.	por ejemplo
PJ	Revista del Poder Judicial
RGP	Real Decreto 190/1996, por el que se aprueba el Reglamento General Penitenciario
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación

RCP	Revista de Ciencias Penales
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RDC	Revista de Derecho Constitucional
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología
REP	Revista de Estudios Penitenciarios
RP	Reglamento Penitenciario, aprobado por RD 190/1996
RPCP	Revista Penal y de Ciencias Penales
RPSIM	Responsabilidad Personal Subsidiaria por Impago de Multa
S	Sentencia
SS	Sentencias
ss.	siguientes
(S)SAN	Sentencia(s) Audiencia Nacional
(S)SAP	Sentencia(s) Audiencia Provincial
SJP	Sentencia Juzgado de lo Penal
(S)STC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
(S)STEDH	Sentencia(s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
T.	Tomo
TBC	Trabajo en beneficio de la comunidad
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Tít.	Título
UE	Unión Europea
Vid.	Véase/Véanse
vol.	Volumen

PRAENOTANDOS AL TEMA OBJETO DE ESTUDIO

El trabajo escrito que proponemos, *CONVERGENCIA DE LAS CIENCIAS JURÍDICOSOCIALES, CRIMINOLÓGICAS Y PENITENCIARIAS EN LA VERIFICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO. ESPECIAL ATENCIÓN A LA EFICIENCIA DE LA PENA DE PRISIÓN*, se inserta en el PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO, PLAN 2010, LÍNEA DE INVESTIGACIÓN CRIMINOLOGÍA, que se imparte en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.

En sentido estricto, la aproximación a los rasgos principales de lo que aquí narramos, cae plenamente dentro del ámbito del Derecho. No obstante, algunas de las ideas, combinan la Ciencia Jurídica, la Historiografía, la Filosofía, la Psicología, la Sociología y la Criminología, dado que, ninguna materia existe y se desarrolla aisladamente, como islote en el océano, sino que lo hace con hondo sentido de la interdisciplinariedad.

La pena se encuentra ligada a un lugar, a un momento histórico concreto; participa de una perspectiva global, desde la que se analizan las sociedades a partir de los conflictos y transformaciones que generan las desigualdades entre las personas, y es una herramienta de equilibrio y de estabilidad.

Analizamos, como antecedente de las teorías de la prevención, la disuasión (general y específica), o, lo que es lo mismo, el intento de desincentivar el crimen a través del castigo, reflejado en la teoría ilustrada del siglo XVIII, de que, las personas, como seres racionales, evitarán la comisión del delito cuando, el castigo, sea mayor que el beneficio.

Otra justificación de la pena, la rehabilitación, surgida en el siglo XIX con el propósito de reformar al infractor y evitar la repetición del delito, dado que, si la delincuencia se considera una conducta aprendida, por lógica, también se puede labrar el respeto a las normas.

Una última fundamentación de la pena o el castigo es el principio de la protección social, que implica evitar que, el delincuente, vuelva a ser una amenaza para la sociedad, lo que se consigue, encarcelándolo. Al igual que la disuasión, este principio es racional en cuanto que, el objetivo, es proteger a la comunidad y no satisfacer el deseo de venganza.

CAPÍTULO I

GÉNESIS CLÁSICA JUSTIFICATIVA DE LA VIOLENCIA O EL CASTIGO: CONSIDERACIONES PREVIAS AL TEMA EN ESTUDIO.

1. El principio de todo: los primeros estados de la ley.

1.1 Antecedentes históricos.

Luego conoció Caín a su mujer, y ella concibió y dio a luz a Henoc, mientras construía una ciudad a la que puso el nombre de su hijo Henoc. A Henoc le nació Irad, Irad engendró a Mejuyael, Mejuyael engendró a Matusael y Matusael engendró a Lamec. Lamec tomó dos esposas, una se llamaba Adá, y la otra Sidá. Adá dio a luz a Yabá, que fue el padre de los que viven en tiendas y de los pastores. Su hermano se llamaba Yubal, que fue el padre de los que tocan la cítara y la flauta. Silá, por su parte, dio a luz a Tubal-Caín forjador de herramientas de bronce y de hierro. Hermana de Tubal-Caín fue Naamá.

Lamec dijo a sus mujeres:

-Adá y Silá, oíd mi voz; esposas de Lamec, escuchad mi palabra: Maté a un hombre porque me hizo una herida y a un muchacho porque me dio un golpe. Caín será vengado siete veces, pero Lamec lo será setenta y siete¹.

Ninguna verdadera comunidad puede existir y mantenerse unida sin que ciertas reglas referentes a las relaciones entre los miembros de la unidad social sean reconocidas como obligatorias para todos y cada uno. Tan esenciales son que, al cristalizarse la costumbre en precedente, tienden a adquirir una autoridad propia que es independiente de las opiniones de los miembros vivos de la comunidad; lejos de imaginarse al Estado como hacedor de las leyes, los hombres tienden a suponer que es la ley hacedora del Estado.

Pero, al hacerse la vida más complicada bajo las condiciones de una civilización urbana, tienen que producirse cambios en las leyes, promulgados, no por el Estado en general, sino por algún individuo cuya indiscutida autoridad asegure la obediencia en general. Los “códigos” antiguos que conocemos están casi todos ellos asociados a los nombres de estos

¹ José María CASCIARO RAMÍREZ y otros, *SAGRADA BIBLIA. ANTIGUO TESTAMENTO, Génesis 4, 17-24*, 3ª. edición, Eunsa, Pamplona, 2010. Al presentar la descendencia de Caín, el autor sagrado enseña que una parte de la humanidad, en concreto la que brota del primogénito de Adán, ha vivido separada de Dios. A ellos se les atribuye la construcción de las ciudades y la invención de los oficios, así como, también el inicio de la poligamia y la extralimitación en la venganza.

destacados personajes: Hammurabi², Moisés³, Hattusil⁴ o Suppiluliuma⁵.

Aunque es posible obtener una idea de la práctica legal por constancias judiciales como las tablillas de Kirkuk⁶ para el país mitanni o los papiros del *Robo de la sepultura* para la XX dinastía de Egipto⁷, la verdadera naturaleza del Derecho sólo puede ser comprendida por la presentación formal de sus dogmas en la forma de un Código.

Dada la total carencia de prueba documental, no podemos tener ideas precisas de las leyes de Harappä o de China bajo la dinastía Chang. Respecto a Egipto, sabemos poco acerca de su Derecho en lo concreto y no mucho sobre el espíritu con que fue administrado. En cambio, en el caso de Sumer, Babilonia, Asiria, Palestina y Hattusa, se ha preservado lo suficiente de los antiguos Códigos para ilustrar el carácter y el desarrollo del sistema jurídico del país.

Como cabría suponer por el breve esbozo, estos “Códigos” no eran realmente Códigos, sino redacciones parciales basadas en la práctica o el precedente antiguo. El legislador no intenta presentar un “*corpus iuris*”; está publicando una serie de enmiendas o cláusulas de compilaciones anteriores que reclaman alteraciones o agregados en las cambiadas circunstancias del propio tiempo.

Por su parte, Hammurabi, no hace ningún intento aparente de buscar principios jurídicos; su finalidad es dar instrucciones al Juez y sus cláusulas no son testimonios de decisiones comúnmente tomadas, sino modelos para decisiones que han de tomarse en el futuro. Hammurabi estaba poniendo al día un *corpus* de derecho consuetudinario que ya había sido “codificado” hacia tiempo por monarcas de Ur y de Sumer. Como legislaba para un vasto imperio, tenía que adaptar el sistema a una sociedad compuesta, no de dos clases, como la antigua sumeria, sino de tres, cambio que debe ser atribuido sin duda a las tradiciones de los antiguos semitas.

² Rey de Babilonia de la estirpe de los amorreos (1728-1686 a.C., según la cronología breve y 1797-1750 a.C. según la cronología media).

³ Profeta judío muerto hacia el año 1272 a.C.

⁴ Rey hitita (1650-1620 a.C.).

⁵ Rey hitita (1380-1346 a.C.).

⁶ Ciudad iraquí, capital de At Ta'mim.

⁷ La dinastía XX (1190 a 1070 a.C.), fue fundada por el general de los ejércitos de Egipto Sethnajt, que toma el poder apartando a los últimos aspirantes al trono de la familia de Ramsés II.

Es curioso que, el principio del talión represente en el Código de Hammurabi un papel más importante que en los de Lipit-Istar⁸ y Ur-Nammu⁹ y que, la pena de muerte, se invoque en él con más frecuencia., al parecer producto de un gobierno más fuerte y más centralmente organizado. En una sociedad primitiva, la ley del talión, responde a los instintos naturales del hombre: es el individuo el dañado y el individuo quien trata de hacer al otro lo que, el otro, le ha hecho.

Pero como, la venganza violenta, por justificada que esté lleva a nuevas violencias y es antisocial en sus efectos, la comunidad primitiva desea que se haga la paz entre las dos partes y, el mejor modo de lograr esto, es sobre una base “financiera”: las familias interesadas en prevenir una cruenta enemistad se reúnen y calculan el daño y arreglan el pago por parte del perjudicador.

No obstante lo anterior, con el desarrollo de un gobierno centralizado, lo que ha sido un desafuero civil, se convierte en crimen contra el Estado, cuyo bienestar se ve por él amenazado. No corresponde que, tales decisiones sean tratadas por el ciudadano particular o la reunión tribal: el Estado tiene que defenderse y, cuanto más atroz sea el desaguisado más severa debe ser la sanción.

El talión ocupa el lugar del arreglo. El hecho de que, en la mayoría de los casos en que, Hammurabi, introduce la pena de muerte, se trata de atentados contra la clase superior de ciudadanos, o sea, de quienes tienen más importancia para el Estado, puede ser alegado como demostración de que, la mayor severidad del Código de este legislador es una condición de progreso social más que un retorno a lo arcaico.

Los egipcios y los hebreos tuvieron una opinión muy diferente de la ley. En la época de la XVIII dinastía hallamos una alusión a una cláusula en

⁸ Fue el quinto gobernante de la primera dinastía de Isin, antigua Ciudad Estado de la Baja Mesopotamia, que gobernó aproximadamente entre el 1934 al 1924 a.C. Es conocido por himnos en idioma sumerio escritos en su honor así como un código legal escrito (precediendo al Código de Hammurabi aproximadamente en doscientos años).

⁹ General que se rebeló contra UTHU-HEGAL, lo destronó y fundó la III dinastía de Ur, con la que vendría el renacimiento sumerio. Se proclamó Rey, creando el Código de Urnammu, basado en la reparación económica de los daños, con el fin de aunar los criterios legales de todo su territorio y garantizar el buen funcionamiento de la economía. Con él vendría el renacimiento sumerio y una nueva etapa de esplendor para Mesopotamia.

el *Libro de Menfis*, que es la palabra del soberano, la misericordia del visir¹⁰. En el Reino Medio hay un código con carácter de *corpus* de derecho que se remonta a los primeros siglos del tercer milenio antes de Cristo.

Moisés, como Hammurabi, no ideó arbitrariamente un código, sino que redactó en forma codificada, una lista de leyes tradicionales que debían ser observadas en adelante¹¹. Algunas de las tradiciones en que se basó son peculiares del clan patriarcal del que los hebreos pretendían descender; otras, fueron tomadas de los pueblos con los que, los patriarcas, habían estado en contacto¹² y unas cuantas de Decretos originales dictados por la experiencia.

Si el Código mosaico fue presentado como un *Corpus* de leyes, como una guía general de la conducta, los códigos mesopotámico e hitita eran meramente listas de enmiendas de leyes anteriores. Muchas nunca fueron codificadas; eran tradicionales y se daban por supuestas hasta el punto de que no se consideraba necesario referirse a ellas.

Por ejemplo, Hammurabi, no incluye disposición alguna sobre el asesinato, salvo cuando el método del matador era la brujería (en cuyo caso la pena era de muerte) o cuando un bandido asesina y desaparece, y, entonces, “la ciudad y el gobernador en cuyos suelos y distrito ocurrió el bandidaje pagarán una mina de plata” a los parientes del muerto.

El Código hitita, procedente en parte del babilónico, muestra un marcado progreso ético. Sólo, en un caso, permite la venganza privada: si un marido sorprende a su esposa adúltera con el amante en flagrante delito y los mata allí mismo, no es culpable a los ojos de la ley; es el crimen pasional para el que caben buenas excusas. Pero, si no actúa en seguida, el momento de la venganza pasa y ya sólo cabe recurrir a la ley.

Hasta la enemistad de sangre queda abolida. Cuando el Estado detiene, juzga al homicida y va a pronunciar la sentencia, el pariente de la víctima es quien decide: “Si dice que muera, morirá; si dice que repare, hará

¹⁰ Las instrucciones del visir son conocidas, no como documentos oficiales propiamente dichos, sino como inscripciones privadas grabadas en varias tumbas de la XVIII dinastía. Son testimonio de una tradición anterior ya que proceden de algún desconocido original del Imperio Medio.

¹¹ Entre los sistemas antiguos, el hebreo es único en hacer de la religión la base del Derecho y en establecer de este modo un Código moral.

¹² Así, la ley referente al toro que cornea (Éxodo, XXI, 28), fue tomada directamente de la ley sumeria que iba a reaparecer como cláusula 251 del Código de Hammurabi.

reparación; el Rey, no tendrá voz en ello”¹³.

Desde el inicio de nuestra Historia la práctica de la violencia debió estar presente en diferentes espacios, pero su institucionalización coincide con la de la discriminación, o dominación de unos grupos sobre otros. El Derecho hitita hizo una clara distinción entre hombres libres y esclavos, pero consideró igual a todos los hombres libres. No hubo clase media y, las diferencias de rango, no fueron estorbo para la paridad de derechos.

No hemos encontrado prueba documental que nos permita presuponer los principios y prácticas legales de los pueblos del Extremo Oriente. Remontarnos a la historia china de los periodos Chang o Hia, es subjetivo y de muy escaso valor. Limitándonos, pues, a los pueblos del Oriente Medio, como los únicos de los que poseemos verdadero conocimiento, vemos que, en el curso del segundo milenio antes de Cristo, habían avanzado mucho entre ellos hacia la creación de la noción del Derecho que es la del mundo moderno.

Los pasos hacia adelante carecieron de coordinación porque, ningún pueblo, había comprendido aún la Teoría del Derecho como un conjunto, pero, más de uno, había contribuido a esta teoría con algún elemento esencial: que, el Derecho, tiene una base moral y, por consiguiente, una sanción divina; que es función del Estado, asegurar por la ley, el mantenimiento del orden dentro de su jurisdicción y la equidad y los tratos justos entre sus ciudadanos; que, el interés común, debe ser conciliado con los derechos del individuo; que, la Administración de Justicia, corresponde únicamente al Estado y que, al castigar el delito, el Estado actuará no por espíritu de venganza, sino por la necesidad de remediar el daño causado y restaurar el equilibrado orden de la sociedad. Tales ideas, extrañas para al hombre en su estado salvaje, fueron comprendidas por los legisladores del segundo milenio.

1.2 La aplicación de la equidad en Egipto.

La eficacia de los Códigos legales dependía de la Administración de la Justicia, del sistema de los Tribunales y de su modo de funcionar, y, esto, distó de ser uniforme en los diversos países de Oriente Medio.

¹³ En todo el Código hitita, el talión representa un papel poco importante en comparación con el principio de reparación e indemnización. La tendencia es a mitigar las penas: *Si alguien robara un buey de arado, antes solía dar quince bueyes, pero ahora da diez.*

1.2.1 Los hebreos.

En el caso de los hebreos, el sistema de Tribunales no existió. Los llamados “Jueces” eran, en su mayoría, Jefes de guerrilleros que ejercían cierto grado de dominio sobre una comarca restringida en forma que cabría recurrir a ellos para que mantuvieran tradicionalmente normas de justicia.

La tarea de mantener vivo el Código mosaico de la Ley dependía de los cabezas de familia; estos podían, en caso de dificultad, cuando el asunto afectara a más de una familia, llamar a sus vecinos para formar un Consejo de los “mayores de la congregación”, pero, individual o colectivamente, eran la única autoridad ejecutiva y cada cual hacía lo que era justo a sus propios ojos.

Si, en estas circunstancias, la Ley fue preservada en la práctica y la tradición, ello se debió a que, al mismo tiempo que guardaba cuanto parecía esencial en la antigua costumbre familiar, había sido promulgada como la revelada Palabra de Dios, de modo que, sólo apostatando de su fe tribal, podía un hombre escapar de la ley hebrea¹⁴.

1.2.2 Egipto.

En Egipto, con su muy diferente forma de teocracia, toda ley emanaba de la voluntad del divino faraón y estaba sometida a ella. No había una clase de jueces con deberes exclusivamente jurídicos; el mismo faraón, con sus dos visires, ejercía el supremo dominio tanto de la Hacienda como de la Administración de Justicia y, por consiguiente, sus funcionarios de un grado inferior lo representaban en ambas funciones.

Hubo dos grandes Tribunales, uno en Tebas y otro en Heliópolis, presididos por los visires del sur y del norte, respectivamente y hubo, por todo el país, Tribunales locales atendidos por los “grandes hombres

¹⁴ El Señor dijo a Josué:

-Habla a los israelitas y diles: “Designad las ciudades de refugio, de las que os hablé por medio de Moisés, para que pueda huir a ellas el que haya matado a una persona por inadvertencia, sin querer, y le sirvan para refugiarse del vengador de la sangre. El que huya a una de estas ciudades se presentará a la entrada de la puerta de la ciudad y expondrá su caso ante los ancianos de la ciudad, que lo acogerán allí y le darán un lugar en donde habitar con ellos. Si el vengador de la sangre fuera en su persecución, no le entregarán al homicida, pues mató a su prójimo sin querer, sin haberlo odiado previamente. Habitará en aquella ciudad hasta que comparezca ante la comunidad para su juicio, o hasta la muerte del sumo sacerdote si ocurriera en aquellos días. Entonces el homicida podrá volver de nuevo a su casa y a la ciudad de la que huyó” (Josué, 20, 1-6).

de la villa”, que eran funcionarios administrativos del distrito que estaban corporativamente facultados para juzgar casos. La mayoría de los componentes del Tribunal eran sacerdotes. El que perdía su pleito podía apelar al Gran Tribunal, y, la apelación final, era al mismo faraón, como la fuente última de la ley.

En los casos graves, como cuando la familia real se veía afectada, el faraón podía crear un Tribunal especial y podía negarse al acusado el derecho de apelar de un Tribunal así: “Iréis y los examinaréis y haréis que quienes deban de morir mueran por sus propias manos sin que yo lo sepa. Y ejecutaréis el castigo sobre los demás sin que yo lo sepa”¹⁵.

Quienes demandaban una reparación civil, tenían que exponer su caso por escrito y presentar documentos escritos como prueba. Los testamentos, contratos, pagos de contribuciones, etc., se registraban con copias que se archivaban en la Casa Blanca, el archivo del Tesoro Público. En los casos civiles, el mal no estaba en la brutalidad de los métodos del Tribunal, sino en su corrupción.

1.3 La justicia, condición de la vida social.

En la antigua Sumer, la Administración de Justicia era una prerrogativa del clero. Cuando fue unificada, bajo los poderosos reyes de la III dinastía de Ur, la autoridad del príncipe-sacerdote declinó de modo inevitable, aunque, dichos cargos, conservaron la facultad de las decisiones legales.

Los jueces siguieron siendo, en su mayoría, de la clase sacerdotal, pero no fueron tomados por esta clase al azar, sino que constituyeron una rama especializada de ella. De acuerdo con la tradición, seguían viéndose las causas en un templo o ante su entrada y era, en el templo, donde las decisiones se archivaban.

Antes del hundimiento de la III dinastía de Ur, se habían creado Tribunales provinciales de justicia, presididos por un civil, el alcalde la localidad, con quien colaboraba una asamblea de notables. Bajo los reyes semitas de Isin y Larsa¹⁶, el alcalde se hizo más poderoso y la tendencia se

¹⁵ Es evidente que, aquí, el faraón (Pepi I en la VI dinastía y Ramsés III en la XIX), había prejuzgado el caso y se limitó a pasar a la comisión real la odiosidad de dictar sentencia. Los estudiosos, discrepan en cuanto a las circunstancias de la reunión del Tribunal convocado.

¹⁶ Ciudad importante de la antigua Mesopotamia situada en Iraq, a unos 250 kilómetros al sur de Bagdad.

acentuó más bajo Hammurabi de Babilonia¹⁷.

1.3.1 Los hititas.

Las verdaderas leyes del Imperio hitita parecen haberse basado en su forma y, hasta cierto punto, en su contenido, en el edicto de Hammurabi, como cabía esperarlo, dada la gran influencia que ejerció Babilonia sobre los hititas anatólios por mediación de los hurritas.

Sabemos muy poco de los Tribunales y Jueces hititas, pero, al parecer, no se diferenciaron del modelo babilónico. En cada centro provincial había un Tribunal popular formado por el alcalde y los notables de la localidad y, cabe que tuvieran competencias para entender de caso poco importantes. En los demás casos, se reforzaba con la presencia de un funcionario que representaba al rey y era, habitualmente, el comandante militar de la guarnición local.

El procedimiento, en los Tribunales, se iniciaba con una exposición del caso por el Fiscal, seguida por las declaraciones de la defensa, prestadas bajo juramento y apoyadas cuando fuera posible por documentos escritos. El acusado, era seguidamente confrontado con los testigos de cargo e interrogado a la luz de las acusaciones que éstos formularan. Todas las declaraciones eran transcritas por los Secretarios del Tribunal¹⁸.

1.3.2 Similitudes y diferencias en la aplicación de la justicia.

Por la breve reseña que acabamos de citar en relación a las civilizaciones que nos son más conocidas cabría valorar el progreso realizado durante la Edad del Bronce en la noción y en la administración del Derecho. Egipto nos muestra ese espíritu estático que es característico de toda su cultura y, hasta el avance del Reino Medio, queda sofocado por la corrupción.

¹⁷ Hammurabi, que no era un dios, tuvo meticoloso cuidado en los asuntos religiosos, pero se mostró decidido a no someterse al dominio sacerdotal, y es durante su reinado, cuando vemos por primera vez Tribunales civiles con Jueces seculares dotados de plena autoridad. Las dos jurisdicciones, la sacerdotal y la puramente civil, mantuvieron sus posiciones pero, los Tribunales eclesiásticos estaban siendo desalojados y, los Jueces civiles, iban reemplazando a los Sacerdotes.

¹⁸ Un rasgo notable del procedimiento legal hitita es el inmenso trabajo que se tomaban para comprobar los hechos. Existen actas muy detalladas de juzgados de instrucción en casos de malversación o desempeño negligente que son únicos en la literatura de los pueblos orientales que revelan un espíritu de investigación cuidadoso e imparcial que, tal vez, pueda ser tomado como típico de la administración hitita en general.

En Sumer¹⁹, la teoría del gobierno teocrático, una ida al reconocimiento de la familia como base del Estado, dio origen a una idea de “justicia” como condición de la vida social, pero, el clero sumerio que administró justicia nunca fue mucho más allá de la primitiva insistencia en el castigo y esto iba a recibir la total sanción de la Ley babilónica.

En teoría del derecho, los hebreos dieron un gran paso hacia delante cuando basaron su código sobre la religión y la moral; aunque no había llegado todavía el tiempo en que la ley pudiera ser aplicada por el aparato de un Estado organizado, las “normas y resoluciones” de este código conservarían su validez en el reino posterior.

Los hititas de Anatolia crearon un sistema único en el mundo antiguo que se reveló cada vez más consciente de los derechos e intereses del individuo y que se acerca, en su espíritu, a los ideales de la legislación moderna. Los niveles alcanzados por las tres naciones que hemos considerado son tan distintos que se siente la tentación de buscar una razón para esta disparidad. No fue, desde luego, una cuestión de raza.

Egipto puede ser explicado por la inercia de un pueblo agrícola dominado por un faraón divino y un clero inescrupuloso²⁰. Los sumerios, que combatieron la agricultura con un vasto comercio, desarrollaron un espíritu cívico que exigía justicia y equidad para todos al mismo tiempo que hacia del delito social un pecado contra el dios de la ciudad y ponía el sello de la aprobación divina en el castigo, fue bastante para pedir la humanización del código primitivo.

Los hititas, tuvieron que combinar el individualismo y el amor a la independencia del luchador con la disciplinada solidaridad que reclamaba la colonia. Además, no estuvieron gobernados por un dios ni por un autócrata, sino por un rey, durante la mayor parte de su historia, por elección. Cuando absorbieron cuanto juzgaron bueno en una civilización superior creada por sus vecinos conservaron el equilibrio entre los derechos del individuo y sus deberes con el Estado que procura, a su código legal, algo del

¹⁹ Región histórica del Oriente Medio que formaba la parte sur de la antigua Mesopotamia, entre las planicies aluviales de los ríos Ufrates y Tigris. La cultura sumeria está considerada como la primera y más antigua civilización del mundo.

²⁰ No todos los sacerdotes egipcios deben ser juzgados con la misma severidad. Los textos autobiográficos de más de un sacerdote revelan altos principios morales. Una prueba de esto son las famosas máximas en la tumba de Petosiris, el buen sacerdote de Tot en Hermópolis.

carácter del derecho democrático.

2. Costumbres, leyes y gobierno.

2.1 La legislación en Egipto, en Grecia y en Roma.

Como hemos visto anteriormente, en Egipto, la idea primitiva fue que la divina voluntad del faraón, según se expresaba en sus órdenes, debía ser cumplida aunque hubiese sido impulsada por la malicia. Los efectos de esto se mitigaron con el tiempo porque, los soberanos, solían frenarse al recordar el daño causado por algunas de las normas de sus predecesores. Por estas razones se escribieron manuales didácticos, como las *Lecciones de un faraón a sus hijos*, con el acompañamiento de colecciones de relatos ilustrativos.

El mundo griego estuvo dividido en ciudades-estado, cada una de las cuales tenía sus propias leyes muy parecidas entre sí, como inspiradas por preceptos legales comunes y tratados que fomentaban la uniformidad. Originalmente, la ley emanaba de los reyes, orientados por su consejo de dignatarios o senadores.

Los reyes, fueron sucedidos por oligarquías, cuyos órganos de gobierno hicieron leyes y aplicaron costumbres de un modo que se ajustaba a sus intereses de grupo. Finalmente, fue designado en cada ciudad, a petición del pueblo, un nomoteta, con la misión de redactar un código fijo basado en parte en la antigua costumbre y en parte en innovaciones.

Para asegurar la permanencia de dicho código, los legisladores idearon a veces un mito y presentaron la obra como si fuera de inspiración divina²¹. Las alteraciones que se hicieron inevitables con el paso del tiempo fueron decididas por todo el pueblo o parte de él y se basaron en propuestas de magistrados.

Los derechos familiares era cuestión que competía al cabeza de familia. Las leyes de la ciudad protegían en primer lugar a los varones de dieciocho años o más que poseían las condiciones necesarias para la ciudadanía plena. Pero también procuraban formas específicas de ayuda a

²¹ A veces, también generaciones posteriores, con objeto de dar la sanción de la antigüedad a sus instituciones, atribuyeron, arbitrariamente la mayor parte de ellas, a un legislador. Muchos estudiosos han sostenido que, el espartano Licurgo, fue una ficción de esta clase.

sectores de la población que no disfrutaban de tal ciudadanía²².

En cuanto al daño a las personas, el derecho criminal consuetudinario aceptó en sus orígenes la práctica de la venganza cumplida por la familia del perjudicado, Más adelante, se fijaron indemnizaciones por árbitros elegidos por el Estado y, el sistema judicial estatal, reemplazó la venganza, aunque el derecho de la familia a intervenir se hallaba siempre implícito en el procedimiento.

En el Código draconiano de Atenas, el homicidio accidental, que originalmente no se distinguió del deliberado, tenía ya un castigo diferente²³. Una distinción análoga se hizo entre ladrones sorprendidos en el acto y otros ladrones. Las leyes fueron también severas en materia de lesiones, calumnia grave y adulterio.

Los delitos contra el Estado²⁴, que originalmente estuvieron sometidos a la jurisdicción del rey, fueron generalmente juzgados por el sistema aceptado que, en un régimen oligárquico, significó el senado y los magistrados, más que todo el pueblo.

Muy poca información concreta tenemos respecto al desarrollo del derecho en el periodo monárquico en Roma. Los jefes naturales de familias y tribus debieron de establecer normas para las cuestiones que interesaban a los respectivos miembros y procurar su cumplimiento, de acuerdo con el “*mos maiourum*” (la costumbre de los ancestros), mientras que, los asuntos que afectaban al Estado, eran tratados por el rey con la ayuda del senado.

La tradición habla de *leges regiae* (las leyes del reino) y es lógico suponer que, tales leyes existieron. Es indudable que, el rey, presidió un Tribunal de apelación final. El colegio de pontífices, aunque sus miembros no eran jueces ni legisladores, representó un importante papel en la litigación pues, como guardianes de los archivos secretos y directores de los *sacra* (actos religiosos) que afectaban a la vida pública y privada, estaban en disposición de

²² Por ejemplo, antiguos extranjeros que habían obtenido una forma de ciudadanía por medio del domicilio y la posesión de bienes, y extranjeros a los que sólo se les permitía el domicilio si contaban con la protección de un patrocinador.

²³ El destierro en lugar de la muerte.

²⁴ Los casos más graves de impiedad, desertión, traición y peculado.

dar adecuados consejos y respuestas²⁵.

Además, los pontífices, eran atendidos en cánones sagrados y públicos, que determinaban cómo debía propiciarse a los viejos dioses²⁶. Así, sin una interpretación auténtica de ellos, las leyes no podían aplicarse.

2.2 Derecho romano y Derecho bizantino.

El Derecho es una manifestación cultural a la vez que producto necesario de la vida social. Testimonia la existencia de un nivel elevado de la cultura cuando, sus disposiciones, exhiben una buena adaptación a las condiciones del medio, una coherencia lógica y un valor de equidad. Llega a ser una ciencia cuando, a partir del análisis racionalmente realizado de sus disposiciones, los juristas saben deducir principios fundamentales y, gracias a este análisis, sistematizan y perfeccionan la aplicación de tales nociones.

La elaboración progresiva del Derecho sistemático y razonado es el más sólido título de gloria de los romanos. Los bárbaros que penetraban en la Romania asumieron las ventajas de este Derecho escrito. Alarico II (en el 506) y Gondebaud (en el 502), mandaron que se realizaran compilaciones del Derecho romano. A fines del siglo VIII, Carlomagno publica las leyes de los frisones y los sajones. La mayoría de las disposiciones góticas, se refieren al Derecho criminal y penal; las restantes, son cuestiones de Derecho privado²⁷.

La ciencia jurídica romana había desarrollado hasta un grado muy alto estas cualidades, creado un método y propuesto principios, cuyo valor, superaba con mucho el medio original.

La historia del Derecho en las cristiandades medievales ofrece el espectáculo de dos experiencias que, en este sentido, son reveladoras: en el mundo bizantino, la tradición romana conservada facilitó la adaptación del Derecho a las condiciones nuevas y permitió una admirable continuidad; en Europa occidental, la tradición romana restablecida aseguró el renacimiento de los estudios jurídicos, de lo cual aprovechó la mayoría de los derechos

²⁵ En el derecho de familia, las respuestas pontificiales eran decisivas cuando se discutían cuestiones respecto a la transmisión de los *sacra* o a la validez de matrimonios, adopciones y testamentos.

²⁶ Eran los “jurisconsultos” normales, los únicos que poseían todos los secretos y podían aconsejar cuál de los muchos temperamentos posibles debía adoptar un litigante.

²⁷ En materia penal, el Derecho romano procuraba, sobre todo castigar al culpable; las leyes bárbaras se consagran principalmente a disuadir a los padres de la víctima de ejercer su venganza privada, concediéndoles indemnizaciones pagadas por el culpable y cuidadosamente tarifadas.

desarrollados entretanto.

El Derecho romano no podía aplicarse directamente al mundo bizantino, pero, dos factores, permitieron una feliz adaptación: sucesor de los césares y César él mismo, unido por sus leyes y las propias, el *BASILEUS* es el Derecho viviente: de acuerdo con las formas jurídicas establecidas por el uso, puede abolir, modificar o completar estas leyes en vista del bien público. La enseñanza jurídica impartida en Constantinopla, formará pléyades de juristas capaces de destacar las insuficiencias del Derecho tradicional y sugerir correctivos.

Justiniano, publica en latín el *Corpus Iuris*, al cual vienen a agregarse las *Novela*, edictos del *BASILEUS* redactados en griego. En estos materiales, el Derecho aparece bastante modificado en comparación con el de la Roma clásica, dado que, muchas disposiciones tomadas del Derecho griego y de las costumbres sirias, se infiltran en este Cuerpo; así, la adopción, la emancipación, el compromiso, etc.

Mucho antes del siglo IX, se modifica la práctica jurista. La *Écloga* de los emperadores iusaurios presenta un sistema penal completamente distinto: la pena de muerte y la mayoría de las penas restrictivas de la libertad, dejan el sitio a las mutilaciones corporales, a las que se considera habitualmente como inspiradas por un intento cristiano de suavizar el rigor de la pena capital, la reducción a la condición de esclavo o la condena al trabajo en las minas.

Las *Basílicas* se originan en un esfuerzo metódico de reagrupamiento desarrollado por Basilio I y León VI (llamado el Sabio). Constituyen el más amplio Código recopilado durante la Edad Media en Europa, pero, por sí sola, su extensión, la hacía inutilizable en la práctica corriente de los Tribunales.

Después del siglo XI, la práctica del Derecho sigue evolucionando, pero, las obras jurídicas de los siglos XII y XIII, revelan escasa originalidad. Este Derecho bizantino es el de un imperio cristiano en el que, la Iglesia, tiene su propio Derecho, constituido por los Cánones de los Concilios, varios escritos patrísticos y las posiciones adoptadas en los Sínodos por los patriarcas de Constantinopla.

El Derecho bizantino parece haber influido en los países eslavos sobre todo por intermedio del clero, si hemos de juzgar por el ejemplo de Rusia. La recopilación, llamada *Reglamento de Yaroslav*, parece, de acuerdo con una sentencia dictada por este príncipe para delimitar los dominios de las jurisdicciones temporal y espiritual, incorporar un Código completo elaborado en el siglo XII por el clero para el ejercicio de la segunda de las áreas mencionadas.

La *Russkaia Pravda* (*El Derecho ruso*), aparentemente, es una recopilación jurídica preparada por los jueces eclesiásticos que juzgaban casos temporales de las personas que correspondían a su competencia. De influencia bizantina, recoge las costumbres rusas en su forma más urbanizada, así como las ordenanzas y fallos de los príncipes y proyectos de ley preparados por el clero para los príncipes (por ejemplo, en materia de Derecho familiar).

2.3 El mundo latino: Derecho popular y Derecho ilustrado.

En el mundo latino, las invasiones habían promovido una suerte de fusión jurídica. Sin embargo, hacia el siglo X, en la mayor parte de Europa, la ignorancia de los jueces relega al olvido tanto las compilaciones de Derecho romano como las Leyes bárbaras, por lo que, al no ser posible aplicar el carácter personal de la legislación asistimos al reinado de la costumbre territorial. Entonces, arraiga una concepción del Derecho que tiene origen germánico y que, con apoyo en la religión, conservará toda su fuerza hasta el siglo XIII.

En Italia, a pesar de la invasión lombarda y de la decadencia intelectual, el Derecho romano, renovado por Justiniano, no desaparece del todo. Un resumen incompleto y mediocre elaborado en el siglo VI, el *Epítome Iuliani*, conserva el recuerdo de este Derecho; de todos modos, el *Digesto*, reflejo de la obras de los jurisconsultos romanos, supera el nivel intelectual de la época, y no encuentra aplicación en ella. Pavía, capital del reino lombardo es un verdadero centro de estudios jurídicos donde, el Tribunal real, agrupa a juristas que, de acuerdo con los métodos romanos, organizan recopilaciones de leyes lombardas, las comentan y las adaptan a las necesidades de la práctica²⁸.

²⁸ Desde el siglo VIII, esta escuela de Pavía, atrae a alumnos llegados de todo Occidente, promoviendo el despertar de los conocimientos jurídicos.

El Derecho canónico es el Derecho de la Iglesia católica²⁹. Sus principios fundamentales han sido definitivamente fijados con la muerte del último de los Apóstoles. Se basan en la Revelación de Dios, que nos muestra la voluntad de Dios en cuanto Legislador supremo: por eso se les llama de *derecho divino*. Pero no todo está revelado por el Derecho divino positivo. Pertenece al Derecho canónico humano o eclesiástico, fijar las determinaciones más contingentes del gobierno de la sociedad eclesial.

La evolución del Derecho canónico también es reveladora. La Iglesia se vio obligada a tolerar costumbres más o menos impuestas por los reyes bárbaros y, también, más o menos abusivas. A partir del siglo XI, se observan algunos progresos, sin hablar del *Decreto* elaborado por BURCHARD, obispo de Works, que tiene gran éxito. Estos primeros signos de un despertar intelectual explican la intensidad y la fecundidad de las discusiones provocadas por el conflicto del sacerdocio y del Imperio. En el Derecho romano, que exaltaba el poder imperial, los emperadores buscaron un aliado; Ravena, fue un centro de estudios de este Derecho y el inicio del desarrollo de la escuela de Bolonia³⁰.

Los progresos realizados gracias al estudio del Derecho romano beneficiaron al Derecho canónico y viceversa. Los estudiantes afluyen a Bolonia y adquieren una cultura jurídica que difunden en sus respectivos países. Extensamente desarrollado por la reflexión, el Derecho romano posee un valor universal que permite sus aplicaciones en estos países. El Derecho canónico se impone, por definición, a toda la Cristiandad.

2.4 El Derecho en Francia y en España.

En Francia, el Derecho canónico, se recibe sin ninguna dificultad; sólo hacia la segunda mitad del siglo XIII, los reyes y los señores se alarman ante la extensión alcanzada por las jurisdicciones eclesiásticas. En el caso del Derecho romano, se observa una evolución diferente dado que, los franceses que retornan de Bolonia, lo enseñan en un periodo bastante temprano; pero, como el Derecho romano exalta el poder del emperador, los reyes de Francia,

²⁹ Dominique LE TOURNEAU, *EL DERECHO DE LA IGLESIA, Iniciación al Derecho Canónico*, Rialp, 3ª. edición, Madrid, 1997, pp. 14-15.

³⁰ Gregorio VII está en el origen de este inmenso esfuerzo. En la segunda mitad del siglo XIII, la enseñanza en Bolonia evoluciona en el sentido de un realismo más sensible a las necesidades contemporáneas. Entonces se inicia el periodo llamado de los “comentaristas”; éstos, se apartarán de las formas tradicionales del Derecho y transformarán el Derecho romano en el contacto con los derechos existentes: costumbres locales y diferentes privilegios. Es un esfuerzo que facilitará la penetración del Derecho romano en los diferentes países de Europa.

adoptan una actitud bastante desconfiada al respecto³¹.

La literatura jurídica francesa de este periodo, está dominada por *Costumbres de Beauvaisis*, redactadas hacia 1280 por Philippe DE BEUMANOIR, magistrado de Clermont-en-Beauvaisis. Su meta es, sencillamente, comentar una costumbre local pero, en la tarea, demuestra un notable sentido jurídico: Cuando su *Costumbre* parece equívoca o insuficiente no vacila en referirse a las que prevalecen en los señoríos vecinos e, incluso, al “Derecho del reino de Francia”, es decir, a las reglas jurídicas aceptadas en la práctica por la mayoría de las costumbres francesas³².

No menos considerable que en Francia, pero con modalidades distintas, es la penetración de los Derechos canónico y romano en la Península Ibérica. Aquí, las costumbres exhibían muchas disposiciones de origen romano. Sin embargo, sobre todo en lo que se refiere al Derecho familiar, su carácter germánico estaba bastante acentuado.

A partir de 1017, el rey de León promulga leyes de carácter general; alrededor de 1060, el Conde de Barcelona, manda reunir los *usatges*³³ de su Corte; en el curso de los siglos XII y XIII, las Cortes, que agrupan a representantes del clero, de la nobleza y las ciudades, comienzan a ayudar a los reyes en esta tarea legislativa. Las compilaciones son a veces resultado de un esfuerzo oficial (Derecho aragonés, *Código de Huesca*), y, otras, de trabajos privados, como ocurre con el Derecho castellano en el *Libro de los fueros de Castilla* y en el *Fuero Viejo de Castilla*. Todo atestigua un nivel relativamente alto de la cultura jurídica.

En la nueva sociedad estamental instaurada en el Reino de Mallorca o las Mallorcas, a raíz de la conquista cristiana, principios del siglo XIII, en que el orden feudal empieza a sufrir los primeros embates procedentes del creciente poder de la monarquía, Jaime I, ya tiene la suficiente capacidad de maniobra como para asumir su plena soberanía, sólo en muy limitados casos compartida en el ámbito de hacer justicia con los poderes señoriales. El monarca, como *princeps*, ostenta la jefatura militar del reino, puesto que a él le corresponde la defensa armada y la paz interna de sus

³¹ Tal es así que, Felipe Augusto, obtiene del Papa la prohibición de esta disciplina en París hasta fines del siglo.

³² Philippe DE BEUMANOIR es testigo en un doble sentido, es decir, de los progresos de la cultura jurídica y de la penetración de los principios romanos en el Derecho francés.

³³ Podría traducirse por usos, usanzas, que forman la base del Derecho constitucional catalán.

súbditos, con la ayuda, si viene al caso, de los poderes estamentales. También asume el poder de hacer leyes y de aplicarlas, haciendo justicia en el territorio insular. Si llega a conceder el derecho de legislar, será por delegación y sobre materias que *convenen al bon stament de la terra*, de carácter reglamentario, para la gestación de los servicios públicos propios de la creciente administración local³⁴.

Alfonso X el Sabio, mandó redactar un Código inspirado tanto en el Derecho castellano como en el Derecho romano, el *Fuero real*, y ordenó aplicarlo a las ciudades del reino. Su obra esencial es el *Libro de las leyes*, conocido también con el nombre de *Siete Partidas*, que contiene una exposición no sólo del Derecho castellano, sino del conjunto de los conocimientos jurídicos que entonces se poseían³⁵.

2.5 El Derecho en Inglaterra y en Alemania.

En Inglaterra, el vigoroso desarrollo del Derecho indígena, limita la influencia de los Derechos romano y canónico. Después de conquistar Inglaterra en 1066, Guillermo de Normandía, se había dedicado a mantener el Derecho anglosajón, conservado cuidadosamente de forma escrita y que atribuía al soberano poderes de inestimable valor. Con Enrique II (1154-1189), se establece la encuesta por jurado para formular la acusación de los criminales y preparar medidas legislativas. También en ese periodo, el desarrollo de los Tribunales Reales preparará en todo el país el triunfo de una *common law* que reduce a un papel secundario las costumbres y los privilegios locales.

La introducción de los Derechos canónico y romano, debemos estudiarlos como contrapunto de esa evolución, porque el choque fue a veces rudo. La delimitación entre las jurisdicciones laica y eclesiástica fue el tema de una lucha espectacular entre Enrique II y el Arzobispo de Canterbury, Tomás BECKET (1118-1170), enfrentamiento que costó la vida a este último. Aunque no logró el triunfo de sus opiniones, el rey, consiguió restringir el campo del Derecho canónico más de lo que era el caso en cualquier otro país.

³⁴ Así se manifiesta Román PIÑA HOMS, *OBRA DISPERSA. Corona de Aragón. América Hispana*, Govern de les Illes Balears, 1ª. edición, abril, 2007, p. 20.

³⁵ Alfonso X, rey de Castilla y León, llamado el Sabio (1221-1284), pretendió renovar y unificar los diversos fueros que regían sus dominios, estableciendo como primer paso la redacción del *Fuero Real*.

La situación era muy distinta en Alemania. Hasta el siglo XIII, el Derecho franco era el más difundido. Los emperadores, que se consideraban los sucesores de Carlomagno, se ajustaban al Derecho franco. Sin embargo, el Derecho romano, sólo empieza a penetrar en Alemania en el siglo XV.

A partir del siglo XIII, se traduce al alto sajón, al latín y al polaco el *Espejo de los sajones*, escrito entre 1215 y 1235 por Eike VON REPGOW (1180-1235), cuyo contenido se utiliza como la base de los juicios, pero, la adopción por muchas ciudades de derechos urbanos como los de Magdeburgo y Lübeck, contribuye a atenuar la fragmentación del Derecho. Por lo tanto se diría que, Alemania, presenta las condiciones más desfavorables para la realización de un progreso jurídico.

3. Nociones políticas y sociales.

3.1 Organización judicial y administrativa de 1300 a 1775.

El desarrollo de un sistema judicial de tipo real estaba bastante encaminado antes de 1300; sin embargo, los Tribunales locales no tenían jurisdicción más que sobre litigios también locales y juzgaban otros casos aplicando las costumbres y las leyes del lugar, que discrepaban según las regiones, lo que creaba gran confusión.

Hasta aproximadamente 1500, el proceso de creación de un sistema unificado de Tribunales, Códigos legales y suministro de una más rápida administración de la justicia, se vio retardada en Europa por los efectos destructivos de la “peste negra”³⁶, por las guerras, las invasiones y los conflictos interfeudales frecuentes.

En general, la justicia dispensada en el Tribunal Real fue considerada superior no sólo porque el monarca podía emplear hombres de mayor talento sino porque se originaba en la mejor fuente –real o potencialmente- de aplicación de la Ley en el país. De ese modo, se fortaleció mucho la función de apelación de la justicia real.

Después de 1500, en los países cristianos, la división de la autoridad legal entre el poder secular y la Iglesia, fue menos acentuada, pues se debilitó considerablemente la independencia de la Iglesia respecto de la corona. No obstante, hasta la Revolución francesa, y aun después, la Iglesia, conservó jurisdicción sobre el matrimonio, el divorcio, la herencia y

³⁶ Una plaga que pasó de la India a Europa en el siglo XIV.

cuestiones similares de Derecho civil; en los casos en que se hallaban implicados los clérigos, los Tribunales eclesiásticos se convirtieron, cada vez más, en instrumento de la corona.

Los sistemas judiciales, que en la mayoría de los países fueron resultado de los esfuerzos centralizadores de la monarquía, adoptaron la forma de sistemas mixtos, pues, los Tribunales Reales, no sustituyeron a los antiguos, sino que, más bien, funcionaron paralelamente. Los Tribunales de la Iglesia, siguieron funcionando. Los Tribunales señoriales, mantuvieron cierta jurisdicción, aunque restringida, sobre las obligaciones feudales y otras relaciones del señor con el campesino.

Como excepción, en el Reino Unido, se mantuvo la servidumbre y, en algunos países³⁷, incluso se acentuó hacia el final del periodo que tratamos. Estos Tribunales feudales continuaron siendo una fuerza importante de la sociedad rural. En la sociedad urbana, muchas cuestiones que implicaban a artesanos y obreros continuaron sometidas a los Tribunales de las corporaciones³⁸.

A su tiempo se llegó a asignar la condición de Tribunales Superiores a los Tribunales Reales, algunos de los cuales tenían carácter itinerante, y se desplazaban por los distritos asignados con el propósito expreso de atender las apelaciones originadas en las Cortes locales.

Además de los Tribunales creados regularmente, los individuos designados administrativamente por el rey en las ciudades o en las provincias, a veces, ejercían funciones de apelación. La tendencia a despojar de la administración de la justicia a la Iglesia y a las autoridades locales o privadas y asignarla al gobierno central, fue una corriente general y persistente en este periodo.

En Europa, y en sus esferas de influencia de los países del ultramar, el movimiento hacia un sistema centralizado de justicia se vio muy favorecido por la influencia del Derecho romano en Occidente y del Derecho romano-bizantino en Oriente. Hacia 1700, el Derecho romano había sustraído en gran parte al Derecho feudal consuetudinario, o por lo menos había modificado gran parte del Derecho consuetudinario en todos los países de la

³⁷ Por ejemplo en Prusia, Rusia, Polonia y partes del dominio de los HABSBURGO.

³⁸ A medida que se derrumbó la estructura de las corporaciones, sus funciones judiciales fueron absorbidas por los Tribunales Reales.

Europa occidental excepto Inglaterra, Escandinavia y Suiza.

Las consecuencias políticas también fueron importantes. El *Corpus Iuris* de Justiniano³⁹, y sobre todo el *Digesto*, se convirtió en terreno común de todos los abogados, una especie de dominio común de la Jurisprudencia. Los principios del Derecho romano influyeron mucho sobre la administración real de la justicia. Atraía particularmente a los monarcas porque destacaba las atribuciones del gobernante. Con la ayuda de abogados instruidos en Derecho romano, los llamados civiles, aplicaron cada vez más sus principios a las disputas jurisdiccionales.

La tendencia a la codificación de las leyes fue otro factor en el proceso de centralización judicial. Antes de 1775, ninguna monarquía europea logró del todo la creación de un sistema legal uniforme o de una Administración realmente centralizada, pues, los monarcas, no podían eliminar por completo el particularismo y los vestigios feudales.

La centralización gradual del Gobierno real determinó la formación de un sistema burocrático y el ascenso de una “clase” burocrática de personal instruido y experimentado que se consagraba a los asuntos administrativos en los Consejos reales, las Cancillerías, los Tribunales y los Departamentos de Finanzas, así como en los ejércitos.

Siempre que ello era posible, el Gobierno central, procuraba nombrar a sus propios candidatos en los cargos administrativos locales o sustituir a los organismos que representaban antiguos intereses particularistas por otros nuevos, que debían fidelidad exclusivamente a la corona. De este modo, después de las reformas de RICHELIEU⁴⁰, las provincias francesas fueron gobernadas por intendentes reales, así como por miembros de las grandes casas nobles, y las ciudades, antaño autónomas de España, vieron cada vez más reducida su independencia frente a agentes reales como los corregidores.

³⁹ Justiniano I el Grande (483-565), adoptó revolucionarias medidas por las que organizó el Derecho romano siguiendo la clasificación que se convertiría en la base para el Derecho en muchos países actuales.

⁴⁰ Armand-Jean DU PLESSIS, cardenal-duque de RICHELIEU (1585-1642), prelado, noble y hombre de estado francés que contribuyó a la consolidación de la monarquía, transformando Francia en un fuerte estado centralizado para contrarrestar el poder de la nobleza.

3.2 El Derecho romano y la nueva filosofía jurídica.

Antes del siglo XIV, se consideraba el Derecho un factor esencialmente uniforme de toda la civilización cristiana. Se entendía que, el Derecho natural del Imperio romano había pasado, con sujeción a la voluntad divina, a los papas y a los emperadores. La *res publica cristiana* se basaba tanto en el Derecho canónico como en el civil.

En el curso de los siglos XIV y XV, los legalistas europeos, rivalizaron con los teólogos en el tratamiento de las cuestiones polémicas relacionadas con el gobierno eclesiástico y temporal. Las conclusiones de los tomistas fueron analizadas y reinterpretadas no sólo por los okhamistas con su “nueva” lógica, sino también por los canonistas y, sobre todo, por los “civiles”⁴¹ con técnicas muy desarrolladas. Pero no se modificó el principio fundamental de los teóricos del siglo XIII.

Pese a todo, después de 1300 y la era caracterizada por el gran alegato de DANTE⁴² a favor de la unidad político-religiosa, Europa occidental se diversificó y secularizó cada vez más y, con el tiempo, el Derecho civil eclipsó al Derecho canónico y fue cada vez más evidente el pluralismo jurídico y de la soberanía.

Debido a la influencia cada vez más acentuada del Derecho romano, en el siglo XIV, apareció una nueva filosofía jurídica, que se expresó sobre todo en las obras de los abogados civiles italianos. Como el Derecho romano estaba contenido en los libros, se prestaba al estudio en las universidades y, dado que el ordenamiento de estos libros era muy irregular y difícil su comprensión, los juristas que los estudiaban se vieron obligados a crear un método jurídico-sistemático, que se usó para regular el cuerpo cada vez más amplio del Derecho canónico y, más tarde, el tratamiento de las diferentes costumbres, es decir: los sistemas de Derecho consuetudinario.

3.3 Nacimiento de legislaciones pragmáticas y diversificadas.

Como hemos visto con anterioridad, el concepto de un solo Derecho fundamental, de una Ley divina natural, que prevaleció en la teoría jurídica antes de 1300, se basaba en el supuesto de que, como los cristianos

⁴¹ Como se llamaba a los expertos en Derecho civil romano.

⁴² Dante ALIGHIERI (1265-1321), poeta italiano cuya obra maestra, *La Divina Comedia*, fue la base del pensamiento moderno y culminó con la afirmación del modo medieval de ver el mundo. Entre sus ideas políticas destacan la necesidad de un Sacro Imperio Romano y la separación de la Iglesia y del Estado.

estaban supeditados uniformemente a la voluntad divina y tenían el mismo concepto de Dios y de la naturaleza, estaban obligados y dispuestos a someterse a las mismas normas y reglamentos de conducta humana.

Después de 1300, el gradual debilitamiento del prestigio imperial y papal en la Europa occidental, suscitó dudas insistentes acerca de una interpretación uniforme de la voluntad de Dios, duda que se reflejó en la acentuación del proceso de pluralización del Derecho. Los monarcas nacionales y los Consejos municipales desdeñaron o incluso desafiaron con creciente impunidad a la autoridad papal e imperial y, los teóricos legales, tanto eclesiásticos como civiles, explicaron y justificaron esos actos mediante una reinterpretación del Derecho natural⁴³.

Según parece, el primer Código jurídico en Europa, especial y centralizado para su pueblo, fue el de *Las Siete Partidas*, como hemos visto, formulado en el siglo XIII, por Alfonso X, el erudito gobernante de Castilla. A mediados del siglo XIV, el cardenal español ALBORNOZ⁴⁴, después de restablecer el dominio papal en Italia central, lo organizó bajo un eficaz Código gubernamental, las *Constitutiones Aegidiane*.

En Francia, aparecieron compilaciones privadas de *coutumes* locales y, en 1453, Carlos VII promovió formalmente la preparación sistemática de Códigos locales en Francia septentrional, la tierra del *droit coutumier*. El proceso siguió hasta el siglo XVIII y, a su tiempo, fue una de las fuentes del sistema nacional de códigos de Napoleón BONAPARTE⁴⁵.

⁴³ No debe olvidarse que un filósofo tan importante como Tomás DE AQUINO (1224/25-1274), diferenciaba muy claramente entre los distintos tipos de Derecho: El Derecho eterno de la Providencia divina, es decir, de Dios mismo, y el Derecho natural que gobierna específicamente a los seres razonables y que se les revela mediante la iluminación natural. Por otra parte, existe también un Derecho divino expresado en las Escrituras y en las leyes humanas positivas aplicables a esferas presuntamente inmateriales. Por lo tanto, se comprendía y aceptaba perfectamente la pluralidad de derechos positivos. Pero, todos los derechos, expresaban la razón y apuntaban a la justicia, una justicia única en concordancia con la unidad de la moral cristiana.

⁴⁴ Egidio ÁLVAREZ DE ALBORNOZ Y LUNA (1310-1367), estudió leyes en Toulouse (Francia), fue consejero político y prestamista financiero de los cuantiosos bienes del arzobispado toledano con Alfonso XI de Castilla. Redactó, para los Estados Pontificios, la primera Constitución política de la historia, inspirada, en parte, por los llamados *Ordenamientos de Alcalá* de 1345.

⁴⁵ Napoleón BONAPARTE (1769-1821), militar y gobernante francés considerado uno de los mayores estrategas de la Historia, que comandó campañas bélicas de gran éxito, pero que sufrió derrotas estrepitosas. Estableció el *Código Napoleónico* y es considerado como un “monarca iluminado” debido a su extraordinario talento y a su capacidad de trabajo.

Hubo procesos más o menos similares en algunas ciudades mediterráneas de Europa tendente a la elaboración de un Derecho urbano coherente que fijara determinados aspectos del comercio, a fin de luchar contra las prácticas deshonestas entre los mercaderes y la explotación exagerada de los gobernantes y los nobles.

A medida que proliferaban las unidades políticamente soberanas, las teorías económicas y políticas cobraban un sesgo más secularizado, realista y dinámico. En la administración gubernamental, el Derecho y los juristas, tenían que alejarse de las teorías contenidas en los libros y acercarse a la tierra.

A principios del siglo XVI, las francas formulaciones de MAQUIAVELO metamorfosearon la unidad abstracta y teocrática del Derecho medieval en el legalismo pragmático y diversificado del Estado autoritario soberano. Sin embargo, MAQUIAVELO no estaba creando un sistema nuevo; sencillamente, estaba confirmando expresión literaria explícita a lo que, entonces, ya era una práctica más o menos común⁴⁶.

El principio de la razón de Estado, es decir, el interés nacional propio, más que el de la justicia internacional, habría de dominar los asuntos internacionales en el siglo siguiente.

3.4 El pensamiento jurídico en los siglos XVI y XVII.

En Europa, en la Edad Media, la *lex naturalis*, se equiparaba con la Ley de Dios, acentuando los europeos la tendencia a considerar que, el Derecho natural, era también el Derecho de los hombres en cierto “estado de naturaleza” que podía ser el Jardín del Edén, Arcadia o un país exótico.

El desarrollo de las ciencias físicas indujo a algunos a interpretar el Derecho natural como un conjunto de principios automáticos y mecánicos de la conducta humana y las instituciones por completo independientes de la guía sobrenatural y discernibles empíricamente⁴⁷.

⁴⁶ Nicolás MAQUIAVELO (1469-1527), fue un diplomático, funcionario público, filósofo, político y escritor, figura relevante del Renacimiento italiano. En 1513 publicó su tratado de doctrina política titulado *El Príncipe*.

⁴⁷ La teoría del Derecho natural, esbozada en textos de PLATÓN y de ARISTÓTELES, fue desarrollada por los estoicos, sobre todo en Roma, como el Derecho que expresa la naturaleza del hombre y constituye una obligación, tanto con respecto al individuo como a las relaciones entre los hombres. Para ambos pensadores, esta Ley, percibida por la razón, era la voz de la razón misma. En la esfera del pensamiento cristiano, se le atribuyó hasta cierto punto el carácter de la voz de Dios.

Cuando escritores como BODIN⁴⁸ y GROCIO⁴⁹ definían la soberanía como el supremo poder político, situado por encima de todo veto humano, no sólo aclaraban la fuente real del derecho humano, sino que también reflejaban la realidad política de su tiempo; en los siglos XVI y XVII, un proverbio afirmaba que “el deseo del rey es ley”.

GROCIO, autor de la obra *De iure belli ac pacis* (1625) que, junto con las *Relectiones* de VITORIA (1557), se considera todavía el punto de partida del Derecho Internacional, entendió que, el Derecho natural, podía desarrollarse mejor en los asuntos internacionales que en los municipales. Razonaba que, entre soberanos iguales, los Tratados mutuamente obligatorios y las prácticas aceptadas por todos podían considerarse una indicación de sus respectivas voluntades. Su obra *De iure belli...*, intenta deducir de los Tratados y prácticas internacionales, así como del Derecho natural, un conjunto de derechos y deberes que orienten y controlen lo que el denominaba “la familia de las naciones”.

Los escritores que más tarde se refirieron al tema de la “guerra civilizada”, discreparon con su concepto de que, el Derecho internacional era obligatorio en el mismo sentido que el Derecho municipal, pero propusieron el mismo concepto de una familia de naciones. HOBBS, SPINOZA y PUFENDORF, condicionaron hasta cierto punto su adhesión a este principio cuando sostuvieron que, en el *ius gentium* los acuerdos no eran obligatorios pues, los soberanos, no podían quedar obligados por sus propios tratados y, a pesar de todo, continuar siendo soberanos.

En general, la atmósfera racionalista y humanista que prevaleció durante la Ilustración, tendió a relegar la guerra y la conquista al dominio de la barbarie o de la época de los tiranos, actitud antigua y difundida pero, igualmente, ineficaz por doquier.

Estas dos tradiciones, continuaron mezclándose y enfrentándose hasta la época moderna; durante los siglos XVI y XVII, la interpretación racionalista, tendió a prevalecer sobre la interpretación religiosa, la cual, sin embargo, perduró casi siempre como trasfondo. De carácter esencialmente moral, nunca dejó de ser la base de una obligación.

⁴⁸ Jean BODIN (1529/30-1596), destacado intelectual francés que desarrolló sus ideas en el campo de la filosofía, el derecho, la ciencia política y la economía. Sus aportes a la teoría del Estado, en particular mediante el concepto de soberanía, han sido de gran importancia para la modernidad y conservan, en gran medida, su valor.

⁴⁹ Hugo GROCIO (1583-1645), jurista, escritor y poeta holandés, uno de los primeros teóricos de los derechos naturales, intentó basar la “guerra justa” en la ley natural defendió los principios de *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga).

3.5 Codificación y unificación de las leyes en Europa.

En el siglo XVI, el principal centro de estudios del Derecho romano fue Francia y no Italia. Gracias a los trabajos de Guillaume BUDÉ (1467-1540), Andrea ALCIATI (1492-1550) y Jaques CUJAS (1552-1590), que aplicaron el enfoque filológico e histórico al estudio de los Códigos, fue posible obtener textos más auténticos y depurados, y comprender su sentido propio.

Hugues DONEAU (15227-1591), escribió en países extranjeros muchos de los veintiocho volúmenes de su *Comentarii iuris civiles*, y fue el principal responsable, con otros civilistas franceses y locales, de la influencia del *mos gallicus*⁵⁰ en Alemania, Holanda y otras naciones.

Entre el elevado número de Códigos elaborados durante este periodo, destaca la imperial *Constitutio criminales carolina* (1532) que ocupa, tal vez, el lugar más elevado entre los Códigos Penales del continente durante el siglo XVI. Hay que mencionar, también, la *Nueva recopilación* española (1567), las *Manuelinas* portuguesas (1514), los llamados *Estatutos lituanos* (1529, 1566 y 1588), el *Estatuto checo del rey Vladislav* (1500), el Código polaco *Correctora iurium* (1532-1534) y el Código moscovita *Sudebnik* (1550).

En el siglo XVII aparecieron, entre otros Códigos, las *Fillippinas* portuguesas (1603); el *Código bávaro* (1616); el *Ulozhenie Tsarya Alexya Mikhailovicha* ruso; en Dinamarca, la versión completa del *Danske Löv* (1683) y la *Ordenance civile*, de Luis XIV, en Francia (1667-1685).

El único Código Civil aparecido antes de 1775 fue el Código Bávaro (1756), pero incompleto y como complemento del Derecho romano vigente. En los reinados de Federico el Grande y María Teresa de Austria, se elaboraron sucesivos borradores de Códigos legales, pero, el Código prusiano completo data de 1794 y, el Código Civil austriaco, de 1811. En Francia, los esfuerzos de codificación parcial se delimitaron hacia finales del siglo XVIII, y se necesitó el cataclismo de la Revolución y la energía de Napoleón BONAPARTE para dar al país un Código Civil uniforme, en 1804.

⁵⁰ Tendencia culta humanista de los juristas franceses opuesta al *mos italicus*, movimiento utilitario o práctico.

En los países de habla inglesa, la codificación tropezó con la resistencia de algunos juristas que preferían la elasticidad de la práctica no codificada; de todos modos, aparecieron comentarios acerca del Derecho inglés. Después de las obras de BRACON⁵¹, el trabajo más influyente fueron los *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), de BLACKSTONE⁵², que aparecieron, además, como fuente de inspiración para los codificadores de las nuevas leyes en los Estados Unidos.

El Derecho canónico, que se entendía fuera de la jurisdicción real, se codificó gradualmente en los siglos que siguieron a su primera sistematización en el *Decretum* de GRACIANO⁵³ (1140), alcanzando una forma definitiva en 1563, cuando la Reforma y el desarrollo de las Iglesias nacionales, debilitaron la jurisdicción de los Tribunales eclesiásticos sobre los legos e, incluso, sobre los clérigos. Las Decretales, las Constituciones y los Códigos aprobados por diferentes papas, fueron publicados en una edición de 1671, junto con los textos de algunas decisiones del Concilio de Trento, bajo el título *Corpus iuris canonici*.

En relación con el Derecho judío, el refugiado sefardí José CARO, completó, en 1555, una empresa similar. Su *Shulhan 'Arukh* (*Tabla preparada*), estableció los deberes y las obligaciones, religiosos y de otro carácter (derivados sobre todo del *Talmud*), de los judíos. Revisada y ampliada por el rabino polaco Mosé ISSERLES (1530-1572), la *Shulhan 'Arukh*, fue también rápidamente adoptada por los judíos alemanes. Desde entonces, ha sido la base del Derecho judío en los ghettos y otras comunidades en las cuales los judíos siguen la práctica ortodoxa. Antes de la “emancipación” judía del siglo XIX, este Código era aceptado por casi todos los judíos, excepto los “bautizados”.

3.6 La reforma en materia criminal; brujería y demonología; de la mazmorra al reformatorio, al correccional y a la prisión.

En general, los nuevos Códigos legales reflejaban la difusión cada vez más acentuada de la Ilustración. Por ejemplo procuraban reducir el número de crímenes punibles con la muerte, así como los privilegios especiales de clérigos y nobles en los Tribunales. De todos modos, la tortura

⁵¹ Henry de BRACON (1216-1268), jurista y Juez inglés, escribió *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni angliae* (1250-1256).

⁵² William BLACKSTONE (1273-1780), jurista británico, abogado y professor en Oxford.

⁵³ Giovanni GRACIANO, monje jurista camaldulense y profesor de Teología en Bolonia, se le considera el padre del Derecho canónico, gracias a su obra *Concordia discordantium canonum*.

de los prisioneros que se negaban a hablar no era desconocida, y la *peine forte et dure* no fue abolida en Inglaterra hasta el reinado de Jorge III⁵⁴.

En otros países, los Tribunales incluso permitían la tortura de los testigos, detenidos o no. Las *Ordenances* de Luis XIV⁵⁵, otorgaron la aprobación real a esa práctica, que no sufrió cambios importantes hasta la abolición (1780) de la *question préparatoire* (la tortura para obtener información no esencial en el juicio), aunque la *question préalable* (la tortura para obtener la información esencial) continuó hasta la Revolución.

La *Constitutio Theresiana* permitía la tortura, pero ésta fue abolida en el Imperio en 1776, y, de hecho, fue eliminada en Prusia por el Código de Federico el Grande. Desapareció en Dinamarca en la época del ministro ilustrado STRUENSEE⁵⁶, en 1771, y en Suecia en 1772, durante el reinado de Gustavo III. Catalina II la Grande, la desaprobaba, pero no fue prohibida formalmente en Rusia hasta el reinado de su sucesor, Pablo I.

Los castigos severos, después de la condena, continuaron siendo comunes y, las prisiones, eran generalmente mazmorras indescritibles, donde, el mantenimiento, estaba financiado, al menos en parte, no con los fondos del Estado, sino con las contribuciones de los detenidos. Cuando John HOWARD⁵⁷ fue sheriff de Bedfordshire (1773), comprobó que una serie de detenidos, aunque eran inocentes o podían ser puestos en libertad, no lograban salir de las celdas inmundas y malsanas, donde no tenían nada que hacer durante todo el día, simplemente porque no podían pagar al carcelero.

Fuera de esas contradicciones, los carceleros no recibían sueldo, hasta que, en 1774, la Cámara de los Comunes, abolió el sistema de las contribuciones y fijó los sueldos. La obra de HOWARD *Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales* (1777), regiones en las cuales, las cárceles, no eran las peores, hizo mucho para atraer la atención del mundo sobre este

⁵⁴ Nacido el 4 de junio de 1738, rey de Gran Bretaña e Irlanda desde el 25 de octubre de 1760 hasta el 1 de enero de 1801, y, a partir de entonces, rey del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda, hasta su muerte el 29 de enero de 1820.

⁵⁵ Luis XIV DE BORBÓN (1638-1715), fue rey de Francia y de Navarra desde el 14 de mayo de 1643, hasta su muerte.

⁵⁶ Johan Fredrich, conde de STRUENSEE (1737-1772), estadista y médico danés que, como simpatizante de la Ilustración, abolió los privilegios de la nobleza, inició la liberación de los campesinos, saneó las finanzas y convirtió el alemán en lengua administrativa.

⁵⁷ John HOWARD (1726-1760), aunque no era miembro de la nobleza de sangre, disfrutaba de la consideración social de caballero terrateniente. Pionero de las reformas en las prisiones.

problema.

Pero, HOWARD, no fue el primero que se ocupó del problema de las cárceles y de la reforma de las leyes. Ya en el siglo XVI, en Inglaterra, se había construido correccionales con el fin de permitir que, los infractores reincidentes, trabajasen en tareas remuneradas. En 1593 se inauguró en Amsterdam un reformatorio para mujeres.

El papa Clemente XI, hizo separar a los prisioneros jóvenes de los viejos en la cárcel de San Miguel, en Roma. Pero la descripción que hace en sus escritos CASANOVA⁵⁸ sobre “los Plomos” de Venecia y las de LATUDE⁵⁹, acerca de la Bastilla de París, aunque probablemente exageradas, no representan calumnias infundadas en perjuicio de las prisiones del siglo XVIII.

El escritor continental que más hizo por despertar la conciencia de los gobernantes europeos con respecto a la barbarie de sus Códigos fue el marqués de BECCARIA⁶⁰, que en su obra *Dei delitti e delle pene* (1764), atacó el sistema vigente de acusaciones secretas, tortura de testigos inocentes, sentencias de muerte aplicadas sin discriminación, mutilación, marcado a fuego, y condiciones infrahumanas de las prisiones.

El progreso en la esfera criminológica fue dolorosamente lento. El caso de BLACKSTONE demuestra cuán obtuso podía mostrarse en ciertos aspectos el mismo individuo que era una lumbrera en otros sentidos. En sus *Comentarios* escribió: “Negar la posibilidad o, más bien, la existencia de la brujería y la hechicería, significa contradecir rotundamente la Palabra revelada de Dios en distintos pasajes del Antiguo y el Nuevo Testamento; y el hecho mismo es una verdad atestiguada sucesivamente por todas las naciones del mundo”.

⁵⁸ Giacomo Girolano CASANOVA (1725-1798), en *Historia de mi vida*, expone su huida de la famosa Cárcel de la República, de la cual se evadió.

⁵⁹ Jean Henry LATUDE (1725-1805), militar y escritor que estuvo prisionero en La Bastilla.

⁶⁰ Cesare BECCARIA (1738-1794), literato, filósofo, jurista y economista italiano, uno de los más importantes inspiradores del movimiento de reforma del antiguo Derecho penal continental. Publicó, entre otras obras: *Sobre el desorden y su remedio* (1762), *De los delitos y las penas* (1764), *Investigación sobre la naturaleza del estilo* (1770) y *Elementos de economía pública* (1804, edición póstuma).

Estas palabras fueron escritas ciento treinta años después de que el heroico jesuita Friedrich VON SPEE⁶¹, que había confesado a centenares de brujas condenadas a morir en la hoguera, hubiese reclamado una reconsideración inteligente del tema en su trabajo anónimo *Cautio criminales* (1631). Se escribieron treinta años después aproximadamente de haberse revocado las leyes inglesas y escocesas contra la brujería (1738), y casi contemporáneamente con los escritos en los cuales VOLTAIRE⁶², GOLDSMITH⁶³ y otros ridiculizan la brujería y la demonología⁶⁴.

En los diecisiete años (1726-1743) en que el cardenal de Fleury dominó la corte de Luis XV, se redactaron decenas de miles de *lettres de cachet*, encarcelando arbitrariamente a quienes habían incurrido en el desagrado oficial. En Lisboa, la última víctima de un auto de fe fue quemada en 1761; en 1771, un arzobispo de Moscú, fue linchado cuando intentó colaborar con el gobierno, en el curso de una plaga, impidiendo que las turbas se reuniesen alrededor de una imagen de la Virgen; una bruja, fue quemada en Suiza en 1782, y dos en Polonia en 1793.

El Sistema Constitucional llegó a su apogeo en el siglo XIX. En los países del continente, la elección entre el bien y el mal encontró su expresión en grandes Códigos legislativos. Todas las leyes penales modernas se inspiran en la obra de BECCARIA, anteriormente citada, *Dei delitti et delle pene*, quien luchó por leyes más humanas y la abolición de la tortura.

En 1810, se promulgó el Código Penal napoleónico seguido, en 1813, por la reforma del Código bávaro, obra de VON FEUERBACH, el criminalista más eminente de su época⁶⁵. Este entusiasmo por la codificación llevó también a la elaboración del Derecho consuetudinario de Prusia (1794), del Código Civil o napoleónico (1804), resumen de los trabajos cumplidos con

⁶¹ Friedrich VON SPEE (1591-1635), jesuita alemán, oponente de los juicios de brujería.

⁶² Francois Marie AROUET (1694-1778), escritor y filósofo francés uno de los principales representantes de la Ilustración.

⁶³ Oliver GOLDSMITH (1730(?) -1774), escritor y médico irlandés, conocido sobre todo por su novela *El vicario de Wakefield*.

⁶⁴ Es evidente que la crueldad oficial y la superstición privada no desapareció del todo a medida que se acentuaba el dominio de la Ilustración.

⁶⁵ Paul Johann Anselm FEUERBACH (1775-1833), criminalista y filósofo alemán redactor del Código Penal de Baviera (1813), que sirvió de modelo para otros Códigos penales y autor de la famosa frase que consagra el Principio de Legalidad: *Nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay delito ni pena sin Ley previa). Inspirado en las ideas de HEGEL, es uno de los máximos representantes de la Teoría relativa de la pena o de la Prevención general negativa. También autor de la obra *Kaspar Hauser. Un delito contra el alma del hombre*.

éxito por las comisiones que habían trabajado durante la Revolución, y el Código Civil General de Austria (1811).

4. La sombra del pasado: umbrales del modelo presidencial en España.

4.1 Comienzo: Siglos XVI, XVII y XVIII.

Hemos esbozado con anterioridad que, para el pensamiento de la Ilustración, las penas, además de proporcionadas a los delitos, en función del principio analógico debían ser, en cierto modo, idénticas a ellos. Del tipo de penalidad impuesta a un reo, dado su carácter público, habría de poder deducirse, por cualquier espectador, el delito cometido.

El nacimiento de la pena privativa de libertad podemos situarlo en la transición del antiguo régimen al sistema liberal, con el triunfo, en apariencia definitivo, del encierro sobre cualquier otra forma de cumplimiento de penas.

Sabemos que, desde la baja Edad Media, a algunos reos de delitos graves se les ofrecía la posibilidad de conmutar sus penas de tipo corporal por la del servicio a remo y sin sueldo en las galeras reales. Pero no sería hasta los tiempos de los Reyes Católicos cuando comiencen los Tribunales a condenar directamente a ellas.

Con la masiva incorporación de los penados a las galeras reales se produce un gran cambio en el paradigma penal, iniciándose la era utilitarista, que supone el hallazgo del “sufrimiento productivo”, que coincide con una primera explotación de penados en empresas de carácter civil. Pero, a pesar de su importancia, la línea argumental que nos conduce de la génesis a la implantación de la penalidad liberal-burguesa, desplaza nuestra atención hacia los presidios, en el caso que nos ocupa españoles, en el norte de África.

Presidio es un vocablo puramente militar por el que se conocía a la guarnición de soldados destinada en castillos o fortalezas, sirviendo también para designar a la ciudad misma en el caso de las plazas coloniales fortificadas. La población de los presidios africanos estaba compuesta por los jefes y oficiales, habitualmente de extracción nobiliaria, que se encontraban al mando de los respectivos regimientos, integrados por soldados profesionales, personal de recluta y militares desplazados desde otros puntos para el cumplimiento de medidas disciplinarias.

Por último se hallaba la población civil, la autóctona y la procedente de la península, que siempre fue muy escasa, ambas empleadas en las distintas atenciones no militares de las plazas.

La condena “a presidio”, de la que tenemos noticias ciertas al menos desde el siglo XVI, estaba dirigida en sus primeros momentos exclusivamente hacia el estamento nobiliario, en equivalencia a la de galeras para la población plebeya. Consistía en servir con las armas, normalmente a su costa, en las campañas militares que se desarrollaban en las plazas coloniales norteafricanas⁶⁶ y europeas.

Esta pena hemos de entenderla como un deslizamiento de la pena de destierro, de ahí que la legislación, durante largas épocas, siguiera denominando de forma indistinta “desterrados” a los “presidarios”. Resultaba una pena tan utilitaria como la de galeras⁶⁷.

Por Real Decreto de 25 de febrero de 1692, se ordena prender a todos los vagos y mendicantes que hubiere en la Corte bajo amenaza de destierro; posteriormente, una Real Providencia, dispuso que fueran llevados a los presidios “donde más necesidad haya”, en este caso, para servir como soldados. Tres años después, el mismo criterio se hará extensible a los gitanos, restringiendo su admisión a los que contaran con una edad de entre catorce y diecisiete años, para poder adoctrinarlos y convertirlos en soldados profesionales⁶⁸.

Toda la legislación de la primera mitad del siglo XVIII, seguirá insistiendo en remitir a presidio a los nobles culpables de los mismos delitos por los que eran enviados a galeras los de extracción plebeya, lo cual no tiene nada de extraño si tenemos en cuenta que, hasta en la aplicación de la pena de muerte, existían diferencias: decapitación con hacha para los nobles y horca para los plebeyos⁶⁹.

⁶⁶ La Goleta (Túnez), Orán (Argel), Mamora (Marruecos).

⁶⁷ Durante el siglo XVII, esta forma de penalidad experimentaría un notable incremento en su aplicación con el aporte de nuevos estamentos sociales. Algunos delincuentes del estado llano fueron incorporados a los presidios para realizar trabajos de fortificación.

⁶⁸ A pesar de estos aportes, la pena de presidio, aun considerada en sentido amplio, seguirá teniendo en esta época una escasísima importancia dentro del conjunto de la penalidad, en buena parte dominada por las galeras y las penas corporales.

⁶⁹ Incluso, en el siglo XIX, cuando se decide que todas las penas de muerte se ejecuten con garrote (R. D. de 24 de abril de 1828), se establecerá la distinción entre *garrote ordinario*, para el estado llano; *garrote noble*, para nobles, y, *garrote vil*, para delitos infamantes.

4.2 Sustitución de la pena de galeras por los presidios arsenales y africanos.

La obsolescencia técnica de las galeras, reemplazadas por embarcaciones más modernas, trajo aparejada la desaparición de un destino penal al que eran enviados los reos. Al ser imposible recolocar a la ingente cantidad de penados-trabajadores, la Sala de Alcaldes de Corte y Chancillerías del Crimen de Valladolid y Granada propone que fueran enviados a las minas y, los sobrantes de este destino, empleados en *obras Reales* (militares)⁷⁰ y públicas (civiles)⁷¹, siempre en beneficio del Estado.

Como ni las minas ni las obras resultó la solución, la mayoría de los penados fueron remitidos a los presidios africanos. En cuanto a los remitidos a arsenales, pronto quedó clara la dureza del trabajo practicado en ellos, y la desproporción que suponía destinar allí a los reos de condenas leves. La pena de presidio, y más concretamente los presidios africanos, se sitúan en un primer plano de la penalidad mayor.

La primera gran pieza jurídica del Derecho penitenciario español es la *Real Ordenanza para el gobierno de los presidios de los Arsenales de la Marina*, de 20 de marzo de 1804, como continuación de un conjunto de medidas con la que se pretendía reconducir una situación absolutamente desbordada en el sentido de que, además de absorber cierta cantidad de penados, resultara beneficiosa para el Ejército en general y para los intereses de la Marina de guerra en particular.

El 12 de septiembre de 1807, surgió el *Reglamento para la formación de presidios correccionales en las Capitales y pueblos grandes del Reino*, más en concreto, en aquellas que residieran las Capitanías Generales y las Intendencias del Ejército (Sevilla, Zaragoza, Valladolid, Barcelona, Badajoz, La Coruña, Valencia y Palma de Mallorca), recomendando su creación en las ciudades populosas que tuvieran capacidad para prestar algún tipo de ocupación a los penados, entre las que se nombran Granada, Córdoba, Salamanca, Murcia y Pamplona, además de mantener los preexistentes en Madrid, Málaga y Cartagena.

⁷⁰ Aparecen de forma muy residual.

⁷¹ Empedrados y limpieza de calles y plazas, construcción de canales y acequias, paseos, alamedas y accesos a las poblaciones.

La clasificación de los penados se hacía teniendo en cuenta los delitos, robustez, edad y actitud ante el trabajo, lo cual determinaría si se les amarraba por “collera”, “ramal” o “grillete”, situación que evolucionaba durante la condena al estar previsto un régimen evolutivo de “prisiones” (ataduras), que se aligeraban si se mantenía buena conducta y actitud positiva hacia lo laboral. Incluso se contemplaba el ascenso a Cabo de Vara o Cuartelero, con la rebaja de la condena de un tercio a un sexto.

La mayor parte de los penitenciarios prácticos del primer tercio del siglo XIX, sintieron la necesidad de acabar con la dispersión de instancias decisorias existentes, centralizándolas en una Inspección General; de racionalizar los recursos, sustituyendo la arbitraria creación de los Centros característica del antiguo régimen, por su despliegue ordenado, así como reglamentar minuciosamente toda la actuación penitenciaria. A todas estas cuestiones, trataría de dar cumplida respuesta la *Ordenanza de Presidios del Reino*, de 1834.

4.3 La cárcel.

Hasta fechas relativamente recientes el vocablo *cárcel* identificaba lo que, hoy en día, conocemos como prisión preventiva, es decir, el lugar (torres, sótanos, etc) donde se hallaban retenidos procesalmente los acusados de cualquier delito a la espera de sentencia, sin que constituyera, en sí misma, al menos en teoría, castigo alguno. Se trataba de una medida para asegurar que, el imputado, asistiera al juicio.

En 1799, un grupo de aristócratas, bajo la presidencia del Conde de Miranda, nace la Real Asociación de la Caridad con objeto de atender al alivio espiritual y temporal de los pobres presos de las cárceles de la Corte. Sus miembros se constituyen en foro de pensamiento reformista conectando con las corrientes imperantes en el extranjero e inclinándose, en lo relativo al régimen de vida interno, por el Sistema de Filadelfia⁷².

El proyecto de Ley presentado ante Las Cortes en septiembre de 1820, fue el resultado de los informes y consultas elaborados por lo expertos. En su artículo primero leemos que *en todas las capitales del reino y en los pueblos donde residan los jueces de primera instancia, se construirán cárceles*

⁷² Consistía en un tipo de organización celular donde, cada prisionero, ocupaba una celda y, entre ellas, no había ningún tipo de contacto. El trabajo y el silencio, adoptarían un sentido polivalente, así como el aprendizaje de un oficio. Los ejercicios de piedad se materializarían en charlas, lecturas piadosas y cánticos espirituales.

*arregladas al plan de panóptica presentado, o que se acerque a él en lo posible*⁷³.

Las corrientes teóricas del pensamiento penitenciario español, entroncaron en este punto con los sistemas penitenciarios filadélfico y de Auburn⁷⁴, nacidos ambos, en el seno de las comunidades cuáqueras de Estados Unidos con unos resultados sorprendentes.

La historia de las cárceles siempre ha estado ligada a la de los juzgados y Tribunales de los que dependían los presos en ellas reclusos. Por consiguiente, se vieron afectadas por la reforma que sufrió la Administración de Justicia en 1834, con la creación de los partidos judiciales⁷⁵.

4.4 Las casas-galera femeninas.

La implantación de la pena de galeras, a partir del primer tercio del siglo XVI, no se vio correspondida con otra, utilitaria, que fuera aplicable a las mujeres conforme a su “más delicada naturaleza”. Todavía, en esta época, las “vagabundas y ramerás”, eran sometidas a las penas de destierro, azotes y otras de tipo corporal procedentes del medievo.

Cristóbal PÉREZ DE HERRERA⁷⁶, en su obra *Discursos del amparo de los legítimos pobres*, publicada en 1598, en opinión dirigida a la realeza, aconseja la creación de unas casas de “trabajo y labor” de las que saldrían corregidas y no sólo escarmentadas⁷⁷.

⁷³ Proyecto arquitectónico sobre cárceles diseñado por el inglés Jeremy BENTHAM, que permite a un vigilante observar a todos los prisioneros sin que éstos puedan saber si están siendo controlados o no. La estructura de la cárcel incorpora una torre de vigilancia en el centro de un edificio anular que está dividido en celdas, cada una de las cuales tiene dos ventanas una exterior, por la que entra la luz y otra interior, dirigida hacia la torre de vigilancia.

⁷⁴ Ambos tenían en común el aislamiento. El de Auburn, posibilitaba el trabajo en común diurno, con la tajante prohibición de comunicarse.

⁷⁵ Real Decreto de 21 de abril de 1834.

⁷⁶ Cristóbal PÉREZ DE HERRERA (1558-1620), militar, médico, político y poeta. Protomédico de las Galeras de España preocupado en atender a los pobres y mendigos que abundaban en la mayoría de las grandes ciudades y de diferenciar los verdaderos de los falsos. En sus obras, dedica páginas a los pobres encarcelados, a los clérigos presos, a la redención de los cautivos, así como “poner remedio para corregir las vagabundas y delincuentes” (hubo un reformatorio de mujeres, 1605-1606, con esta finalidad en un edificio anejo al Hospital General de Atocha de Madrid, que se llamaba Galera Real. Vid. *Discursos del amparo de los legítimos pobres*, Luis Sánchez, Madrid, 1598, pássim.

⁷⁷ Según su plan, habían de erigirse primero en Valladolid, Granada y Sevilla para, posteriormente, extenderse al resto de las grandes ciudades.

A la madre Magdalena de San Jerónimo⁷⁸, cupo el mérito de sintetizar en una especie de reglamento todas las nociones que, de forma dispersa, se tenía en la época sobre el tema. Su obra, marcaría el inicio de las Casas-Galera como establecimiento para unificar las distintas clases de encierro penal femenino hasta ese momento existentes:

“Por lo qual, el fin y blanco desta obra es hazer una casa en cada ciudad y lugar donde hubiere comodidad, con nombre de <<Galera>>, donde la justicia recoja y castigue, según delitos, las mugeres y vagantes, ladronas, alcahuetas y otras semejantes.

Para que se entienda la forma y traça como esto se ha de hazer, la importancia y la necesidad que dello avía, con todo lo demás que a esto pertenece, quise escribir este breve tratadillo...”.

Las casas-galera incorporan elementos propios de lo carcelario, como la figura del Alcalde, que había de estar “casado a satisfacción”. A las duras condiciones existentes, había que añadir la intervención en el encierro, para lograr una mayor productividad en el trabajo a fin de sufragar los gastos de la galera, conseguir la docilidad de las internas, la perfecta sumisión al hombre y al hogar, en definitiva, su *domesticación*.

En 1787, el padre Pedro PORTILLO, funda en Madrid la Real Asociación de la Caridad de Señoras. Sus miembros, de extracción aristocrática, introducen pequeños trabajos artesanales que procuraban algún dinero a las allí internadas. Crearon, dentro de la Cárcel de Corte, una Sala de Corrección para presas adolescentes, de entre diez y dieciséis años, con objeto de separarlas de las mayores, asumiendo la manutención de aquellas que fueran pobres. También implantaron un departamento de “Reservadas”, en el que se admitían mujeres solteras que habían quedado embarazadas para evitarles la vergüenza pública, la ira de sus familiares y los frecuentes infanticidios que, por cuestión de honra, se producían.

Resulta novedoso, el interés de la Real Asociación por lo que podríamos llamar asistencia postpenitenciaria, haciéndose cargo, tras el cumplimiento de la condena, de los gastos de regreso al hogar y ofreciendo, a las que carecían de él, alojamiento y trabajo durante algún tiempo. Las asociaciones que se crearon en otras capitales, alcanzaron un fuerte grado de

⁷⁸ Magdalena de SAN JERÓNIMO, *Razón y forma de la Galera y Casa Real, que el Rey nuestro Señor manda hazer en estos Reynos para castigo de las mugeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otras semeiantes*, Francisco FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, Valladolid, 1608, pp. 63-95.

cohesión interna, si bien, la Guerra de la Independencia, truncó el incipiente asociacionismo y los posteriores intentos de restablecerlo.

4.5 Nacimiento de la pena privativa de libertad.

Asistimos al nacimiento de la pena de privación de libertad como la pena por excelencia. Se habla de su aparición en las codificaciones del Siglo XIX como una respuesta más "humanitaria". Pero las apariencias de humanidad encierran, como hemos visto, ocultas razones económicas. La cárcel era una vieja conocida. Tenía su espacio antes de los sistemas penales. Con el transcurso del tiempo se ha transformado en un tipo de sanción que aparece como "natural".

Siguiendo a BURILLO ALBACETE⁷⁹, hemos de citar a Evgeni PASUKANIS, teórico marxista que alcanzó gran predicamento en tiempos de la Revolución soviética, lo que no supondría obstáculo para su posterior fusilamiento durante el mandato de José STALIN⁸⁰. En su opinión, habría sido una tarea larvada por la burguesía la de reconducir todos los bienes jurídicos dignos de protección penal hasta una dimensión puramente económica, mensurable por tanto, de forma que, el principio de "reparación equivalente", pudiera realizarse tomando como base el valor del trabajo asalariado en su consideración abstracta⁸¹.

En aplicación de la filosofía del materialismo histórico, Georg RUSCHE y Otto KIRCHHEIMER⁸², formularon en el año 1939 el principio de que "cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones productivas". Fueron pioneros de la puesta en práctica del método "económico-estructural" para el análisis de la penalidad, tratando de conectar los modos de producción, el mercado de trabajo y la estructura socioeconómica de una época, con las formas de ejecución de penas en cada momento histórico⁸³.

⁷⁹ Fernando José BURILLO ALBACETE, *EL NACIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 269 y ss.

⁸⁰ En su obra *Teoría General del Derecho y Marxismo*, publicada en 1924, expone que *para que la idea de reparar el delito por un quantum de libertad abstractamente predeterminado haya podido nacer, ha sido necesario que todas las formas concretas de la riqueza social hayan sido reducidas a la forma más abstracta y más simple, al trabajo humano medido por el tiempo.*

⁸¹ Esa sería la explicación del extraordinario desarrollo que, la pena privativa de libertad, conocerá durante el siglo XIX, momento en el que, la burguesía, asume el poder dispuesta a desplegar plenamente sus potencialidades.

⁸² *Pena y estructura social*, Editorial Temis, Bogotá, 2004, pp. 112 y ss.

⁸³ En el concepto sociológico de estructura se toman en cuenta los elementos de la organización del sistema y las relaciones entre sistemas y la sociedad global, inclusive las modificaciones en las

Tal línea de análisis se rompe con la llegada del filósofo Michel FOUCAULT, adscrito al estructuralismo, que, en 1975, publica su obra más importante sobre el tema que nos ocupa: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Abandona la teoría clásica de que “la pena sigue al delito”, no aceptando que el encierro surgiera como una evolución en la época burguesa. Para FOUCAULT, el triunfo de la pena retentiva es una consecuencia directa de los cambios que se operaron en el propio Poder del Estado⁸⁴.

En la esfera hispánica, bajo la inspiración del profesor Roberto BERGALLI, Justo SERNA ALONSO⁸⁵, realizó el primer intento serio de verificar el método económico-estructural en su aplicación al caso español, si bien incidiendo casi exclusivamente en la realidad valenciana. Con metodología ecléctica, sigue el mismo camino Horacio ROLDÁN BARBERO⁸⁶. Más próximos a los análisis de FOUCAULT, se encuentran las tesis de Fernando ÁLVAREZ URÍA⁸⁷, Pedro FRAILE Y PÉREZ DE MENDIGUREN⁸⁸, Pedro TRINIDAD FERNÁNDEZ⁸⁹, etc.

Parece existir unanimidad en la mayoría de los autores que, la pena privativa de libertad, entendida como concepto jurídico asumido por el Derecho positivo, se convierte en hegemónica con la implantación del sistema capitalista, pudiendo datarse entre finales del siglo XVII y principios del XIX.

En España, entre 1834 y 1848, se dio un penitenciarismo anclado en la tradición utilitaria, pero, con el triunfo político del retribucionismo y del correccionalismo como alternativas penitenciarias, que se reforzaba con la incorporación al sistema de las casas-galera femeninas, terminó la era del

relaciones internas y externas de la sociedad. El avance metodológico presentado con este enfoque se manifiesta al considerar los elementos en una forma no aislada sino en interdependencia con los demás elementos del sistema.

⁸⁴ Simplemente superpuesto a los otros poderes que de forma reticular a travesarían todo el cuerpo social: maestros de taller, padres de familia, etc., que le servirían de condición de necesidad y sustento.

⁸⁵ Justo SERNA ALONSO, *Presos y pobres en la España del XIX: La determinación social de la marginación*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1988.

⁸⁶ Horacio ROLDÁN BARBERO, *Historia de la prisión en España*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1988.

⁸⁷ Fernando ÁLVAREZ URÍA, *Miserables y locos. Medicina mental y orden social en la España del siglo XX*, Tusquets, Barcelona, 1983.

⁸⁸ Pedro FRAILE Y PÉREZ DE MENDIGUREN, *Un espacio para castigar*, Serbal, Barcelona, 1987.

⁸⁹ Pedro TRINIDAD FERNÁNDEZ, *La defensa de la sociedad: Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Alianza Editorial, Madrid, 1991.

utilitarismo penal, pues ya no se justificaba la explotación del trabajo productivo de los penados. Se inicia la implantación de un sistema penitenciario con regímenes progresivos de cumplimiento de condenas que decían defender el valor correcto del trabajo ocupacional.

Durante el largo periodo de la Restauración⁹⁰, el régimen penitenciario, que creció y se reformó, se caracterizó por una falta de recursos para llevar a cabo el ideal correccionalista, la masificación de los recintos penitenciarios y las protestas obreras y patronales por la competencia ilegítima que supuestamente, los talleres, hacían a la industria libre. Más tarde, el sistema de penas y castigos ideado por republicanos y socialistas en 1931, aunque sesgado ideológicamente por la lectura marxista que, del positivismo italiano, habían hecho determinados juristas, reforzaría la idea del régimen progresivo y las propuestas premial-punitivas que habían planteado desde el siglo XIX los penitenciaristas reformadores⁹¹.

Tal reformismo penitenciario, junto con la fundamentación social del Código Penal de 1932 y la imagen renovadora de Victoria KENT SIANO⁹² como Directora General de Prisiones, se presentaba de una manera más técnica y profesionalizada con fines explícitamente reeducadores y reinsertadores. Con la Guerra Civil, desde el momento en que se adoptaron las primeras soluciones concentradoras por ambos bandos, desapareció el camino que había conducido al penitenciarismo español, hasta el proyecto reformista de la Segunda República⁹³.

Durante el régimen del general FRANCO, se retoma la penología retribucionista y correccionalista con fines expiatorios y redentivos. Tales conceptos, principalmente entre 1938 y 1943, formaban parte de las funciones militares y económicas de las sentencias dictadas y de los castigos ejecutados, más allá de la finalidad expresa de la pena, lo que suponía un nuevo eclecticismo utilitarista.

⁹⁰ Restauración borbónica: Desde el pronunciamiento del general Arsenio MARTÍNEZ CAMPOS en 1874, con el fin de la Primera República hasta la proclamación de la Segunda República, el 14 de abril de 1931.

⁹¹ Entre los que podemos destacar al ilustre penalista Pedro DORADO MONTERO (1861-1919) y a Concepción ARENAL DE PONTE (1820-1893).

⁹² Victoria KENT SIANO (1892-1987), abogada y política republicana cuyo mandato al frente de las prisiones españolas fue muy significativo bajo el criterio de que, las sociedades, están obligadas a recuperar al delincuente como persona activa y que, las cárceles, son el instrumento para ello.

⁹³ En tal sentido, Pedro OLIVER OLMO, *HISTORIA Y REINVENCIÓN DEL UTILITARISMO PUNITIVO*, artículo consultado en <http://www.uclm.es>.

La ideología punitiva de dicha época se asienta y tecnifica hasta perder su envoltura moralista de origen y entramarse con los fines resocializadores de la pena que, posteriormente, proclamaría la Constitución Española de 1978, por lo que, podemos afirmar, que creó cultura de castigo y tradición en el sistema penitenciario español⁹⁴.

⁹⁴ Quizás, por lo mismo, se mantuvo vigente como institución durante mucho tiempo hasta la reforma de 1995.

CAPÍTULO II

EL SUCESO: PLURALIDAD DE SUPUESTOS DE HECHO Y DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

1. El estado de la cuestión: nuestro acercamiento al tema.

1.1 Orígenes del comportamiento humano.

Plantear la cuestión objeto del presente trabajo presupone conocer, siquiera de modo sintético, el principio intelectual de la conducta humana, dado que, el hombre, es el único animal capaz de hacer fracasar su vida voluntariamente, del mismo modo que sólo la lleva a su mejor fin si quiere.

La libertad consiste en la capacidad de darse a sí mismo fines y de elegir los medios para llevarlos a cabo, por eso se dice que, la conducta humana, *está principiado por el conocimiento intelectual*⁹⁵.

El hombre es un ser que está por encima de la dictadura del instinto. La satisfacción de tal tendencia exige la intervención de la razón en el proceso de sus decisiones para aprender a vivir. Al contrario, si el hombre no controla sus inclinaciones mediante la razón, no las controla de ninguna manera, por lo que puede hacerse daño a sí y a otros. El fin es el principio de la acción, y, a éste, se llega por la razón.

Nuestra cultura ha ido descubriendo paulatinamente la importancia de la persona humana. Por ejemplo, en el campo jurídico, el derecho apoya en este concepto la legislación positiva acerca de los derechos fundamentales, los derechos humanos, etc. Y es que, la fuente última de la dignidad del hombre, es su condición de persona.

La actitud de respeto a las personas estriba en el reconocimiento de su dignidad y en comportarse hacia ellas de acuerdo con la altura de esta dignidad. Tal reconocimiento no es una declaración jurídica abstracta, sino un tipo de comportamiento práctico hacia los demás: Todas las personas deben ser reconocidas como sujetos concretos, con identidad propia, diferente a los demás, nacida de su biografía, de su situación, de su cultura y del ejercicio de su libertad.

⁹⁵ Véanse las consideraciones publicadas por Ricardo YEPES STORK y Javier ARANGUREN ECHEVARRÍA, *Fundamentos de Antropología*, EUNSA, Pamplona, 2003, pp. 24 y ss.

Este cierto carácter absoluto de la persona respecto de sus iguales e inferiores, ¿indica que puede hacer lo que quiera? La respuesta es no, en la medida que, los otros hombres, se le aparecen también como absolutos. El hombre pues, es un *absoluto relativo*⁹⁶.

Debemos advertir, en todo caso, que la libertad personal no es absoluta, por cuanto concurren necesariamente, límites, fronteras que nacen precisamente, de las prerrogativas de los otros, de la autonomía en sociedad, teniendo presente la existencia en comunidad. En consecuencia, ha de encontrar un equilibrio positivo en el respeto a la voluntad de los otros.

1.2 La libertad, nota definitoria de la persona.

La libertad permite al hombre alcanzar su máxima grandeza, pero también es la condición de posibilidad de su mayor degradación. Hablaremos de la libertad constitutiva, después de la libertad de elección, en tercer lugar de la realización de la libertad y, en cuarto lugar de la libertad social.

1.2.1 Libertad constitutiva.

El primer nivel de consideración es la *libertad constitutiva*, también llamada *fundamental* o *trascendental*, la cual no viene considerada como una mera propiedad de los actos del hombre, sino como su mismo ser. Consiste en una intimidad libre, un espacio interior que nadie puede poseer si uno no quiere y en el cual yo me encuentro a disposición de mí mismo.

Ningún cautiverio, prisión o castigo es capaz de suprimir este nivel de libertad que el hombre tiene dentro de modo inviolable y que, sólo puede ser eliminado mediante la desaparición del mismo hombre. La tortura es la violencia dirigida a lograr ese quebranto. El torturador, no cambia el modo de pensar de alguien, sino que se dirige a la destrucción de su núcleo más sagrado. La maldad de este tipo de acciones es tal porque justamente ataca al mismo ser del hombre, a su intimidad.

Esta libertad interior, que nos permite hablar de dignidad de la persona ya que desde ella queda claro que cada ser humano es la fuente de su actuar (un *quien*), es la base de los derechos humanos y del ordenamiento jurídico.

⁹⁶ La expresión es de Robert SPAEMANN (1927). Profesor de Filosofía en las Universidades de Stuttgart, Heidelberg —en cuya cátedra sucedió a Hans-Georg GADAMER— y, finalmente, hasta su jubilación en 1992, en la Ludwig-Maximilian de München. *Felicidad y benevolencia*, Madrid, Rialp, 1991 y *Ética: cuestiones fundamentales* (5ª ed.), EUNSA, Pamplona, 1998.

De ella brotan los derechos a la libertad de expresión; el derecho a la libre discusión en la búsqueda de la verdad, tanto teórica como práctica; el derecho a la libertad religiosa, que incluye no sólo creer, sino también practicar una fe; el derecho a vivir según dicten las propias creencias y convicciones, es decir, a respetar y seguir las normas morales y éticas que señale la propia conciencia, o la tradición a la que uno libremente pertenece o el proyecto vital que uno elija⁹⁷.

1.2.2 Libertad de elección o de arbitrio.

La *libertad de elección o de arbitrio*, es la segunda cota según la cual seleccionamos en un mercado un producto u otro. Un uso desconsiderado de esta acepción de la libertad es la *sociedad de consumo*, en la cual, nuestra capacidad de elegir, es el hecho más importante.

Según esta doctrina (el *determinismo*), nuestras elecciones y decisiones están previamente determinadas por motivaciones que ignoramos pero que son las auténticas causas de nuestro comportamiento. Este planteamiento, tan frecuente en las ciencias sociales, responde a una explicación *materialista* del hombre.

En cambio, la experiencia espontánea nos asegura de modo rotundo e innegable que uno puede afirmar ante algo “lo hago porque me da la gana”. Esta evidencia sólo se puede negar formulando una teoría que dice que el ¡no me da la gana! Es una apariencia falsa. Esta “filosofía de la sospecha”, es un camino ya desacreditado para entender al hombre. La síntesis pasiva, condiciona nuestra libertad de decisión, pero, una cosa es condicionar y, otra, suprimir.

Como ya avanzamos, cuando mi libertad se relaciona con la de los demás, ¿hasta dónde debo ser tolerante con la elección ajena?, desde la libertad entendida como espontaneidad, ¿tiene sentido la acción de aconsejar, de ayudar?, ¿hay algún criterio o todo vale lo mismo, o todo vale nada? Si sólo hay espontaneidad, si no existe un acuerdo previo de qué cosas son perjudiciales, es imposible establecer los límites de lo tolerable y de lo intolerable. “El ideal de libre elección supone que hay otros criterios además del simple hecho de elegir”.

⁹⁷ Cfr. en este sentido Ricardo YEPES y Javier ARANGUREN, *Fundamentos de Antropología*, op. cit., pp. 121 y ss..

1.2.3 La realización de la libertad: el proyecto vital.

La tercera dimensión de la libertad es su elaboración. Consiste en la realización de la libertad fundamental a lo largo del tiempo en la tarea de vivir la propia vida y configurar una determinada biografía e identidad: la de uno mismo.

Con ello, uno opta por un determinado camino dejando a un lado los demás: “la vida humana consiste en un mecanismo de elección, de preferencia y postergación. Toda elección es a la vez una exclusión...”. Al diseño y realización de ese conjunto de decisiones, que para el ordenamiento jurídico es un derecho, se le llama *proyecto vital*.

En el desarrollo temporal de la libertad fundamental, la espontaneidad no basta. Si no hay un *hacia dónde*, una *meta*, la libertad se hace irrelevante: “¿café o descafeinado?”. Esto es una elección trivial, la libertad no merece la pena por eso. “La libertad se mide por aquello respecto de lo cual la empleamos”. Por eso en ella lo importante son los proyectos, el blanco al que apuntan las trayectorias, el fin que se busca, etc.

Con el propósito de aspirar a lo verdaderamente importante los clásicos le llamaban *magnanimidad*. Era magnánimo el hombre que aspiraba a cosas grandes por ser merecedor de ellas⁹⁸. A las metas altas que el hombre se propone, se les llama ideales. Un ideal es un modelo de vida que uno elige para sí y que decide encarnar en sus acciones. Se convierte en proyecto vital cuando se decide seriamente a ponerlo en práctica. La tercera dimensión de la libertad consiste en tratar de realizar los propios ideales. Llegar a ser el que uno quiere, o no llegar; tener éxito en la tarea que más importa o caer en el fracaso.

En caso contrario, la vida, se convierte en un continuo “¿café o descafeinado?”.

1. 2.4 La libertad social: miseria y oportunidades.

La libertad hay que realizarla: ponerse en marcha, llevar a cabo el propio proyecto vital. Pero, esta realización, exige que en la sociedad, se pueda hacer lo que uno quiere. Consiste en que, los ideales, puedan vivirse

⁹⁸ “Esta parece ser la característica del magnánimo. Interesarse por pocas cosas, y éstas, grandes”, ARISTÓTELES, *Ética Eufemia*, Gredos, Madrid, 1995, 1232b 5; “la pusilanimidad es la disposición que hace que uno no se juzgue digno de grandes bienes cuando es digno de ellos”, *ibíd.*. 123^a. 1.

y que, toda persona, tenga en sus manos la posibilidad de realizar sus metas.

“La mayoría de situaciones de falta de libertad que no pueden superarse autónomamente pueden caracterizarse como situaciones de miseria”. La miseria es “aquella situación en la que el hombre queda reducido a una dinámica mecánica y automática en la que no puede crecer”. Miseria significa no poder salir de la pobreza. Liberación es “el proceso a través del cual se alcanza la libertad, la remoción de todos los obstáculos que la impiden”, la superación de la situación menesterosa en la que se encuentra atado el hombre.

La libertad social se puede definir como liberación de la falta de recursos económicos, jurídicos, políticos, efectivos, etc. Es la forma más grave de ausencia de libertad, porque conlleva la falta de bienes necesarios para la realización de la vida humana en sociedad. Y, no lo olvidemos, la sociedad es el campo en el que, el hombre, puede inventar lo humano. Por eso, la conquista de las libertades va paralela a la liberación de la miseria.

Habitualmente, el proceso de liberación crece cuando se dan oportunidades, ocasiones para que, las personas, puedan poner en práctica sus proyectos. Si no se concede a la gente oportunidades reales, la proclamación de libertad es puramente retórica. Las oportunidades son situaciones que hay que aprovechar en un momento dado porque pueden no volver a darse. Al hombre hay que darle oportunidades para que dé lo mejor de sí mismo.

Una sociedad abierta es aquella en la que, la libertad, existe. Desde hace varios siglos, América siempre ha sido atrayente por este motivo: allí cada uno es el causante de su propio éxito o fracaso. Si la postura se radicaliza, como ocurre en algunos puntos de Estados Unidos, se puede acabar creando una sociedad en exceso competitiva que no conoce la virtud de la piedad hacia los que no ganan. Así, no es extraño encontrar en medio de algunas grandes ciudades (Los Ángeles, Nueva Cork, etc.) bolsas de pobreza mucha más agudizada que las que hay en países con un menor índice de desarrollo.

A pesar de esos excesos, una sociedad cerrada lo da todo decidido, es menos libre; no hay posibilidad de “colocarse” donde uno quiere o donde uno merece. Así ocurría en el sistema gremial del final de la Edad

Media. En él, la sociedad era estática, la vida estaba perfectamente prevista.

1.3 Los derechos de libertad personal a la luz del Derecho constitucional y del actual Derecho penitenciario español.

En relación con el concepto constitucional de libertad personal, nuestra Carta Magna prescribe en su artículo 17.1: *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley.* Hemos de señalar, aun cuando sólo sea a título introductorio, que invocar otros preceptos (arts. 1.1, 9.2 y 9.3 CE)⁹⁹ análogos, puede llevar a confusiones.

1.3.1 La libertad personal como garantía.

Se considera a la libertad personal como la primera y originaria forma de garantizar todas las libertades. Su significado consiste en el derecho de la persona a no ser privada de su libertad física mediante la detención o la prisión, salvo en los casos y las garantías que la ley establece. Debe pues distinguirse de la libertad general de proceder o “libertad general de autodeterminación individual”, es decir, de aquella libertad genérica que constituye uno de los cuatro valores superiores del ordenamiento jurídico español (Artículo 1.1 CE).

Constituye por tanto una inmunidad aunque alguna manifestación concreta, como el derecho del detenido a no declarar es, propiamente, una exención. Su origen histórico se encuentra en el *Habeas Corpus* británico y, más tarde, en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, cuya formulación ha pasado al constitucionalismo mundial.

⁹⁹ Artículo 1.1 CE:

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Artículo 9.2 CE:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Artículo 9.3 CE:

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El principio general de libertad de la persona admite excepciones: como medida cautelar (la detención preventiva y la libertad provisional) o como pena impuesta por la comisión de un delito (pena de prisión). Tales salvedades sólo pueden ser establecidas mediante ley orgánica con estricto respeto al contenido de este derecho.

1.3.2 La detención preventiva.

El art. 17.2 de la CE proclama que, *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.*

El régimen legal de este mandato constitucional, mediante el que la persona detenida por la sospecha de comisión de un delito debe ser puesta en libertad o a disposición del Juez competente para que éste decida si procede o no dictar la prisión provisional hasta la celebración del juicio, encuentra su régimen legal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 y sus posteriores modificaciones, arts. 489 a 544 y 589 a 614¹⁰⁰.

¹⁰⁰ LCRim:

**TÍTULO VI.
DE LA CITACIÓN, DE LA DETENCIÓN Y DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.
CAPÍTULO I. DE LA CITACIÓN.**

Artículo 486 LECrim:

La persona a quien se impute un acto punible deberá ser citada sólo para ser oída, a no ser que la ley disponga lo contrario, o que desde luego proceda su detención.

Artículo 487 LECrim:

Si el citado, con arreglo a lo prevenido en el artículo anterior, no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención.

Artículo 488 LECrim:

Durante la instrucción de la causa, el Juez instructor podrá mandar comparecer a cuantas personas convenga oír por resultar contra ellas algunas indicaciones fundadas de culpabilidad.

CAPÍTULO II. DE LA DETENCIÓN.

Artículo 489 LECrim:

Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban.

Artículo 490 LECrim:

Cualquier persona puede detener:

1. *Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.*
2. *Al delincuente in fraganti.*
3. *Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.*

4. *Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.*
5. *Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.*
6. *Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.*
7. *Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.*

Artículo 491 LECrim:

El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior.

Artículo 492 LECrim:

La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener:

1. *A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.*
2. *Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.*
3. *Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial.*

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.

4. *Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes:*
 - 1ª. *Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.*
 - 2ª. *Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.*

Artículo 493 LECrim:

La Autoridad o agente de Policía judicial tomará nota del nombre, apellido, domicilio y demás circunstancias bastantes para la averiguación e identificación de la persona del procesado o del delincuente a quienes no detuviere por no estar comprendidos en ninguno de los casos del artículo anterior. Esta nota será oportunamente entregada al Juez o Tribunal que conozca o deba conocer de la causa.

Artículo 494 LECrim:

Dicho Juez o Tribunal acordarán también la detención de los comprendidos en el artículo 492, a prevención con las Autoridades y agentes de Policía judicial.

Artículo 495 LECrim:

No se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle.

Artículo 496 LECrim:

El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes arts, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la delito sancionado con pena misma. Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas.

Artículo 497 LECrim:

Si el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuere el propio de la causa, y la detención se hubiese hecho según lo dispuesto en los números 1, 2 y 6, y caso referente al procesado del 7 del artículo 490, y 2, 3, y 4 del artículo 492, elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el

término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado. Lo propio, y en idéntico plazo, hará el Juez o Tribunal respecto de la persona cuya detención hubiere él mismo acordado.

Artículo 498 LECrim:

Si el detenido, en virtud de lo dispuesto en el número 6 y primer caso del 7 del artículo 490 y 2 y 3 del artículo 492, hubiese sido entregado a un Juez distinto del Juez o Tribunal que conozca de la causa, extenderá el primero una diligencia expresiva de la persona que hubiere hecho la detención, de su domicilio y demás circunstancias bastantes para buscarla e identificarla, de los motivos que ésta manifestase haber tenido para la detención, y del nombre, apellido y circunstancias del detenido.

Esta diligencia será firmada por el Juez, el Secretario, la persona que hubiese ejecutado la detención y las demás concurrentes. Por el que no lo hiciere firmarán dos testigos.

Inmediatamente después serán remitidas estas diligencias y la persona del detenido a disposición del Juez o Tribunal que conociese de la causa.

Artículo 499 LECrim:

Si el detenido lo fuese por estar comprendido en los números 1 y 2 del artículo 490 y en el 4 del 492, el Juez de instrucción a quien se entregue practicará las primeras diligencias y elevará la detención a prisión o decretará la libertad del detenido, según proceda, en el término señalado en el artículo 497.

Hecho esto, cuando él no fuese Juez competente, remitirá a quien lo sea las diligencias y la persona del preso, si lo hubiere.

Artículo 500 LECrim:

Cuando el detenido lo sea en virtud de las causas 3, 4 y 5, y caso referente al condenado de la 7 del artículo 490, el Juez a quien se entregue o que haya acordado la detención dispondrá que inmediatamente sea remitido al establecimiento o lugar donde debiere cumplir su condena.

Artículo 501 LECrim:

El auto elevando la detención a prisión o dejándola sin efecto se pondrá en conocimiento del Ministerio fiscal, y se notificará al querellante particular, si lo hubiere, y al procesado, al cual se le hará saber asimismo el derecho que le asiste para pedir de palabra o por escrito la reposición del auto, consignándose en la notificación las manifestaciones que hiciere.

CAPÍTULO III. DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.

Artículo 502 LECrim:

1. Podrá decretar la prisión provisional el Juez o magistrado instructor, el Juez que forme las primeras diligencias, así como el Juez de lo penal o Tribunal que conozca de la causa.

2. La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.

3. El Juez o Tribunal tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta.

4. No se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación.

Artículo 503.1 LECrim:

1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso. Si fueran varios los*

-
- hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección II del capítulo II del título III del libro I del Código Penal.*
2. *Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.*
 3. *Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:*
 - a) *Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta Ley. Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona imputada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1 de este apartado.*
 - b) *Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto. No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.*
 - c) *Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1 de este apartado.*
 2. *También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1 y 2 del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos. Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer. Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1 del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.*

Artículo 504 LECrim:

1. *La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.*
2. *Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en los párrafos a o c del apartado 1.3 o en el apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el Juez o Tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años si el delito tuviera señalada pena privativa de*

libertad superior a tres años, o de hasta seis meses si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años. Si fuere condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida.

3. Cuando la prisión provisional se hubiere acordado en virtud de lo previsto en el apartado 1.3.b del artículo anterior, su duración no podrá exceder de seis meses.No obstante, cuando se hubiere decretado la prisión incomunicada o el secreto del sumario, si antes del plazo establecido en el párrafo anterior se levantara la incomunicación o el secreto, el Juez o Tribunal habrá de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional.

4. La concesión de la libertad por el transcurso de los plazos máximos para la prisión provisional no impedirá que ésta se acuerde en el caso de que el imputado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del Juez o Tribunal.

5. Para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa. Se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufriere dilaciones no imputables a la Administración de Justicia.

6. Cuando la medida de prisión provisional acordada exceda de las dos terceras partes de su duración máxima, el Juez o Tribunal que conozca de la causa y el ministerio fiscal comunicarán respectivamente esta circunstancia al presidente de la sala de gobierno y al fiscal-jefe del Tribunal correspondiente, con la finalidad de que se adopten las medidas precisas para imprimir a las actuaciones la máxima celeridad. A estos efectos, la tramitación del procedimiento gozará de preferencia respecto de todos los demás.

Artículo 504 bis LECrim: Declarado inconstitucional y nulo por Sentencia 71/1994, de 3 de marzo, del pleno del Tribunal Constitucional. Publicada en el BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994.

Cuando, en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se hubiere acordado la libertad de presos o detenidos por los delitos a que se refiere el artículo 384 bis, la excarcelación se suspenderá por un período máximo de un mes, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal. Dicha suspensión no se aplicará cuando se hayan agotado en su totalidad los plazos previstos en el artículo 504, y las correspondientes prórrogas, en su caso, para la duración de la situación de prisión provisional.

Artículo 504 bis 2 LECrim:

Derogado.

Artículo 505 LECrim:

1. Cuando el detenido fuere puesto a disposición del Juez de instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza.En los supuestos del procedimiento regulado en el título III del libro IV de esta Ley, este trámite se sustanciará con arreglo a lo establecido en el artículo 798, salvo que la audiencia se hubiera celebrado con anterioridad.

2. La audiencia prevista en el apartado anterior deberá celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. La audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional del imputado no detenido o su libertad provisional con fianza.

3. En dicha audiencia, si el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora solicitare que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza, podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las 72 horas antes indicadas en el apartado anterior.

4. El Juez o Tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza. Si ninguna de las partes las instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del imputado que estuviere detenido.

5. Si por cualquier razón la audiencia no pudiere celebrarse, el Juez o Tribunal podrá acordar la prisión provisional, si concurrieren los presupuestos del artículo 503, o la libertad provisional con fianza. No obstante, dentro de las siguientes 72 horas, el Juez o Tribunal convocará una nueva audiencia, adoptando las medidas a que hubiere lugar por la falta de celebración de la primera audiencia.

6. Cuando el detenido fuere puesto a disposición de Juez distinto del Juez o Tribunal que conociere o hubiere de conocer de la causa, y el detenido no pudiere ser puesto a disposición de este último en el plazo de 72 horas, procederá el primero de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores. No obstante, una vez que el Juez o Tribunal de la causa reciba las diligencias, oirá al imputado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda.

Artículo 506 LECrim:

1. Las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del imputado adoptarán la forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción.

2. Si la causa hubiere sido declarado secreta, en el auto de prisión se expresarán los particulares del mismo que, para preservar la finalidad del secreto, hayan de ser omitidos de la copia que haya de notificarse. En ningún caso se omitirá en la notificación una sucinta descripción del hecho imputado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el artículo 503 se pretende conseguir con la prisión. Cuando se alce el secreto del sumario, se notificará de inmediato el auto íntegro al imputado.

3. Los autos relativos a la situación personal del imputado se pondrán en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución.

Artículo 507 LECrim:

1. Contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del imputado podrá ejercitarse el recurso de apelación en los términos previstos en el artículo 766, que gozará de tramitación preferente. El recurso contra el auto de prisión deberá resolverse en un plazo máximo de 30 días.

2. Cuando en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior no se hubiere notificado íntegramente el auto de prisión al imputado, éste también podrá recurrir el auto íntegro cuando le sea notificado, de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior.

Artículo 508 LECrim:

1. El Juez o Tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El Juez o Tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.

2. En los casos en los que el imputado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. En este caso el imputado no podrá salir del centro sin la autorización del Juez o tribunal que hubiera acordado la medida.

Artículo 509 LECrim:

1. *El Juez de Instrucción o Tribunal podrá acordar excepcionalmente la detención o prisión incomunicadas para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos.*
2. *La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. No obstante, en estos mismos casos, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de tres días.*
3. *El auto en el que sea acordada la incomunicación o, en su caso, su prórroga deberá expresar los motivos por los que haya sido adoptada la medida.*

Artículo 510 LECrim:

1. *El incomunicado podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias en que le dé intervención esta Ley cuando su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación.*
2. *Se permitirá al preso contar con los efectos que él se proporcione siempre y cuando a juicio de Juez o Tribunal no frustren los fines de la incomunicación.*
3. *El preso no podrá realizar ni recibir comunicación alguna. No obstante, el Juez o Tribunal podrá autorizar comunicaciones que no frustren la finalidad de la prisión incomunicada y adoptará, en su caso, las medidas oportunas.*
4. *El preso sometido a incomunicación que así lo solicite tendrá derecho a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el Juez o Tribunal competente para conocer de los hechos.*

Artículo 511 LECrim:

1. *Para llevar a efecto el auto de prisión se expedirán dos mandamientos: uno a la Policía Judicial o agente judicial, en su caso, que haya de ejecutarlo, y otro al director del establecimiento que deba recibir al preso. En el mandamiento se consignarán los datos personales que consten del imputado, el delito que dé lugar al procedimiento y si la prisión ha de ser con comunicación o sin ella.*
2. *Los directores de los establecimientos no recibirán a ninguna persona en condición de preso sin que se les entregue mandamiento de prisión.*
3. *Una vez dictado auto por el que se acuerde la libertad del preso, inmediatamente se expedirá mandamiento al director del establecimiento.*

Artículo 512 LECrim:

Si el presunto reo no fuere habido en su domicilio y se ignorase su paradero, el Juez acordará que sea buscado por requisitorias que se enviarán a los Jueces de Instrucción en cuyo territorio hubiese motivo para sospechar que aquél se halle, expidiéndose por el Secretario judicial los oficios oportunos; y en todo caso se publicarán aquéllas en el Boletín Oficial del Estado y el diario oficial de la Comunidad Autónoma respectiva, fijándose también copias autorizadas, en forma de edicto, en la Oficina del Juzgado o Tribunal que conociere de la causa y en la de los Jueces de instrucción a quienes se hubiese requerido.

Artículo 513 LECrim:

En la requisitoria se expresarán el nombre y apellidos, cargo, profesión u oficio, si constaren, del procesado rebelde, y las señas en virtud de las que pueda ser identificado, el delito por que se le procesa, el territorio donde sea de presumir que se encuentra y la cárcel adonde deba ser conducido.

Artículo 514 LECrim:

La requisitoria original y un ejemplar de cada periódico en que se hubiese publicado se unirán a la causa.

Artículo 515 LECrim:

El Juez o Tribunal que hubiese acordado la prisión del procesado rebelde, y los Jueces de instrucción a quienes se enviaren las requisitorias, pondrán en conocimiento de las Autoridades y agentes de Policía judicial de sus respectivos territorios las circunstancias mencionadas en el artículo 613.

Artículo 516 LECrim:

Sin contenido.

Artículo 517 LECrim:

Derogado.

Artículo 518 LECrim:

Los autos en que se decrete o deniegue la prisión o excarcelación serán apelables sólo en el efecto devolutivo.

Artículo 519 LECrim:

Todas las diligencias de prisión provisional se sustanciarán en pieza separada.

CAPÍTULO IV.

DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA, DE LA ASISTENCIA DE ABOGADO Y DEL TRATAMIENTO DE LOS DETENIDOS Y PRESOS.

Artículo 520 LECrim:

1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la Autoridad judicial.

2. Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.

b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio.

d) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.

e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se; trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano

f) Derecho a ser reconocido por el Médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

3. Si se tratare de un menor de edad o incapacitado, la autoridad baja cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará las circunstancias del apartado 2.d) a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo y, si no fueran halladas, se dará cuenta

inmediatamente al Ministerio Fiscal. Si el detenido menor o incapacitado fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país.

4. La autoridad judicial y los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso, se abstendrán de hacerle recomendaciones sobre la elección de Abogado y comunicarán, en forma que permita su constancia, al Colegio de Abogados el nombre del Abogado elegido por aquél para su asistencia o petición de que se le designe de oficio. El Colegio de Abogados notificará al designado dicha elección, a fin de que manifieste su aceptación o renuncia. En caso de que el designado no aceptare el referido encargo, no fuera hallado o no compareciere, el Colegio de Abogados procederá al nombramiento de un Abogado de oficio. El Abogado designado acudirá al centro de detención a la mayor brevedad y, en todo caso, en el plazo máximo de ocho horas, contadas desde el momento de la comunicación al referido Colegio. Si transcurrido el plazo de ocho horas de la comunicación realizada al Colegio de Abogados, no compareciere injustificadamente Letrado alguno en el lugar donde el detenido o preso se encuentre, podrá procederse a la práctica de la declaración o del reconocimiento de aquél, si lo consintiere, sin perjuicio de las responsabilidades contraídas en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de los Abogados designados.

5. No obstante, el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de Letrado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados, exclusivamente, como delitos contra la seguridad del tráfico.

6. La asistencia del Abogado consistirá en:

a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f.

b) Solicitar de la Autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.

Artículo 520 bis LECrim:

1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.

Artículo 521 LECrim:

Los detenidos estarán, a ser posible, separados los unos de los otros. Si la separación no fuese posible, el Juez Instructor o Tribunal cuidará de que no se reúnan personas de diferente sexo ni los co-reos en una misma prisión, y de que los jóvenes y los no reincidentes se hallen separados de los

de edad madura y de los reincidentes. Para esta separación se tendrá en cuenta el grado de educación del detenido, su edad y la naturaleza del delito que se le impute.

Artículo 522 LECrim:

Todo detenido o preso puede procurarse a sus expensas las comodidades u ocupaciones compatibles con el objeto de su detención y con el régimen del establecimiento en que esté custodiado, siempre que no comprometan su seguridad o la reserva del sumario.

Artículo 523 LECrim:

Cuando el detenido o preso desee ser visitado por un ministro de su religión, por un médico, por sus parientes o personas con quienes esté en relación de intereses, o por las que puedan darle sus consejos, deberá permitirle con las condiciones prescritas en el reglamento de cárceles, si no afectase al secreto y éxito del sumario. La relación con el Abogado defensor no podrá impedírsele mientras estuviere en comunicación.

Artículo 524 LECrim:

El Juez instructor autorizará, en cuanto no se perjudique el éxito de la instrucción, los medios de correspondencia y comunicación de que pueda hacer uso el detenido o preso. Pero en ningún caso debe impedirse a los detenidos o presos la libertad de escribir a los funcionarios superiores del orden judicial.

Artículo 525 LECrim:

No se adoptará contra el detenido o preso ninguna medida extraordinaria de seguridad sino en caso de desobediencia, de violencia o de rebelión, o cuando haya intentado o hecho preparativos para fugarse. Esta medida deberá ser temporal, y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario.

Artículo 526 LECrim:

El Juez instructor visitará una vez por semana, sin previo aviso ni día determinado, las prisiones de la localidad, acompañado de un individuo del Ministerio Fiscal, que podrá ser el Fiscal municipal delegado al efecto por el Fiscal de la respectiva Audiencia; y donde exista este Tribunal, harán la visita al Presidente del mismo o el de la Sala de lo Criminal y un Magistrado, con un individuo del Ministerio Fiscal y con asistencia del Juez instructor. En la visita se enterarán de todo lo concerniente a la situación de los presos o detenidos, y adoptarán las medidas que quepan dentro de sus atribuciones para corregir los abusos que notaren.

Artículo 527 LECrim:

El detenido o preso, mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo, con excepción de los establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones:

- a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio.*
- b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d del número 2.*
- c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su Abogado prevista en el apartado c del número 6.*

TÍTULO VII.

DE LA LIBERTAD PROVISIONAL DEL PROCESADO.

Artículo 528 LECrim:

La prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado.

El detenido o preso será puesto en libertad en cualquier estado de la causa en que resulte su inocencia.

Todas las Autoridades que intervengan en un proceso estarán obligadas a dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisional de los inculcados o procesados.

Artículo 529 LECrim:

Cuando no se hubiere acordado la prisión provisional del imputado, el Juez o Tribunal decretará, con arreglo a lo previsto en el artículo 505, si el imputado ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional.

En el mismo auto, si el Juez o Tribunal decretare la fianza, fijará la calidad y cantidad de la que hubiere de prestar.

Este auto se notificará al imputado, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas y será recurrible de acuerdo con lo previsto en el artículo 507.

Artículo 529 bis LECrim:

Cuando se decrete el procesamiento de persona autorizada para conducir vehículos de motor por delito cometido con motivo de su conducción, si el procesado ha de estar en libertad, el Juez, discrecionalmente, podrá privarle provisionalmente de usar el permiso, recogiendo e incorporando al proceso el documento en el que conste, y lo comunicará al organismo administrativo que lo haya expedido.

Artículo 530 LECrim:

El imputado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el Juez o Tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte.

Artículo 531 LECrim:

Para determinar la calidad y cantidad de la fianza se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Autoridad judicial.

Artículo 532 LECrim:

La fianza se destinará a responder de la comparecencia del procesado cuando fuere llamado por el Juez o Tribunal que conozca de la causa. Su importe servirá para satisfacer las costas causadas en el ramo separado formado para su constitución, y el resto se adjudicará al Estado.

Artículo 533 LECrim:

Es aplicable a las fianzas que se ofrezcan para obtener la libertad provisional de un procesado todo cuanto a su naturaleza, manera de constituirse, de ser admitidas y calificadas y de sustituirse se determina en los artículos 591 y siguientes hasta el 596 inclusive del título IX de este Libro.

Artículo 534 LECrim:

Si al primer llamamiento judicial no compareciere el acusado o no justificare la imposibilidad de hacerlo, se señalará al fiador personal o al dueño de los bienes de cualquier clase dados en fianza el término de diez días para que presente al rebelde.

Artículo 535 LECrim:

Si el fiador personal o dueño de los bienes de la fianza no presentare al rebelde en el término fijado, se procederá a hacer ésta efectiva, declarándose adjudicada al Estado y haciendo entrega de ella a la Administración más próxima de Rentas, con deducción de las costas indicadas al final del artículo 532.

Artículo 536 LECrim:

Para realizar toda fianza el Secretario judicial procederá por la vía de apremio de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si se tratare de una fianza personal, se procederá también por la vía de apremio contra los bienes del fiador hasta hacer efectiva la cantidad que se haya fijado al admitir la referida fianza.

Artículo 537 LECrim:

Cuando los bienes de la fianza fueren del dominio del procesado, se realizará y adjudicará ésta al Estado inmediatamente que aquél dejare de comparecer al llamamiento judicial o de justificar la imposibilidad de hacerlo.

Artículo 538 LECrim:

En todas las diligencias de enajenación de bienes de las fianzas y de la entrega de su importe en las Administraciones de Hacienda pública, intervendrá el Ministerio Fiscal.

El Fiscal de la Audiencia podrá delegar su intervención en el Fiscal municipal donde se encuentre el Juez de instrucción, o bien reclamar que se le remita el expediente cuando tenga estado, procurando, a ser posible, deducir sus pretensiones en un solo dictamen.

Artículo 539 LECrim:

Los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa. En su consecuencia, el imputado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio. Para acordar la prisión o la libertad provisional con fianza de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada sustituyéndola por la de prisión o libertad provisional con fianza, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 505.

No obstante, si a juicio del Juez o Tribunal concurrieren los presupuestos del artículo 503, procederá a dictar auto de reforma de la medida cautelar, o incluso de prisión, si el imputado se encontrase en libertad, pero debiendo convocar, para dentro de las 72 horas siguientes, a la indicada comparecencia. Siempre que el Juez o Tribunal entienda que procede la libertad o la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida, podrá acordarla, en cualquier momento, de oficio y sin someterse a la petición de parte.

Artículo 540 LECrim:

Si el procesado no presenta o amplía la fianza en el término que se le señale, será reducido a prisión.

Artículo 541 LECrim:

Se cancelará la fianza:

- 1. Cuando el fiador lo pidiere, presentando a la vez al procesado.*
- 2. Cuando éste fuere reducido a prisión.*
- 3. Cuando se dictare auto firme de sobreseimiento o sentencia firme absolutoria o, cuando siendo condenatoria, se presentare el reo para cumplir la condena.*
- 4. Por muerte del procesado estando pendiente la causa.*

Artículo 542 LECrim:

Si se hubiere dictado sentencia firme condenatoria y el procesado no compareciere al primer llamamiento o no justificare la imposibilidad de hacerlo, se adjudicará la fianza al Estado en los términos establecidos en el artículo 535.

Artículo 543 LECrim:

Una vez adjudicada la fianza, no tendrá acción el fiador para pedir la devolución, quedándole a salvo su derecho para reclamar la indemnización contra el procesado o sus causahabientes.

Artículo 544 LECrim:

Las diligencias de prisión y libertad provisionales y fianzas se sustanciarán en pieza separada.

Artículo 544 bis LECrim:

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 prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia 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 inculpado 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.

En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 tercero 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.

Artículo 544 ter. LECrim:

1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

2. La orden de protección será acordada por el Juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal.

Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta Ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del Juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

3. La orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al Juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del Juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el Juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente.

Los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

4. Recibida la solicitud de orden de protección, el Juez de guardia, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal.

Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 505 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el título III del libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud.

Durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado. Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el Juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

5. La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico.

La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública.

6. Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta Ley. Se adoptarán por el Juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima.

7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.

8. La orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el Juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.

9. La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

10. La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

11. En aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores.

TÍTULO IX. DE LAS FIANZAS Y EMBARGOS.

Artículo 589 LECrim:

Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza. La cantidad de ésta se fijará en el mismo auto y no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias.

Artículo 590 LECrim:

Todas las diligencias sobre fianzas y embargos se instruirán en pieza separada.

Artículo 591 LECrim:

La fianza podrá ser personal, pignoraticia o hipotecaria, o mediante caución que podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier medio que, a juicio del Juez o Tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

Artículo 592 LECrim:

Podrá ser fiador personal todo español de buena conducta y vecindado dentro del territorio del Tribunal que esté en el pleno goce de los derechos civiles y políticos y venga pagando con tres años de anticipación una contribución que, a juicio del instructor, corresponda a la propiedad de bienes o al ejercicio de industria, suficientes para acreditar su arraigo y su solvencia para el pago de las responsabilidades que eventualmente puedan exigirse.

No se admitirá como fiador al que lo sea o hubiese sido de otro hasta que esté cancelada la primera fianza, a no ser que tenga, a juicio del Juez o Tribunal, responsabilidad notoria para ambas.

Cuando se declare bastante la fianza personal, se fijará también la cantidad de que el fiador ha de responder.

Artículo 593 LECrim:

La fianza hipotecaria podrá sustituirse por otra en metálico, efectos públicos, o valores y demás muebles de los enumerados en el artículo 591, en la siguiente proporción: el valor de los bienes de la hipoteca será doble que el del metálico señalado para la fianza, y una cuarta parte más que éste el de los efectos o valores al precio de cotización. Si la sustitución se hiciere por cualesquiera otros muebles dados en prenda, deberá ser el valor de éstos doble que el de la #fianza constituida en metálico.

Artículo 594 LECrim:

Los bienes de las fianzas hipotecaria y pignoraticia serán tasados por dos peritos nombrados por el Juez instructor o Tribunal que conozca de la causa, y los títulos de propiedad relativos a las fincas ofrecidas en hipoteca se examinarán por el Ministerio Fiscal, debiendo declararse suficientes por el mismo Juez o Tribunal cuando así proceda.

Artículo 595 LECrim:

La fianza hipotecaria podrá otorgarse por escritura pública o apud acta, librándose en este último caso el correspondiente mandamiento para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Devuelto el mandamiento por el Registrador, se unirá a la causa.

También se unirá a ella el resguardo que acredite el depósito del metálico, así como el de los efectos públicos y demás valores en los casos en que se constituya de esta manera la fianza.

Artículo 596 LECrim:

Contra los autos que el Juez dicte calificando la suficiencia de las fianzas procederá el recurso de apelación.

Artículo 597 LECrim:

Si en el día siguiente al de la notificación del auto dictado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 589 no se prestase la fianza, se procederá al embargo de bienes del procesado, requiriéndole para que señale los suficientes a cubrir la cantidad que se hubiese fijado para las responsabilidades pecuniarias.

Artículo 598 LECrim:

Cuando el procesado no fuere habido, se hará el requerimiento a su mujer, hijos, apoderado, criados o personas que se encuentren en su domicilio.

Si no se encontrare ninguna, o si las que se encontraren, o el procesado o apoderado en su caso no quisieren señalar bienes, se procederá a embargar los que se reputen de la pertenencia del

Por su parte, la presunción de inocencia que la Constitución reconoce en el art. 24, garantiza al detenido la recepción de las razones de su detención, de forma clara e inmediata y los derechos establecidos en el art. 17.3 CE: *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca.*

Además, la LECrim (art. 520), añade los derechos de asistencia de un intérprete (caso de ser extranjero si bien pueden ejercitarlo los españoles) y el derecho de ser reconocido por un médico forense, como

procesado, guardándose el orden establecido en el artículo 592 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y bajo la prohibición contenida en los arts. 605 y 606 de la misma y de conformidad con lo dispuesto en el art. 584 de la citada ley.

Artículo 599 LECrim:

Cuando señalaren bienes y el alguacil encargado de hacer el embargo creyese que los señalados no son suficientes, embargará además los que considere necesarios, sujetándose a lo prescrito en el artículo anterior.

Artículo 600 LECrim:

Si los bienes embargados consistieran en metálico, efectos públicos valores mercantiles o industriales cotizables, alhajas de oro, plata o pedrería, se depositarán según los casos, en la Caja de Depósitos, en el Banco de España o en cualquier otro establecimiento público destinado al efecto; los demás bienes muebles se entregarán en depósito, bajo inventario, por el encargado de hacer el embargo, al vecino con casa abierta que nombre. El depositario firmará la diligencia del recibo, obligándose a conservar los bienes a disposición del Juez o Tribunal que conozca de la causa, o en otro caso, a pagar la cantidad para cuyo afianzamiento se haya hecho el embargo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que pudiere incurrir. El depositario podrá recoger y conservar en su poder los bienes embargados, o dejarlos, bajo su responsabilidad, en el domicilio del procesado.

Artículo 601 a 610 LECrim:

Suprimidos por Ley 13/2009, de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Artículo 611 LECrim:

Si durante el curso del juicio sobrevinieren motivos bastantes para creer que las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan exigirse excederán de la cantidad prefijada para asegurarlas, se mandará por auto ampliar la fianza o embargo.

Artículo 612 LECrim:

También se dictará auto mandando reducir la fianza y el embargo a menor cantidad que la prefijada si resultasen motivos bastantes para creer que la cantidad mandada afianzar es superior a las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pudieren imponerse al procesado.

Artículo 613 LECrim:

Cuando llegue el caso de tener que hacer efectivas las responsabilidades pecuniarias a que se refiere este título, se procederá de la manera prescrita en el artículo 536.

Artículo 614 LECrim:

En todo lo que no esté previsto en este título, los Jueces y Tribunales aplicarán lo dispuesto en la legislación civil sobre fianzas y embargos.

garantía del respeto a la integridad física.

1.3.3 El procedimiento de Habeas Corpus

La institución del *Habeas Corpus* es el recurso mediante el cual se solicita al Juez o Tribunal que se dirija a quien tiene detenida a una persona bajo su custodia y la presente ante él con el fin principal de asegurar la licitud de la privación de libertad y el respeto a los derechos constitucionales y legales de la persona detenida. No es un derecho fundamental sino una garantía institucional¹⁰¹.

Se caracteriza por los principios de sumariedad y provisionalidad. *La ley regulará un procedimiento de <<habeas corpus>> para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por la ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional (Artículo 17.4 CE)*¹⁰².

1.3.4 La prisión provisional.

La prisión provisional es una medida cautelar que podemos definir como la privación de libertad del inculcado (ya no es detenido y todavía no ha sido condenado), que tiene lugar durante la sustanciación de un proceso penal con el fin de asegurar la averiguación del delito, o, en su caso, la ejecución de la pena.

El problema constitucional más importante que plantea es el de su duración máxima. A tal efecto, la CE remite a la ley. Según la gravedad del delito, el inculcado podrá permanecer en prisión hasta un máximo de dos años, prorrogables a otros dos (art. 504 LECrim).

Tal y como se contempla en España, entendemos que, la prisión provisional lejos de cumplir con su objetivo de prevención, se desfigura al emplearse como forma de control social, dado que, en numerosas ocasiones, constituye para determinado sector de la doctrina, una auténtica pena de prisión adelantada¹⁰³.

¹⁰¹ STC 44/1991, de 25 de febrero, FJ 2º.

¹⁰² El citado precepto constitucional fue desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, Reguladora del Procedimiento Habeas Corpus.

¹⁰³ Pedro Ángel RUBIO LARA, explicando la dimensión auténtica del sistema penal como práctica de control social, Universidad de Murcia, Posgrado en Ciencia Penal y Criminología, Master en Derecho Penitenciario, bienio 2007-2009, anotaciones del autor.

1.3.5 Sucinto trazado del Derecho penitenciario actual: reeducación, reinserción y principios afines.

Podemos definir el Derecho penitenciario como el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de todas las sanciones penales privativas de libertad, sean penas o medidas de seguridad¹⁰⁴. Para algunos autores está considerado como una novedad del siglo XX. La expresión, la emplea N.H. KRIEGSMANN en Alemania, pero es Giovanni NOVELLI, en Italia, al que se le considera padre del modismo por su reiteración en el artículo *L'autoinomia del Diritto penitenziario*¹⁰⁵, en 1933.

El nuevo orden social y jurídico producto del cambio democrático experimentado en España, en cuyo vértice piramidal se sitúa la CE de 1978, alumbrada, en virtud del mandato constitucional del art. 25.2¹⁰⁶, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, cuyos preceptos normativos son producto de una aspiración reformadora, tratando de construir un sistema penitenciario flexible, progresivo y humano.

Se colma dicha legislación con el RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario; RD 419/2011, de 25 de marzo, por el que se modifica el RP; RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas; las Circulares e Instrucciones de la Dirección General de Instituciones penitenciarias; la Ley Orgánica del Poder Judicial; la Ley de Planta y Demarcación Judicial; la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

¹⁰⁴ Heinz MULLER-DIETZ, *Strafvollzugsrecht*, en Vicenta CERVELLÓ DONDERIS, *DERECHO PENITENCIARIO*, 2ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 75.

¹⁰⁵ Originariamente, fue una conferencia pronunciada en la Real Universidad de Roma el 12 de enero de 1933, y se publicó como artículo en la “Rivista di Diritto Penitenziario”, cit., 1933, pp. 5-56. Existe traducción castellana, de Angélica Leonor LÓPEZ, publicada en la “Revista Penal y Penitenciaria”, de Buenos Aires, año VIII, números 29-30, julio-diciembre de 1943, pp. 425-468.

¹⁰⁶ El tenor literal del citado precepto constitucional es el que sigue:

Artículo 25.2 CE:

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. 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 expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Humanos; la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial; los Autos de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y las Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado, que han ido llenando los vacíos legales existentes.

Junto a los anteriores principios fundamentales de la ejecución penitenciaria se encuentran el de legalidad, consolidado en la LOGP y en el art. 3.2¹⁰⁷ del vigente CP; el de judicialización, art. 117 de la CE¹⁰⁸, respecto a las competencias del Poder Judicial para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y el de presunción de inocencia, reconocido, ampliamente, en el art. 24 de la CE¹⁰⁹, como derecho subjetivo público, autónomo e irreversible del que está investida toda persona física acusada de un delito, que consiste en desplazar sobre la parte acusadora la carga cumplida de los hechos de la acusación, viniendo obligado el Juez o Tribunal a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar.

¹⁰⁷ Artículo 3. 2 LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP:

Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.

¹⁰⁸ Artículo 117 CE:

1. *La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley.*
2. *Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la Ley.*
3. *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.*
4. *Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho.*
5. *El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.*
6. *Se prohíben los Tribunales de excepción.*

¹⁰⁹ Artículo 24 CE:

1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*
2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*

El art. 25.2 de la CE, en su primer apartado establece que *las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*, lo que supone el punto de partida de la concepción rehabilitadora de las penas de prisión.

No obstante, la previsión que nuestra Carta Magna hace de la “reeducación y de la reinserción social” de los condenados a penas y medidas privativas de libertad merece alguna matización. Así, el Tribunal Constitucional, afirma que, ni la reeducación y reinserción es el único fin de las penas y medidas penales privativas de libertad, ni constituye un derecho fundamental de la persona¹¹⁰.

Por otro lado, la orientación constitucional, no está exenta de críticas, agrupadas entre quienes sostienen que deben imponerse tales medidas resocializadoras, su necesidad, los que sostienen lo contrario y aquellos que cuestionan la cárcel como instrumento adecuado para la aplicación de los tratamientos.

De cualquier modo resulta obvio que, la misión del Estado, no debe circunscribirse a la de mero guardián, sino la de ofrecer al condenado los procedimientos efectivos para su reinserción y resocialización, atendiendo al reconocimiento de los derechos fundamentales de los internos que proclaman los arts. 25.2 de la CE y 3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP)¹¹¹.

¹¹⁰ Así, entre otras, STC 2/1987, de 21 de enero; Auto TC 486/1985, de 10 de julio y Auto TC 1112/1988, de 10 de octubre.

¹¹¹ Artículo 3 LOGP:

La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otra circunstancias de análoga naturaleza. En consecuencia:

- 1. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.*
- 2. Se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión.*
- 3. En ningún caso se impedirá que los internos continúen los procedimientos que tuvieren pendientes en el momento de su ingreso en prisión y puedan entablar nuevas acciones.*
- 4. La administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos.*
- 5. El interno tiene derecho a ser designado por su propio nombre.*

1.3.6 La relación de sujeción especial penitenciaria.

Las limitaciones posibles de derechos de los internos conforman la llamada relación de sujeción especial penitenciaria y está regulada en la LOGP. En ella se desarrolla el art. 25.2 de la CE. Su art. 3 establece que *la actividad penitenciaria se ejercerá respetando en todo caso la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena.*

Como consecuencia de lo anterior, en el apartado 1 del mismo precepto legal se dispone que, los internos puedan ejercer sus derechos *salvo que fueran incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de su condena.* Y, esta excepción, es la que nutre la relación de sujeción especial penitenciaria en la cual, los internos, se hallan sometidos a específica tutela de la Administración y no pueden ejercer en plenitud sus derechos por hallarse en régimen de privación de libertad.

El RP de 1996, en su art. 5.1 establece: *El interno se incorpora a una comunidad que le vincula de forma especialmente estrecha, por lo que se le podrá exigir una colaboración activa y un comportamiento solidario en el cumplimiento de sus obligaciones.*

Ciertamente implica una relación de dependencia especial entre la Administración Penitenciaria y los reclusos que no impide a la primera, para la defensa de sus intereses, simultanear sanciones penales y administrativas ni que, las infracciones, se regulen mediante normas reglamentarias.

Esta supremacía del sometimiento al entramado de derechos y deberes, se ha visto, en los últimos años, criticada por su incompatibilidad con un Estado de Derecho, dada la inadmisibles restricción de los mismos a la que ha conducido su ejercicio.

En todas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de las limitaciones de derechos en la esfera penitenciaria, ha partido de la noción de relación especial¹¹².

¹¹² SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2º.; 89/1987, de 3 de junio, FJ 2º.; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3º.; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2º.; 120/1990, de 27 de junio, FJ 8º., y 137/1990, de 19 de julio, FJ 6º.

De dicho modo, el Tribunal Constitucional, utiliza tal vínculo para recordar que, a la Administración penitenciaria, corresponde retener a los internos y velar por su vida, integridad y salud, y que, para cumplir estos fines, puede aplicar el régimen disciplinario y sancionador previsto en el ordenamiento, de tal manera que, los derechos fundamentales se ven afectados.

Por lo anteriormente enunciado, tal situación podría variar si se respetaran los requisitos mínimos siguientes: cualquier restricción de derechos ha de venir contemplada en la ley, no en el reglamento; ha de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales y ha de estar sometida al posterior control jurisdiccional¹¹³.

En consecuencia, seguimos a CASANOVA AGUILAR, el preso, gozará de todos los derechos como persona, especialmente de los derechos fundamentales; como miembro del Estado o de la Comunidad social y como recluso, sólo limitados por la Ley, el contenido de la Sentencia condenatoria y por el cumplimiento de los fines de resocialización y reeducación de la pena¹¹⁴.

2. El sistema de las consecuencias jurídicas del delito.

La persona criminalmente responsable de una acción típica, antijurídica, culpable y punible activa los resortes del sistema penal que, tras las pertinentes garantías formales, le impone una determinada consecuencia jurídica.

Para abordar este tema, hemos de acudir a los referentes de la política criminal del momento respecto de cuáles deben ser las consecuencias jurídicas de un delito.

En nuestro Derecho penal moderno, superada la confrontación entre las escuelas clásica y positiva, en principio se admite que, tales consecuencias jurídicas, son las penas y las medidas de seguridad, A ello hay que añadir la responsabilidad civil que deriva del delito, las consecuencias accesorias y la reparación.

¹¹³ Isabel CASANOVA AGUILAR, *DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES PÚBLICAS*, Universidad de Murcia, Posgrado en Ciencia Penal y Criminología, Master en Derecho Penitenciario, bienio 2007-2009, anotaciones del autor.

¹¹⁴ Ibid.

2.1 La pena.

La pena, entendida en su acepción de *castigo*, ha tenido desde siempre una existencia universal y ha sido conocida por las sociedades de cualquier era, si bien bajo muy distintas formas, aunque, tal significado, no se corresponda con las actuales finalidades de la pena.

Desde los tiempos de la esclavitud, pasando por la venganza privada, las llamadas “casas correccionales”, las deportaciones a colonias de ultramar, las penas de galeras, los trabajos forzados, los tormentos, etc.; hasta llegar al sistema de penas que hoy día conocemos, dentro de los países de nuestro entorno cultural, hay un largo camino recorrido en cuya evolución se observa un avance de humanización de las mismas.

Dicho proceso arranca, en el S. XVIII, con Cesare BECCARIA quien en su obra “De los delitos y de las penas” dejó patente la lamentable situación en la que se encontraba la justicia, el horror de las penas objeto de aplicación y, en esta medida, vino a suponer una reacción contra el sistema imperante en aquella época.

De entre los brillantes pasajes de su obra, y como ejemplo de cuanto aquí venimos diciendo, destacamos el siguiente fragmento: “*muy pocos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales, parte de la legislación tan principal y tan descuidada en casi toda Europa (...) Aunque los gemidos de los débiles, sacrificados a la ignorancia cruel y a la rica indolencia, los bárbaros tormentos multiplicados con pródiga e inútil severidad por delitos no probados o imaginarios, la miseria y los horrores de una prisión, incrementados por la incertidumbre, el más cruel verdugo de los desdichados, debían conmover a esa especie de magistrados que guían las convicciones de las humanas mentes*”¹¹⁵.

La pena es una consecuencia jurídica del delito¹¹⁶. En este sentido, constituye un *mal* en tanto entraña la privación o restricción de bienes jurídicos y, además, sólo puede imponerse a quien es declarado responsable por la comisión de un delito luego de un proceso justo y equitativo (*Debido proceso*). Sin embargo, esta noción por sí misma no permite esclarecer cuáles son los *fin*es y *funciones* de la pena, interrogantes que agrupan una serie de

¹¹⁵ Cesare BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, (edición bilingüe, español-italiano, al cuidado de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ), editorial TROTТА, S.A, Madrid, 2011, pp. 107-109.

¹¹⁶ Ampliamos su estudio en el capítulo III, subapartado 1.1 del presente trabajo.

temas complejos, de permanente actualidad y de carácter no sólo penal sino también filosófico, sociológico y político, en la medida que en ellos confluyen las diversas concepciones existentes sobre el individuo, la sociedad y el Estado.

Uno de los problemas más debatidos, dada su trascendencia jurídico-social no sólo en el ámbito exclusivo de la pena sino también en el de la totalidad de la Ciencia del Derecho punitivo, es el de su fundamento y fin¹¹⁷. Con razón ya afirmaba Hans WELZEL que, desde el largo tiempo en el que la reflexión filosófica acompaña al hombre en el curso de su existencia, éste se interroga sobre el sentido y la necesidad de la pena¹¹⁸.

Tales cuestiones y otras concomitantes, las estudiamos con mayor amplitud en los capítulos III, IV y V del presente texto.

2.2 Las medidas de seguridad.

En las postrimerías del siglo XIX, y a principios del XX, la mayoría de los países agregaron paulatinamente a sus sistemas penales una nueva consecuencia jurídica del delito denominada *medidas de seguridad*. Sus orígenes, podemos establecerlos en la *Scuola* positiva italiana, ante la necesidad de controlar a las personas que, perpetrado un hecho delictivo, no se les podía aplicar una pena, por no ser culpables.

Sin embargo, las proposiciones positivistas de implantar un Código de medidas, que relevase al de penas, fundadas en las tesis avanzadas por la Psicología y la Sociología Criminal, no prosperarían en el derecho positivo.

Dogmáticamente, la medida de seguridad es una consecuencia jurídica del delito, distinta de la pena, consistente en la privación o restricción de bienes jurídicos, fundada en la peligrosidad criminal post delictual del sujeto, con exclusiva función de prevención especial.

Cuando hablamos de la medida de seguridad como consecuencia jurídica del delito, significamos que, tal medida, constituye una de las posibles respuestas que el ordenamiento jurídico-penal ofrece como mecanismo de

¹¹⁷ Lorenzo MORILLAS CUEVA, “Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español”, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 17, 2003, p. 25.

¹¹⁸ Hans WELZEL, *Derecho penal alemán*, PG, 12ª. edición alemana, 3ª. castellana, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1987, p. 328.

control social. Se la sitúa en un plano paralelo a la pena, pero no cabe confundirla con ésta¹¹⁹.

Actualmente, los problemas que plantean las medidas incorporadas al Código son de otro orden. Para cierto sector de la doctrina¹²⁰, superados aquellos momentos en los que, a los sujetos inimputables, se les sometía a un castigo desproporcionado, mucho más gravoso que el que se impone a quienes son considerados culpables, la cuestión consiste en valorar si, la aplicación de las medidas en sede del sistema penal, no provoca una injustificada criminalización de los inimputables.

Esto es, si a pesar de los esfuerzos legislativos, no sigue siendo la *separación de hecho*, la mejor forma de caracterizar la relación entre Psiquiatría y Derecho¹²¹.

2.3 Las denominadas consecuencias accesorias.

2.3.1 Conflictos socio-penológicos de la criminalidad económica.

El constructo¹²² *criminalidad económica*¹²³, resulta polémico en su definición, si bien, al aproximarnos a su estudio con detalle, observamos cierta diferenciación con la criminalidad común.

Para la ciencia criminológica, la reflexión sobre el problema de la criminalidad económica actual sobreviene con la criminología de corte sociológico tras la venida a menos de la perspectiva biologicista que

¹¹⁹ Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*. 8ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 52: “En el Derecho penal moderno junto a la pena, como principal consecuencia del delito, vienen también en consideración las medidas de seguridad, adoptándose así en la mayoría de los países un sistema dualista de LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO JURÍDICAS DEL DELITO”.

¹²⁰ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO JURÍDICAS DEL DELITO*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 354.

¹²¹ Antonio BERISTAÍN IPÍÑA, *Medidas penales en el Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, Reus, Madrid, 1974, p 31, da una comprensión aglutinadora de todos los caracteres que, a su juicio, adornan las medidas de seguridad, y las define como los medios asistenciales consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales a tenor de la Ley, a las personas peligrosas para lograr la prevención especial.

¹²² Constructo es, en Psicología, cualquier entidad hipotética de difícil definición dentro de una teoría científica. Un constructo simboliza lo que se sabe que existe, pero cuya definición es difícil o controvertida. Son constructos la inteligencia, la personalidad y la creatividad, por ejemplo.

¹²³ Son paradigmáticas las expresiones *criminalité de affaires*, en Francia; *economic crime*, en el Reino Unido, y *Wirtschaftskriminalität* en Alemania.

sobresalió en este campo del saber durante el siglo XIX en Europa.

No obstante, es la sociología criminal de corte funcionalista, impulsada desde Estados Unidos, la que nos permite analizar estos planteamientos, desde la perspectiva *durkheimiana* del delito como un comportamiento “normal” y “funcional” en el marco de agrupaciones de personas, antes que una “patología” determinante de una conducta individual enfermiza, sumada a la versión inicial de la teoría de la anomia¹²⁴, de cuño *mertoniano*, sobre la base de unas circunstancias no legítimas para alcanzar las finalidades sociales establecidas, propiciando, en este caso, el desarrollo de la teoría del delito de cuello blanco¹²⁵.

El concepto *delincuencia económica* es una expresión que alude a la denominada "delincuencia de cuello blanco", cuyo origen como nuevo campo de investigación social surge a partir de la obra de Edwin H. SUTHERLAND y cuyo significado se circunscribe "...a las infracciones lesivas de orden económico cometidas por personas de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional".

Como expresábamos anteriormente, la importancia de la teorización de SUTHERLAND radica en introducir un nuevo ámbito de investigación criminológico, abandonando las premisas del fenómeno criminal tradicional basadas en el carácter determinante de ciertas características físicas

¹²⁴ En ciencias sociales, la anomia es la falta de normas o incapacidad de la estructura social de proveer a ciertos individuos lo necesario para lograr las metas de la sociedad. Se trata de un concepto que ha ejercido gran influencia en la teoría sociológica contemporánea, ofreciendo una de las explicaciones más importantes de la conducta desviada. El término (etimológicamente *sin norma*) se emplea en sociología para referirse a una desviación o ruptura de las normas sociales, no de las leyes (esto último es "delito"). Dicho extremo fue introducido por Emile DURKHEIM (*La división del trabajo social* y *El suicidio*) y Robert K. MERTON (*Teoría social y estructura social*); este último formuló las leyes que, al incumplirse, conducían a la anomia: Los fines culturales como deseos y esperanzas de los miembros de la sociedad. Unas normas que determinen los medios que permitan a las gentes acceder a esos fines. El reparto de estos medios. La anomia es en este caso una disociación entre los objetivos culturales y el acceso de ciertos sectores a los medios necesarios. La relación entre los medios y los fines se debilitan.

¹²⁵ Este concepto fue ideado y presentado por Edwin H. SUTHERLAND en la reunión anual organizada por la *American Sociological Society* que tuvo lugar en Filadelfia, en diciembre de 1939. Se entiende por "delito de cuello blanco" aquellos ilícitos penales cometidos por sujetos de elevada condición social en el curso o en relación con su actividad profesional. SUTHERLAND concentró sus esfuerzos teóricos en encontrar una explicación al fenómeno de la criminalidad de las clases altas, denominado "delito de cuello blanco" y modificar la noción de que la delincuencia sólo pertenecía a las clases bajas. Si bien se atribuye a este autor el mérito de profundizar en los aspectos criminológicos, no podemos decir que innovó en cuanto al campo de estudio; es decir relacionar a las clases superiores con la actividad delictiva.

o psicológicas de aquellas personas de recursos económicos más bajos o marginales (paradigma etiológico)¹²⁶.

No podemos negar que, la criminalidad económica, apareja peculiaridades tales como las dificultades de visibilización y del cómputo económico del perjuicio, la inclinación a bienes jurídicos personales y supraindividuales, razones, entre otras, que contrarían la persecución penal de estos delitos y les confieren un particular interés.

2.3.2 Antecedentes de las consecuencias accesorias.

Los orígenes recientes de las consecuencias accesorias podemos encontrarlos en el Proyecto de Código Penal de 1980, que contempla, dentro de las medidas de seguridad, una serie de sanciones referidas a asociaciones y empresas; además, se mantiene el comiso, que se encontraba ya vigente, dentro de las penas accesorias.

Es en la Propuesta de 1983, cuando se acuerda la creación de una nueva categoría, dentro de las consecuencias jurídicas del delito, denominada *consecuencias accesorias*, que incluyen tanto el comiso¹²⁷ como las medidas de seguridad referentes a las sociedades y empresas.

La modificación introducida en el Proyecto de 1992, pone especial énfasis en ampliar el comiso a las ganancias (que desaparece y vuelve a aparecer en el Proyecto de 1994) y en determinar qué comiso debería quedar afectado por las responsabilidades civiles *ex delicto*.

En el Proyecto de 1995, Código vigente, la figura de las consecuencias accesorias se halla consolidada, así como el principio de proporcionalidad, el comiso de ganancias y se generaliza la aplicación a cubrir la responsabilidad del penado de lo obtenido por la venta -siempre que fueran

¹²⁶ Esta conclusión relevante de su teoría, es la afirmación de que, el fenómeno criminal, no es patrimonio de las personas menesterosas y fuera de las normas sociales comúnmente admitidas, sino que, el mismo, se produce en todos los niveles de la sociedad, independientemente de las condiciones económicas del autor. En tal sentido expresó que, la conducta criminal, es aprendida en la interacción cotidiana que se establece entre los miembros de un grupo, toda vez que, una persona llega a ser delincuente cuando las definiciones favorables a la violación de la norma prevalecen sobre las desfavorables, desligándose así del determinismo de origen positivista (teoría de la asociación diferencial).

¹²⁷ También denominado decomiso, consiste en una expropiación judicial que recae sobre los efectos e instrumentos del delito o falta. Puede ser adoptada como medida cautelar durante la instrucción sumarial o como pena accesoria en la sentencia de condena y debe ser proporcionada, conveniente y necesaria.

de lícito comercio-, de los bienes decomisados.

La modificación del CP efectuada por LO 15/2003, vivifica la importancia del comiso dentro de la penología moderna, cuya transformación ocupa mayor espacio en la reforma 5/2010¹²⁸, la cual permite el comiso en los delitos imprudentes y juzga decomisables los bienes de las personas integradas en asociaciones criminales o grupos terroristas, presumiendo que, los mismos, nacen de una operación delictiva¹²⁹.

¹²⁸ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

PREÁMBULO.

VIII. De singular importancia resulta la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella. Por ello, se ha completado la regulación existente del comiso encomendando a los jueces y Tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, o bien cuando se trate de delitos de terrorismo, con independencia de si estos últimos se cometen en el seno de una organización o grupo terrorista, tal y como se prevé en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal. Asimismo, se faculta a los jueces y Tribunales para acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente que lleve aparejado en la ley la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año.

¹²⁹ Artículo 127. 1 y 2 CP:

1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos 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. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

2. En los casos en que la Ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

2.3.3 Aspectos generales de las consecuencias accesorias.

En España, la mayoría de la doctrina jurídico-penal¹³⁰, ha compartido la máxima del Papa Inocencio IV¹³¹, *societas delinquere non potest*, principio superado tras la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, culminando de este modo el trayecto encaminado hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, este advenimiento de la propuesta *societas punire potest*, no significa que se haya encontrado el medio para el castigo apropiado de las personas jurídicas y, la problemática, persiste¹³².

El Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, sustituye la explicación de las razones de política criminal que motivan la inclusión en el Código Penal de un modelo de responsabilidad

¹³⁰ Por todos, Miguel BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, pp. 109 y ss; y *De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981, pp.371 ss; ver también su última posición en *Hacia un nuevo Derecho Penal: el de las personas jurídicas*, en Juan Luis IGLESIAS PRADA (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T.IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5090 ss; Luis GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro en el Derecho Penal*, T.I, Zaragoza, 1985, pp. 6 ss. y *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, Actualidad Penal, 39, 1993, pp. 586 y ss; Marc MOLINS RAICH, *Análisis de las medidas accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal. Reflexiones a la luz del principio de personalidad de las penas*, Revista de Ciencias Penales, vol. 2, 1, 1999, pp. 198 y ss; Mercedes PÉREZ MANZANO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Actualidad Penal, 2, 1995, pp.15 y ss; Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español*, en Jesús-María Silva Sánchez (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*, Barcelona, 1995, pp. 357 y ss. (y la bibliografía por ellos citada).

¹³¹ Inocencio IV (1185-1254) fue el Papa núm. 180 de la Iglesia católica, desde 1243 hasta 1254. De nombre Sinibaldo dei Fieschi, el que será último representante de la teocracia pontificia se formó en Parma y Bolonia, siendo profesor de Derecho canónico en esta última ciudad. Fue elegido Papa el 25 de junio de 1243, tras más de año y medio con la sede vacante por la muerte de Celestino IV.

¹³² Encontramos en la doctrina, autores que no están de acuerdo con la atribución de responsabilidad de la persona jurídica, tal es el caso de Miguel BAJO FERNÁNDEZ, quien sustenta su tesis al señalar que “la acción, la culpabilidad y la pena en la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad ni de pena”. Por su parte, Francisco MUÑOZ CONDE sostiene que “desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de responsabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales”. Con estas citas doctrinales, mencionadas *ex libris*, se resumen las razones por las que la dogmática jurídico-penal, se opone a la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

criminal de las personas jurídicas, por una breve llamada al necesario cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los tratados internacionales y del denominado Derecho penal de la Unión Europea¹³³, si bien de ninguno se puede extraer la obligatoriedad de atribuir la genuina responsabilidad penal a las corporaciones, constituyendo otras opciones posibles la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u

¹³³ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

PREÁMBULO.

VII. Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea. Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación. Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En consecuencia, se suprime el actual apartado 2 del artículo 31. En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose –respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...), la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general. Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. En este apartado, al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión.

otras consecuencias jurídico penales de naturaleza diferente a las penas¹³⁴.

Hemos referido que, dicha reforma, ha supuesto la transformación más profunda del Código Penal de 1995, y su novedad más relevante ha sido la introducción por primera vez en nuestro ordenamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Como hemos venido describiendo, la LO 5/2010 supone un cambio total en la percepción de esta cuestión en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, a la que incluye fundamentalmente con la incorporación de un nuevo artículo 31 bis¹³⁵, que es el verdadero núcleo

¹³⁴ En este sentido, consultar la Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por L.O. 5/2010. Esta Circular es un documento de gran valor, puesto que marca la pauta que seguirán los distintos fiscales en los procedimientos que se inicien contra personas jurídicas y es la primera interpretación que realiza un organismo oficial de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010.

¹³⁵ Artículo 31 bis CP:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o Tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.*

de la problemática que nos ocupa.

No obstante lo anterior, parece procedente atender en este subapartado también al mantenido artículo 31 en su número primero –el segundo acertadamente ha sido suprimido por la reforma de 2010– relativo al actuar en nombre de otro, dejado en su íntegra redacción y con un significado muy específico dentro de esta problemática¹³⁶. Algunos autores como MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN lo consideran un problema fundamentalmente de autoría y lo estudian bajo ese epígrafe¹³⁷.

Para un amplio sector doctrinal, la delincuencia económica, se relaciona con la recogida en el Título XIII, a partir de su Capítulo XI y los Títulos XIV y XV del Código Penal¹³⁸.

-
- c) *Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.*
 - d) *Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.*

5. *Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.*

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

¹³⁶ Artículo 31 CP:

1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

¹³⁷ Francisco MUÑOZ CONDE-Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp 222-223. En igual sentido, Joaquín CUELLO CONTRERAS-Borja MAPELLI CAFFARENA. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 2011, p. 148. Para BACIGALUPO es una cláusula de extensión de la autoría. Vid. Silvina BACIGALUPO SAGGESE “Artículo 31” en *Comentarios al Código Penal*, Manuel GÓMEZ TOMILLO (Dir.), Valladolid, 2010, p. 266.

¹³⁸ Vid Código Penal.:

CAPÍTULO XI.
DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL, AL
MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES.

SECCIÓN 1.

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Artículo 270 CP:

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

Artículo 271 CP:

Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.*
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.*
- c) Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.*
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.*

Artículo 272 CP:

1. La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios.

2. En el supuesto de sentencia condenatoria, el Juez o Tribunal podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial.

SECCIÓN 2.
DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Artículo 273 CP:

1. *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos.*
2. *Las mismas penas se impondrán al que, de igual manera, y para los citados fines, utilice u ofrezca la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posea, ofrezca, introduzca en el comercio, o utilice el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado.*
3. *Será castigado con las mismas penas el que realice cualquiera de los actos tipificados en el párrafo primero de este artículo concurriendo iguales circunstancias en relación con objetos amparados en favor de tercero por un modelo o dibujo industrial o artístico o topografía de un producto semiconductor.*

Artículo 274 CP:

1. *Será castigado con las penas de seis meses a dos años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo usurpe un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen estos productos.*
2. *Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas, posea para su comercialización o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados.*

No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.

3. *Será castigado con la misma pena quien, con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación sobre protección de obtenciones vegetales.*
4. *Será castigado con la misma pena quien realice cualesquiera de los actos descritos en el apartado anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad.*

Artículo 275 CP:

Las mismas penas previstas en el artículo anterior se impondrán a quien intencionadamente y sin estar autorizado para ello, utilice en el tráfico económico una denominación de origen o una indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegidas para distinguir los productos amparados por ellas, con conocimiento de esta protección.

Artículo 276 CP:

Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

-
- a) *Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.*
 - b) *Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.*
 - c) *Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad industrial.*
 - d) *Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.*

Artículo 277 CP:

Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, el que intencionadamente haya divulgado la invención objeto de una solicitud de patente secreta, en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes, siempre que ello sea en perjuicio de la defensa nacional.

SECCIÓN 3.

DE LOS DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES.

Artículo 278 CP:

1. *El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*
2. *Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.*
3. *Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos.*

Artículo 279 CP:

La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior.

Artículo 280 CP:

El que, con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 281 CP:

1. *El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.*
2. *Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas.*

Artículo 282 CP:

Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.

Artículo 282 bis. CP:

<E:\lo10-1995.l3t5.html \ balloon33> *Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado*

de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses.

Artículo 283 CP:

Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos.

Artículo 284 CP:

Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que:

1º. Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

2º. Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

3º. Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieran órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador.

Artículo 285 CP:

1. Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años.

2. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años, la multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años, cuando en las conductas descritas en el apartado anterior concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- 1ª. Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas.*
- 2ª. Que el beneficio obtenido sea de notoria importancia.*
- 3ª. Que se cause grave daño a los intereses generales.*

Artículo 286 CP:

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 24 meses el que, sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso

inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente, mediante:

1º. La fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler, o posesión de cualquier equipo o programa informático, no autorizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso.

2º. La instalación, mantenimiento o sustitución de los equipos o programas informáticos mencionados en el párrafo 1º.

2. Con idéntica pena será castigado quien, con ánimo de lucro, altere o duplique el número identificativo de equipos de telecomunicaciones, o comercialice equipos que hayan sufrido alteración fraudulenta.

3. A quien, sin ánimo de lucro, facilite a terceros el acceso descrito en el apartado 1, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministre información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a un servicio o el uso de un dispositivo o programa, de los expresados en ese mismo apartado 1, incitando a lograrlos, se le impondrá la pena de multa en él prevista.

4. A quien utilice los equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional o equipos de telecomunicación, se le impondrá la pena prevista en el artículo 255 de este Código con independencia de la cuantía de la defraudación.

SECCIÓN 4.

DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES.

<E:\lo10-1995.l3t5.html> \ [balloon33](#) Artículo 286 bis CP:

1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y Tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.

SECCIÓN 5.

DISPOSICIONES COMUNES A LAS SECCIONES ANTERIORES.

<E:\lo10-1995.l3t5.html \ balloon35> Artículo 287 CP:

<E:\lo10-1995.l3t5.html \ balloon32> 1. *Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3ª de este Capítulo, excepto los previstos en los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.*

2. *No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.*

Artículo 288 CP:

<E:\lo10-1995.l3t5.html \ balloon32> *En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.*

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

1. *En el caso de los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283, 285 y 286:*

- a) *Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido o favorecido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.*
- b) *Multa del doble al triple del beneficio obtenido o favorecido, en el resto de los casos.*

En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis:

- a) *Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.*
- b) *Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.*

2. *Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

CAPÍTULO XII.

DE LA SUSTRACCIÓN DE COSA PROPIA A SU UTILIDAD SOCIAL O CULTURAL.

Artículo 289 CP:

El que por cualquier medio destruyera, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

CAPÍTULO XIII.

DE LOS DELITOS SOCIETARIOS.

Artículo 290 CP:

Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.

Artículo 291 CP:

Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a

la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

Artículo 292 CP:

La misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito.

Artículo 293 CP:

Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses.

Artículo 294 CP:

Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

Artículo 295 CP:

Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

Artículo 296 CP:

1. Los hechos descritos en el presente Capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

Artículo 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.

CAPÍTULO XIV.

DE LA RECEPCIÓN Y EL BLANQUEO DE CAPITALES.

<E:\lo10-1995.l3t5.html> \ [balloon32](#) Artículo 298 CP:

1. El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Esta pena se impondrá en su mitad superior a quien reciba, adquiera u oculte los efectos del delito para traficar con ellos. Si el tráfico se realizase utilizando un establecimiento o local comercial o industrial, se impondrá, además, la pena de multa de doce a veinticuatro meses. En estos casos los Jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias

personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria, por tiempo de dos a cinco años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

3. En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviese castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de 12 a 24 meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta; en tal caso, se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior.

Artículo 299 CP:

1. El que con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, habitualmente se aprovechara o auxiliara a los culpables para que se beneficien de los efectos de las mismas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

2. Si los efectos los recibiere o adquiriere para traficar con ellos, se impondrá la pena en su mitad superior y, si se realizaran los hechos en local abierto al público, se impondrá, además, la multa de 12 a 24 meses. En estos casos los jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

Artículo 300 CP:

Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena.

Artículo 301 CP:

1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.

Artículo 302 CP:

1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 303 CP:

Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de Títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.

Artículo 304 CP:

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.

TÍTULO XIV.

DE LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL

Artículo 305 CP:

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.
- b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o puede afectar a una pluralidad de obligados tributarios.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

3. Las mismas penas se impondrán cuando las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo se cometan contra la Hacienda de la Comunidad Europea, siempre que la cuantía defraudada excediera de 50.000 euros.

4. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

5. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, los jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada Ley.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.

Artículo 306 CP:

El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, eludiendo el pago de cantidades que se deban ingresar, o dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Artículo 307 CP:

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometa concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social.
- b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social.

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquéllas correspondan a un período inferior a doce meses.

3. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante la Seguridad Social, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

Artículo 308 CP:

1. El que obtenga subvenciones, desgravaciones o ayudas de las Administraciones públicas de más de ciento veinte mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe. Para la determinación de la cantidad defraudada se estará al año natural y deberá tratarse de subvenciones obtenidas para el fomento de la misma actividad privada subvencionable, aunque procedan de distintas Administraciones o entidades públicas.

2. Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones públicas cuyo importe supere los ciento veinte mil euros, incumpla las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida.

3. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable 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 durante un período de tres a seis años.

4. Quedará exento de responsabilidad penal, en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los apartados primero y segundo de este artículo, el que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección o control en relación con dichas subvenciones, desgravaciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

Artículo 309 CP:

El que obtenga indebidamente fondos de los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Artículo 310 CP:

Será castigado con la pena de prisión de cinco a siete meses el que estando obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales:

- a) Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.

- b) *Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.*
- c) *No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.*
- d) *Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.*
- La consideración como delito de los supuestos de hecho, a que se refieren los párrafos c y d anteriores, requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico.*

Artículo 310 bis CP:

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas:

- a) *Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.*
- b) *Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310.*

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

TÍTULO XV.

DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES.

Artículo 311 CP:

Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses:

- 1º.) *Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.*
- 2º.) *Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.*
- 3º.) *Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.*

Artículo 312 CP:

1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Artículo 313 CP:

[E:\lo10-1995.l3t5.html \ balloon32](#)El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.

Artículo 314 CP:

Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la

A juicio de algún autor¹³⁹, el comiso guarda escasa relación con las medidas previstas en el art. 129 CP: -en la actualidad recogidas expresamente en el catálogo general del artículo 33 CP, si bien vigentes todavía para ciertas personas jurídicas a través de este precepto-, que, en sus orígenes, fueron concebidas por el prelegislador como medidas de seguridad y que, a partir de la Propuesta de Anteproyecto de 1983, formaron parte de las consecuencias accesorias.

2.3.4 Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias.

No existe unanimidad interpretativa con relación a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias y, dado que existen opiniones que las consideran penas frente a otras que las estiman como medidas, la polémica está servida.

Para MAPPELLI CAFFARENA, la naturaleza de pena, les

empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses.

Artículo 315 CP:

- 1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.*
- 2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaran a cabo con fuerza, violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.*
- 3. Las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga.*

Artículo 316 CP:

Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

Artículo 317 CP:

Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.

Artículo 318 CP:

Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

¹³⁹ Así lo indica Borja MAPPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 405 y ss.

viene negada a las consecuencias accesorias, por una parte, porque se aplican en función de criterios ajenos a la culpabilidad. El fallo condenatorio en el que se decide su aplicación, no concluye con la declaración de responsable penal de quien sufre un comiso o la pérdida de su empresa.

Tampoco se encuentran sometidas a las reglas generales de determinación de las penas, ni aparecen recogidas en el catálogo general de penas del artículo 33 del Código Penal. Por otra parte, ni siquiera pueden asimilarse a las penas accesorias con las cuales sólo tienen en común la accesoriedad, si bien presentan rasgos comunes con las penas accesorias, porque su aplicación depende exclusivamente de la concurrencia de una serie de circunstancias objetivas que, en este caso, se reducen a la vinculación de la empresa o el negocio con la actividad delictiva.

Más partidarios han encontrado tradicionalmente las tesis que las identifican con las medidas de seguridad, pues, el comiso, lo hallamos en el anterior Código entre las medidas a las que, el legislador, se refiere con dicha expresión: *medidas*. Tal planteamiento se basa en los fines hacia los que deben orientarse de conformidad con el artículo 129.3 CP: (*estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva*)¹⁴⁰.

De otra parte, cabe confrontar las consecuencias accesorias con las consecuencias reparatorias de naturaleza civil derivadas del delito. Ni el comiso ni el resto de las medidas tienen como finalidad la restitución, la reparación o la indemnización. Ahora bien, en la medida que permiten obviar el principio de personalidad, limitador de los institutos de naturaleza punitiva, las consecuencias accesorias son instrumentos de gran eficacia en la lucha contra la criminalidad económica.

2.3.5 El comiso.

Durante muchos años la figura del comiso se ha encontrado en el Código Penal, relegada en un segundo plano, como una consecuencia natural y final de la sentencia, aunque no dirigida como una medida para desarrollo de una política criminal específica.

El comiso fue pues, una figura penal tradicionalmente “secundaria”, pero que ha ido adquiriendo en los últimos años una nueva perspectiva, al utilizarse – ahora sí -como un mecanismo de lucha contra la

¹⁴⁰ De este modo se rubrican los argumentos de quienes diferencian la *peligrosidad subjetiva* (procedente de personas físicas), inspiradora de las medidas de seguridad, de la *peligrosidad objetiva* (nacida de las personas jurídicas o de las cosas), asentada en las consecuencias accesorias.

criminalidad.

En efecto, se trata de una consecuencia accesoria, definida en el artículo 127 del CP: “...*toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos 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. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente...*”

El comiso es actualmente una de las medidas más potenciadas para la lucha contra la criminalidad organizada y transnacional. El principio de proporcionalidad para el comiso se halla recogido en el artículo 128 del CP:¹⁴¹. Con el establecimiento de este principio, el comiso pasa a formar parte de las consecuencias jurídicas del delito con carácter potestativo. Sólo podrá ser impuesto por los jueces tras haberlo solicitado las partes.

La condición patrimonial del comiso toma cuerpo en la última reforma 5/2010, la cual posibilita el decomiso de los bienes decomisables, dentro de cualquiera de las manifestaciones de esta sanción, cuando se trata de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o terroristas, estimándose que dimanar de dichos quebrantamientos legales todos los bienes que pertenezcan al patrimonio de los miembros condenados de tales asociaciones¹⁴².

¹⁴¹ Artículo 128 CP:

Cuando los referidos efectos e instrumentos 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.

¹⁴² Artículo 127.1 CP:

1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos 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. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene

Para poder aplicar el comiso es preciso que se haya cometido una infracción penal. El título de imputación puede ser doloso (en su forma directa o eventual) o imprudente, si bien tratándose de delitos imprudentes el comiso sólo será posible si se prevé una pena de prisión superior al año¹⁴³.

La finalidad que se persigue con el comiso es la incautación a los responsables del delito, tanto de los instrumentos utilizados en la ejecución de la acción delictiva, como de los bienes obtenidos con la misma. Aunque de cualquier manera y para evitar un exceso en la intervención, se deberá respetar el principio de proporcionalidad al que nos hemos referido en párrafos precedentes.

2.3.6 Las consecuencias accesorias del art. 129 CP.

La reforma 5/2010 ha modificado el contenido del art. 129 del CP¹⁴⁴ reservándolo en la actualidad a la responsabilidad penal de entidades u organizaciones que carecen de personalidad jurídica, estableciendo un

de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

¹⁴³ Artículo 127.2 CP:

2. En los casos en que la Ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

¹⁴⁴ Artículo 129 CP:

1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.

paralelismo con la responsabilidad del art. 31 bis de dicho texto legal.

En ambos casos, la responsabilidad dimana de presupuestos muy diferentes, tanto en las circunstancias concurrentes como en las reglas de determinación de las penas. Es de aplicación en los mismos casos en que es posible la responsabilidad de las personas jurídicas, pero no en todos los delitos es imaginable que intervengan este tipo de corporaciones¹⁴⁵.

En los aspectos penológicos también se aprecian grandes diferencias en la regulación de la responsabilidad penal de las entidades, según tengan o no personalidad jurídica. Las sanciones son las mismas, salvo la multa y la disolución, que no están contempladas en el art. 129 CP:

Por lo que a su duración respecta, las cinco sanciones, apartados c) a g) del art. 33.7 CP¹⁴⁶, se agrupan en sanciones definitivas -

¹⁴⁵ A modo de ejemplo, en los delitos societarios, el legislador se refiere siempre a personas jurídicas o en tramitación. También difieren las circunstancias en que se exige responsabilidad a unas y a otras. En ambos, hay una persona física condenada. No obstante, en relación con las entidades carentes de personalidad jurídica, no es necesario que se trate de representantes legales, puesto que carecen de ellos, pero tampoco se exige en el art. 129 del CP: que, las personas físicas condenadas, hayan cometido el delito en representación, en provecho o por falta de control sobre las entidades.

¹⁴⁶ Artículo 33.7 CP:

Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) *Multa por cuotas o proporcional.*
- b) *Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*
- c) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- d) *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- e) *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*
- f) *Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*
- g) *Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

disolución (b)-, temporales -suspensión (c) e intervención (e) y mixtas -clausura (a) y prohibición de realizar determinadas actividades (d)-, que adoptaran una u otra naturaleza por decisión judicial¹⁴⁷.

La regulación de la responsabilidad de las entidades sin personalidad jurídica resulta, en comparación con las que sí la tienen, más sencilla. Es preciso que se haya cometido un delito o falta en los que se debe contemplar expresamente la posibilidad de aplicarla. Tal infracción ha debido cometerse por personas físicas en el seno, con la colaboración o a través de dichas entidades carentes de personalidad jurídica¹⁴⁸.

Si bien el artículo 129 del CP no contempla esta posibilidad, la doctrina, se inclina por aplicar la norma del comiso, que permite su imposición a personas que no han sido declaradas culpables cuando actuaron de mala fe¹⁴⁹.

Para establecer una mayor coherencia a las respuestas punitivas y evitar más diferencias entre las penas y las consecuencias accesorias, la reforma 5/2010 ha eliminado la cláusula según la cual en la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP los jueces deberán tener en cuenta si se trata de un medio útil para prevenir la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

¹⁴⁷ Las sanciones de carácter temporal sólo tienen establecida una duración máxima de cinco años, igual para todas. Debe entenderse que cinco años es el límite superior, tanto para los casos en que se aplica una sola sanción, como cuando se aplican varias.

¹⁴⁸ No parece necesario que haya una relación instrumental entre la sociedad o empresa destinatarias de las sanciones y el delito. Las personas físicas han debido ser castigadas con pena, con las cuales guardan una relación de accesoriedad las sanciones impuestas a las entidades.

¹⁴⁹ Para poder aplicar estas sanciones el Código hace referencia a la motivación judicial, sin olvidar los principios acusatorio y contradictorio aunque se trata de consecuencias accesorias y no de penas.

Para finalizar este subapartado, insistimos en la dificultades analíticas que presentan para los juzgadores las reglas de aplicación de estas sanciones, en especial por las circunstancias que deben valorar para determinar, casi con total discrecionalidad, la duración de la consecuencia accesoria.

2.4 La responsabilidad civil derivada del delito.

2.4.1 Consideraciones generales.

En el proceso penal, la responsabilidad civil puede definirse como la obligación que tiene el autor de un delito o falta de reparar económicamente los daños y perjuicios causados o derivados de su infracción. El objetivo de la responsabilidad civil es compensar a la víctima por los daños causados, por lo que persigue un interés privado.

A pesar de las recientes reformas, nuestro Código sigue anclado en una concepción individualista de la responsabilidad civil, según la cual *el que por acción u omisión cause un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado* (art. 1902 CC.), idea que impregnaba todos los Códigos precedentes al de 1995, los cuales, regulaban conjuntamente los problemas de la autoría penal y los de la persona civilmente responsable.

Actualmente, las relaciones socioeconómicas existentes en nuestra sociedad compleja, con numerosísima presencia de personas jurídicas, desplazan las responsabilidades a colectividades o a terceros, ya sean personas físicas o jurídicas, que no son penalmente responsables o bien las asume contractualmente una aseguradora.

En coherencia con el modelo individual de nuestro sistema de responsabilidad civil, la culpa constituye el fundamento de la misma. Sin embargo, los avances generados por las nuevas tecnologías resultan en ocasiones tan engorrosos que, la reparación del daño, sería imposible alcanzar si tuviera, como presupuesto, la determinación de la culpa personal.

En efecto, resulta difícil determinar el culpable en desastres ecológicos como el producido por el *Prestige*, o los casos del *Cortegan*, la *Colza* o la *Talidomida*¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Sobre estas dificultades vid. SSTS 17 JUL 1994 ó 4 JUN 2002, en Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 453.

La aceptación de la responsabilidad civil objetiva ha generalizado la contratación de seguros, especialmente en el ejercicio de algunas profesiones para cubrir eventuales daños ocasionados con motivo de la comisión de una infracción penal¹⁵¹.

2.4.2 Concepto y naturaleza jurídica.

Abundando en la primera de las definiciones que hemos dado en el subapartado inmediato anterior, entendemos por responsabilidad civil *la obligación que debe asumir una persona de reparar el daño originado como consecuencia de haber vulnerado con su conducta los derechos de otros*.

La responsabilidad civil es *ex delicto* cuando se deriva de una conducta tipificada como ilícito penal¹⁵². Civilmente, esta modalidad de responsabilidad, se denomina extracontractual ya que no surge de un acuerdo entre dos personas, sino del deber genérico de todos de no ocasionar daños a los demás (*neminem laedere*).

Por responsabilidad civil *ex delicto* entenderemos la responsabilidad civil extracontractual que tiene su origen en un ilícito penal que causa un daño. Sin embargo, la doctrina ha dejado bien claro que no se predica que ella sea consecuencia de todo ilícito. En este sentido, la jurisprudencia ha sido enfática al declarar que:

“(...) Como tantas veces se ha repetido, la declaración contenida en el art. 19 del CP:, (“Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente”) no puede entenderse en el sentido de que todo delito o falta genere responsabilidad civil, ya que, lo que las referidas infracciones criminales producen es un daño criminal y la única sanción establecida por la producción de tal daño es la pena, de suerte que las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquéllas, en las que el hecho, además del daño criminal a ellos inherente producen un daño civil (...)” S. 4-11-1981. En el mismo sentido S. 08-03-1984 y S. 20-01-1989, como más significativas y punto de partida.

¹⁵¹ En la actualidad, bajo el prisma político-criminal del interés por la víctima, el Estado ya ha asumido la carga de la indemnización en relación con algunos delitos (terrorismo o delitos violentos contra las personas).

¹⁵² Por ejemplo: La sustracción de un vehículo a motor (ilícito penal) origina también unos perjuicios al propietario del mismo (ilícito civil).

Toda responsabilidad civil obedece a un título de imputación concreta y no abstracta del que nace un derecho subjetivo de carácter privado, que podrá ejercerse en la sede del proceso penal¹⁵³. No es preciso que se trate de un delito en el sentido de una acción típica, antijurídica y culpable. Los hechos pueden estar amparados por una causa de exculpación e, incluso, de justificación penal y, no obstante, seguir originando esta forma especial de responsabilidad civil, que no es otra cosa que responsabilidad civil extracontractual¹⁵⁴.

Dado que, en nuestro sistema penal, el ejercicio de la acción penal lleva acumulado el de la civil ha dado lugar a que la naturaleza de la responsabilidad *ex delicto* haya sido objeto de una viva polémica, si bien son escasos los defensores, en la ciencia penal, que sustentan la naturaleza penal de la responsabilidad civil¹⁵⁵.

Pero, a pesar de la proximidad existente entre responsabilidad penal y civil *ex delicto*, ambas mantienen su diferente naturaleza. Expresamente el art. 34 del CP: señala que, las sanciones reparadoras no se reputarán como penas¹⁵⁶. Tal independencia viene expresamente recogida en el art. 117 de la LECr¹⁵⁷.

¹⁵³ Artículo 112 LECrim:

Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar. Si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal.

¹⁵⁴ No toda responsabilidad extracontractual requiere como presupuesto un ilícito. Como indicábamos, únicamente cuando es *ex delicto*, razón por la que, el derecho, trata de asegurar la reparación del perjuicio en estos casos con especial intensidad.

¹⁵⁵ En el momento actual, la modulación de la responsabilidad penal, el *quantum* material de la pena, depende en gran medida de que se haya, o no, satisfecho la responsabilidad civil.

¹⁵⁶ Artículo 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.*

¹⁵⁷ Artículo 117 LECrim:

No debemos confundir la responsabilidad civil con otras figuras afines. Por un lado, con el comiso, en la medida en que, con los bienes decomisados, se hace frente a la responsabilidad civil y, sobre todo, porque el artículo 128 CP: prevé la aplicación del principio de proporcionalidad en función a que se haya o no satisfecho la responsabilidad civil.

2.4.3 Extensión de la responsabilidad civil.

De conformidad con lo establecido en el art. 110 CP:, la responsabilidad civil comprende tres obligaciones para el deudor: *la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales*¹⁵⁸.

Restituir es devolver un bien a su legítimo poseedor, el cual lo perdió a consecuencia de la infracción. La restitución sólo es imaginable en relación con las infracciones patrimoniales que tengan por objeto bienes restituibles.

La reparación del daño, entiende el Código Penal, podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. Dista mucho de ser la fórmula comúnmente utilizada para satisfacer la responsabilidad civil *ex delicto*.

La indemnización tiene su origen en los perjuicios materiales y morales causados por el delito. En ambos casos se pretende una compensación, pero no un enriquecimiento sin causa.

2.4.4 Personas civilmente responsables.

Las personas físicas o jurídicas que tienen obligación de compensar los daños causados con la infracción penal pueden asumir esta obligación directamente o subsidiariamente, cuando, la responsabilidad, recae primero sobre una tercera persona, que no puede asumirla en absoluto o sólo

La extinción de la acción civil tampoco lleva consigo la de la penal que nazca del mismo delito o falta. La sentencia firme absolutoria dictada en el pleito promovido por el ejercicio de la acción civil, no será obstáculo para el ejercicio de la acción penal correspondiente. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo que establece el capítulo II del título I de este libro y los artículos 106, 107, 110 y párrafo segundo del 112.

¹⁵⁸ Artículo 110 CP:

La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1. *La restitución.*
2. *La reparación del daño.*
3. *La indemnización de perjuicios materiales y morales.*

parcialmente.

No obstante, atendiendo el art. 116 CP¹⁵⁹, observamos expresada la voluntad del legislador a favor de la responsabilidad del autor en casos en los que la ley no establezca orden de prioridad alguno, el cual responde con todos sus bienes presentes y futuros¹⁶⁰.

2.4.4.1 Responsabilidad civil directa. Normas penales para el reparto de la responsabilidad civil.

El autor de una infracción penal, si no se encuentra en alguno de los supuestos previstos de responsabilidad subsidiaria, asume en su totalidad la obligación de compensar los daños directos originados por la conducta objeto de reproche, coincidiendo entonces en una misma persona, la condición de la autoría penal y responsable civil.

La responsabilidad civil derivada del delito, en especial cuando se trata de restablecer algo, merece un trato privilegiado, al igual que frente a las exigencias contraídas por el autor con posterioridad a la comisión del delito; y, tan es así, que, cualquier intento de inadvertir las mismas, alzando su patrimonio, se encuentra expresamente castigado¹⁶¹.

¹⁵⁹ Artículo 116 CP:

1. *Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.*

2. *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.*

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

3. *La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.*

¹⁶⁰ Artículo 1911 CC:

Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

¹⁶¹ Artículo 258 CP:

El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Cuando existen multitud de responsables, coautores o meros cómplices, las obligaciones se satisfacen entre todos ellos y se plantean dos cuestiones: Con qué criterios determinan los Tribunales la porción fija y proporcional de participación en la obligación, y, en segundo lugar, de qué manera se instituye la participación de todos en la obligación común¹⁶².

Mas, si en la sentencia, o posteriormente, el Tribunal no concreta las referidas cuotas, inferimos que, las mismas, serán por partes iguales, independientemente de la responsabilidad penal de cada uno de los condenados¹⁶³, regulación que consideramos oportuno revisar.

Nuevamente apreciamos la mezcla entre lo penal y lo civil en la estipulación *si son dos o más los responsables de un delito o falta*, que, de conformidad con el artículo 116 CP, es el motivo para establecer cuotas. Con ella aborda, quien legisla, el complejo problema penal de la concurrencia de infracciones y del concepto de acción del que se parte.

Si de toda infracción penal no se deriva necesariamente la responsabilidad civil, de no acaecer un daño, tampoco quien deba responder penalmente tendrá que soportar una parte de responsabilidad directa, salvo prueba de que, de su contribución a la transgresión penal, se derivaron tales daños.

Tras fijar las cuotas de obligación entre los autores y los partícipes surge, en primer lugar, la obligación total o principal; a continuación, las obligaciones que corresponden a la totalidad de los autores, de un lado, y de los partícipes, por otro, y, por último, la que corresponde a

¹⁶² El órgano judicial, en la medida de lo posible, está compelido a fijar los términos de las cuotas de responsabilidad tocantes a cada uno de los sujetos penalmente responsables, salvo en los supuestos de restitución (enunciados en el subapartado 2.4.3 *Extensión de la responsabilidad civil*, Capítulo II del presente trabajo); en caso contrario, puede ser solicitado mediante recurso.

¹⁶³ Artículo 1138 CC:

Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.

cada uno de los responsables en su cuota individual¹⁶⁴.

2.4.4.2 Breve referencia a la responsabilidad de las aseguradoras.

Pertenecientes a los responsables directos, se encuentran las aseguradoras, con quienes, determinadas personas, ajustan contratos para cubrir eventuales daños derivados del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad. El Código Penal de 1995¹⁶⁵ hace referencia a este tipo de responsabilidad, reconociendo implícitamente la significación que la misma ha adquirido en estos tiempos.

El referido mandato estimula un nuevo aspecto de la responsabilidad civil de las compañías de seguros, que, hasta ahora, según la jurisprudencia, sólo eran responsables directas cuando, el asegurado, había suscrito voluntariamente el contrato de seguro y, por tanto, en los supuestos de seguro obligatorio, sólo respondían subsidiariamente. El texto legal no permite semejante distinción y establece la responsabilidad directa.

En otro orden de cosas, el art. 76 de la Ley de Contratos de Seguros establece que *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. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su*

¹⁶⁴ Estas diferencias son indispensables para interpretar correctamente la voluntad del legislador, el cual, con objeto de que ningún impedimento estorbe la legítima satisfacción de la víctima perjudicada, instituye una responsabilidad combinada, solidaria y subsidiaria.

¹⁶⁵ Artículo 117 CP:

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.

contenido¹⁶⁶.

2.4.4.3 La responsabilidad civil directa de quienes no son penalmente responsables en supuestos de exención de responsabilidad penal.

Siguiendo a MAPELLI CAFFARENA, el art. 118 del CP¹⁶⁷, contempla algunos supuestos de responsabilidad civil cuando concurren determinadas causas de exención de la responsabilidad criminal, las cuales tienen en común la circunstancia de que, quienes tomaron parte en los hechos, se encuentran amparados por dichas causas de la responsabilidad penal de distinta naturaleza jurídica, a pesar de lo cual subsiste la responsabilidad civil desplazándose a terceras personas ajenas a los hechos penalmente significativos, aun cuando no en todas las ocasiones se trata de una

¹⁶⁶ Para los casos de delitos cometidos con vehículos de motor, las compañías de seguro se obligan frente a los daños ocasionados con éstos, con independencia de que sean o no dolosos. Tan sólo quedarían excluidos de esta cobertura cuando los daños se ocasionan utilizando el vehículo con una función distinta de la conducción, o cuando el vehículo sirve de transporte para la comisión de un delito ajeno al mismo.

¹⁶⁷ Artículo 118 CP:

1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:

1ª) En los casos de los números 1º y 3º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal 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.

Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.

2ª) Son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado en el supuesto del número 2º.

3ª) En el caso del número 5º serán responsables civiles directos las 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.

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.

4ª) 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.

2. En el caso del artículo 14, serán responsables civiles los autores del hecho.

responsabilidad directa excluyente de la de los sujetos activos¹⁶⁸.

Pues bien, quedan en cambio excluidos de estas reglas los supuestos en los que concurren eximentes incompletas¹⁶⁹, en lugar de exenciones plenas, lo cual obliga a aplicar, en tales supuestos, soluciones menos garantes para las víctimas, a nuestro juicio, sin causas que lo justifiquen.

Si bien es verdad que, en estas reglas, no se indica de modo expreso si la responsabilidad debe ser solidaria o no, cuando resulten dos o más personas responsables como consecuencia de su aplicación, el carácter de norma general del art. 116 CP y razones victimológicas, recomiendan que sea así considerada¹⁷⁰.

2.4.4.4 Participación a título lucrativo.

En ocasiones determinadas personas pueden haberse lucrado de la comisión de un delito sin llegar a responder por algunas de las formas de participación (coautoría o complicidad)¹⁷¹, ni tampoco por alguna de las modalidades delictivas previstas para los enriquecimientos lucrativos de un ilícito penal, como la receptación.

Dado lo anterior, el Juez o Tribunal les obligará a restituir la cosa, si se hallare en su poder, o a establecer una cuota de responsabilidad en la cuantía de su participación¹⁷². Este precepto introduce

¹⁶⁸ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 478 y ss.

¹⁶⁹ Conviene recordar que, la eximente incompleta, es una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal prevista en el art. 21.1ª del CP, que resulta aplicable en los casos en que, cometido un delito a una falta, no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal establecidos en los distintos supuestos del art. 20 de dicho texto legal, sino, tan sólo, alguno de ellos.

¹⁷⁰ En el mismo sentido Luis GRACIA MARTÍN (Coord.), Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR y María del Carmen ALASTUEY DOBÓN, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, 4ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 148, 222 y ss.

¹⁷¹ Coautoría: Se aprecia cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

Complicidad: El cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo, anterior o simultáneo, de medios conducentes a la realización del propósito que a aquellos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la acción criminal en el que todos están interesados.

¹⁷² Artículo 122 CP:

una excepcionalidad al conjunto de la regulación ya que, quien no tiene responsabilidad penal, ni vínculos con los responsables, se responsabiliza de cuotas indemnizatorias, por lo que, según QUINTERO OLIVARES, es acertado considerarlo como un supuesto ajeno a la responsabilidad civil *ex delicto*¹⁷³.

Sin embargo, el fundamento de esta responsabilidad, no difiere de la que tienen que asumir los que, además, comparten responsabilidad penal. En uno y otro supuesto, se trata de impedir el enriquecimiento injusto¹⁷⁴, con indiferencia de que, éste, proceda de un injusto civil o penal.

Para que pueda aplicarse la responsabilidad civil *ex delicto* por participación lucrativa tienen que concurrir los siguientes requisitos:

- a) Debe existir una persona física o jurídica que hubiere participado a título lucrativo de sus efectos.
- b) El adquirente, no debe de conocer el origen ilícito penal de los bienes adquiridos, pues, de lo contrario, sería penalmente responsable.
- c) La valoración antijurídica de la transmisión de los objetos que pueden ser reivindicados se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico.

2.4.4.5 Responsabilidad civil subsidiaria.

El artículo 120 CP¹⁷⁵ recoge los supuestos generales de

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.

¹⁷³ Así se expresa Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, Aránzadi, 4ª. edición, Navarra, 2010, pp. 763-766.

¹⁷⁴ Artículo 1305 CC:

Quando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido.

¹⁷⁵ Artículo 120 CP:

Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

la responsabilidad civil subsidiaria concebida a falta de la responsabilidad civil directa inherente a la criminalidad del acusado. Por lo tanto nos hallamos ante una responsabilidad civil de “segundo grado”, sólo efectiva ante el fracaso en la exigencia de responsabilidad al genuinamente obligado¹⁷⁶.

A su vez, el artículo 121 CP regula expresamente la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas por los daños causados por los empleados públicos que resulten ser responsables penales, siempre que, la lesión, sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos¹⁷⁷.

Como podemos observar, la voluntad del legislador es conferir el mayor alcance posible a la responsabilidad civil con idea de asegurar la indemnización de los perjudicados.

1º. 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.

2º. 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.

3º. 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.

4º. 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.

5º. 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.

¹⁷⁶ Vid Rosario de VICENTE MARTÍNEZ, *Vademécum de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 256 y ss.

¹⁷⁷ Artículo 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 pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

Para que se pueda establecer la responsabilidad civil subsidiaria, es preciso:

- a) Que, entre el responsable principal y subsidiario, exista una relación de control o dependencia reconocida por el derecho, entendida en su sentido amplio.
- b) Que se produzca algún tipo de culpa en el responsable subsidiario.
- c) Que, el perjuicio, se haya originado o se haya visto favorecido por la conducta negligente.
- d) Que, el responsable principal, no pueda satisfacer total o parcialmente la cuota de responsabilidad que le corresponde.

En todos los supuestos de responsabilidad civil subsidiaria, no es preciso que llegue a condenarse al autor de los hechos. La misma permanece cuando concurre una causa de exención de acuerdo con lo establecido en el art. 118 CP.

2.4.4.6 Casuística de la responsabilidad civil subsidiaria.

El CP recoge, en su artículo 120, los distintos motivos de responsabilidad civil subsidiaria, sobre los que reflexionamos a continuación:

A) Cuando hay convivencia, los padres o tutores son responsables de los perjuicios o daños de los delitos o faltas cometidos por los mayores de edad sujetos a su patria potestad o tutela siempre que, por parte de aquellos, se haya producido un acto de negligencia, que favorezca o permita la comisión de un hecho delictivo.

Con relación a los menores de edad penal, los padres o tutores comparten con ellos una responsabilidad objetiva y solidaria¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Artículo 61 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores:

Reglas generales.

Tratándose de mayores de edad penal, únicamente son posible las relaciones

1. La acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta 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 ejercerla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Se tramitará una pieza separada de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados.

3. Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.

4. En su caso, se aplicará también lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 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.

Artículo 62 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores:

Extensión de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil a la que se refiere el artículo anterior se regulará, en cuanto a su extensión, por lo dispuesto en el capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal vigente.

Artículo 63 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores:

Responsabilidad civil de los aseguradores.

Los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores a los que se refiere la presente Ley serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda.

Artículo 64 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores:

Reglas de procedimiento.

Los trámites para la exigencia de la responsabilidad civil aludida en los artículos anteriores se acomodarán a las siguientes reglas:

1. Tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, ordenará abrir de forma simultánea con el proceso principal una pieza separada de responsabilidad civil, notificando el secretario judicial a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción.

2. En la pieza de referencia, que se tramitará de forma simultánea con el proceso principal, podrán personarse los perjudicados que hayan recibido notificación al efecto del Juez de Menores o del Ministerio Fiscal, conforme establece el artículo 22 de la presente Ley, y también espontáneamente quienes se consideren como tales. Asimismo, podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. En el escrito de personación, indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad.

3. El secretario judicial notificará al menor y a sus representantes legales, en su caso, su condición de posibles responsables civiles.

4. Una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles, el Juez de Menores resolverá sobre su condición de partes, continuándose el procedimiento por las reglas generales.

5. La intervención en el proceso a los efectos de exigencia de responsabilidad civil se realizará en las condiciones que el Juez de Menores señale con el fin de preservar la intimidad del menor y que el conocimiento de los documentos obrantes en los autos se refiera exclusivamente a aquellos que tengan una conexión directa con la acción ejercitada por los mismos.

tutelares cuando, los mismos, están en un proceso de incapacitación o de prodigalidad en trámite o ya concluido.

La responsabilidad penal de los jóvenes comprendidos entre los dieciocho y veintiún años puede ser tratada, eventualmente, conforme a la LORPM¹⁷⁹, si bien, la responsabilidad civil en que incurrieren se regirá por las normas recogidas en el CP.

Por otro lado, la responsabilidad extracontractual¹⁸⁰, invierte la carga de la prueba de manera que, sean los padres o los tutores, quienes prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, debiendo quedar acreditada la negligencia en el proceso penal.

B) 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.

¹⁷⁹ Artículo 1.2 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: *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 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España.*

¹⁸⁰ Artículo 1903 CC:

La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

ACLARACIÓN:

El párrafo 2º. fue redactado por la Ley 11/1981, del 13 de mayo (BOE del 19 de mayo), de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. La Ley 1/1991, del 7 de enero (BOE del 8 de enero), de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado, suprimió el párrafo 5º. y dio nueva redacción al párrafo 6º. (actual 5º.).

Este precepto hemos de analizarlo de acuerdo con lo establecido, no sólo en el evocado art. 212 CP¹⁸¹, sino en el art. 30 CP¹⁸², ya que, este último, establece una responsabilidad en cascada en los delitos cometidos mediante la difusión a través de medios mecánicos. La concertación de dichos artículos nos obliga a establecer diferenciación entre los delitos de calumnias y de injurias y el resto de los delitos que pueden cometerse mediante estos medios de difusión.

C) 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.

Este mandato, y el siguiente, se hallan vinculados de tal manera que, con ambos, el legislador viene a demostrar, en virtud del principio de que quien se beneficia debe también asumir los riesgos de su actividad empresarial, la responsabilidad subsidiaria de los titulares de las empresas en cuyos establecimientos se cometen infracciones penales por negligencia de los empleados de las mismas o en el desempeño de sus funciones¹⁸³.

¹⁸¹ Artículo 212 CP:

En los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria.

¹⁸² Artículo 30 CP:

1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.

2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:

1º) Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.

2ª) Los directores de la publicación o programa en que se difunda.

3º) Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.

4º) Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.

¹⁸³ Por empleado entendemos, a estos efectos, quien desempeña un cargo o trabajo y es remunerado por ello, sin necesidad de que se haya materializado en un contrato.

D) 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.

Nos encontramos ante una subsidiaridad verdaderamente objetiva, constatando una línea jurisprudencial consolidada que relativiza la relación laboral, que ya no requiere la estabilidad.

E) 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.

No es descabellado considerar, a la vista de la amplitud mantenida por nuestros Tribunales en la aplicación de la pauta precedente, que, ésta, constituye un subtipo de las anteriores, ya que, la única nota diferenciadora, está en que, la comisión del delito, se perpetra mediante un vehículo¹⁸⁴.

2.4.4.7 Responsabilidad subsidiaria de la Administración.

Esta modalidad de responsabilidad civil se encuentra establecida en el art. 121 del Código Penal¹⁸⁵, pero, su fundamento, viene recogido en la CE de 1978¹⁸⁶ y presenta las siguientes notas diferenciadoras

¹⁸⁴ Conviene precisar que, por vehículo se entiende, a estos efectos, todos aquellos susceptibles de crear riesgos a terceros, ya sean de motor o por cualquier otro medio de tracción.

¹⁸⁵ Artículo 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 pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

¹⁸⁶ Artículo 106.2 CE:

Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

sobre las de otras personas físicas o jurídicas:

- a) La persona responsable de la infracción penal deberá ser empleada de la Administración¹⁸⁷. A pesar de que, el art. 121 CP: exige que, el empleado público, sea penalmente responsable, la jurisprudencia viene condenando a la Administración aun cuando, en el autor de los hechos, concurra una circunstancia eximente, y, ello, con independencia de la aplicación del art. 118 CP, que regula los supuestos de responsabilidad directa. Al aplicar este precepto, primero se irá contra quienes resulten responsables directos y, después, contra la Administración.
- b) Que las personas responsables de las acciones con relevancia penal estén ejerciendo sus cargos o funciones encomendados en el momento en que se producen los hechos y éstos, a su vez, se hayan cometido con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados.

Pese a los intentos de reconducir a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de todas las demandas frente a la Administración, por lo que se refiere a la responsabilidad *ex delicto*, la competencia jurisdiccional la asumen los Tribunales de lo penal.

Concluye el apartado primero del art. 121 CP anotando que, la responsabilidad civil *ex delicto* es compatible con la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, cuando ésta proceda y sin que entrañe duplicidad indemnizatoria.

2.5 Las costas procesales.

Las costas procesales son todos los gastos judiciales que resultan imprescindibles para el avance y desarrollo del proceso. Comprenden los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales, e incluyen siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte. El sujeto responsable del pago de las costas procesales es el condenado.

¹⁸⁷ Por empleado se entiende toda persona que pueda ejercer función pública, directamente o por delegación, con independencia de la relación laboral que le une a la Administración correspondiente.

Su regulación normativa la encontramos en los artículos 123 y 124 CP¹⁸⁸ y 239 a 246 LECrim¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Artículo 123 CP:

Las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta.

Artículo 124 CP:

Las costas comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte.

¹⁸⁹ Artículo 239 LECrim:

En los autos o sentencias que ponga término a la causa o a cualquiera de los incidentes deberá resolverse sobre el pago de las costas procesales.

Artículo 240 LECrim:

Esta resolución podrá consistir:

- 1. En declarar las costas de oficio.*
- 2. En condenar a su pago a los procesados, señalando la parte proporcional de que cada uno de ellos deba responder, si fuesen varios. No se impondrán nunca las costas a los procesados que fueren absueltos.*
- 3. En condenar a su pago al querellante particular o actor civil. Serán éstos condenados al pago de las costas cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe.*

Artículo 241 LECrim:

Las costas consistirán:

- 1. En el reintegro del papel sellado empleado en la causa.*
- 2. En el pago de los derechos de arancel.*
- 3. En el de los honorarios devengados por los Abogados y Peritos.*
- 4. 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.*

Artículo 242 LECrim:

Cuando se declaren de oficio las costas no habrá lugar al pago de las cantidades a que se refiere los números 1 y 2 del artículo anterior. Los Procuradores y Abogados que hubiesen representado y defendido a cualquiera de las partes, y los Peritos y testigos que hubiesen declarado a su instancia, podrán exigir de aquélla, si no se le hubiere reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el abono de los derechos, honorarios e indemnizaciones que les correspondieren, reclamándolos del Juez o Tribunal que conociese de la causa.

Se procederá a su exacción por la vía de apremio si, presentadas las respectivas reclamaciones y hechas saber a las partes, no pagasen éstas en el término prudencial que el Secretario judicial señale, ni tacharen aquéllas de indebidas o excesivas. En este último caso se procederá con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Secretario judicial que interviniere en la ejecución de la sentencia hará la tasación de las costas de que habla el número 1 y 2 del artículo anterior. Los honorarios de los Abogados y Peritos se acreditarán por minutas firmadas por los que los hubiesen devengado. Las indemnizaciones de los testigos se computarán por la cantidad que oportunamente se hubiese fijado en la causa. Los demás gastos serán regulados por el Secretario judicial, con vista de los justificantes.

Artículo 243 LECrim:

Hechas la tasación y regulación de costas, se dará vista al Ministerio Fiscal y a la parte condenada al pago, para que manifiesten lo que tengan por conveniente en el término de tres días.

Artículo 244 LECrim:

Salvo que la autoridad judicial determine que, las costas, se abonen de oficio, éstas se cuantificarán y distribuirán por el Secretario del Tribunal o del Juzgado, entre quienes tengan que afrontarlas en los autos o en la sentencia que ponga término a la causa. El llamado pronunciamiento en costas debe ser expreso, incluso, cuando se dispone que sean de oficio.

Pueden ser condenados en costas los procesados, así como quienes han interpuesto la querrela o ejercido la acción civil que no ha prosperado, si se aprecia mala fe o temeridad. No podrán ser condenados quienes resultaren absueltos. En caso de que, el condenado en costas no las abonare voluntariamente, podrá irse contra él por la vía de apremio.

2.6 Pagos aplazados y prelación de pagos de la responsabilidad civil y de las demás responsabilidades pecuniarias.

Es frecuente que, con el patrimonio de los condenados no se alcance a satisfacer las obligaciones pecuniarias que se originan con la condena. Para estos casos, el CP prevé dos soluciones:

2.6.1 Pagos aplazados de la deuda en concepto de responsabilidad civil.

El Juez o Tribunal procederá a fraccionar el pago previa audiencia del perjudicado según su prudente arbitrio teniendo en cuenta la situación patrimonial del condenado y las necesidades del perjudicado.

En la disposición anterior, con la que se pretende asegurar el pago y evitar las declaraciones de insolvencia, se observa cierto carácter victimológico, de ahí que se prevea la audiencia del perjudicado, que puede oponerse al aplazamiento o negociar el mismo.

[E:\lecr.l7t1.html \ balloon59](#) *Transcurrido el plazo establecido en el artículo anterior sin haber sido impugnada la tasación de costas practicada, o tachadas de indebidas o excesivas alguna de las partidas de honorarios, se procederá con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Artículo 245 LECrim:

Aprobadas o reformadas la tasación y regulación, se procederá a hacer efectivas las costas por la vía de apremio establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con los bienes de los que hubiesen sido condenados a su pago.

Artículo 246 LECrim:

Si los bienes del penado no fuesen bastantes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se procederá, para el orden y preferencia de pago, con arreglo a lo establecido en los artículos respectivos del Código Penal. [E:\lecr.l1t12.html](#)

MAPELLI CAFFARENA considera que, de la satisfacción de la responsabilidad civil, dependen un considerable número de reglas penales de contenido sustantivo (suspensión, sustitución, libertad condicional, etc.) que van a permitir al condenado beneficiarse de condiciones penológicas muy favorables, de manera que, la posibilidad aquí contemplada de pago aplazado, es hoy una norma también trascendente para los intereses del propio condenado¹⁹⁰.

Si aplazados los pagos de la responsabilidad civil y concedida la suspensión o sustitución de la pena, el condenado, no satisficiera las cantidades señaladas, el Código no prevé esta causa como razón para revocar dicho beneficio.

En esta ocasión, el pago aplazado se refiere sólo a la responsabilidad civil, pero, también es posible, que el órgano judicial haya dispuesto que, la pena de multa, se pague de igual forma¹⁹¹.

Al no estar previsto límite, ni sobre las cuantías ni sobre los periodos de pago, el Juez, puede decidir con absoluta discrecionalidad siempre que lo motive.

2.6.2 Prelación de pagos de las responsabilidades pecuniarias.

La segunda razón prevista para los casos en los que el patrimonio del condenado no alcance las cantidades adeudadas, es establecer un orden de pago, por imperativo del art. 126.1 del CP:

1. Los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario se imputarán por el orden siguiente:

1º) A la reparación del daño causado e indemnización de los

¹⁹⁰ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 491 y ss.

¹⁹¹ Artículo 51 CP:

Si, después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago.

Artículo 52.3 CP:

Si, después de la sentencia, empeorase la situación económica del penado, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen.

- 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.*

Este precepto contiene aspectos penales y civiles, y sólo puede ser excepcionado por la prelación prevista en el art. 378 CP: para los delitos contra la salud pública, que, por ser norma especial, desplaza a la que ahora estudiamos¹⁹².

¹⁹² Artículo 378 CP:

Los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los artículos 368 a 372 se imputarán por el orden siguiente:

- 1º) A la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios.*
- 2º) A la indemnización del Estado por el importe de los gastos que se hayan hecho por su cuenta en la causa.*
- 3º) A la multa.*
- 4º) A las costas del acusador particular o privado cuando se imponga en la sentencia su pago.*
- 5º) A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.*

CAPÍTULO III

CONCEPTO, TEORÍAS Y FINES DE LA PENA. EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (I).

1. Introducción.

Como hemos avanzado al tratar el sistema de las consecuencias jurídicas del delito¹⁹³, el fundamento de la pena ha sido un tema debatido no sólo por juristas, sino también por filósofos, psicólogos, sociólogos. Los varios puntos de vista que expresaron dichos estudios se agruparon en lo que hoy llamamos Teorías de la Pena. Básicamente existen tres tipos: las absolutas, las relativas y las mixtas.

Cada hipótesis de la pena es una teoría del Derecho penal, que tiene sus propias raíces filosóficas y de política criminal, una concepción de la que, en ocasiones, ni siquiera los propios enunciadores se percatan.

Así, dentro de las teorías absolutas, vemos la concepción kantiana, donde la pena es el resultado que se impone cuando se comete un delito. Es la retribución que debe accionar y ser equivalente al daño causado. En esta línea, el castigo no debe ser fundado en razones de utilidad social, porque el hombre, es “fin en si mismo” y no un instrumento en beneficio de la sociedad.

Entonces la pena debe basarse en el hecho de que, el delincuente, la merece según las exigencias de la Ley penal. Y si es así, ¿dónde queda el respeto a las garantías y derechos fundamentales de los hombres? Es necesario abundar que, las teorías absolutas fueron una de las primeras acerca de la concepción de la pena, y por ende su manera de pensar varía, puesto que, históricamente en un principio, como lo indica ésta teoría, el castigo premoderno fue el que influyó en el retribucionismo de la pena.

¹⁹³ Capítulo II, subapartado 2.1.

La escuela clásica del Derecho penal ha asumido estas ideas que han sido adaptadas en los principios formulados por el Barón de Montesquieu¹⁹⁴ y Cesare BECCARIA. Por eso, la ley penal se presenta como un imperativo categórico, una exigencia de la Justicia. La pena es un fin, y no un medio para conseguir un bien, porque el hombre no puede ser tratado como un objeto al servicio de ciertos fines.

Por otro lado tenemos a HEGEL¹⁹⁵ que nos presenta una teoría retribucionista, contemplando la pena como la afirmación del Derecho. El delito, es la negación del orden jurídico (tesis) y la pena (antítesis) es la negación del delito. En esta construcción “negación de la negación”, la pena se concibe como reacción, como un instrumento que restablece el orden jurídico sin tener fines utilitarios posteriores. Se ha dicho que, estas teorías no atribuyen a la pena ninguna utilidad social y el resultado es que, ésta, “no sirve para nada”.

La función de la pena se funda en una exigencia intercondicionada (ya sea religiosa, moral o jurídica) de Justicia. Es una Justicia absoluta, que no depende de conveniencias utilitarias. Como antagónicas a las teorías absolutas encabezadas por Kant y Hegel tenemos a las Teorías Relativas, que muestran claramente que la falta de la utilidad social de las teorías retribucionistas ha conducida a su fracaso.

Pero, el que la pena tenga una utilidad ¿significará que no fracase? Por razón del fracaso de las teorías absolutas, han nacido estas teorías, donde la pena no se justificaría como una respuesta retributiva al mal cometido sino como una modalidad de prevenir delitos futuros. Como apuntamos anteriormente, mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro.

Ahora bien, las teorías relativas han conocido dos corrientes que siguen generando debate en los diferentes sistemas estatales sobre cuál debería

¹⁹⁴ Charles Louis de SECODANT (1689-1755), cronista, pensador y político francés que vivió en la llamada Ilustración. Autor de *Cartas Persas* (1721), *El Espíritu de las leyes* (1748) y *Defensa del Espíritu de las leyes* (1750), entre otras obras.

¹⁹⁵ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL (1770-1831), es considerado por la Historia Clásica de la Filosofía como el representante de la cumbre del movimiento decimonónico alemán, del idealismo filosófico y como un revolucionario de la Dialéctica. *Fenomenología del espíritu* (1807), se considera su primera obra, si bien, previamente publicó *La Constitución de Alemania* (1802). Editó, además, *Ciencia de la lógica* (1812-1816), *Enciclopedia de las ciencias filosóficas* (1817) y *Elementos de la Filosofía del derecho* (1821).

tener mayor preponderancia: la Prevención general y la Prevención especial.

Cabe resaltar que hablamos de su supuesta finalidad a partir de diferentes concepciones, en el marco del control social institucionalizado con discurso punitivo, como es el Sistema Penal. Y no nos referimos al control social difuso, o institucionalizado sin discurso punitivo y sin intenciones de punir para buscar la manera de evitar que se cometan delitos, puesto que éste ya es un tema, que si bien comparte fondos, la forma, es distinta.

Las teorías de la Prevención general conciben la pena como medio de prevenir los delitos en sociedad. Así, el Derecho, puede tener en la sociedad dos efectos: Una consecuencia intimidatoria (la Prevención general negativa) donde se concibe a la sociedad como un cúmulo de delincuentes y, la pena, como una amenaza para los ciudadanos. Y un resultado integrador (la Prevención general positiva).

Pero el concepto moderno de Prevención general fue introducido por FEUERBACH con su teoría de la “coacción psicológica”, que trata de inhibir determinadas conductas consideradas delictivas. Así, la pena opera como coacción psicológica en el momento abstracto de la incriminación legal. Su ejecución, debe confirmar la seriedad de la amenaza legal. Entonces la condena no corresponde siempre al mal sufrido de la víctima, puesto que es proporcional al mal provocado: cuanto más grave sea el mal, más grave será el efecto preventivo.

En la prevención intimidatoria (que se llama también “prevención negativa”), el aspecto de confirmación del Derecho penal se denomina “Prevención general positiva” o “integradora”. La Prevención general positiva (respeto por la ley) debe ser entendida como una forma de limitar el efecto puramente intimidatorio de la prevención general.

Desde nuestro punto de vista, la teoría de la Prevención general es criticable: desde la perspectiva empírica, porque no se ha demostrado que pueda prevenir el delito ante el temor que puede infundir la pena. También es criticable porque es incompatible con la dignidad de la persona, ya que no resultaría ético castigar a un semejante por lo que puedan hacer los demás, utilizarla como ejemplo.

El hombre, no es un medio para lograr un fin, sino es un fin en sí mismo. Por otro lado, la Prevención especial, a diferencia de la Prevención

general, que usa como sujeto la colectividad, tiende a prevenir los delitos de un sujeto determinado. Por ello, la Prevención especial opera en el momento de la ejecución de la pena y no de la conminación legal como la prevención especial.

El fundamento de la pena es evitar que el delincuente vuelva a delinquir. Pero las teorías de Prevención especial que parecen haber encontrado soluciones muy buenas para los delincuentes, no explican el fundamento de la pena. Así, la Prevención especial, no puede justificar por sí sola el recurso a la pena.

En determinadas situaciones, la pena no sería necesaria para la prevención especial porque los delincuentes primarios y ocasionales no manifiestan intención de volver a delinquir, por ejemplo en los delitos imprudentes. Hay casos en los que no se puede hacer uso de la pena para resocializar al delincuente. En otros, la reeducación puede no resultar lícita (casos de terrorismo) porque en un Estado democrático la reinserción no debe forzar la voluntad del delincuente.

Lo anterior nos hace ver que, aunque formalmente se propongan y estén bien escritas las funciones de la prevención especial, vemos que no se materializan, y que sólo sirven para el control o encarcelamiento de los que han delinquido, y también para sancionar a personas y no a conductas, como dice reiteradamente ZAFFARONI¹⁹⁶.

Dicho profesor y criminólogo, también enseña que, si bien el poder punitivo utiliza múltiples limitaciones a la libertad ambulatoria, la más grave de ellas es la que tiene lugar cuando somete a una persona a una institución total, en cuyo ámbito cerrado realiza la totalidad o la parte más importante de su actividad cotidiana (pernoctación, alimentación, trabajo, estudio, recreación, etc.). Esta forma punitiva de institución total es la prisión, caracterizada también como institución de secuestro¹⁹⁷.

ZAFFARONI también indica que, ante el fracaso de las ideologías de la resocialización resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados ... Se trata de una tendencia

¹⁹⁶ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., 32 y ss.

¹⁹⁷ Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión* Siglo XXI editores, Madrid, 2009, pp. 252 y ss.

genocida que, en definitiva, se afilia a la prevención especial negativa, es decir a la idea de prisión como pena de muerte eventual (suicidio, enfermedad, etc.) o como pena neutralizadora por morbilidad o deterioro psicofísico...”

Esta exposición que sostiene ZAFFARONI, demuestra que la pena, en la realidad, más allá de nuestras leales aspiraciones, para lo único que sirve es para que el sistema del derecho penal subsista.

Por último, tenemos las teorías mixtas de la pena, que combinan los principios de las teorías absolutas con los de las teorías relativas. Para las Teorías mixtas, la pena debe cumplir simultáneamente las exigencias de la retribución y prevención. Debe ser justa y útil, mostrando así dos direcciones claras que apuntan de distinta manera: Una que ha dado prioridad a las exigencias de la justicia. Y otra que es su utilidad.

A diferencia de las teorías preventivas, se buscan soluciones útiles que no sean injustas. Porque el fundamento de la pena debe ser un producto que actúe preventivamente. La segunda orientación, preferible desde el punto de vista de la política social, porque en Derecho penal, sólo se pueden considerar los criterios justificativos de la pena en su *iter*: el momento de la amenaza, el momento de la aplicación y la ejecución.

En el momento de la amenaza (Derecho penal material) el fin de la pena es la protección de los bienes jurídicos. En el momento de la aplicación (Derecho procesal penal), la pena no sirve para la Prevención general, sino para confirmar la seriedad de la amenaza legal. En el momento de la ejecución (Sistema Penitenciario), la pena sirve para reeducar y reinsertar al delincuente, como forma de Prevención especial.

En general, y que sirva de reflexión, ninguna de estas teorías explican suficientemente la utilidad y la necesidad de la pena. En general la conclusión es que, la pena, es un mal necesario, cuestión abierta, en la que se buscan soluciones para un Derecho penal más humano.

1.1 Concepto de pena como consecuencia jurídica del delito.

La pena es la más antigua y principal consecuencia jurídica del delito. Para el Derecho penal moderno, lo son tanto *las penas* como *las medidas de seguridad*. *Pena* y *Delito* constituyen los ejes centrales en torno a

los que se articula y gira todo el Derecho penal si bien, hasta hace pocos años, la atención se ha venido polarizando sobre el estudio dogmático del segundo de los conceptos, en detrimento de la Teoría Jurídica de la Pena.

Hoy en día, sin embargo, las cosas han cambiado de rumbo y se entiende que, siendo la pena un instrumento primordial de *control estatal*, la función del Derecho penal depende, como señala MIR PUIG y la doctrina mayoritaria, de la función que se le asigne a *la pena* y a *la medida de seguridad*, como medios más característicos de intervención del Derecho penal¹⁹⁸.

En esta línea, la doctrina dominante viene identificando al Derecho penal con aquel sector del Ordenamiento Jurídico al que se le otorga la protección de determinados bienes de vital importancia para la sociedad y que por esta razón son elevados a la categoría de *bienes jurídicos* protegidos penalmente, por lo que, y desde esta perspectiva, el Derecho penal constituye uno de los medios de *control social*¹⁹⁹ que se caracteriza por contener las sanciones más graves, como son las *penas* y las *medidas de seguridad*, en aras a evitar los posibles ataques o puesta en peligro de esos bienes.

De ello se deriva que la función de la norma penal, según señalan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, sólo puede comprenderse en referencia a un sistema social de convivencia. Es por ello que, según concluyen estos autores, la norma penal que posibilite una mejor convivencia será funcional y cuando se convierta en perturbadora de esa convivencia será disfuncional²⁰⁰.

Es así que, el poder punitivo o “*ius puniendi*” (también conocido como Derecho penal subjetivo) se atribuya sólo al Estado quien lo hace efectivo a través de las normas que encarnan el Derecho penal. Tales normas, en los Estados Democráticos, son elaboradas por aquellos representantes que el pueblo designa y deberán verificarlo con sometimiento pleno al *principio de legalidad* que, en el ámbito penal, se concreta en el aforismo “*nullum crimen,*

¹⁹⁸ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª. Edición, REPPETOR, Barcelona 2006, pp. 39 y ss. y doctrina mayoritaria.

¹⁹⁹ Fue Edgar A. ROSS (1866-1951) quien originariamente utilizó esa expresión, si bien lo hizo para referirse a todos aquellos procesos que se refieren a la “socialización” del individuo.

²⁰⁰ Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 46 y ss.

nulla poena sine lege".

Dicho principio supone una fuente de seguridad jurídica para el ciudadano quien, en todo momento, puede saber qué conductas son constitutivas de *delito* y con qué *penas* puede ser castigado cuando contravenga las normas jurídico-penales.

En cada momento histórico, es el legislador quien decide qué conductas son las merecedoras de elevarse a la categoría de *delitos* y castigarse, en consecuencia, con *pena* y cuáles no. En esta decisión influyen, como es lógico, las cuestiones ideológicas: religiosas, económicas, políticas, etc. que rijan en cada época histórica dentro de cada una de las sociedades.

Es por ello que el concepto material de *delito* ha estado subordinado, a lo largo de la historia de la humanidad, a esos cambios de valores sociales y lo que explica a su vez que, conductas que en un determinado momento fueran consideradas perjudiciales; hayan dejado de serlo con posterioridad²⁰¹.

Correlativamente también explica que el Estado pueda apreciar como delictivos comportamientos que en otros tiempos no lo eran y que, en definitiva, el Derecho Penal evolucione en la misma medida que cambian las estructuras y valores de cada sociedad en cada momento²⁰².

Prueba de cuanto venimos sosteniendo está contenido en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que justificó el nuevo texto punitivo en los siguientes términos: "El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar".

Asimismo, sigue argumentando que "en nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente (refiriéndose al derogado texto refundido de Código Penal publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre) data, en lo que

²⁰¹ Sobre el relativismo histórico del concepto material de delito, *Vid.*, por todos, Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 45-46, donde admiten que, históricamente, cada época y cada sociedad han condicionado un determinado tipo de delitos y que las estructuras económicas y sociales condicionan un número más o menos grande de "conductas desviadas" castigadas como delitos.

²⁰² De esas circunstancias, se desprenden dos grandes características de la *ley penal* estudiadas por la doctrina, son *la temporalidad* y *el principio de territorialidad* de la ley penal.

podiera considerarse su núcleo básico, del siglo pasado. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse”.

La reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, también se justifica en la obligada “adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas (...) de acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales, con el fin de conseguir que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual”.

Ahora bien, la doctrina recuerda que el Derecho penal no es el único medio de control social. La norma penal, el sistema jurídico, el Derecho penal como un todo sólo tiene sentido, según recogen con acierto MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, cuando es considerado como la continuación de un conjunto de instituciones, públicas y privadas (familia, escuela, etc.) cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento²⁰³.

Añaden, además, estos autores que las diferencias existentes entre el sistema jurídico-penal y otros sistemas de control social son más bien de tipo cuantitativo que cifran en el sentido de añadir al Derecho penal un “plus” adicional debido a la intensidad y gravedad de las sanciones²⁰⁴.

Ello si bien es así, consideramos, no obstante, que debe completarse con lo recogido por otro sector de la doctrina²⁰⁵ donde se reclama, la necesaria intervención del *Juez o Tribunal* competente y el seguimiento del correspondiente *proceso judicial penal*²⁰⁶ en la imposición de *penas o medidas de seguridad* como notas definitorias más exclusivas de las normas penales y que las distingue del resto de normas jurídicas que prevean otro tipo sanciones.

En efecto, en las sociedades democráticas, la principal misión de las normas penales es la *protección* de los bienes jurídicos que el grupo social

²⁰³ Consultar Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 33 y ss.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Vid.*, por todos, Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 78 y ss.

²⁰⁶ El principio a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías se contienen en el art. 24.1 y 2 de la CE.

considera más relevantes frente a los ataques más graves o peligrosos que puedan perturbar o poner en peligro esa convivencia pacífica. Se trata, en definitiva, de garantizar la convivencia social.

La protección jurídico-penal es sólo *fragmentaria* toda vez que no se castigan todos los ataques a los posibles bienes jurídicos, sino sólo sus modalidades más peligrosas²⁰⁷. Pero hay más, y es que, para conseguir la protección de los bienes jurídicos que la norma penal trata de perseguir, se desencadena en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetarlos, de ahí que también se le suele asignar a la norma penal una función *motivadora*²⁰⁸.

Debido a la gravedad de las sanciones que se reservan al Derecho penal, el legislador debe huir de la incriminación de conductas basadas en criterios de oportunidad y acudir sólo a la sanción penal, a *la pena*, como *ultima ratio* y cuando otros medios de control social han resultado infructuosos.

Es así que la doctrina moderna recaba para el Derecho penal el principio fundamental de *intervención mínima* que se constituye en el principal principio limitador del poder punitivo del Estado y cuyo contenido viene a significar lo que venimos repitiendo en cuando a que sólo debe intervenir para los ataques de especial gravedad que se produzcan a los bienes jurídicos que se consideren más importantes²⁰⁹.

²⁰⁷ En este sentido, se observa una evolución histórica en el *ius puniendi* que permite la incriminación de conductas nuevas que van surgiendo con la evolución de los tiempos (art. 248 para las derivadas de aplicaciones informáticas que, con la reforma de la LO 15/2003, introduce un nuevo apartado nº 3, mucho más preciso) y la desincriminación de otras (el adulterio). Si bien, el valor de otros bienes jurídicos es tan grande, como son los de la *vida* y la *integridad física*, que no sólo se mantiene para ellos el ámbito de protección, sino que se les amplía tipificando el más leve ataque que pueda ponerlos en peligro.

²⁰⁸ Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, recogen esa función motivadora de la pena y señalan que “la función de motivación que cumple la norma penal es primariamente social, general, es decir, incide en la comunidad; aunque en su última fase sea individual, es decir, incida en el individuo concreto”, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 61 y ss.

²⁰⁹ *Ibidem*, sostienen que la distinción entre el poder sancionador administrativo y el penal se basa en criterios cuantitativos y que, debido al carácter de “ultima ratio”, el Derecho penal se ocupa de las sanciones más graves, poniendo como ejemplo que, en materia de tráfico, la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas sólo es constitutiva de delito a partir de determinada cantidad de alcohol en la sangre.

Lógicamente, esa valoración la realizará el legislador dentro de los márgenes que le concede el moderno Estado Social y Democrático de Derecho, con sometimiento a los límites marcados por la norma constitucional y dentro del respeto a los derechos fundamentales por lo que, y aunque en la incriminación de ciertas conductas pueda observarse un cierto condicionamiento político-criminal, sólo se debe recurrir a la sanción penal cuando la debida protección de aquellos bienes no se consiga por otros medios no penales.

La respuesta penal que se asigne al comportamiento antijurídico deberá también, con base en el principio de proporcionalidad, medir la gravedad de la pena que se le señale. Es en este sentido, como se pronuncia nuestro Tribunal Constitucional que, en su STC. 55/1996, de 28 de marzo, manifiesta: “No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad.

De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigne será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca”. De cuanto queda recogido se desprenden, a su vez, las notas del carácter *subsidiario* y *fragmentario* asignadas al Derecho Penal.

1.2 Definición de pena.

Se entiende comúnmente por pena *una institución de derecho público que limita un derecho a una persona imputable como consecuencia de una infracción criminal impuesta en una sentencia firme por un órgano judicial*²¹⁰. La naturaleza pública es una garantía para el condenado, que se siente protegido frente a reacciones vindicativas desproporcionadas de las propias víctimas y del entorno de éstas²¹¹.

No contiene nuestro CP, a diferencia de lo que ocurre con el

²¹⁰ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 21.

²¹¹ Vid. Capítulo I, subapartado 1.1 del presente trabajo.

delito (Artículo 10 CP), una definición legal de *pena*. Sin embargo, la mayoría de la doctrina está de acuerdo en que, desde el punto de vista material, *la pena es un mal*²¹².

Como advierte MIR PUIG, se puede discutir sobre cuál o cuáles sean las funciones que se atribuyen a la pena –retribución, prevención–, pero nadie niega que la imposición de la pena se halla prevista como un mal que se asocia, en cuanto mal, a la comisión de un delito²¹³.

Podemos decir que consiste en una privación o restricción de bienes jurídicos para el individuo a quien se le impone y puede llegar a hacerse efectiva, en caso de incumplimiento voluntario, de forma coercitiva por medio de los mecanismos de que dispone el Estado. La pena es por excelencia la principal consecuencia jurídica del delito.

COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ afirman que, la pena, resulta la más importante y grave consecuencia jurídica de la afirmación del delito y, como por tanto, su existencia resulta un elemento lógico y conceptual del delito, esto es, que, sin la pena, no puede hablarse, en rigor, tampoco de delito.²¹⁴

2. Teorías sobre los fines y funciones de la pena.

A efectos de una mayor claridad expositiva abordaremos los *fines* y *funciones* de la pena a partir de tres aspectos: la *justificación*, el *sentido* (o *esencia*) y los *fines* de las penas.

Siguiendo este orden, de entrada podemos decir que la pena suele *justificarse* sobre la base de confirmar su *necesidad*. Dicho de otro modo, la pena resulta *necesaria* como mecanismo de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para una comunidad; sin aquélla, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. De ahí que, parafraseando una expresión acuñada en el Proyecto Alternativo de Código penal alemán de 1962, la doctrina coincide en calificar a la pena como una «amarga necesidad».

²¹² De este modo se interpreta por Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, y doctrina mayoritaria, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 46.

²¹³ En este sentido, Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 43.

²¹⁴ Manuel COBO DEL ROSAL y Manuel QUINTANAR DÍEZ, *Instituciones de Derecho penal español*, CESEJ, Madrid, 2004, p. 267.

A diferencia de su *justificación*, las interpretaciones sobre el *sentido* (o *esencia*) y los *finés* de la pena en modo alguno son pacíficas. Ciertamente, sobre el *sentido* de la pena se admite unánimemente su calidad de *castigo*, de *mal*, es decir, de *retribución* (proporcional) del daño ocasionado por la realización de un delito. No obstante, tal explicación del *sentido* de la pena no puede ser aplicada para precisar los *finés* de la pena. De lo contrario, se confundiría el *ser* de la pena (*castigo*, *mal*, *retribución*) con el *deber ser* de la pena, es decir, con los *finés* que debe cumplir.

Sobre la base de estas precisiones, en lo que sigue se dará cuenta de las principales elaboraciones doctrinales sobre los *finés* de la pena.

2.1 Teorías absolutas.

Entienden la pena como *un fin en sí mismo*, sin necesidad de referirla a objetivos concretos. Dicho de otro modo, las *Teorías absolutas* atienden sólo al *sentido* de la pena, que definen como *retribución*. Así vista, la pena es la imposición de un mal que se impone a causa del mal cometido (delito) prescindiendo totalmente de la idea del *fin*.

Este último razonamiento explica que las teorías que se comentan sean denominadas *absolutas*, pues según ellas, la pena responde a una idea de *necesidad absoluta de justicia* y no cabe considerar para su previsión, imposición o ejecución el que, mediante ella, se puedan o no alcanzar otros *finés*.

El fundamento de las *tesis absolutas* o *retributivas* (como también se les denomina) residió en el concepto de culpa del cristianismo, y especialmente, en los postulados filosóficos de KANT²¹⁵ y de HEGEL. El cristianismo, al igual que otras religiones, fundamentó el carácter *retributivo* de la pena sobre la base de la expiación de la culpa.

Sin embargo, corresponde a KANT la justificación *ética* de la interpretación *retributiva*. Así, para este filósofo, el hombre era un «fin en sí mismo» al que no podía tratarse como un instrumento en beneficio de la sociedad. Por ello, no era ético fundar el castigo al delincuente en razones de

²¹⁵ Immanuel KANT (1724-1804), filósofo alemán considerado uno de los pensadores más influyentes de la Europa moderna y del último periodo de la Ilustración. Publicó: *Meditaciones sobre la verdadera estimación de las fuerzas vivas* (1749), *Historia general de la naturaleza y teoría del cielo* (1755), *Crítica de la razón pura* (1781), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), *Principios metafísicos de la ciencia natural* (1786), etc.

utilidad social. De ahí que la aplicación de la pena respondía a una exigencia de la Justicia: la ley penal se presentaba como un «imperativo categórico», es decir, como una *exigencia incondicionada de la Justicia*.

Desde un punto de vista más jurídico, HEGEL fundamentaba el carácter retributivo de la pena en la necesidad de restablecer la vigencia de la «voluntad general» representada por el orden jurídico, la misma que había sido negada por la «voluntad especial» del delincuente. De este modo, la pena era la *negación* de la *negación* realizada por el delincuente, con miras a reafirmar la «voluntad general».

Las Teorías absolutas aportaron una primera versión del principio de Proporcionalidad de las penas. Así, ellas se basaban en dos principios: el reconocimiento de que existe culpabilidad, que puede medirse y graduarse; y el de que puedan armonizarse la gravedad de la culpa y de la pena, de suerte que ésta se experimente como algo merecido por el individuo y por la comunidad.

En similar sentido, MIR PUIG²¹⁶ afirma que la proporcionalidad entre delito y pena predicada en las Teorías absolutas, permitía establecer un «límite de garantía para el ciudadano», conforme al cual la gravedad de la pena no puede rebasar la que determina la gravedad del delito, aunque lo contrario resulte aconsejable por razones preventivas.

Sin embargo, las interpretaciones *retributivas* no establecieron fronteras claras *para lo que se debía castigar*, así como tampoco *para la oportunidad en que debía imponerse la pena*. Por ello, ROXIN²¹⁷ señala que tal doctrina, por un lado, no indicó *cuándo* se tiene que penar y, por otro lado, fracasó ante la tarea de establecer un límite *en cuanto al* contenido, es decir, a la potestad penal estatal. A ello debe sumarse, como ya se ha señalado, que estas tesis no aportaron ningún dato sobre su finalidad.

Tales y otras razones llevaron a que el centro del debate se dirija a las teorías *relativas*, las cuales se basan en la idea general de la *prevención de los delitos*. En ellas, a diferencia de la perspectiva *retributiva*, la búsqueda de

²¹⁶ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 79.

²¹⁷ Vid. Claus ROXIN, *Sentido y límites de la pena estatal*, en *Problemas básicos del derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, pp. 11 y ss, (traducción y notas de Diego Manuel LUZÓN PEÑA) y en Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 207 y ss.

las finalidades de la pena no radica en la pena en si misma. Al contrario, los fines de la pena consisten en evitar la comisión de nuevos delitos. Asimismo, reciben la denominación de teorías *utilitarias* por entender la pena *como medio para la obtención fines útiles*.

2.2 Teorías relativas.

Siguiendo a VAELLO ESQUERDO²¹⁸, estas tesis *sí* son auténticas teorías de los fines de la pena, en la medida que se castiga para que no se delinca, con lo cual, la pena se justifica por sus efectos preventivos, vale decir, por el objetivo de evitar la comisión de futuros delitos.

Las posturas *preventivas* suelen clasificarse en Teorías de la *Prevención general* y Teorías de la *Prevención especial*, orientándose la primera a la colectividad y la segunda al autor concreto. A su vez, las primeras se dividen en dos corrientes: la *prevención general negativa* y la *prevención general positiva*.

2.2.1 Teoría de la Prevención general negativa.

La *Prevención general* –en su vertiente denominada *negativa*– sitúa la finalidad de la pena en sus efectos intimidatorios sobre la generalidad. Así, la pena lleva a cabo sus objetivos de prevención del crimen operando en la colectividad a través de unos mecanismos motivadores que se supone frenan y contrarrestan la delincuencia latente o potencial. Parte, pues, de la idoneidad de la pena para llevar a la práctica tales fines y de la viabilidad de éstos.

El origen de las *Teorías de la Prevención general negativa* puede rastrearse en las obras de BECCARIA, BENTHAM²¹⁹ y sobre todo, en las de J. ANSELM VON FEUERBACH. Este último desarrolló una interpretación de la intimidación general por la *coacción psicológica*.

²¹⁸ Esperanza VAELLO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, 3ª. Edición, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2010, pp. 24-25.

²¹⁹ Jeremy BENTHAM (1748-1832), tras ejercer como abogado, desde los 19 años, se mostró crítico con la educación de su época y con la práctica jurídica. Sus trabajos iniciales atacando el sistema legal y judicial inglés, le llevó a la formulación de la doctrina utilitarista plasmada en su obra principal: *Introducción a los principios de moral y legislación* (1789). En ella preconizaba que, todo acto humano, norma o institución, deben ser juzgados según la utilidad que tienen, estos es, según el placer o el sufrimiento que producen en las personas. El objetivo último de lograr la mayor felicidad para el mayor número le acercó a las corrientes políticas progresistas y democráticas.

Desde esta perspectiva, la pena se convierte en el instrumento estatal idóneo –dirigido a la colectividad- para cumplir su función de disuadir la posible comisión de delitos. En ese sentido, el efecto disuasorio no radica en la ejemplaridad de la ejecución de la pena, sino en la amenaza penal, que desde la ley, actúa como una coacción psicológica. Ello no quita que la aplicación de la pena no forme parte de esta concepción, puesto que la prevención general arranca de un sentimiento social –la ejemplaridad del castigo-, por lo que a la postre, no es más que el modo de formular jurídicamente esa idea²²⁰.

La doctrina ha señalado algunas críticas a las *Teorías de la Prevención general negativa*. En *primer lugar*, la finalidad *intimidatoria* de la pena puede desembocar en el *terror estatal*. De este modo, sería muy fácil suponer, aunque sin fundamento alguno, que la eficacia disuasoria del castigo depende de la severidad de éste, y que por razones político-criminales, conviene incrementar su rigor en los delitos más graves y en los más frecuentes.

En *segundo lugar*, se critica, por un lado, la *instrumentalización del delincuente* al ser considerado como un medio para la finalidad preventivo delictual. Por otro lado, se objeta la falta de criterios para determinar la oportunidad, límites y magnitud de la intervención del Derecho penal.

En *tercer lugar*, las *Teorías de la prevención general negativa* responden a una imagen simplificadora y poco realista de la psicología del infractor penal²²¹. En efecto, la pena no puede tener un efecto *intimidatorio* sobre determinados tipos de delincuencia (terrorismo, criminalidad organizada y de impulsos ocasionales).

A estas objeciones los partidarios de la prevención general han respondido distinguiendo los conceptos de *prevención general e intimidación*, hasta arribar a la tendencia denominada *prevención general positiva o integradora*.

2.2.2 Teoría de la Prevención general positiva.

²²⁰ Así se manifiesta Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., pp. 102-103.

²²¹ Ver lo afirmado por Esperanza VAELLO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO...*, op. cit., pp. 24 y ss.

En esta variante de la Prevención general, también conocida como Prevención *estabilizadora* o *integradora*, se sostiene que la evitación de delitos no debe buscarse sólo a través de la pura intimidación negativa. Además y sobre todo, la pena cumple una finalidad preventiva *mediante la afirmación del Derecho*, es decir, *positivamente*. De este modo, mediante la imposición de la pena se reafirma la vigencia de las normas, concitando así la confianza en el ciudadano.

El principal reproche a que se hace acreedora esta tesis es que cabe la posibilidad de que sea más rigurosa todavía que la Prevención general negativa. Así, *la necesidad de castigo* para recabar la fidelidad en el Derecho y confianza en el sistema *puede ser mayor y menos fundada* que disuadir por temor²²².

Sin embargo, a favor de la *Prevención general positiva*, se argumenta que puede limitar la posibilidad de que la *Prevención general negativa* lleve al *terror penal*. Así, en primer lugar, la prevención general hay que situarla en el marco de la legislación del Estado social y democrático de Derecho. Este ámbito, en segundo lugar, impediría utilizar la pena como un instrumento de represión indiscriminada, ya que el *principio de Proporcionalidad* impediría este exceso en la respuesta penal²²³.

2.2.3 Teorías de la Prevención especial

A diferencia de la *Prevención general*, que se dirige a la colectividad, la *Prevención especial* se orienta a prevenir los delitos que puedan proceder de un sujeto determinado: la pena se aplica sobre la persona que ya ha delinquido para evitar que vuelva a delinquir. Por consiguiente, la Prevención especial no puede funcionar como una regla general en el momento en el que el legislador crea un delito y le asigna una pena, sino en la imposición y ejecución de la misma²²⁴.

Para ROXIN, esta corriente de pensamiento tuvo su origen en la Ilustración y tras ceder espacios a las teorías absolutas, reapareció a finales del siglo XIX gracias a los estudios del positivismo criminológico

²²² Ibídem, Esperanza VAELLO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 25.

²²³ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 66-67.

²²⁴ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 84 y ss.

(Enrico FERRI²²⁵, Rafael GAROFALO²²⁶ y otros) sobre las causas de la criminalidad en el delincuente y su peligrosidad.

Las *Teorías de la Prevención especial* se manifestaron en cuatro tendencias: el correccionalismo, la escuela positiva italiana, la moderna escuela o escuela sociológica alemana y el llamado movimiento de la defensa social. En este trabajo sólo trataremos la tercera de ellas, cuyo principal exponente fue Franz VON LISZT²²⁷.

VON LISZT partió de la idea de «fin» como inspiradora de todo progreso en el Derecho, y sobre esta base, sostuvo que la pena *sólo podía justificarse por su finalidad preventiva*, de donde formuló el concepto de «pena final»²²⁸. Desde esta perspectiva, VON LISZT consideró que la finalidad de *prevención especial* se cumplía de forma distinta según las categorías de delincuentes que proporciona la Criminología:

- a) Tratándose del *delincuente ocasional*, la pena servía como un correctivo o un recordatorio que lo inhibiera de seguir delinquiriendo.
- b) Tratándose del *delincuente no ocasional pero corregible* la adecuada ejecución de la pena buscaba su corrección y resocialización.
- c) Tratándose del *delincuente habitual incorregible* la pena lo *neutralizaba (inocuízaba)*.

En suma, la prevención de nuevos delitos podía verificarse corrigiendo al corregible (resocializándolo), intimidando al que por lo menos

²²⁵ Enrico FERRI (1856-1929), criminólogo, sociólogo y profesor de Derecho penal italiano, investigador de los factores sociales y económicos que motivaban a los criminales. Fundador de la escuela positivista, escribió entre otras obras: *Sociología Criminal* (1884), *Socialismo y Ciencia Positiva* (1894), *La Escuela de Criminología Positiva* (1901), *Sociología Criminal* (1905), etc.

²²⁶ Rafael GARÓFALO (1851-1934), aporta al positivismo un profundo conocimiento del Derecho que sirve para plasmar en fórmulas jurídicas, asequibles a teóricos y prácticos, las nuevas ideas. Entre sus obras, destacan: *Criterio positivo de la penalidad* (1880), *Estudios recientes sobre la penalidad* (1885) y, su obra principal, *Criminología* (1885).

²²⁷ Franz von LISZT (1851-1919), catedrático de Derecho penal y procesal de la Universidad de Berlín, fue el principal impulsor del pensamiento positivista en materia penal. Su *Tratado de Derecho penal*, ha tenido más influencia en España y en América latina que en Alemania, donde su respaldo no fue muy importante por la fuerza que tenía en aquel país la figura del Karl BINDING.

²²⁸ Vid., *La idea de fin en el Derecho penal*, obra también conocida como el «Programa de Marburgo».

todavía es intimidable, haciendo inofensivo mediante la pena de privación de libertad a los que ni son corregibles ni intimidables.

Detrás del pensamiento de VON LISZT se halla una concepción del Derecho penal como instrumento de lucha contra el delito, lucha dirigida contra *sus causas empíricas*, las cuales se reflejarían en la personalidad del delincuente.

Las *Teorías de la prevención especial* tienen, sin duda, una serie de méritos entre los que destacan:

- a) Mostrar el profundo abismo que separaba la teoría de la práctica.
- b) Además puso en evidencia los fallos de la teoría, básicamente, por desconocer la trascendencia del momento concreto de aplicación de la pena y su repercusión en el hombre también concreto, en el que tan poco se había reparado.
- c) Enfatizar que el castigo, como un acto humano más, debe someterse a criterios de consideraciones «finales».
- d) Poner de relieve la importancia del tratamiento individualizado y ajustado a las características del sujeto.

No obstante, las *Teorías de la prevención especial* han recibido una serie de críticas importantes. Sin ánimo de exhaustividad pueden mencionarse las siguientes:

Al igual que las *Teorías absolutas*, tampoco definen los límites de lo punible. La potestad punitiva del Estado adquiere un contenido terapéutico en la que no se determina el universo de los inadaptados, constituyendo un punto de partida peligroso. A ello se suma que, la intervención estatal, no tiene un rango temporal preciso, pues está sujeta a la corrección del sujeto²²⁹.

No prestan atención a la conminación legal abstracta, ni a la propia institución de la pena, sino en la pena que se ha impuesto ya. Con ello se deja de lado un problema esencial, el cual consiste en analizar, ante todo, el derecho a castigar en cuanto «institución».

²²⁹ Claus ROXIN, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, op. cit., pp. 27 y ss.

El objetivo resocializador ha sido cuestionado por traslucir la imposición de un determinado sistema de valores sociales al infractor – modelo de por sí difícil de determinar- así como la imposibilidad de lograrlo a partir de la pena privativa de libertad.

A pesar de todas estas críticas, cabe destacar la opinión de un sector de la doctrina para el cual la *prevención especial* es una finalidad adecuada para la función a desarrollar por la pena en un Estado social y democrático de Derecho, aunque limitada por las exigencias y garantías del propio modelo de Estado y por la finalidad última de protección de bienes jurídicos que debe desempeñar el Derecho penal.

2.3 Teorías mixtas o unitarias.

MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN²³⁰ explican que estas teorías, también denominadas *unitarias* (o *unificadoras*), aparecen en la historia del Derecho penal como una solución de compromiso en la «lucha de Escuelas» que dividió a los penalistas entre los partidarios de las *Teorías absolutas* y los seguidores de las *Teorías de la prevención (general y especial)*.

Desde tal perspectiva, las tesis *mixtas* –actualmente mayoritarias en la doctrina- toman algunos aspectos de las anteriores teorías. Así, de las *Teorías absolutas* toman que la pena es una *retribución proporcionada* al mal causado por el delito, pero orientadas a la realización de los fines de *prevención general y especial*, mediante la prevención de nuevos delitos y la resocialización del delincuente. Si bien estas teorías han sido formuladas de distintas formas, puede destacarse que defienden la idea de que la pena se legitima en la medida que sea tanto justa como útil.

Dentro de esta corriente, uno de los aportes más importantes fue realizado por Claus ROXIN²³¹ mediante su «Teoría dialéctica de la unión». Según esta postura, la retribución se concibe como el límite máximo de la prevención, de modo que la pena nunca debería rebasar la medida de la culpabilidad del autor por razones de prevención general o especial.

²³⁰ Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 48-51.

²³¹ Claus ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, traducción, introducción y notas de Francisco MUÑOZ CONDE, Reus, S.A., Madrid, 1981, pp. 170-171.

Además, la culpabilidad de quien ha delinquido sirve de límite a la posibilidad de extender irracionalmente la aplicación de una pena en base a razones de prevención, pues de lo contrario, la pena resultaría injusta. Asimismo, cabe destacar en la interpretación de ROXIN, la posibilidad de reducir la pena o incluso no aplicarla si los fines de prevención especial así lo aconsejan.

No obstante, las *Teorías unitarias* han recibido algunas críticas importantes: Se objeta que, la retribución y la prevención, son dos polos opuestos de una misma realidad que no pueden subordinarse uno al otro, sino coordinarse mutuamente. Así, la primera mira al pasado y la segunda al futuro, de modo que no pueden reconducirse a una unidad.

Ciertamente, a su favor puede señalarse haber superado la excesiva parcialidad que entrañaban las teorías absolutas y las relativas. Sin embargo, para las *Teorías unitarias* lo principal sigue siendo la retribución, y dentro de esta perspectiva, por vía de excepción admiten que el castigo busca fines preventivos²³².

Por otra parte, un importante sector de la doctrina afirma que la pena no tiene una función *única*, ni tampoco posee un *solo* fin, sino por el contrario, persigue distintos fines según el momento o fase de que se trate.

Así, como bien resume VAELLO ESQUERDO²³³, una de las formulaciones de las *Teorías unitarias* que más éxito ha tenido es la que sostiene que la prevención general predominará en la llamada fase de la *conminación legal abstracta*, es decir, en el momento en que el legislador crea una conducta delictiva y le asigna una determinada pena. En la fase de la *aplicación de la pena*, o sea, cuando el Juez lleva a cabo la medición de la misma, estará presente la idea de retribución (asignándose una respuesta proporcionada al hecho) así como la prevención general y especial. Y, finalmente, en el momento de *cumplimiento o de ejecución de la pena*, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, predominará la prevención especial.

3. Fines y funciones de la pena en el ordenamiento jurídico-penal

²³² Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 48-51.

²³³ Esperanza VAELLO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 26.

español.

Este apartado tiene como objetivo analizar los fines y funciones que corresponden a la pena, no ya en un sentido general y abstracto, sino en relación con un *sistema político en particular como el Estado social y democrático de Derecho*, así como en un *ordenamiento jurídico en concreto como el español*. En atención a ambos parámetros, esbozaremos algunos rasgos que pueden servir como elementos de juicio para determinar el papel que representa la pena en el ordenamiento jurídico-penal español.

3.1 La pena en la Constitución de 1978.

El texto constitucional contiene una serie de preceptos que la doctrina ha interpretado para deducir las finalidades que pueden atribuirse a la pena. En primer lugar, la Constitución Española indica que España está organizada políticamente adoptando el modelo de un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.1).

A partir de esta fórmula, incluso desde antes de la promulgación del texto constitucional, MIR PUIG²³⁴ viene deduciendo algunas funciones que debe cumplir el Derecho penal español. Así, en cuanto un Estado social, el Derecho penal deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye una misión de prevención, sólo en tanto sea necesaria para aquella protección.

Además, esto último fija un límite a la prevención. Asimismo, en cuanto a un Estado democrático de Derecho, el Derecho penal deberá someter su labor preventiva a otro tipo de límites que se derivan de la tradición liberal del Estado de Derecho, así como de la necesidad de darle un contenido democrático al Derecho penal (principios de máxima utilidad posible y de mínimo sufrimiento posible).

En suma, el modelo del Estado español permite darle al Derecho penal una función de prevención limitada en la que se combinen la protección de la sociedad con las garantías que ofrece la retribución (como la proporcionalidad) y con otros principios limitadores.

A renglón seguido, la Constitución Española establece que *la ejecución de las penas privativas de libertad* (y de las medidas de seguridad) estará orientada «hacia la *reeducación* y la *reinserción social* y no podrán

²³⁴ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 95.

consistir en trabajos forzados» (art. 25.2). Para la gran mayoría de la doctrina, esta disposición sólo hace referencia a un caso concreto y no indica las únicas finalidades de la pena, puesto que en rigor, sólo señala que la ejecución de la pena privativa de libertad debe orientarse hacia las metas ya citadas.

De cualquier forma, la *reeducción* y la *reinserción* son conceptos que, al igual que el de la *resocialización*, se refieren a una de las facetas de la «prevención especial», lo cual indica que, ésta última, prevalece durante la fase de ejecución de la pena *sin que se niegue la presencia de finalidades distintas en otras fases*²³⁵.

A su vez, la Constitución Española atribuye a los poderes públicos la obligación de promover «las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», así como el deber de remover «los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (art. 9.2).

Según algunos autores, estas disposiciones permiten afirmar que el Estado está obligado a evitar la comisión de delitos incidiendo sobre la generalidad de los individuos (*prevención general*) y no sólo sobre los que efectivamente llegan a cometerlos (*prevención especial*)²³⁶.

3.2 La finalidad de las penas privativas de libertad en la legislación española.

Son dos los artículos que la CE dedica a los fines concretos de las penas, el 15 y el 25.2. El primero proscribe las penas inhumanas o degradantes a la vez que proclama la abolición de la pena de muerte como tipo de pena que pueda imponerse por la legislación ordinaria.

Se sigue, en este sentido, la línea marcada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” –art. 6-). Con ello se trata de erradicar del panorama legislativo español cualquier tipo de pena que

²³⁵ Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 800-807.

²³⁶ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *CURSO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL*, Ediciones experiencia, 2ª. edición adaptada a la reforma 2010 del CP, Barcelona, 2010, pp. 27-31.

atente contra la *dignidad de la persona* que se erige, junto con otros principios contenidos en el Artículo 10 del texto constitucional, en fundamento del orden político y la paz social.

Tal proclamación se traduce en una falta de legitimación de los tipos penales que pudieran atentar contra esa *dignidad del individuo* que debe servir, en todo momento, de guía y límite al legislador en el establecimiento de las penas, por muchos beneficios que de esas supuestas penas pudieran argüirse para los fines de prevención, general o especial.

La función de la pena debe estar también encuadrada dentro del marco proporcionado por el art. 1.1 de la CE (“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”), es por ello que nuestro TC cuando aborda este tema lo hace en los siguientes términos: “el juicio de proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general en relación a un hecho punible, es competencia del legislador, en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho, como el que la Constitución consagra en su Artículo 1.1 –STC 150/1991, de 4 de julio-”²³⁷.

El art. 25.2 de la CE señala que “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*”. La locución “*reeducación y reinserción social*” hace referencia a la *resocialización*, que es uno de los objetivos de la *prevención especial*. Se encuadra dentro del marco de las Teorías de la pena y está también en contacto directo con el modelo de Estado.

Ahora bien, la doctrina establecida al efecto por el TC es la de que el art. 25.2 sólo obliga a orientar el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, sin que de ello pueda desprenderse que *la*

²³⁷ El TC tiene también establecido que el principio de proporcionalidad no puede invocarse de forma autónoma y aislada, y manifiesta, en este sentido, que: “El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/82, 66/85, 19/88, 85/92, 50/95)” -STC 55/1996, de 28 de marzo-.

resocialización constituya la finalidad única o esencial de la pena ni que se erija en el fundamento de las penas privativas de libertad, sino que obliga simplemente a no olvidarse de esa finalidad dentro del marco de la ejecución de las penas privativas de libertad y así lo recoge en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, de entre los que destacamos la S. 150/1991, de 4 de julio por cuanto señala:

“Tampoco la Constitución erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 CE no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituya, asimismo, una finalidad legítima 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 ni, desde luego, de entre los posibles – prevención general, 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, pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad”²³⁸.

De otro lado, el hecho de que la orientación marcada por el precepto constitucional hacia *la reeducación y reinserción social* deba insertarse dentro del ámbito de *la ejecución penal* parece desprenderse, en buena medida, del contexto donde tales fines aparecen insertos pues, expresamente, el texto no recoge que deban referirse sólo al momento de la ejecución.

Esa conclusión debe extraerse, tal y como destacan COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, del hecho de que el art. 25.2 esté rotulando un *conjunto de derechos* del sometido a ellas, destacando, entre otros, su reeducación y reinserción social²³⁹. Ahora bien, no es menos cierto que tal orientación debe abarcar igualmente la labor del legislador penitenciario y de las instituciones penitenciarias encargadas de la ejecución de la pena.

Por lo que al legislador penitenciario se refiere, la función

²³⁸ Vid. en este mismo sentido, entre otras, SSTC 19/1988; 28/1988; 150/1991; 55/1996; 120/2000.

²³⁹ Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp.806-807.

“*reeducadora y de reinserción social*” de las penas privativas de libertad proclamada por el art. 25.2 de la CE es recogida y desarrollada por la LOGP de 1979. Su art. 1 declara que “las Instituciones penitenciarias (...) tienen como fin primordial *la reeducación y la reinserción social* de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad (...) y su art. 59 hace hincapié en que “el tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la *reeducación y reinserción social* de los penados”.

Con otras palabras, lo que se pretende conseguir, a través del instrumento de la pena privativa de libertad, es la reintegración social del condenado, devolverle a la sociedad como una persona capaz de vivir en libertad respetando las normas de conducta que impone la convivencia humana y social, ayudarle a conseguir el equilibrio humano necesario para que pueda vivir dignamente y sea un elemento constructivo para la sociedad y que, en fin, no vuelva a delinquir.

Conseguir ese objetivo es una ardua tarea, por lo que el Estado habrá de poner en marcha los mecanismos necesarios para tal fin, tratando de proporcionar al penado una adecuada formación educativa, ayudándole a adquirir los conocimientos precisos para poder desarrollar cualquier tipo de oficio una vez esté en libertad, a la vez que estimular e implementar en él cualquier tipo de interés, por mínimo que ese sea, por el estudio profesional.

Para alcanzar este fin, habrá que poner también al alcance del Sistema penitenciario los medios e instrumentos precisos para hacer llegar al *privado de libertad* el ejercicio de esas actividades, e incluso fomentar conciertos de trabajo con empresas que permitan prolongar la actividad laboral del penado más allá de su vida en prisión.

Deberá prestarse, asimismo, al penado la asistencia social y sanitaria necesaria para mejorar, en su caso, su estado de salud, sus cuidados higiénicos e, incluso, ayudarle a encauzar sus hábitos de vida y costumbres, cuando ello fuere preciso.

No hay que olvidar que un considerable número de delincuentes está constituido por una población marginal carente de los más mínimos conocimientos en todas estas materias y para los que la privación de libertad supone, quizá, el primer contacto con determinados hábitos de vida.

También deberá vigilarse con atención los estados mentales o psicológicos de los sometidos a privación de libertad, poniendo al alcance de éstos el cuadro de especialistas necesario en la materia, y especialmente para aquéllos que ven en el delito su único medio de vida.

Esta postura es también defendida por CID MOLINÉ, para quien conseguir el objetivo de reeducación precisa la puesta en marcha, durante la ejecución material de la pena, de instrumentos que posibiliten que el condenado a una pena de privación de libertad afronte las causas que le llevaron a delinquir, al objeto de que en el futuro no vuelva a cometer nuevos delitos. Entre esos instrumentos estarían, básicamente, el trabajo, la educación y la ayuda psicológica, entre otros²⁴⁰.

Tampoco hay que olvidar las dificultades prácticas con las que ha de enfrentarse la resocialización, pues ésta, no será posible en muchos casos y en otros no será necesaria, dejando aparte los casos en que no es lícita por no aceptarla voluntariamente el sujeto, casos en los que, como señala el autor, no procederá.

Por lo que se refiere a las hipótesis de imposibilidad material, sigue indicando que, aunque en muchos casos la resocialización acabe fracasando, no por ello hay que dejar de intentarla.

Entre los supuestos en que la resocialización no es necesaria, pone de relieve los de delincuentes ocasionales de tráfico o de cuello blanco o delincuentes ya reinsertados socialmente en el momento en que llega su condena; sin embargo, en todos esos casos puede ser perfectamente necesaria la imposición de una pena por cuestiones de prevención general. Por lo tanto, concluye el autor, la resocialización no puede ser el único fundamento de la pena.

Se trata, en definitiva, de hacer de la ejecución de la pena privativa de libertad un instrumento válido que evite, en la medida de lo posible, los efectos desocializadores de la pena y, sobre todo, un mecanismo capaz de devolver al sujeto a la sociedad en mejores condiciones a las que se

²⁴⁰ José CID MOLINÉ, *Derecho a la reinserción social (consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)*, en *Jueces para la Democracia*, nº 32, 1998.

encontraba cuando cometió los hechos que motivaron la imposición de la pena privativa de libertad.

Es, desde este punto de vista como, a nuestro juicio, entendemos ha de interpretarse el principio que comentamos y, sólo bajo esa perspectiva, vendría a significar una “oportunidad” para quienes, habiendo transgredido o puesto en peligro determinados tipos de bienes protegidos por el Derecho penal puedan, tras el cumplimiento de la pena, reincorporarse de nuevo a la vida social con nuevas posibilidades.

Ahora bien, cuanto hemos expuesto aquí debe entenderse no como una imposición al penado sino como una *oferta*, lo que deberá traducirse a su vez en la libre aceptación por parte de aquél. La resocialización, en efecto, no puede ser obtenida a costa de anular la voluntad del penado. Sólo desde este punto de vista es como cabe entender la resocialización en un Estado Democrático.

En suma, las posturas que se acaban de presentar permiten afirmar que, *constitucionalmente*, la pena tiene una finalidad de prevención (general y especial) del delito, sin perjuicio de incorporar algunos principios de las tesis retributivas como el de proporcionalidad.

3.3 La pena en la legislación penal.

El CP de 1995 parte de una concepción *retributiva* al establecer como criterio básico la imposición de la pena *justa y merecida*, esto es, de la pena *proporcionada* a la gravedad objetiva del hecho y a la culpabilidad del autor.

En ese sentido, el Código, ponderando la *gravedad objetiva del hecho*, impone una pena más severa, por ejemplo, al *asesinato* (art. 139)²⁴¹ que al *homicidio*; al *robo* (arts. 240 y 242.1)²⁴² que al *hurto* (art. 234)²⁴³; al *delito*

²⁴¹ Artículo 139 CP:

Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1ª. *Con alevosía.*

2ª. *Por precio, recompensa o promesa.*

3ª. *Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.*

²⁴² Artículo 240 CP:

El culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

Artículo 241 CP:

consumado (art. 61)²⁴⁴ que al *intentado* (art. 62)²⁴⁵; al *delito* que a su *falta* correlativa; o al *autor* (art. 61) que al *cómplice* (art. 63)²⁴⁶.

Del mismo modo, el Código sanciona más benignamente el comportamiento *imprudente* que el correlativo comportamiento *doloso*; o establece un distinto régimen penal del *error* (art. 14)²⁴⁷, según sea invencible

1. *Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235, o el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias.*

2. *Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar.*

3. *Se considerarán dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física.*

Artículo 242 CP:

1. *El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.*

2. *Cuando el robo se cometa en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años.*

3. *Las penas señaladas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.*

4. *En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores.*

²⁴³ Artículo 234 CP:

El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros. Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del art. 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.

²⁴⁴ Artículo 61 CP:

Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada.

²⁴⁵ Artículo 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.

²⁴⁶ Artículo 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.

²⁴⁷ Artículo 14 CP:

o vencible.

En este sentido, pueden distinguirse las finalidades de la pena en atención a los siguientes momentos: En el *momento de la conminación legal abstracta*, no puede buscarse la prevención especial frente al delincuente que todavía no puede existir. Por consiguiente, la pena se orienta fundamentalmente a las exigencias de la *prevención general*. De este modo se pretende evitar el ataque del infractor potencial a los bienes jurídicos, ponderando dos factores: la gravedad y la peligrosidad de aquél.

En las dos fases siguientes (*aplicación de la pena y ejecución de ésta*), se confirma la finalidad preventiva general. Asimismo, en *el momento de la aplicación de la pena o fase judicial* hacen acto de presencia, tanto las exigencias retributivas derivadas del *principio de Proporcionalidad*, como la *prevención especial*.

A su vez, en la fase de *ejecución de la pena*, la Ley General Penitenciaria, de acuerdo a lo señalado por la Constitución, impone expresamente una orientación de prevención especial, como *resocialización*, a las penas privativas de libertad. En las demás penas, la prevención especial constituye una consecuencia implícita a la concreta *intimidación* que supone su ejecución para el delincuente.

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

CAPÍTULO IV.

CONCEPTO, TEORÍAS Y FINES DE LA PENA. EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (II).

1. Clases de penas, prevencionismo y peligrosidad social.

A los efectos de una interpretación doctrinaria, son variadas las categorizaciones que podemos establecer en función de su duración (*perpetuas* y *temporales*); de su trascendencia (*graves* y *leves*), con o sin la circunstancia intermedia de *menos graves*; por su objetivo (diferenciación historiográfica entre penas *aflictivas* y *correccionales*), y de *principales* y *accesorias*, en atención a su jerarquía intrínseca.

Manifestado lo anterior, seguimos al profesor LANDROVE²⁴⁸, y a partir de la aportación de CARRARA²⁴⁹, es tradicional clasificar las penas según sea el bien jurídico del que prive su imposición: la pena capital, supone la privación de la vida; las corporales, hoy prácticamente desaparecidas, recaen sobre la integridad física del reo o le causan un dolor material; las privativas de libertad suponen un radical atentado a la libertad de locomoción; 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 infamantes, recaen sobre el honor o determinadas distinciones o derechos.

El CP español clasifica las penas según diversos criterios:

²⁴⁸ Gerardo LANDROVE DÍAZ, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, 6ª. edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 26 y ss.

²⁴⁹ Francesco CARRARA (1805-1888), juriconsulto y profesor italiano, considerado el mayor representante de la escuela clásica del Derecho penal.

Atendiendo a su naturaleza pueden ser: *privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa* (art. 32). Según el carácter con que se impongan pueden ser: *principales o accesorias*. En función de su gravedad pueden ser: *graves* (la prisión superior a cinco años), *menos graves* (la prisión de tres meses hasta cinco años) y *leves* (la localización permanente de un día a tres meses, art. 33). Son penas privativas de libertad las que establece el art. 35 del CP: *la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*.

El artículo 34 del CP deja muy claro qué tipo de sanciones no revisten el carácter de pena y dice al efecto que “no se reputarán penas:

1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal²⁵⁰.
2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados²⁵¹.
3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparatoras que establezcan las leyes civiles o administrativas”.

El Derecho penal moderno se caracteriza porque, junto con el instrumento de la *pena*, como forma tradicional de reacción jurídica contra el delito, ha ido incorporando las *medidas de seguridad*, fundamentadas en criterios de prevención especial para afrontar los estados de *peligrosidad criminal* del delincuente.

²⁵⁰ La detención, la prisión preventiva y las demás medidas cautelares tienen por objeto poder asegurar la celebración del juicio y, a pesar de su carácter aflictivo, lógicamente, no tienen el carácter de *pena*, puesto que ésta sólo se obtiene cuando, concluido el proceso penal, se dicte la correspondiente sentencia condenatoria. Pero también podría dictarse sentencia *absolutoria*, a pesar de haberse decretado medidas cautelares en el procedimiento. En definitiva, con ese tipo de medidas no se pretende, en ningún caso, la represión de ningún ilícito penal. Ello iría en contra, como no podía ser de otra forma, de principios tan elementales como el de presunción de inocencia. En este sentido, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, citan que la Corte Constitucional italiana afirmó que la detención y la prisión preventiva habían de tener como único fundamento las exigencias cautelares inherentes al proceso, sin que por su duración o finalidad pudieran transformarse en penas anticipadas pues, en ese caso, vulnerarían la presunción constitucional de inocencia (o “*non colpevolezza*”)-S. 64/70-. Tal doctrina se asumió en la resolución 11 del Consejo de Europa (27 de junio de 1980) y fue subrayada por el Tribunal Constitucional español (S. 41/82, de 2 de julio). Vid. de ambos autores, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 798-800.

²⁵¹ Sanciones administrativas.

Pena y Medida tienen distinta naturaleza, pues mientras la primera se impone o es consecuencia jurídica de la comisión del hecho delictivo y conlleva necesariamente la apreciación de la culpabilidad en el sujeto que lo ha realizado, la segunda está encaminada a evitar la comisión de posibles futuros delitos. Se ha dicho, por ello, que el Derecho penal preventivo gira en torno a dos instituciones básicas que son: *la peligrosidad criminal* y las *medidas de seguridad*, toda vez que el Derecho penal moderno no se concibe como represión sino como medio de prevención.

El concepto central de todo este prevenciónismo jurídico penal lo proporciona el término “*peligrosidad social*”. Sobre el significado de dicho término, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN exponen que la peligrosidad es básicamente una situación o *status* de la persona que ha de ser formulado judicialmente²⁵².

Para que pueda apreciarse este estado peligroso nuestro CP vigente exige como requisito previo que el sujeto haya delinquido, es decir, sólo se contempla *la peligrosidad post-delictual* y no *la pre-delictual*²⁵³ y, en segundo lugar, “un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos” (Artículo 95.1, 1ª y 2ª)²⁵⁴.

En definitiva, el término *peligrosidad criminal* encierra un juicio sobre la posibilidad que tiene una persona de delinquir en el futuro. Este juicio corresponde efectuarlo al órgano judicial. Consecuencia de ello, es como

²⁵² Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás Salvador VIVES ANTÓN, señalan que “se trata de un juicio, y más precisamente, de un juicio de futuro, en la medida que supone la afirmación de una probabilidad de delinquir. En este sentido, la peligrosidad no es más que un pronóstico”, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 991-998.

²⁵³ Si bien hay autores que prefieren los términos “*predelictiva*” y “*postdelictiva*”. En la legislación española, primero con la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 (en vigor hasta 1970) y, posteriormente, con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, que vino a sustituir a la primera, las medidas de seguridad se aplicaban indistintamente tanto a los casos predelictuales como postdelictuales. Esta última ley fue derogada expresamente por la Disposición Derogatoria Única 1 c) del Código Penal de 1995, si bien ya no se venían aplicando desde las SSTC 14/02/1986 y de 19/02/1987.

²⁵⁴ Se dispone en el Artículo 95.1 CP 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 (que es el Capítulo II, relativo a “la aplicación de las Medidas de Seguridad) 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.*”

señalan ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, que la medida de seguridad venga a ser la consecuencia jurídica de la peligrosidad de un sujeto, al que se le inflige tal medida como medio para evitar la futura comisión delictiva²⁵⁵.

El Artículo 6 CP establece los presupuestos materiales que fundamentan las medidas de seguridad, a cuyo tenor: *1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito*²⁵⁶.

Asimismo, en su apartado 2, *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 criminal del autor.*

Como resume ZUGALDÍA ESPINAR, el Derecho penal posee dos medios para el cumplimiento de sus fines:

- a) La pena, limitada por la culpabilidad del autor y orientada, en la medida de lo posible, hacia fines preventivos (prevención general y prevención especial).
- b) La medida de seguridad, fundamentada en la peligrosidad criminal del autor, limitada por el principio de proporcionalidad y orientada primordialmente a fines de prevención especial²⁵⁷.

Con el sistema vicarial²⁵⁸, modelo seguido en Alemania que se introduce en nuestro país con el CP de 1995, se permite el intercambio entre *penas y medidas de seguridad privativas de libertad* durante la fase de ejecución. Este sistema se consagra en el artículo 99 del CP que establece, para el caso que concurren penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el cumplimiento primeramente de *la medida* que se abonará, una vez cumplida, para el de la pena.

²⁵⁵ Enrique ORTS BERENGUER y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, 1ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 34.

²⁵⁶ Luego no es posible su aplicación a las faltas.

²⁵⁷ Así, José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.)/y Esteban Juan PÉREZ ALONSO (Coord.) y otros, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª. edición, Valencia, 2004, pp. 43 y ss.

²⁵⁸ Vid. José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, 3ª. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 73 y ss., en donde analiza la expresión “vicarial” y dice, al efecto, que se caracteriza porque en dicho sistema la medida de seguridad hace las veces o sustituye a la pena.

Pero puede suceder que, una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal acuerde, si entiende que con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla; la suspensión del cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplique alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3 (son medidas no privativas de libertad).

Se reserva, por tanto, a la facultad discrecional del órgano sentenciador el cumplimiento o no de la pena y, en este último caso, también la elección entre la fórmula de suspensión o de sustitución.

1.1 Por razón del bien jurídico o del derecho afectados.

La Constitución española de 1978 establece en su artículo 25.2 que, las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. Tal orientación no excluye la finalidad preventiva general ni la retributiva.

El Código Penal español de 1995 no define el concepto de pena ni expresa el propósito que, con su aplicación, se pretende alcanzar. Sobre la base del bien jurídico que resulta afectado por su atribución, en su artículo 32, las clasifica en penas privativas de libertad, penas privativas de otros derechos y multa.

1.1.1 Digresión: la pena de muerte.

Sin duda alguna, la pena de muerte es la sanción más grave y antigua de la historia. Por lo mismo, ha generado, y sigue suscitando, mayor controversia. Tal carácter se debe a que, dicha sanción, conlleva un modo de ver la sociedad y, en particular al individuo, en especial el sujeto delincuente. En dicha cuestión, se ven comprometidas disciplinas que van desde la Sociología y la Criminología a la Filosofía y el Derecho, pasando por la política criminal, entre otras²⁵⁹.

La pena de muerte fue aplicada en el mundo oriental, en el griego, en el romano y, a pesar de la visión contraria a la misma aportada por el cristianismo, en las instituciones jurídicas de la Iglesia imperial, de la feudal

²⁵⁹ Es evidente que, la religión, a pesar de no ser una de estas materias, se ve implicada, puesto que aporta una visión del mundo y de las personas.

y de la Inquisición, afianzándose vigorosamente en los estatutos y en las leyes de la Edad Media, particularmente, durante los siglos XVI, XVII y XVIII.

La punición capital fue rechazada por la iglesia hasta el siglo XI. Es en el siglo XVIII cuando se plantea si, dicha pena, cumple su utilidad social. Se impone con mayor frecuencia, y de forma más cruel y despiadada, llegando incluso a aplicarse en algunos lugares de Alemania, con el único fin de que no prescribiera.

A mediados del siglo XVIII se inicia una controversia que todavía perdura. Abolicionistas y antiabolicionistas podemos encontrar tanto entre positivistas, partidarios de una dirección intermedia, criminólogos y juristas.

Defensores de la pena capital fueron ROUSSEAU²⁶⁰, BALMES²⁶¹, GAROFALO, LOMBROSO,... Entre los partidarios de la abolición de la pena de muerte encontramos a VOLTAIRE²⁶², UNAMUNO²⁶³ y PELLEGRINO ROSSI²⁶⁴.

Pero, el más destacado, fue CESARE DE BECCARIA, que en su obra *De los Delitos y las Penas* aborda la inutilidad de la pena capital y aboga por su desaparición.

A partir de este momento emerge el movimiento abolicionista, con argumentaciones sobre la vida humana como bien sagrado del

²⁶⁰ Jean-Jacques ROUSSEAU (1712-1778), escritor, filósofo y músico ilustrado, cuyas teorías republicanas constituyen una reforma a la Ilustración y anticipan el Romanticismo. Entre sus obras más importantes se encuentran *Emilio*, *El contrato social*, *Julia* y el *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*.

²⁶¹ Jaume Lluçia Antoni BALMES i URPIÀ (1810-1848), filósofo, sociólogo, político y teólogo español, calificado por Pío XII como *Príncipe de la Apologética moderna*. Sus obras más conocidas son *El criterio* y *El protestantismo comparado con el catolicismo en sus relaciones con la civilización europea*.

²⁶² François Marie AROUET, más conocido como VOLTAIRE, (1694-1778), escritor y filósofo considerado uno de los principales representantes de la Ilustración. Citamos entre sus obras *La Henriada*, *Cartas inglesas*, *Tratado de Metafísica*, *Historia de los viajes de Scarmantado*, *Diccionario filosófico*, etc.

²⁶³ Miguel de UNAMUNO y JUGO (1864-1936), escritor, filósofo y político. Rector de la Universidad de Salamanca, escribió, entre otras obras, *Recuerdos de niñez y mocedad*, *Niebla*, *La tía Tula*, *San Manuel Bueno, mártir*, etc.

²⁶⁴ Pellegrino ROSSI (1787-1848), economista político y jurista italiano, ministro de Justicia en el Gobierno del Estado Pontificio, con el Papa Pío IX. Distingue entre el presente y futuro, afirmando que la pena capital, cumplía una misión positiva en una época determinada, teniendo que ser abolida cuando dejase de mantener tal cometido.

que no debe disponer el hombre; la imposibilidad de la reinserción social, que impide su aplicación; su ineficacia intimidatorio; la irreparación de los errores judiciales, etc. Entre los países abolicionistas *de facto* cabe destacar que, la Ciudad del Vaticano, abolicionista *de iure* desde 1969, lo era de hecho desde tiempo inmemorial. La tendencia es que, el grupo de países abolicionistas, se acrecienta.

Por el contrario, los anti abolicionistas, justifican su necesidad argumentando lo remoto de su existencia y su abaratamiento; la cantidad de vidas que se sacrifican en los conflictos bélicos; su fundamental existencia para la defensa de la sociedad, por su eficacia amedrentadora; la correspondencia retributiva con el asesinato, etc. Entre los estados que mantienen en la actualidad la pena capital, podemos citar a Irak, Irán, Argelia, Arabia Saudí, Cuba, Japón, la mayoría de los Estados Unidos de América, etc.

Las modalidades ejecutivas actuales se van reduciendo a la horca, cámara de gas, electrocución, decapitación, garrote y fusilamiento, entre otras.

El argumento objeto del presente subapartado no se plantea en España, donde el artículo 15 de la Constitución de 1978²⁶⁵ declara la abolición de la pena de muerte, salvo en los casos previstos por las leyes penales militares para los hechos cometidos en tiempo de guerra. De otra parte, España ha ratificado el II Protocolo de las Naciones Unidas y el VI Protocolo europeo, en el que se adhiere a esta misma concepción.

Con la promulgación de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra, España dio el último paso derogatorio de la pena capital²⁶⁶, hasta dicho momento prevista en el Código Penal Militar.

Si nos preguntamos cuáles pueden ser las razones que empujan a los Estados a adoptar una reacción podemos encontrar,

²⁶⁵ Artículo 15 CE:

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra.

²⁶⁶ Entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

inicialmente, dos: de un lado, argumentos de justicia, centrados en la retribución de los hechos cometidos; de otro, los de la prevención, inspirados en criterios de utilidad.

La inexistencia de este debate en España, brilló por su ausencia en la reforma del CP, aprobada en fecha 29 ABR 2010, la cual no contempla, la cadena perpetua revisable, si bien endurece las penas por corrupción²⁶⁷; proselitismo terrorista²⁶⁸; abusos a menores²⁶⁹; prisión para los pequeños delincuentes²⁷⁰; seguridad vial²⁷¹,... No reducirá la complejidad del actual sistema de penas ni castigará más la reincidencia, pero aplicará a terroristas y delincuentes sexuales la libertad vigilada y la prescripción²⁷².

1.1.2 Penas privativas de libertad.

La pena privativa de libertad 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*²⁷³.

Veremos, en el transcurso de capítulos ulteriores que, la pena de prisión, constituye la representación icónica clásica de pena privativa de libertad.

Como hemos apuntando con anterioridad²⁷⁴, la privación de libertad como sanción penal acontece en un momento histórico muy avanzado habida cuenta que, si, desde tiempos inmemoriales existió la reclusión de los delincuentes, ésta, no poseía la cualidad de pena.

²⁶⁷ Se castiga el soborno entre particulares y se endurecen las penas para los cargos públicos, que serán siempre de prisión en los delitos de corrupción.

²⁶⁸ Será delito el adoctrinamiento, adiestramiento, captación y financiación del terrorismo.

²⁶⁹ Aumentan las penas, que podrán llegar a los quince años de prisión, por abusos sexuales a menores. Los progenitores podrán ser privados de la patria potestad.

²⁷⁰ Los hurtos de menos de 400 euros podrán ser castigados con prisión (que se cumplirá los fines de semana) cuando el autor sea multirreincidente.

²⁷¹ Prisión por el exceso de velocidad grave o conducción bajo los efectos del alcohol y de las drogas.

²⁷² *Tal circunstancia permitirá mantenerles bajo vigilancia una vez cumplida su pena de prisión y durante un periodo, revisable, de hasta diez años. Los asesinatos terroristas no prescribirán.*

²⁷³ Gerardo LANDROVE DÍAZ, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 47 y ss.

²⁷⁴ Consultar Capítulo I del presente trabajo tales asuntos, así como las medidas cautelares previas a la ejecución de la pena en Oriente Medio, hebreos, egipcios, sumerios, hititas; las legislaciones en Egipto, en Grecia y en Roma, además del Derecho romano, bizantino y comparado.

Según el Artículo 35 del Código Penal, las penas privativas de la libertad son la *prisión*, la *localización permanente* y la *responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa*. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, suprimió en el Artículo 35 del Código Penal la *pena de arresto de fin de semana*. En su lugar se incluyó la *localización permanente*. Este cambio entró en vigor en octubre de 2004.

1.1.3 Penas privativas de derechos.

Las penas privativas de derechos han sido objeto de controversia, dado que, científicamente, constituyen restricciones de los derechos políticos, civiles o profesionales. En sus orígenes, se trataba de sanciones fundamentalmente infamantes, humillantes para el reo ante la comunidad, de manera que, éste, se veía postergado a la deshonrosa privación de sus derechos, cargos y honores.

Ello venía a suponer, en la práctica social, una especie de muerte civil del culpado ante su comunidad, menos deshonrosa y cruel, eso sí, que la privación de libertad en las insalubres mazmorras, los castigos corporales o linchamientos.

Con el tiempo, sin embargo, y especialmente a partir del siglo XVIII, tales penas van adquiriendo paulatinamente un carácter no ya infamante, sino meramente funcional, por cuanto se hallan en relación con el delito cometido, de manera que llegan a cumplir una función preventivo-especial, tanto si se aplican a modo de penas principales o bien como accesorias.

Este es el sentido y fundamento que tienen hoy en día, aunque, como bien destaca MUÑOZ CONDE²⁷⁵, las penas privativas de libertad también suponen privación de derechos, lo cierto es que esta denominación se reserva *para un grupo de penas que tienen como denominador común la privación, temporal o definitiva, de derechos distintos de la libertad ambulatoria*.

²⁷⁵ Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 515 .

En el mismo sentido MIR PUIG²⁷⁶ y MAZA MARTÍN²⁷⁷ dicen que, las penas privativas de derechos, vienen referidas a derechos de menor entidad que el de la libertad, tal cual son el trabajo para las inhabilitaciones y suspensiones, o el derecho de propiedad para la multa.

Por su parte, BOLDOVA PASAMAR²⁷⁸ sostiene que, las penas privativas de derechos, representan determinadas restricciones políticas, civiles o profesionales, limitando la libre capacidad de participación del penado en la vida social. De forma negativa las define AYO FERNÁNDEZ²⁷⁹, esto es, como aquellas que no revisten un contenido económico ni implican privación de libertad.

Pero no sólo debemos estar a esta primera clasificación que realiza el Código Penal respecto al tipo de bien del que privan las penas. Y ello es debido a que, como también establece el propio art. 32, las penas pueden ser principales o accesorias.

En efecto, la pena de inhabilitación, así como la de suspensión, pueden configurarse como pena principal o accesoria. Es principal cuando un concreto tipo penal de la parte especial así la establece, mientras que se configura como accesoria para los casos previstos en los arts. 54 y siguientes del mismo texto legal.

1.1.3.1 Clases de penas privativas de derechos.

Las penas privativas de derechos se regulan en la Sección 3ª, Capítulo I, Título III, Libro I del Código Penal de 1995 (arts. 39 a 49). En el art. 39 de dicho texto legal, 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

²⁷⁶ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 704 y ss.

²⁷⁷ José Manuel MAZA MARTÍN, *Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal*, en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal* (María POZA CISNEROS, Dir.), CGPJ, Madrid, 1996, pássim.

²⁷⁸ Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 60.

²⁷⁹ Manuel AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pássim.

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 de la vida, la libertad o el patrimonio. Así pues, las penas privativas de derechos se identifican con las previstas en el art. 39 del CP.

De este modo, el CP utiliza y combina dos criterios clasificatorios para las penas: el del contenido o naturaleza de éstas y el de su duración. De la combinación de ambos cánones resulta la gravedad de las mismas, como se expresa en el art. 33²⁸⁰. Sin embargo, ello lleva a algunos

²⁸⁰ Artículo 33 CP:

1. *En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves.*

2. *Son penas graves:*

- a) *La prisión superior a cinco años.*
- b) *La inhabilitación absoluta.*
- c) *Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.*
- d) *La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.*
- e) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.*
- f) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.*
- g) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.*
- h) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo superior a cinco años.*
- i) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo superior a cinco años.*
- j) *La privación de la patria potestad.*

3. *Son penas menos graves:*

- a) *La prisión de tres meses hasta cinco años.*
- b) *Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años.*
- c) *La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.*
- d) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años.*
- e) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.*
- f) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.*
- g) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.*
- h) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.*
- i) *La multa de más de dos meses.*
- j) *La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo.*

- k) *Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días.*
- l) *La localización permanente de tres meses y un día a seis meses.*
- m) *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, cualquiera que sea su duración.*

4. *Son penas leves:*

- a) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.*
- b) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.*
- c) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.*
- d) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.*
- e) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.*
- f) *La multa de 10 días a dos meses.*
- g) *La localización permanente de un día a tres meses.*
- h) *Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.*

5. *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya.*

6. *Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código.*

7. *Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:*

- a) *Multa por cuotas o proporcional.*
- b) *Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*
- c) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- d) *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- e) *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*
- f) *Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*
- g) *Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a

resultados, cuanto menos, curiosos. Así, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por siete años, por ejemplo, es pena más grave que otra de prisión de tres años, cuando es evidente que no es posible parangonar siquiera la aflicción que supone para el sujeto cada una de estas condenas.

En nuestro sistema punitivo, 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.
- c) 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 con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

- i) Los trabajos en beneficio de la comunidad.
- j) La privación de la patria potestad.

Salvo lo dispuesto en otros preceptos del CP, sus límites temporales se establecen en el artículo 40²⁸¹:

1. *La pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis a 20 años; las de inhabilitación especial, de tres meses a 20 años, y la de suspensión de empleo o cargo público, de tres meses a seis años.*
2. *La pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, tendrán una duración de tres meses a 10 años.*
3. *La pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos tendrá 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 10 años.*
4. *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de un día a un año.*
5. *La duración de cada una de estas penas será la prevista en los apartados anteriores, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código.*

1.1.3.2 Inhabilitación absoluta.

La inhabilitación absoluta es la pena privativa de derechos más grave. Según el art. 41 del CP, produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, y la incapacidad, durante el tiempo de la condena, de obtener aquellos de los que se vio privado u otros cualesquiera, así como la de ser elegido para cargos públicos. Su lapso como pena principal va de seis a veinte años (art. 40 del Código Penal), siendo siempre de carácter grave (art. 33.2 b de dicho texto).

No obstante, esta duración, como ocurre con las restantes penas, puede verse modificada en virtud de la aplicación de los arts. 70 y 71 del Código Penal²⁸².

²⁸¹ Redactado conforme LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Véanse los arts. 32, 33, 41 y ss. y 70 CP.

²⁸² Artículo 70 CP:

1. La pena superior e inferior en grado a la prevista por la ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas:

- 1ª. 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.
- 2ª. La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada 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.

2. A los efectos de determinar la mitad superior o inferior de la pena o de concretar la pena inferior o superior en grado, el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o menos, según los casos.

3. Cuando, en la aplicación de la regla 1ª. del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

- 1º. Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 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 15 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 20 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 20 años.
- 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 20 años.
- 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 20 años.
- 9º. Si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 meses.

Artículo 71 CP:

1. En la determinación de la pena inferior en grado, 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.

2. No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda 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.

La inhabilitación absoluta, en opinión de algún autor²⁸³, responde a la percepción de que, quienes han sido condenados a determinadas penas o por determinados delitos, no merecen ni honores, ni empleos, ni cargos públicos, ni siquiera el derecho a recuperarlos desde la condena (de privación definitiva habla nuestro legislador), aunque el delito no guarde relación con los honores, cargos o empleos inhabilitados²⁸⁴.

Ello no obstante, el condenado, y una vez transcurrido el tiempo de la condena, podrá acceder a los mismos cargos, honores o empleos públicos a través de los mecanismos legalmente establecidos. Por lo tanto, uno de los efectos de la pena de inhabilitación absoluta consiste en el carácter definitivo de la privación, circunstancia perfectamente avenida con que se establezca una duración a la misma²⁸⁵.

Respecto a la pérdida definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, cabe destacar que, la mayoría de la doctrina entiende que, "honores", se refiere a cualquier título o cargo honorífico del penado, sin que se incluya en los mismos las titulaciones académicas o las consideraciones tanto civiles como militares, o los relativos a "progresión administrativa", o los llamados "derechos pasivos"; DE LAMO RUBIO entiende que también se excluyen los títulos que acrediten conocimientos técnicos o profesionales, pues demuestran una aptitud que no puede modificarse por sentencia, y, por supuesto, los oficios o cargos privados²⁸⁶.

Por "empleos y cargos públicos" se entiende que es el ejercicio de la función pública en cualquier Administración, estatal, autonómica, local o institucional, en cargo electivo o de designación, de carrera, permanente o temporal, también los denominados "contratados", extendiéndose incluso a situaciones de excedencia o suspensión

²⁸³ Gerardo LANDROVE DÍAZ, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 80 y ss.

²⁸⁴ Como quiera que, en la inhabilitación absoluta, se priva de todos los derechos, no es necesario, a diferencia de lo que acontece en las inhabilitaciones especiales, que se especifiquen en la sentencia los empleos, cargos y honores afectados. No obstante, para proceder a la ejecución de la sentencia condenatoria, habrá que concretar los empleos o cargos cuya titularidad ostentase el condenado en el momento de los hechos. Tal privación no afectaría a los derechos pasivos ya adquiridos por el sujeto.

²⁸⁵ Hay que tener en cuenta que, la persona inhabilitada, tendría que haber cancelado los antecedentes penales para volver a obtener los empleos o cargos de los que fue privada, por lo que, los efectos de esta pena, en realidad, subsisten más allá de su cumplimiento.

²⁸⁶ Consultar tales aportaciones en Alberto VIDAL CASTAÑÓN, *La Pena de Inhabilitación*, Noticias Jurídicas, Artículos Doctrinales: Derecho Penal, Octubre 2003.

administrativa²⁸⁷.

Significativa es la STS de 12/2/01 en la que el Alto Tribunal parece admitir supuestos tales como situaciones de excedencia o suspensión administrativa, siempre que se motive adecuadamente su relación con el hecho punible.

Por su parte, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA considera que, la respuesta, debe buscarse en la legislación administrativa y no en la penal, destacando que en este último caso preceptos tales como los derogados artículos 527 ó 604 CP ampliaban lo que dice el art. 41 CP. Por otro lado, la STS de 21/12/1985 dice que esta pena no puede hacerse extensiva a los derechos de jubilación, cesantía u otra pensión por los empleos en los que hubiere servido con anterioridad el penado²⁸⁸.

En este punto el mayor debate se centra en si esta pena supone la pérdida perpetua de esos honores, empleos y cargos públicos, o si esta pérdida se circunscribe a la duración de la condena, de suerte que cumplida la misma existiría rehabilitación en el cargo.

A favor de esa segunda postura se encuentran autores como MANZANARES SAMANIEGO o CHOCLÁN, justificándolo a partir de criterios de justicia material y propiamente formales, a saber, que de la definición que se da de inhabilitación para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio del art. 45 CP, se infiere que "inhabilitación" no es pérdida; asimismo, continúa CHOCLÁN, el artículo 46 CP diferencia claramente privación (que en ese artículo se configura como temporal) de extinción (entendida como perpetua), recordando que en la definición de inhabilitación absoluta del art. 41 CP se habla de privación, por tanto con carácter temporal²⁸⁹.

No es tal el parecer de autores como BERNAL VALLS, MAZA MARTÍN o DE LAMO RUBIO, a cuyo entender la inhabilitación absoluta supone la pérdida perpetua de todos los cargos, honores y empleos públicos. No debemos olvidar que el legislador no define la inhabilitación absoluta como "perdida", sino que habla de "pérdida definitiva". Interpretar ese adjetivo como provisionalidad o temporalidad puede resultar un exagerado

²⁸⁷ Ibid.

²⁸⁸ Ídem.

²⁸⁹ Cfr. Alberto VIDAL CASTAÑÓN, *La Pena de Inhabilitación*, op. cit.

forzamiento de la interpretación pro reo, por mucho que, algún autor, haya puesto de relieve la imprecisión del legislador en el empleo de términos como "privación" o "extinción"²⁹⁰.

Incapacidad para obtener aquellos cargos y honores y cualesquiera otros cargos y empleos públicos, así como el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. En este caso, a diferencia de la inhabilitación especial, no es necesario establecer en la sentencia qué cargos, empleos u honores no puede conseguir el penado, por cuanto se refiere a todos²⁹¹.

Así pues, notamos que, en la pena de inhabilitación absoluta, deben diferenciarse dos partes: la relativa a la pérdida de empleo o cargo público que tuviera el penado, que es definitiva y, por tanto perpetua; y la relativa a las incapacidades que acabamos de ver, que serían temporales. No es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente.

1.1.3.3 Inhabilitación especial.

Su duración comprende, según el Artículo 40 del CP, de tres meses a veinte años. En consecuencia, de conformidad con el Artículo 33 del citado tratado, constituye una pena grave cuando es superior a cinco años y menos grave en caso contrario.

Consiste en la privación de determinados derechos y en la posibilidad de obtenerlos durante el tiempo de la condena. Sin embargo, los concretos derechos de que se prive al reo dependen, en primer término, de la modalidad o variante de esta inhabilitación que la Ley especifique y, de ahí, el calificativo de especial que completa la denominación de esta pena.

El Código de 1995, con una mejor diversificación que su antecedente de 1973, clasifica la inhabilitación especial en las siguientes modalidades:

1.1.3.4 Atendiendo a las características del sujeto activo.

- a) Inhabilitación especial para empleo o cargo público (art. 42 CP²⁹²).

²⁹⁰ En este sentido, destacar la STS de 23/5/2002.

²⁹¹ Nótese además que esta incapacidad no es perpetua sino temporal.

²⁹² Artículo 42 CP:

Produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos, así como la incapacidad para obtener los mismos u otros análogos. Ello hace necesario, como establece el precepto, que la sentencia en que se imponga esta pena haya de especificar los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

Su diferencia con la inhabilitación absoluta reside pues, aparte de en la duración mínima señalada por la ley, en el ámbito general de ésta que abarca todo tipo de cargos, empleos y honores. Se diferencia de la suspensión fundamentalmente en que, ésta, sólo abarca al ejercicio del derecho durante el tiempo de la condena. Es el tipo de inhabilitación especial más frecuentemente aplicada por el Código junto a la regulada en el art. 45²⁹³ del mismo.

Matizar que, la puntualización *aunque sea electivo*, introducida por LO 15/2003, para asimilarla a la inhabilitación absoluta, determina una de las formas de acceso a la función pública. No obstante, lo crucial no es la forma de entrada, sino el desempeño del cargo, por lo que, en opinión de algunos autores²⁹⁴, lo 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 la referida explicación.

b) Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo (art. 44 CP²⁹⁵). Sólo se impone como pena principal a los desórdenes públicos del art. 559 del indicado texto²⁹⁶, aparte de disponerse su aplicación a los delitos

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, 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.

²⁹³ Artículo 45 CP:

La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena.

²⁹⁴ Vid. Luis ROCA AGAPITO, *EL SISTEMA DE SANCIONES EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL*, BOSCH EDITOR, Barcelona, 2007, p. 205.

²⁹⁵ Artículo 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.

²⁹⁶ Artículo 559 CP:

electorales tipificados en la LO 5/1985 de 19 de junio de Régimen Electoral General, modificada a este respecto por la D. D. 1.^a f) del CP²⁹⁷, del modo como se ordena en el art. 137 de aquélla²⁹⁸.

Se permite, así mismo, a la Autoridad Judicial (art. 56 CP) que, en atención a las circunstancias del caso, la imponga como accesoria en aquellos delitos con los que guarde relación. Estas condenas deberán ser notificadas por los órganos jurisdiccionales en aplicación de lo dispuesto en el RD 435/1992, de 30 de abril, sobre comunicación al Registro Central de Penados y Rebeldes y a la Oficina del Censo Electoral de las condenas que lleven aparejada privación del derecho de sufragio.

c) Inhabilitación especial para profesión, oficio industria o comercio o cualquier otro derecho (art. 45 CP). Priva al penado de la facultad de ejercerlo durante el tiempo de la condena. El ámbito de la inhabilitación ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia y, lógicamente, ha de guardar relación con el delito cometido. Tal determinación será siempre necesaria dado los términos genéricos con que se suele expresar esta pena en el CP. No obstante, algunas veces es el propio Código el que determina la profesión, derecho etc. al que se refiere la inhabilitación. Así, los arts. 144²⁹⁹; 145³⁰⁰ (modificado por LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y

Los que perturben gravemente el orden público con objeto de impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos, serán castigados con las penas de multa de tres a doce meses y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a seis años.

²⁹⁷ Disposición derogatoria 1 f) CP:

...Los términos “activo y” del artículo 137 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de Régimen Electoral General.

²⁹⁸ Artículo 137 LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General:

Por todos los delitos a que se refiere este Capítulo, se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo.

NOTA AMPLIATORIA: Reiteramos que, la expresión “activo y” contenida en el artículo 137, ha sido derogada por el apartado 1.f) de la Disposición Derogatoria Única de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, reformada por L.O. 5/2010, de 22 de junio y por L.O. 3/2011, de 28 de enero.

²⁹⁹ Artículo 144 CP:

El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.

Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.

³⁰⁰ Artículo 145 CP:

1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas,

reproductiva de la interrupción voluntaria del embarazo) y 157³⁰¹ refieren la inhabilitación al ejercicio de profesión sanitaria y a la prestación de servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados; el art. 262³⁰² establece la privación del derecho a licitar en subastas judiciales o para contratar con las Administraciones Públicas, o el art. 337³⁰³ que describe la inhabilitación al ejercicio del derecho a cazar o pescar. Igualmente, el Código en algunas ocasiones detalla expresamente la inhabilitación al ejercicio de la profesión directamente relacionada con el delito cometido, como, por ejemplo, es el caso de los arts. 199.2³⁰⁴ y 271³⁰⁵.

establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El Juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.

2. La mujer que produjere su aborto o consintiera que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

3. En todo caso, el Juez o Tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

³⁰¹ Artículo 157 CP:

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

³⁰² Artículo 262 CP:

1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

³⁰³ Artículo 337 CP:

El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales.

³⁰⁴ Artículo 199.2 CP:

El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

³⁰⁵ Artículo 271 CP:

d) Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento (art. 46 CP³⁰⁶). Priva al penado de los derechos inherentes a la patria potestad y supone la extinción de los demás cargos familiares mencionados en el precepto, así como la incapacidad para ser nombrado para los mismos durante el tiempo de la condena. Se impone en el Código en los casos de los arts. 192³⁰⁷, con referencia a todos los tipos del Título VIII del Libro II; 226³⁰⁸ y 233³⁰⁹, con referencia a los delitos tipificados

Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) *Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.*
- b) *Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.*
- c) *Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.*
- d) *Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.*

³⁰⁶ Artículo 46 CP:

La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de 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 pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. 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.

A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas.

³⁰⁷ Artículo 192 CP:

1. A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

2. Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior.

No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

3. El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, o bien la privación de la patria potestad.

³⁰⁸ Artículo 226 CP:

en los arts. 229 a 232³¹⁰, referidos a los delitos contra las relaciones familiares, especialmente, sobre los hijos, menores e incapaces.

En los casos en que el CP impone la pena de inhabilitación especial, pero sin determinar a cual de las modalidades se refiere ésta, como es el caso de los arts. 390³¹¹; 393³¹²; 394³¹³; 396³¹⁴ o

1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

³⁰⁹ Art. 233 CP:

1. El Juez o Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer a los responsables de los delitos previstos en los artículos 229 al 232 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

2. Si el culpable ostentare la guarda del menor por su condición de funcionario público, se le impondrá además la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años. 3. En todo caso, el Ministerio Fiscal instará de la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor.

³¹⁰ Artículo 229 CP:

1. El abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.

2. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.

Artículo 230 CP:

El abandono temporal de un menor de edad o de un incapaz será castigado, en sus respectivos casos, con las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

Artículo 231 CP:

1. El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de un incapaz, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Si con la entrega se hubiere puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

Art. 232 CP:

1. Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

2. Si para los fines del apartado anterior se traficaren con menores de edad o incapaces, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años.

³¹¹ Artículo 390 CP:

463.3³¹⁵ y en los supuestos en que tal determinación es sólo parcial, como es el caso del art. 213³¹⁶, la autoridad judicial habrá de determinar razonadamente en la sentencia el tipo de inhabilitación que se impone al reo. Lo mismo ocurre cuando la inhabilitación especial resulta impuesta como pena accesoria, en cuyo caso el art. 56 CP establece que se impondrá aquel tipo de inhabilitación que tenga relación directa con el delito cometido, lo que habrá de determinarse expresamente en la sentencia. Este criterio del art. 56 resulta, de aplicación general, por ministerio del art. 79 CP³¹⁷.

1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público⁶⁸⁸ que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

- 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.*
- 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.*
- 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.*
- 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.*

2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efectos en el estado de las personas o en el orden civil.

³¹² Artículo 393 CP:

El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores.

³¹³ Artículo 394 CP:

- 1. La autoridad o funcionario público encargado de los servicios de telecomunicación que supusiere o falsificare un despacho telegráfico u otro propio de dichos servicios, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años.*
- 2. El que, a sabiendas de su falsedad, hiciere uso del despacho falso para perjudicar a otro, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores.*

³¹⁴ Artículo 396 CP:

El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en el artículo anterior, incurrirá en la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores.

³¹⁵ Artículo 463.3 CP:

3. Si la suspensión tuviere lugar, en el caso del apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparecencia del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de secretario judicial, se impondrá la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años.

³¹⁶ Artículo 213 CP:

Si la calumnia o injuria fueren cometidas mediante precio, recompensa o promesa, los Tribunales impondrán, además de las penas señaladas para los delitos de que se trate, la de inhabilitación especial prevista en los artículos 42 ó 45 del presente Código, por tiempo de seis meses a dos años.

³¹⁷ Artículo 79 CP:

Siempre que los Jueces o Tribunales impongan una pena que lleve consigo otras accesorias condenarán también expresamente al reo a estas últimas.

Caso especial es el de los arts. 305.1³¹⁸ y 308.3³¹⁹ del CP que, en calidad de idéntica pena, prescriben la imposición de 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 por tiempo de tres a seis años a los reos de los delitos que en tales preceptos se tipifica. Si bien puede pensarse que se trata de una inhabilitación especial referida a esos derechos determinados y, por tanto, encajable en el art. 45 CP, el Código no la menciona como tal inhabilitación especial y, por ello, puede conceptuarse como una pena privativa de derechos autónoma no mencionada en el catálogo de la Parte General del CP.

Por contra, la privación de los derechos para conducir vehículos de motor y ciclomotores y para la tenencia y porte de armas (arts. 47³²⁰ y 48³²¹ del CP) se configuran en el texto de 1995 como penas

³¹⁸ Artículo 305.1 CP:

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.*
- b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios.*

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable 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 durante el período de tres a seis años.

³¹⁹ Artículo 308.3 CP:

3. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable 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 durante un período de tres a seis años.

³²⁰ Artículo 47 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 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.

Cuando la pena impuesta lo fuere por un tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción o la tenencia y porte, respectivamente.

³²¹ Artículo 48 CP:

independientes, si bien el término empleado por el Código para describir sus efectos («inhabilitará») demuestra claramente que estamos ante auténticas inhabilitaciones especiales, que podrían haberse refundido con las demás sin merma de su conexión con determinados delitos, dadas las facultades de determinación que en la imposición de estas penas el Código de 1995 refiere a la Autoridad judicial³²².

1.1.3.5 En relación al modo en cómo resulta impuesta.

a) Pena principal. Cuando la Ley la impone determinadamente. En este sentido es la pena privativa de derechos más numerosamente utilizada por el Código de 1995 que la aplica a más de cien de los tipos o subtipos regulados en el mismo.

b) Pena accesoria. Como prescribe el Artículo 54 del CP [...] *en los*

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 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.

4. El Juez o Tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.

³²² Por su parte, en el Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre), tiene naturaleza de inhabilitación especial la siguiente pena: La pérdida de empleo (arts. 24 y 30 del CPM) es también de carácter permanente, aplicándose igualmente a profesionales. Equivale a la tradicional o antigua degradación. Aunque se trata de una pena principal se impone como accesoria en los casos de penas de prisión superiores a tres años (art. 28 CPM). Produce la baja en las Fuerzas Armadas con privación de todos los derechos adquiridos, salvo los pasivos. Sólo podrá rehabilitarse al penado en virtud de una Ley, si bien no impide a éste volver a reingresar en las Fuerzas Armadas una vez cumplida la condena. La inhabilitación definitiva para mando de buque o aeronave, regulada en los arts. 24 y 34.2 CPM es de carácter principal, permanente y aplicable a profesionales. Priva al penado del mando de tales unidades y dado que no permite volver a ostentar en el futuro esta facultad debe considerarse una pena diferente.

En los arts. 4 y 5 de la Ley 209/1964 de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, modificada por LO 1/1986, de 8 de enero, que derogó la parte procesal, y por la misma LO 10/1995 de 23 de noviembre, se regula la pena de pérdida del título profesional o aeronáutico, cuya naturaleza, dada la incapacidad que supone para volver a adquirir dicho título profesional o aeronáutico, es la de ser una pena específica, como ocurría con el caso anterior, puesto que no permite, como es propio de cualquier inhabilitación especial, volver a adquirir el derecho afectado por la condena una vez cumplida ésta.

casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo. No obstante, a pesar de su carácter accesorio no estamos ante una hoy inimaginable pena tácita y, como preceptúa el art. 79 CP, el reo deberá ser expresamente condenado a la misma en la sentencia que, junto a la principal, se la imponga.

En esta calidad, la inhabilitación especial resulta ser accesoria a las penas de prisión de hasta diez años de duración y será, según el art. 56 CP:, aplicada por el Juez o Tribunal con preferencia a la de suspensión, que es accesoria para idénticas penas de prisión, en atención a la gravedad del delito cometido.

La razón de su frecuente aparición en el Código de 1995 reside en que se trata de una alternativa eficaz a las problemáticas penas cortas privativas de libertad y, especialmente, a que cumple perfectamente los fines de prevención general y, sobre todo, especial que se predicen de toda pena, dada su estrecha relación con el concreto delito cometido.

De este modo, la determinación definitiva del contenido de la pena depende, no ya de la clase de inhabilitación prevista en la Ley, sino de la decisión del Tribunal sentenciador que es el que en atención al delito cometido realiza la especificación final de los derechos afectados por la inhabilitación, salvo que la Ley determine otra cosa.

Para hacer frente a la posible arbitrariedad judicial que pudiera derivarse del ejercicio de estas facultades, el Código exige que la sentencia, siempre revisable en vía de recurso de casación por razón de delito o de apelación en caso de falta, determine expresamente las razones que han motivado la concreta imposición de esta pena.

Debemos destacar, así mismo, que dentro de las medidas de seguridad, el CP de 1995 establece en sus arts. 96.3.1.³²³ y 107³²⁴

³²³ Artículo 96.3.1ª. CP:

1ª. La inhabilitación profesional.

³²⁴ Artículo 107 CP:

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 el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes, siempre que no

una medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo por tiempo de entre uno y cinco años cuando no sea posible imponer pena al procesado por hallarse éste incurso en alguna de las causas de inimputabilidad y semiimputabilidad del art. 20 CP³²⁵ y el hecho cometido implique abuso o relación con el ejercicio al que se inhabilite y el sujeto muestre signos de peligro de recaer en idéntica conducta. A pesar de su diferente fundamento, el

sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1, 2 y 3 del artículo 20.

³²⁵ Artículo 20 CP:

Están exentos de responsabilidad criminal:

- 1°. *El que 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 trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.*
- 2°. *El que 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, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle 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.*
- 3°. *El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.*
- 4°. *El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:
Primero.- Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.
Segundo.- Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.
Tercero.- Falta de provocación suficiente por parte del defensor.*
- 5°. *El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:
Primero.- Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
Segundo.- Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
Tercero.- Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.*
- 6°. *El que obre impulsado por miedo insuperable.*
- 7°. *El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.*

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código.

contenido de la medida del art. 107 es idéntico al de una inhabilitación especial.

No son inhabilitaciones especiales las consecuencias accesorias que menciona el Código de 1995 en los arts. 127 a 129³²⁶, a pesar

³²⁶ Artículo 127 CP:

1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos 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. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

2. En los casos en que la Ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

4. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo 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. 5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.

Artículo 128 CP:

Cuando los referidos efectos e instrumentos 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.

Artículo 129 CP:

1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

de que el contenido de algunas de ellas guarde relación con el propio de alguna inhabilitación especial. Su naturaleza y los efectos jurídicos que producen son radicalmente distintos ya que estas consecuencias no son penas.

1.1.3.6 La suspensión para 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 desposeer definitivamente de su ejercicio, como sucede en las inhabilitaciones, sino de restringir temporalmente el desempeño de tal empleo o cargo.

Este impedimento constituye el espacio cardinal de la pena que nos ocupa, contemplada en el art. 43 del CP, que priva al penado de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena, el cual no pierde la condición de funcionario que recupera después de cumplir la pena. No afecta a los honores inherentes al cargo o empleo aquejados por la condena. La suspensión puede ser pena principal o accesoria³²⁷.

Por lo expuesto, la desemejanza entre la suspensión, de una parte, y las inhabilitaciones para empleo o cargo público, por otra, gravita en que éstas producen la privación definitiva del empleo o cargo público entretanto que, la suspensión, impide la ejercitación durante el tiempo de la condena, facultando, tras ella, el reingreso al servicio³²⁸.

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 años³²⁹, siendo pena grave si es por tiempo superior a cinco

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.

³²⁷ Como pena principal tiene una duración de entre tres meses y seis años; como accesoria, acompaña a las penas de prisión inferiores a diez años.

³²⁸ La suspensión no afecta a la posibilidad de conseguir otro empleo o cargo público afín durante el tiempo de la condena, cosa que, en las inhabilitaciones, sí.

³²⁹ Artículo 40.1 CP:

1. La pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis a 20 años; las de inhabilitación especial, de tres meses a 20 años, y la de suspensión de empleo o cargo público, de tres meses a seis años.

años³³⁰ o, menos grave, si no supera los cinco años³³¹. No obstante, su duración puede alcanzar los ocho años cuando, la pena superior en grado, supere el límite máximo general de seis años³³².

Además, la suspensión de empleo o cargo público, puede aplicarse como accesoria de las penas de prisión inferiores a diez años. En tal caso, la suspensión podrá tener una duración de diez años menos un día.

1.1.3.7 Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

La privación o suspensión del permiso de conducción es una constante en el derecho positivo español³³³. Definida en el art. 47, párrafo 1º. del CP, inhabilita al penado para conducir vehículos a motor y ciclomotores durante el tiempo fijado en la sentencia.

A la vista del citado tenor, la pena abarca no sólo la privación del permiso que habilita para la conducción, sino también la posibilidad de obtenerlo durante la condena. En la actualidad tiene una duración mínima de tres meses y máxima de diez años, salvo que se apliquen las reglas del art. 70 CP, en cuyo caso, su duración puede llegar a los quince

³³⁰ Artículo 33.2.d CP:

d) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.

³³¹ Artículo 33.3.c CP:

c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.

³³² Artículo 70.3.3º. CP:

3. Cuando, en la aplicación de la regla 1ª del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

3.º Si fuera de suspensión de empleo o cargo público, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de ocho años.

Esta disposición fue introducida *ex novo* por LO 15/2003. Con anterioridad, no se había previsto para esta pena un límite superior a los seis años en el caso de tener que aumentar un grado la misma. A tal efecto, se acudía a lo dispuesto en el artículo 72 CP, que preveía el uso analógico de las reglas por las que se determina la pena. Tal alternativa de igualdad, desaparece con la LO 15/2003. En el caso de que, por aplicación 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 veinte a veinticinco años, 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 siete años y medio.

³³³ Perfilada como sanción gubernativa, obtiene categoría de pena accesoria con la promulgación de la Ley de 24 de abril de 1958. Se la sitúa entre las penas graves con la reforma nacida en 1963 y, la de 1967, en el grupo de penas comunes dentro del anterior sistema de penas.

años³³⁴.

La privación del derecho a conducir significa la prohibición de conducir sin permiso durante el tiempo fijado en la sentencia. Si se quebranta tal limitación, se producirá el delito de quebrantamiento de condena³³⁵ como por el de conducción sin licencia³³⁶. No obstante, cuando la persona condenada es profesional del transporte público, determinados jueces han permitido excepcionalmente el cumplimiento fraccionado de esta pena, invocando el principio de proporcionalidad³³⁷, si bien la ley no contempla este fraccionamiento³³⁸.

La pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores está prevista para contadas infracciones criminales, siendo escasamente empleada como pena principal. Por ejemplo, cuando el homicidio imprudente sea cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor³³⁹, se trata de una conducción delictiva en sí misma, por realizarse a velocidades superiores a las permitidas reglamentariamente, bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas³⁴⁰.

³³⁴ Es pena grave cuando su duración es superior a los ocho años; menos grave, si está comprendida entre un año y un día y los ocho años; leve, si está comprendida entre los tres meses y un año (Artículo 33 del Código Penal)..

³³⁵ Artículo 468.1 CP:

1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos..

³³⁶ Artículo 384 CP:

El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.

³³⁷ SSAP Castellón 12 diciembre 2001 y 149/2009.

³³⁸ La pérdida del derecho a conducir afecta a todos los vehículos, sin tener en cuenta sus categorías.

³³⁹ Artículo 142.2 CP:

2. Cuando el homicidio imprudente sea cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de uno a seis años.

³⁴⁰ Artículo 379 CP:

1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la

1.1.3.8 Privación a la tenencia y porte de armas.

El párrafo segundo del art. 47 CP establece que, *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.*

Esta pena, añadida al Código de 1995, impide a la persona tener y portar armas que requieran una licencia administrativa y denota una similitud, en su definición y tratamiento jurídicos, con la prevista para la privación del derecho a conducir vehículos a motor³⁴¹. Se fundamenta sobre la base de la potencial peligrosidad para la vida, integridad física y libertad que, el condenado, pudiese engendrar³⁴².

Su duración es de tres meses a diez años³⁴³, si bien, excepcionalmente, puede exceder el límite de diez años cuando, por la coyuntura de la pena superior en grado se rebasen los diez años, el límite máximo de lapso se incrementa hasta los veinte años³⁴⁴ y en los delitos de

permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

³⁴¹ Como ocurre con la inhabilitación para la conducción de vehículos y ciclomotores, la reforma 15/2007, obliga a la persona condenada a obtener una nueva licencia de armas si la pena sobrepasó los dos años.

³⁴² Tal pena priva de la licencia o permiso de armas y de la posibilidad de obtenerlos durante la condena, debiéndose hacer entrega del arma o armas, en caso de tenerlas adjudicadas, y de las documentaciones que las amparan, para su depósito. Si se carece, no existe posibilidad de obtención de la autorización durante el tiempo de la condena.

³⁴³ Artículo 40.2 CP:

La pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, tendrán una duración de tres meses a 10 años.

³⁴⁴ Artículo 70.3.5º.CP:

tenencia, depósito, tráfico de armas de guerra, químicas o biológicas del art. 566.1.1º CP³⁴⁵ en relación con el art. 570.1 del mismo texto³⁴⁶ tiene contemplada una pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas que puede llegar a los 13 años de duración.

Por LO 15/2003 se introducen novedades, entre las cuales sobresale la prevista para los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, si bien, esta norma, no soluciona en su totalidad la problemática planteada con la redacción dada a estos delitos en el CP de 1995. A juicio de algún autor³⁴⁷ no se entiende que no se haya contemplado, ni siquiera como pena accesoria³⁴⁸ para aquellos delitos en los que el arma es el medio o instrumento para cometer el delito, si bien se ha previsto para el homicidio y las lesiones imprudentes (art. 142.2 CP).

1.1.3.9 Penas aplicables a las personas jurídicas.

Con objeto de abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, excepción hecha de las penas de multa, cuya materia

3. Cuando, en la aplicación de la regla 1ª. del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

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 20 años.

³⁴⁵ Artículo 566.1.1º. CP:

1. Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados por las leyes o la autoridad competente serán castigados:

1º. Si se trata de armas o municiones de guerra o de armas químicas o biológicas o de minas antipersona o municiones en racimo, con la pena de prisión de cinco a diez años los promotores y organizadores, y con la de prisión de tres a cinco años los que hayan cooperado a su formación.

³⁴⁶ Artículo 570.1 CP:

1. En los casos previstos en este capítulo se podrá imponer la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior en tres años a la pena de prisión impuesta.

³⁴⁷ Vid. Luis ROCA AGAPITO, *EL SISTEMA DE SANCIONES EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL*, op. cit., pp. 218 y ss.

³⁴⁸ Ni el art. 55 CP, que recoge las penas accesoria de las penas de prisión de diez o más años de duración, ni el art. 56 CP, sobre las penas accesoria de las de prisión inferiores a diez 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 en el art. 56 CP si admitimos, lo cual es discutible, que se pueda imponer a través de la cláusula genérica de inhabilitación para cualquier otro derecho. No obstante, valórese que, el art. 56 CP, se refiere únicamente a las penas de prisión inferiores a diez años. En este sentido, el homicidio doloso, que tiene señalada una pena de diez a quince años de prisión, no podría castigarse, ni siquiera por la vía de las penas accesorias, con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas. *Lege ferenda*.

escasamente se distingue de la multa proporcional³⁴⁹, empleada para las personas físicas, y la inhabilitación para obtener subvenciones ayudas o incentivos, la reforma 5/2010 incluye, en el catálogo general del artículo 33 CP las penas que ya se recogían como consecuencias accesorias en el anterior artículo 129.

La finalidad de todas estas penas consiste en dañar la marcha de la persona jurídica condenada, en una sucesión que va desde su clausura hasta la suspensión de alguna de sus actividades concretas. En consecuencia, podemos distinguir:

- a) *DISOLUCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA*³⁵⁰. Nos hallamos ante un supuesto aplicable exclusivamente a las personas jurídicas fundado en la desaparición de una institución jurídica, cuyas graves consecuencias, son equiparables a la sanción de cierre empresarial³⁵¹, dado que, dicho mal dimanado, implica el cese inmediato de toda actividad, el cierre de los locales fundados o establecidos y la liquidación de la sociedad³⁵².
- b) *SUSPENSIÓN DE SUS ACTIVIDADES...*³⁵³. Su previsión trata de prevenir los delitos y huir de sus fines. En caso de que, la suspensión, afecte a más de una sociedad, la condena debe determinar de modo preciso qué esfera de actividades quedan suspendidas.
- c) *CLAUSURA DE LA EMPRESA, SUS LOCALES Y ESTABLECIMIENTOS*³⁵⁴. Después de la reforma 5/2010, hemos de

³⁴⁹ Aspecto que analizaremos en el subapartado *ut infra* 1.1.4 (Penas patrimoniales. La multa penal.).

³⁵⁰ Artículo 33.7b) CP:

Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

³⁵¹ En tanto que la clausura se refiere a la extensión material, la disolución se encamina a la entidad jurídica.

³⁵² El incumplimiento de la liquidación conlleva la responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento, dado que, el desistimiento, forma parte de la ejecución de la sentencia y debe ser controlado por el órgano judicial actuante.

³⁵³ Artículo 33.7c) CP:

Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

³⁵⁴ Artículo 33.7d) CP:

Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

distinguir entre la clausura de la empresa y la clausura de sus establecimientos, dado que, la primera, deja intacta la empresa e, incluso, su funcionalidad, cuando sólo afecta a parte de sus instalaciones, por lo que, este extremo, obliga a su concreción en la sentencia³⁵⁵. Además de la clausura de la actividad empresarial o mercantil, cuando se impone el cierre, en lugar de la clausura, se imposibilita la entrada física en el ámbito cerrado, salvo la pertinente autorización.

d) *LA PROHIBICIÓN DE REALIZAR ACTIVIDADES EN CUYO EJERCICIO SE HAYAN COMETIDO, FAVORECIDO O ENCUBIERTO EL DELITO*³⁵⁶. Con similares contenidos a los de la suspensión, esta sanción se diferencia en que, con la detención de las acciones, se impiden determinadas actividades, mientras que, la prohibición, permite escoger y afecta sólo a algunas de ellas³⁵⁷. La prohibición puede ser definitiva o temporal; en este último caso, no puede exceder de los quince años.

³⁵⁵ Las locuciones *establecimiento* y *local*, representan lo mismo, si bien la distinción puede consistir en la previa actividad existente (establecimiento) o la carencia de la misma (local), cuestión indiferente a los efectos que pretende el legislador.

³⁵⁶ Artículo 129 CP:

1. *En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.*

2. *Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.*

3. *La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.*

³⁵⁷ Los términos de esta sanción son más limitados que los de las anteriores dado que, en el presente supuesto, nos hallamos ante una sociedad constituida conforme a derecho en la que, parte de sus operaciones, también son legales.

- e) **LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE LA EMPRESA**³⁵⁸. El fin de esta pena se ciñe a proteger los derechos de los trabajadores, socios o accionistas no comprendidos en las actividades delictivas. La intervención puede afectar a la totalidad de las actividades o a parte de las mismas, siendo innecesaria su relación con el delito, sino con la supervivencia de la empresa y el provecho de los trabajadores.

Como pena temporal que es, la intervención judicial, nunca podrá exceder de cinco años, siendo susceptible de modificación antes de extinguirse, previo informe del Ministerio Fiscal y del interventor, dependiendo de la complejidad de la organización afectada.

1.1.3.10 Penas restrictivas de la capacidad ambulatoria.

Estudiadas también como penas de alejamiento, se hallan contempladas en el art. 48 CP, con la finalidad de anular el peligro que el delincuente representa para sus víctimas.

Forman parte de estas penas:

- a) *La privación del derecho a residir en determinados lugares.* Esta norma impide al penado residir en el lugar en que haya cometido el delito o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueran distintos.
- b) *La privación del derecho a acudir a determinados lugares.* Tal modalidad, conjuntamente descrita con la anterior en el CP, pretende

³⁵⁸ Artículo 33.7 g) CP:

Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

evitar que, el condenado, haga acto de presencia en los lugares en los que, físicamente, se encuentra la víctima, familiares y otras personas designadas por el Juez en la sentencia³⁵⁹.

- c) *La prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas.* Con este precepto jurídico se trata de impedir al reo acercarse a la víctima, familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, en cualquier lugar donde se encuentren, 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 pena³⁶⁰.
- d) *La prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas.* Imposibilita al penado para comunicarse con la víctima, o con aquellos familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, y establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

1.1.3.11 La pena de trabajo en beneficio de la comunidad.

Se trata de una pena de nueva incorporación en nuestro CP que viene precedida de una amplia experiencia positiva en el derecho comparado, aunque ha sido en el área de los países anglosajones donde ha alcanzado una mayor consideración, siendo recomendada en la década de 1976-1986 por el Consejo de Europa, como pena alternativa a la prisión.

Asume, pues, un protagonismo principal como alternativa a la pena de privación de libertad sustitutiva de la multa. Podemos decir que se trata de la alternativa natural: si, la multa, pretende reducir los bienes del penado, que normalmente serán los que obtenga como rendimiento de su trabajo, igual efecto se consigue mediante la prestación de un trabajo que ya, de antemano, no resulta remunerado.

³⁵⁹ Residir y acudir se manifiestan aquí como términos intercambiables en relación con el condenado y, en relación con la víctima debemos interpretarlo en su finalidad distendida. No es preciso reiterar la importancia que tiene la concreción de lugares vedados al culpado, evitando todas las alusiones genéricas, sino, también, los objetivos de dicha prohibición.

³⁶⁰ El seguimiento de esta pena se facilita por la posibilidad de uso de los medios telemáticos contemplados en el art. 48.4 del CP:

El trabajo en beneficio de la comunidad no es una sanción exclusiva del sistema penal. También se recoge en las ordenanzas de algunos municipios como sanción compensatoria en el ámbito de la seguridad vial y se contempla como sanción en la legislación penal del menor.

Instituido en el art. 49 CP³⁶¹, nuestro legislador trata

³⁶¹ Artículo 49 CP:

Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el 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 o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

- 1ª. La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.*
- 2ª. No atentará a la dignidad del penado.*
- 3ª. El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.*
- 4ª. Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.*
- 5ª. No se supeditará al logro de intereses económicos.*
- 6ª. Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:*
 - a) 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.*
 - b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.*
 - c) 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) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.*
Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.
En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.
- 7ª) 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.*

de llegar, con la reforma 5/2010 a la reparación de la víctimas no sólo a través de la responsabilidad civil derivada del delito, como estudiamos en apartados precedentes del presente trabajo, sino también por medio de una pena. No obstante, juristas como MAZA MARTÍN, señalan que, el trabajo en beneficio de la comunidad, no es una pena³⁶².

³⁶² Así lo manifiesta José Manuel MAZA MARTÍN, *Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal*, en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal* (María POZA CISNEROS, Dir.), op. cit., pp. 139-186.

Su cumplimiento, determinación de los puestos de trabajo, así como su jornada, horario de cumplimiento y demás circunstancias, se hallan recogidos en el RD 840/2011, de 17 de junio, arts. 3 a 11, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas³⁶³.

³⁶³ Artículo 3 RD 840/2011:

Comunicación de la resolución judicial.

Recibida la resolución o mandamiento judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, así como los particulares necesarios, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena.

Artículo 4 RD 840/2011:

Determinación de los puestos de trabajo.

1. El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración estatal, autonómica o local. A tal fin, podrán establecer los oportunos convenios entre sí o con entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública, debiendo remitir mensualmente a la Administración penitenciaria la relación de plazas disponibles en su territorio.

2. La Administración penitenciaria supervisará sus actuaciones y les prestará el apoyo y asistencia necesarios para su eficaz desarrollo.

3. El penado podrá proponer un trabajo concreto, que será valorado por la Administración penitenciaria para la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Penal y en este real decreto, poniéndose en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Artículo 5 RD 840/2011:

Valoración y selección del trabajo.

1. Los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, una vez recibidos el mandamiento u orden judicial de ejecución y los particulares necesarios, realizarán la valoración del caso para determinar la actividad más adecuada, informando al penado de las distintas plazas existentes, con indicación expresa de su cometido y del horario en que debería realizarlo; así mismo, se escuchará la propuesta que el penado realice.

Cuando las circunstancias o características vinculadas a la persona condenada, o derivadas de su etiología delictiva, así lo aconsejen, los profesionales de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas ofertarán al penado que la pena de trabajo en beneficio de la comunidad se cumpla con su participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares, de los que la Administración Penitenciaria venga desarrollando como parte de las políticas públicas de esta naturaleza, o que cuenten con su aprobación si el cumplimiento mediante esta modalidad se realizara en un ámbito o institución no penitenciaria.

2. Al citar al penado, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas le advertirán de las consecuencias de su no comparecencia. En los supuestos de incomparecencia no justificada remitirán los testimonios oportunos al órgano jurisdiccional competente para la ejecución.

3. Realizada la valoración, se elaborará el plan de ejecución dándose traslado al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su control, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.

No obstante, en el caso de que el penado acredite fehacientemente que se opone al cumplimiento del plan de ejecución, se informará al Juez de Vigilancia Penitenciaria de tal hecho, a los efectos que considere oportunos.

1.1.3.12 La privación de la patria potestad.

Artículo 6 RD 840/2011:

Jornada y horario.

1. Cada jornada tendrá una duración máxima de ocho horas diarias. Para determinar la duración y el plazo en el que deberán cumplirse las jornadas, se valorarán las cargas personales o familiares del penado, así como sus circunstancias laborales y, en el caso de programas o talleres, la naturaleza de los mismos.

2. La ejecución de esta pena estará regida por un principio de flexibilidad para compatibilizar, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto, cuando concurra causa justificada, se podrá contemplar el cumplimiento de la pena de forma partida, en el mismo o en diferentes días.

Artículo 7 RD 840/2011:

Seguimiento y control.

1. Durante el cumplimiento de la condena, el penado deberá seguir las instrucciones que reciba del Juez de Vigilancia Penitenciaria, de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, así como las directrices de la entidad para la que preste el trabajo.

2. La Administración pública o entidad privada que desarrolle actividades de utilidad pública y que haya facilitado el trabajo al penado, informará periódicamente a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la actividad que va siendo desarrollada por el penado y de las incidencias relevantes durante el desarrollo del plan de ejecución, así como de la finalización del mismo.

Artículo 8 RD 840/2011:

Incidencias durante el cumplimiento.

Efectuadas las verificaciones necesarias, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena, a los efectos y en los términos previstos en el artículo 49.6.^a y 7.^a del Código Penal.

Artículo 9 RD 840/2011:

Informe final.

Una vez cumplido el plan de ejecución, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas informarán de tal extremo al Juez de Vigilancia Penitenciaria y al órgano jurisdiccional competente para la ejecución, a los efectos oportunos.

Artículo 10 RD 840/2011:

Información general y particular.

1. La Administración Penitenciaria facilitará, con carácter general a las autoridades judiciales y fiscales y a los colegios de abogados, cuando así se reclamen por éstas, información relativa a esta pena, su forma de ejecución y trabajo disponible.

2. Esta información también se transmitirá a todas aquellas personas, previa solicitud de éstas, que se encuentren en situación procesal susceptible de que se les aplique esta pena, así como a sus letrados.

Artículo 11 RD 840/2011:

Seguridad Social y prevención de riesgos laborales.

1. Los penados a trabajos en beneficio de la comunidad que se encuentren cumpliéndola, únicamente estarán incluidos en la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social a efectos de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por los días de prestación efectiva de dicho trabajo, salvo que realicen el cumplimiento de esta pena mediante su participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares, en cuyo caso estarán excluidos de la citada acción protectora.

2. En las mismas condiciones previstas en el apartado anterior, estarán protegidos por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales.

La sanción a la que vamos a referirnos se establece por LO 5/2010, de 22 de junio,³⁶⁴ y tiene la consideración de pena grave³⁶⁵. Como pena principal se halla prevista para los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales³⁶⁶ y, como accesoria de la pena de prisión, en los términos dispuestos en los arts. 55³⁶⁷ y 56³⁶⁸ del CP:

Tanto cuando se aplica como principal o como accesoria, los contenidos son idénticos pues, el condenado, verá extinguida la relación tuitiva que venía ejerciendo.

La regla anterior, sin embargo, se modifica con la patria potestad tras la reforma 5/2010. A tenor del art. 46 CP, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad *priva al penado de los derechos inherentes* a la misma, pero establece más adelante que, *la pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma,*

³⁶⁴ Artículo 39.j CP:

j. La privación de la patria potestad.

³⁶⁵ Artículo 33.2 j CP:

2. Son penas graves

j. La privación de la patria potestad.

³⁶⁶ Artículo 192.3 CP:

3. El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, o bien la privación de la patria potestad.

³⁶⁷ Artículo 55 CP:

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. El Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia.

³⁶⁸ Artículo 56 CP:

1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

1º. Suspensión de empleo o cargo público.

2º. Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3º. Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código.

2. Lo previsto 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.

subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. Como pena accesoria, se puede perder el ejercicio de la patria potestad o la privación de ésta

La diferencia entre la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad y la privación de la patria potestad se halla en el hecho de que, la primera, priva únicamente de su ejercicio durante el periodo establecido en la sentencia, mientras que, la segunda, supone la extinción definitiva de la patria potestad.

Conforme a la vigente regulación, el órgano judicial, deberá resolver si existe una relación directa entre la patria potestad y el delito cometido y si basta con suspender el ejercicio del derecho o, atendiendo a las circunstancias, procede extinguirlo³⁶⁹.

En nuestro CP no existe la previsión, con carácter general que, la privación de la patria potestad, venga condicionada por los intereses del menor. Sería recomendable que, *lege ferenda*, preceptuase la modalidad (suspensión o pérdida del derecho) más apropiada y disponer que, en la fase de ejecución, la pena pueda ser modificada o suspendida.

Tampoco las penas accesorias, en nuestro ordenamiento penal, protegen convenientemente los derechos del menor, pues, hay ocasiones en que, la naturaleza del delito cometido por el titular de la patria potestad, justifica que la pérdida, independientemente de que, el menor, haya sido víctima o no de los mismos.

1.1.4 Penas patrimoniales. La multa penal.

Entre las definiciones que hemos ido mostrando, significamos la pena 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 de la persona culpable podemos hablar entonces de «penas patrimoniales», y si éstas se concretan en dinero, hablamos entonces de «penas pecuniarias».

La pena de multa, a la que se reducen las penas pecuniarias,

³⁶⁹ De todos modos, aunque la condena haya cesado la patria potestad, cumplida la misma en vía civil, el condenado puede adquirirla de nuevo, debiendo concurrir, para tal recuperación, la desaparición de los motivos que ocasionaron la pérdida y el interés del menor.

tras el comiso, que como hemos visto ha pasado a formar parte de las consecuencias accesorias como una consecuencia jurídica del delito distinta de la pena, y la caución, que ha desaparecido, es una pena pecuniaria consistente en el pago de una cantidad de dinero por parte del condenado.

1.1.4.1 La pena pecuniaria.

En efecto, podemos definir la pena pecuniaria como aquella sanción consistente en el pago de una suma de dinero que, la persona culpable de un delito, hace al Estado.

La multa, pena ampliamente extendida en el derecho comparado y en nuestra legislación, presenta una tendencia expansiva como pena principal y única. Tal es así que, el Consejo de la Unión Europea, se comprometió, mediante la Decisión Marco 2005/214/JAI, con una política de fomento de la misma mediante principios de colaboración expeditivos entre los Estados miembros, merced a los cuales se garantiza el pago efectivo de la multa que deberá percibir el Estado encargado de su ejecución³⁷⁰.

³⁷⁰ DECISIÓN MARCO 2005/214/JAI DEL CONSEJO de 24 de febrero de 2005 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias.

Artículo 1.

Definiciones: A efectos de la presente Decisión Marco, se entenderá por:

b) «sanción pecuniaria», la obligación de pagar:

i) una cantidad de dinero en virtud de una condena por una infracción, impuesta mediante una resolución,

ii) una compensación impuesta en la misma resolución en beneficio de las víctimas, siempre que la víctima no pueda ser parte civil en el procedimiento y el órgano jurisdiccional actúe en el ejercicio de su competencia penal,

iii) una cantidad de dinero en costas judiciales o gastos administrativos originados por los procedimientos que conducen a la resolución,

iv) una cantidad de dinero a un fondo público o a una organización de apoyo a las víctimas, que imponga la misma resolución.

DECISIÓN MARCO 2005/214/JAI DEL CONSEJO de 24 de febrero de 2005 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias.

Artículo 4.

Transmisión de las resoluciones y recurso a la autoridad central.

1. Podrá transmitirse una resolución, junto con un certificado con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo, a las autoridades competentes de un Estado miembro en el que la persona física o jurídica contra la que se haya dictado resolución posea propiedades, obtenga ingresos o tenga la residencia habitual o, en el caso de una persona jurídica, esté ubicada su sede.

2. El certificado, cuyo modelo figura en el anexo, deberá ir firmado por la autoridad competente del Estado de emisión, dando fe así de la exactitud de su contenido.

3. La autoridad competente del Estado de emisión transmitirá la resolución o una copia certificada de la misma, junto con el certificado, directamente a la autoridad competente del Estado de ejecución, por cualquier medio que deje constancia escrita, en condiciones que permitan al Estado de ejecución establecer su autenticidad. El original de la resolución, o la copia certificada de la misma, y el original del certificado, se enviarán al Estado de ejecución si éste lo solicita. Las

En nuestro CP, la incorporación de las personas jurídicas como factibles destinatarios de las sanciones penales, hace preveer la expansión a la que anteriormente nos referíamos de la pena de multa, ya que, muy significativamente, aparece en primer lugar dentro del catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas (art. 33.7 CP).

1.1.4.2 Consideraciones de política criminal.

Los antecedentes históricos de la multa como pena son muy remotos si bien, en nuestro ámbito jurídico, tuvo su mayor desarrollo dentro del sistema penal con el cambio del Estado moderno en Estado social.

Las alusiones que hemos descrito en el proceso transformador de la multa, muy propiciado por el legislador, denotan el aumento de las infracciones castigadas con la misma, como pena principal. Entre las motivaciones de política criminal favorables a esta pena, podemos considerar las siguientes:

- a) Admite, por su carácter divisible, fácil acomodo a las circunstancias económicas de la persona condenada.
- b) Sus efectos estigmatizantes, son escasos.
- c) No desocializa ni desarraiga al culpable de su entorno familiar, laboral y social.

autoridades competentes mencionadas mantendrán cualquier comunicación entre sí de forma directa.

4. El Estado de emisión transmitirá la resolución a un solo Estado de ejecución cada vez.

5. Si la autoridad competente del Estado de emisión no conoce la autoridad competente del Estado de ejecución, aquélla efectuará todas las investigaciones necesarias, incluso recurriendo a los puntos de contacto de la Red Judicial Europea (2) a fin de obtener información del Estado de ejecución.

6. Cuando una autoridad del Estado de ejecución que reciba una resolución no sea competente para reconocerla y adoptar las medidas necesarias para su ejecución, la transmitirá de oficio a la autoridad competente e informará de ello a la autoridad competente del Estado de emisión.

7. El Reino Unido e Irlanda, respectivamente, podrán indicar en una declaración que la resolución, junto con el certificado, deberán cursarse a través de su autoridad o autoridades centrales especificadas en la declaración. Estos Estados miembros podrán en cualquier momento, mediante una nueva declaración, limitar el ámbito de aplicación de dicha declaración con objeto de dar mayor efecto al apartado 3. Deberán hacerlo así cuando les sean aplicables las disposiciones relativas a asistencia judicial del Convenio de Aplicación de Schengen. Cualquier declaración se depositará en la Secretaría General del Consejo y se notificará a la Comisión.(2) Acción Común 98/428/JAI del Consejo, de 29 de junio de 1998, sobre la creación de una Red Judicial Europea (DO L 191 de 7.7.1998, p. 4). 22.3.2005 ES Diario Oficial de la Unión Europea L 76/17.

- d) Supone, para la Administración, una importante fuente de ingresos, contrariamente a lo que sucede con las penas privativas de libertad.
- d) En caso de actuaciones judiciales desacertadas, es una de las penas de más fácil reparación.
- f) Se consolida la multa como sustitutiva a las penas de corta duración.

Frente a las ventajas predichas existen algunas críticas, dirigidas especialmente a la resolución de las situaciones de impago de la multa y a la desigualdad de sus consecuencias, dado que, si el reemplazo del impago es el arresto personal sustitutorio, se destruye el sentido alternativo de la multa a la prisión. Por otro lado, es evidente, la pena de multa no afecta por igual a una persona acomodada que a otra sin recursos, ya que supone escasa contrariedad para aquélla y enorme aflicción para quienes menos poseen.

Respecto a los delitos económicos cometidos por las personas jurídicas, la pena de multa conseguirá su objetivo con la aplicación de una política penológica irreprochable que evite, entre otros aspectos, la percepción de dicha pena como parte de los gastos empresariales que terminan repercutiendo en los consumidores.

Como distinción de la pena de prisión, el legislador no ha previsto en relación con esta pena ninguna pauta de acumulación en los supuestos de concurso de delitos, dado que éste, necesita que, la pena, no pueda verificarse simultáneamente, motivo que no se da con las multas³⁷¹.

³⁷¹ Artículo 75 CP:

Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible.

Artículo 76 CP:

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple 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 20 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.*
- 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.*

Así pues, en el supuesto de pluralidad de penas, los tiempos y las cuantías se sumarán sin subordinarse a ningún término máximo, sin menoscabo de los límites generales de las penas y de las cuantías resultantes.

1.1.4.3 La pena pecuniaria en el Derecho español.

Como hemos venido anticipando, la única pena pecuniaria contenida en nuestro CP es la multa, la cual alcanza un destacadísimo protagonismo en el sistema punitivo español, en cuyo texto legal se prevén dos clases: el sistema de días-multa y la multa proporcional³⁷².

La consideración que de la responsabilidad penal de las personas jurídicas contempla la LO 5/2010, conlleva la regulación de la multa a esta nueva realidad jurídica de modo mixto, dado que armoniza los días-multa con la multa proporcional hasta el extremo de que, recíprocamente, se pueden sustituir.

Lo mantenido en el párrafo anterior, ocurre verdaderamente en el art. 52.4 CP³⁷³, que acoge con carácter general una de las posibilidades, en tanto que, la inversa, se dispone para los ilícitos definidos en los arts. 319.4 y 445.2³⁷⁴.

-
- 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 referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII 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.*

2. *La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo.*

³⁷² En el CP de 1995, se introduce en España el sistema de días-multa, ideado por el profesor sueco Johan C. THYREN, que fue experimentado con éxito en los países escandinavos.

³⁷³ Artículo 52.4 CP:

4. *En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:*

- a) *Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*
- b) *Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.*
- c) *Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.*

³⁷⁴ Artículo 319.4 CP:

1.1.4.4 El sistema de días-multa.

Con la introducción de esta novedad, el juzgador se debe atener a lo previsto en el art. 50 CP³⁷⁵, estableciendo como norma que se tendrá en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del condenado a la pena de multa. Del mismo modo, el Juez, podrá acordar el tiempo y la forma de pago de las cuotas.

Este cambio de la situación económica de la persona condenada implica, tanto la mejora, como el empeoramiento de sus bienes, circunstancias que producirán los aparejados efectos favorables o contrarios al reo. Con tal medida pretende, el legislador, evitar el empleo de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa, si bien la cuestión cambia cuando, la mejora de la fortuna del condenado hace aconsejable aumentar las cuotas, reforma *in peius* de cosa juzgada cuya constitucionalidad se presta al

4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 445.2 CP:

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

³⁷⁵ Artículo 50 CP:

1. La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria.

2. La pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa.

3. Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años.

4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta.

5. 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. Igualmente, fijarán 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.

6. 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.

debate³⁷⁶.

En el momento actual, la naturaleza y extensión mínima y máxima varían según que, la multa, se asocie a una persona física o jurídica. En el primero de los casos se considera pena leve si abarca de diez días a dos meses y menos grave cuando supera este plazo³⁷⁷. Empero, las penas aplicables a las personas jurídicas, todas, tienen la consideración de graves (art. 33.7 CP), y, respecto de las mismas, únicamente se menciona la extensión del límite superior, que queda fijada en los cinco años³⁷⁸.

Con el sistema de días-multa cobra importancia determinar, puntual y fielmente, la duración del mes y del año, puesto que, para designar la cuantía de la multa, la duración de la misma deberá expresarse en días, si bien, en los delitos en concreto, venga aplicada en aquellas medidas³⁷⁹.

Respecto a la asignación de una cantidad de dinero por cada día de condena, las cuantías han quedado de la siguiente manera: para las personas físicas, un mínimo de dos euros y un máximo de cuatrocientos³⁸⁰, toda vez que, cuando se impone a las personas jurídicas, la cuota diaria tendrá un mínimo de treinta y un máximo de cinco mil euros.

La forma de hacer efectivo el pago de la multa viene tipificada en el art. 50.6 del CP³⁸¹. En relación con el modo de hacerlo, del

³⁷⁶ En este sentido, la Fiscalía General del Estado, en Circular número 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del CP operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, recomendaba a los fiscales que no peticionasen tales variaciones de las cuotas, por ser contrarias a *los principios rectores de la ejecución penal*.

³⁷⁷ Artículo 33.3i) CP:

La multa de más de dos meses.

Artículo 33.4f) CP:

La multa de 10 días a dos meses.

³⁷⁸ Artículo 50.3 CP:

3. Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años.

³⁷⁹ Artículo 50.4 CP:

4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta.

³⁸⁰ En este sentido, véase la Instrucción 5/2001, de 13 de diciembre de la Fiscalía General del Estado sobre los efectos de la introducción del euro en el ámbito penal, quedando modificadas las cuantías tal y como las exponemos, tras el cambio de la peseta por el euro.

³⁸¹ Artículo 50.6 CP:

contenido del texto legal se deduce implícitamente que, sin causa justificada y sin mediar autorización judicial, el pago debe efectuarse de una vez y en cuanto la sentencia sea firme. Pero, en la actualidad, por razones, entre otras, de mayor operatividad, el pago aplazado se ha convertido en una regla y, el postergado, en una excepción.

Valórese que, el art. 50 CP, hemos de analizarlo en sintonía con el art. 51 CP, puesto que, si inicialmente el Juez no autoriza ni el aplazamiento ni la postergación del pago, siempre que se haya producido un cambio en las condiciones económicas del reo, se podrá acudir a las excepciones del art. 51 CP, por su mayor permisividad.

1.1.4.5 La multa proporcional.

La encontramos determinada en el art. 52 CP³⁸², es considerada como pena menos grave, cualquiera que fuese su cuantía, salvo la aplicable a las personas jurídicas cuya naturaleza es siempre grave³⁸³.

6. *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.*

³⁸² Artículo 52 CP:

1. *No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo.*

2. *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.*

3. *Si, después de la sentencia, empeorase la situación económica del penado, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen.*

4. *En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:*

- a) *Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*
- b) *Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.*
- c) *Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.*

³⁸³ Artículo 33.3j CP:

La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo.

Ocurre que, para determinados delitos (receptación³⁸⁴, salud pública³⁸⁵, violación de secretos³⁸⁶, cohecho³⁸⁷, tráfico de influencias³⁸⁸,

³⁸⁴ Artículo 301 CP:

1. *El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.*

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.

2. *Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.*

3. *Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.*

4. *El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.*

5. *Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.*

³⁸⁵ Artículo 368 CP:

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.

Artículo 371 CP:

1. *El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en*

contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 428 CP), falsificación de moneda³⁸⁹ y negociaciones y actividades prohibidas a los

otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.

2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 369.2.

³⁸⁶ Artículo 418 CP:

El particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años.

³⁸⁷ Artículo 419 CP:

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.

Artículo 421 CP:

Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos.

³⁸⁸ Artículo 428 CP:

El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.

Artículo 429 CP:

El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.

³⁸⁹ Artículo 386 CP:

funcionarios públicos³⁹⁰), la legislación dispone un sistema de multa fija que se determina en proporción al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado por el mismo, de manera que, la cantidad a pagar por el penado será determinada dentro de una horquilla formada desde el tanto al duplo, triplo u otro múltiplo de aquellos valores, por lo que carece de tope máximo como el previsto en los días-multa, sistema con el que tiene poco que ver.

La Ley Orgánica 5/2010, aborda la imposibilidad de calcular el correspondiente montante y añade el apartado 4 al art. 52 del CP, en el que establece los siguiente:

4. En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:

Será castigado con la pena de prisión de ocho a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda:

- 1º. El que altere la moneda o fabrique moneda falsa.*
- 2º. El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada.*
- 3º. El que transporte, expendá o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada.*

La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquella y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores. La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera moneda con el fin de ponerla en circulación.

El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expendá o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros.

Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el Juez o Tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código.

³⁹⁰ Artículo 442 CP:

La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.

- a) *Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*
- b) *Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.*
- c) *Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.*

Entre las adecuaciones que ofrece la multa proporcional podemos destacar las siguientes:

a) La consideración que el legislador ofrece en el art. 33 CP a la multa proporcional, al considerarla una pena menos grave sea cual sea su cuantía y salvo que se esté aplicando a una persona jurídica, en cuyo caso es siempre pena grave, es una decisión contraria al principio general, según el cual, la clasificación de las penas en uno de los grupos que establece el referido mandato, depende de su gravedad.

b) Los jueces y Tribunales impondrán esta pena dentro de los límites establecidos, mas, sin tener en cuenta lo pautado en el art. 66 CP, que preceptúa las circunstancias modificativas de la responsabilidad, asegurando una mayor discrecionalidad del juzgador en el momento de estimar la situación económica del culpable³⁹¹.

³⁹¹ Artículo 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^a. *Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.*
- 2^a. *Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra 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^a. *Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito.*
- 4^a. *Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.*
- 5^a. *Cuando concurra 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^a. *Cuando no concurran 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.*

c) La cuantía se determina considerando en primer lugar el daño, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, premisa general que no se ajusta en relación a algunos delitos en los que la multa proporcional se impone teniendo como referentes otros aspectos, por ejemplo, con el delito de tráfico de influencias, donde se alude al *beneficio perseguido u obtenido*, que mencionamos al principio de este subapartado.

1.1.4.6 La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (RPSIM).

En atención a la regulación contenida en el CP³⁹², esta sanción constituye una pena privativa de libertad, impuesta para el caso de impago de la multa, que se aplica al condenado que no satisface su pago, voluntariamente o por vía de apremio, y que se concreta en un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

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.*

³⁹² Artículo 53 CP:

1. *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. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código.*

2. *En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.*

También podrá el Juez o Tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad 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.

3. *Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años.*

4. *El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado.*

5. *Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma.*

Sobre lo determinado en el art. 53 CP, se establece un doble régimen para la RPSIM en función de la duplicidad de sistemas de multa vigentes: uno para el caso de impago de una multa impuesta con arreglo al principio de cuotas y otro para el impago de multa de cuantía proporcional. Las diferencias entre ambos afectan únicamente a los módulos de conversión, resultando idénticos en lo demás.

1.1.4.6.1 Generalidades de la RPSIM.

La responsabilidad personal subsidiaria en el caso de impago de la pena de multa, es una institución jurídica muy compleja, no exenta de polémica. Se trata de 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*³⁹³.

El CP la reconoce en su art. 35³⁹⁴ como una manifestación de la pena privativa de libertad, por lo que debe quedar sujeta a la totalidad de criterios y garantías propios de dicha clase de penas³⁹⁵, si bien puede no serlo debido al régimen de sustituciones. Como tal pena tendrá la consideración de menos grave o leve según la calificación de la pena de multa reconvertida³⁹⁶. Su duración se sumará, eventualmente, a la pena de prisión, cuando exista, en una *unidad de ejecución* a los efectos de ser tratada penitenciarmente como una sola pena.

La RPSIM es una cuota o magnitud punitiva inconcreta en la que queda convertida la multa impagada. Como tal, no tiene

³⁹³ Luis ROCA AGAPITO, *EL SISTEMA DE SANCIONES EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL*, op. cit., p. 292.

³⁹⁴ Artículo 35 CP:

Son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

³⁹⁵ Su ejecución deberá orientarse a la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), su regulación estará sujeta a la reserva de ley orgánica (art. 81. CE), la será abonable el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente (art. 58CP), le serán de aplicación los límites legales establecidos para el concurso real de delitos (art. 76 CP), deberá ser posible acordar la suspensión de la misma en los términos previstos en la ley (arts. 80 y ss. CP) y cabrá acordar también la libertad condicional (arts. 90 y ss. CP). Al tratarse de una pena, la condena a la RPSIM, deberá figurar en el fallo de la sentencia.

³⁹⁶ Artículo 33.5 CP:

5. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya.

forma de ejecución hasta tanto no se convierta en una pena determinada mediante unos módulos de conversión. Es pena, pues, pero, para algún autor, no es pena privativa de libertad³⁹⁷.

El impago voluntario no determina *eo ipso* la aplicación de la RPSIM, por lo que, en tal caso, deberá recurrirse a la necesaria práctica de los procedimientos de apremio o de ejecución forzosa legalmente establecidos para intentar cobrar el importe de la multa y, sólo en la caso de que fracasen tales vías, podrá estimarse realizado el supuesto de hecho determinante de la aplicación de la RPSIM.

En efecto, la incapacidad de pago, es decir, la insolvencia del penado, acreditada mediante el fracaso de la ejecución forzosa, es el elemento constitutivo del supuesto de hecho de la RPSIM y requisito imprescindible para su aplicación.

Para llevar a cabo tal supuesto de hecho, no es preciso que, la insolvencia del penado y por lo mismo el impago de la multa, sea total. También nace aquél en el caso de un pago sólo parcial. En este caso, la RPSIM deberá proporcionarse a la parte impagada de la multa con arreglo a los módulos o criterios de conversión establecidos por la ley.

Sea total o parcial el impago de la multa que haya dado lugar a la imposición de la RPSIM, parece obvio que, una solvencia sobrevenida del penado que le permita hacer frente a un pago, total o parcial, del importe de la deuda vencida de la multa, podrá y deberá dar lugar a la correspondiente modificación de la RPSIM³⁹⁸.

1.1.4.6.2 Extensión y módulos de conversión.

Al ser la consecuencia del incumplimiento de una pena heterogénea y de distinta naturaleza, su extensión estará siempre condicionada y dependerá de la parte impagada de la pena de multa que deba ser convertida a tiempo de privación de libertad de acuerdo con las reglas de conversión que establezca la ley.

³⁹⁷ Tal y como apunta Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 231.

³⁹⁸ Luis GRACIA MARTÍN y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 94 y 95.

Sin perjuicio de que se pueda preceptuar algún límite extrínseco absoluto para la RPSIM, como sucede en el caso de la derivada del impago de una multa proporcional, para lo cual el art. 53.2 CP³⁹⁹ establece el límite de un año, la extensión de aquélla no puede estar fijada en la ley de modo autónomo o independiente.

La existencia en nuestro Derecho de dos modalidades de multa penal, el de días-multa o multa por cuotas y el de multa proporcional, comporta que, nuestro CP, haya tenido que establecer también un doble régimen de conversión de la multa impagada a tiempo de privación de libertad según que sea una por cuotas o una proporcional. De este modo, cuando la multa impagada sea una por cuotas, el art. 53.1 CP establece un módulo de conversión a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

El límite máximo de la RPSIM será, en general, de un año de 360 días dado que, la extensión máxima de la multa impuesta a las personas físicas es de dos años (art. 50.3 CP) y, el art. 50.4 CP fija, para el año-multa, una duración de 360 días. No obstante, hay alguna excepción en que dicho límite máximo pueda ser rebasado, tal es el caso en el que, por aplicación de las reglas de medición de la pena, resulte una multa superior a dos años, en cuyo caso se amplía a 30 meses⁴⁰⁰.

Cuando la multa impagada sea una de 30 meses, la privación de libertad subsidiaria se cifrará en 450 días dado que, el mes de multa, según hemos visto en el art. 50.4 CP tiene una duración de 30 días. Al ser el límite mínimo de la multa por cuotas uno de cada diez días, el de RPSIM será de cinco.

³⁹⁹ Artículo 53.2 CP:

2. En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

También podrá el Juez o Tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad 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.

⁴⁰⁰ Artículo 70.3.9º. CP:

3.9º. Si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 meses.

En lo tocante a la RPSIM para el caso de una multa de cuantía proporcional, atenderemos a lo fijado en el art. 53.2 CP. El prudente arbitrio no se refiere a que, la imposición de aquella responsabilidad, sea potestativa, sino únicamente a los criterios de conversión de la multa en días de privación de libertad, que no podrán exceder, en ningún caso, de un año.

1.1.4.6.3 Prohibición de la RPSIM para condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años.

De conformidad con lo establecido en el art. 53.3 CP⁴⁰¹, la RPSIM no se impondrá a quienes sean condenados a una pena privativa de libertad superior a cinco años, preceptuación respecto a la cual existen concepciones discordantes dado que, al no determinar de modo preciso si esta previsión rige solamente respecto a los casos en que la pena privativa de libertad superior a ese extremo fuera una acumulada a la de multa por el mismo delito, o si contiene otras hipótesis, con independencia del modo en que se haya obtenido dicha suma.

Tras la reforma, se eleva el límite a partir del cual deja de operar la RPSIM: ahora, pasa a ser incompatible con la pena privativa de libertad superior a cinco años⁴⁰².

No procede imponer la RPSIM, cuando la pena privativa de libertad impuesta coincide exactamente con el límite legal atendiendo al espíritu y finalidad de la norma que, *conforme al principio de proporcionalidad, pretenden imponer determinados límites a las penas privativas de libertad, impidiendo que ésta se prolongue más allá de lo debido en función de una cuestión accesoria como es la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la multa, observamos que el legislador, en uso de su voluntad soberana, ha situado dicho límite precisamente en cuatro años, y dicha finalidad se frustraría si, a través de una interpretación literal y formal, el contexto acabase cumpliendo una pena privativa de libertad superior al límite legal de cuatro años, precisamente por la acumulación de la*

⁴⁰¹ Artículo 53.3 CP:

Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años.

⁴⁰² Conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Ministerio Fiscal debe interpretar esta cláusula *pro reo* con amplitud.

*responsabilidad subsidiaria a la pena inicialmente impuesta*⁴⁰³.

Cuando la pena privativa de libertad no alcance los cinco años, si existe responsabilidad personal subsidiaria por una pena de multa, dicha responsabilidad penal subsidiaria no podrá rebasar nunca, junto a la referida pena de prisión, los cinco años, porque, se conduciría al absurdo de ser de mejor condición el condenado a pena de cinco años y un día que el que lo fue a pena de cuatro años y once meses, sin responsabilidad personal subsidiaria aquélla y con una posible RPSIM ésta que pudiera exceder en su cómputo de los cinco años y un día, lo que vulneraría el principio de culpabilidad al resultar más sancionado de modo efectivo quien ha cometido un ilícito de inferior gravedad⁴⁰⁴.

No es transparente el sentido en que deba comprenderse la pena límite de los cinco años. La tradición jurisprudencial entendía que, la renuncia sólo procedía en los casos en que la pena privativa de libertad superior a ese límite fuera una acumulada a la de multa para el mismo delito.

Las SSTS de 19 de diciembre de 1985 y de 22 de diciembre de 1987, sin embargo, iniciaron una interpretación extensiva que dio lugar a una ampliación de los supuestos de renuncia y que se ha convertido en doctrina y en jurisprudencia absolutamente dominantes hasta el día de hoy.

De acuerdo con la expresada orientación, la renuncia procede siempre que se imponga una pena privativa de libertad superior a cinco años, como ya citamos al principio del presente subapartado, independientemente de cómo se haya alcanzado esa suma.

Así, se admite la renuncia también cuando la pena privativa de libertad de cinco años se haya impuesto por un delito distinto al penado con multa y concurrente con él, cuando la prisión superior a cinco años resulte de la suma de varias penas de prisión inferiores a dicha suma e, incluso, cuando la suma de todas las penas de prisión impuestas tampoco

⁴⁰³ STS 872/1993, de 13 de abril; SSTS 1419/2003, de 31 de octubre, 1685/2000, de 31 de octubre, 803/2000, de 16 de mayo y 1419/2003, de 31 de octubre, 886/1993, de 14 de abril, 119/1994, de 1 de febrero y 629/1996, de 26 de septiembre.

⁴⁰⁴ Vid. en este sentido, entre otras, SSTS 803/2000, de 16 de mayo; 976/2002, de 24 de mayo y 1685/2000, de 31 de octubre.

alcance dicho límite, pero sí se alcanzaría al añadirle la propia RPSIM⁴⁰⁵.

Obviamente, no se interesa RPSIM cuando se solicita una pena privativa de libertad superior al límite del artículo 53.3. En estos supuestos, si el Tribunal impone pena inferior a dicho límite, estará obligado, de oficio, a imponer la RPSIM que proceda⁴⁰⁶.

1.1.4.6.4 Ejecución y cumplimiento de la RPSIM.

Una interpretación sistemática y teleológica del artículo 53 del Código Penal, en relación con el artículo 36.1⁴⁰⁷ y con el artículo 71.2⁴⁰⁸ lleva al principio general de no imposición de penas de prisión inferiores a tres meses de duración. Por ello, en los supuestos en que la RPSIM resultante fuese inferior a tres meses y no se hubiere impuesto conjuntamente una pena de prisión superior a tres meses, salvo que se opte por la suspensión de la ejecución, habrá de ofrecerse al reo imperativamente la posibilidad de cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad. Si el reo no prestase su consentimiento, la RPSIM podrá ejecutarse como pena privativa de libertad pese a ser inferior a tres meses, quedando en este supuesto exceptuada la regla general.

En efecto, a tenor de lo establecido en el art. 53.1 CP, la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas podrá cumplirse mediante localización permanente en el caso de faltas y, según el párrafo segundo de dicho precepto, en todo caso, el Juez o el Tribunal también podrá acordar que la misma se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

⁴⁰⁵ Esta magnánima interpretación se ha consolidado en virtud del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo, Sala 2ª., de 1 de marzo de 2005 sobre cómputo de la pena privativa de libertad a los efectos de la RPSIM, conforme al cual *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.*

⁴⁰⁶ En tal sentido, la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre aplicación de la reforma del Código Penal, operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

⁴⁰⁷ Artículo 36.1 CP:

1. 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.

⁴⁰⁸ Artículo 71.2 CP:

2. No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda 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.

Con respecto a la multa proporcional, el art. 53.2 CP, establece que, el Juez o Tribunal, podrán acordar que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad, pero no mediante localización permanente. No obstante, la RPSIM puede también cumplirse mediante localización permanente, en el caso de que la multa impagada hubiera sido impuesta por el sistema de los días multa y como consecuencia de la comisión de una falta.

Los citados límites tenían sentido antes de la reforma operada por LO 5/2010, al estar prevista entonces la pena de localización permanente únicamente para las faltas (pena leve). Se explicaba así que sólo fuese posible el cumplimiento mediante localización permanente de la RPSIM cuando, ésta, tuviese también la naturaleza de pena leve, lo que no acontecía en caso de impago de una multa proporcional, al ser ésta siempre pena menos grave, como sigue en la actualidad cuando se impone a personas físicas⁴⁰⁹.

Tras la mencionada reforma, la localización permanente puede ser pena leve o menos grave, con lo que, el legislador, podía haber ampliado la funcionalidad de esta pena en el ámbito del cumplimiento de la RPSIM. El art. 53.1 CP⁴¹⁰, no establece ningún módulo expreso de conversión de la RPSIM en tiempo de localización permanente, no obstante, podemos acudir al art. 88.1, párrafo primero CP⁴¹¹, para inferir que,

⁴⁰⁹ Artículo 33.3j) CP:

3.j) *La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo.*

⁴¹⁰ Artículo 53.1 CP:

1. *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. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código.*

⁴¹¹ Artículo 88.1, 1º.CP:

1. *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 que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.*

a efectos de sustitución, un día de prisión equivale a un día de localización permanente, en atención a lo cual, el módulo de conversión es de un día de localización permanente por cada día de privación de libertad de la RPSIM.

En el art. 53.2 CP, se contempla la posibilidad de que la RPSIM sea cumplida en situación de trabajos en beneficio de la comunidad, facultad que, de una parte, supone la asunción de las indicaciones sugeridas al legislador por las SSTC 19/1988, de 16 de febrero y 230/1991, de 10 de diciembre, en el sentido de que arbitrara medios prácticos para que, el arresto sustitutorio por impago de la multa, no diera lugar necesariamente a una efectiva privación de libertad, lo cual ha recibido una acogida favorable en la doctrina⁴¹².

De acuerdo con la naturaleza de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, el cumplimiento de la RPSIM, sólo será posible con la conformidad del penado. Lo mismo ocurre para el caso de la multa proporcional, y, aunque el art. 53.2 CP no establece ningún módulo de conversión, debemos entender que será el mismo que el de la multa por cuotas.

1.1.4.6.5 Efectos del cumplimiento de la RPSIM.

Se mantiene el principio general de toda sustitución de pena que extingue la obligación de pagar la multa, aunque el reo mejore de fortuna, una vez que se ha cumplido la RPSIM, sea cual sea la pena sustitutiva empleada⁴¹³.

El carácter de la RPSIM, vinculada exclusivamente a una situación de impago, permite que el penado pueda abonar lo debido en cualquier momento, ya sea porque mejora de fortuna o porque encuentra vías de financiación, aun cuando ya se haya iniciado la ejecución de la RPSIM.

El supuesto no está contemplado en el Código, pero, MAPELLI CAFFARENA, entiende que procede restar el tiempo de cumplimiento de RPSIM y el resto convertirlo de nuevo en multa, empleando

⁴¹² En este caso, se establece como módulo de conversión el de una jornada de trabajo por un día de privación de libertad.

⁴¹³ Artículo 53.4 CP:

4. *El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado.*

las mismas reglas de conversión. En este caso se aplicarían analógicamente las reglas de revocación del art. 88.2 CP⁴¹⁴.

Sin duda alguna se trata de una causa de extinción de la responsabilidad penal, concretamente de una especificación de la causa del cumplimiento de la condena⁴¹⁵, que está de más

1.1.4.6.6 La intervención de la persona jurídica sustitutoria por impago de la multa.

Como hemos visto, la multa, por cuotas o proporcional, es una consecuencia jurídica aplicable también a las personas jurídicas, de acuerdo con lo determinado en el art. 33.7, a) del CP⁴¹⁶, desde la reforma operada en virtud de LO 5/2010, de 22 de junio.

Asimismo, el art. 53, apartado 5 CP⁴¹⁷, contiene una previsión propia para las personas jurídicas, en la que se posibilita fraccionar el pago de la multa durante un periodo de hasta cinco años, posibilidad excepcional que requiere una meditada y justificada adopción.

En efecto, dicho art. 53.5 CP, establece cómo debe procederse en caso de impago de la multa por parte de la persona jurídica, disponiendo por tanto que, ésta, incurra en una sanción distinta, la de intervención judicial, prevista expresamente para ellas en el art. 33.7, g) CP⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Artículo 88.2 CP:

2. *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. Vid. Borja MAPELLI CAFFARENA, LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO, op. cit., p. 233.*

⁴¹⁵ Artículo 130.2º. CP:

2º. *Por el cumplimiento de la condena.*

⁴¹⁶ Artículo 33.7, a) CP:

7,a) *Multa por cuotas o proporcional.*

⁴¹⁷ Artículo 53.5 CP:

5. *Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma.*

⁴¹⁸ Artículo 33.7, g) CP:

7, g) *Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

En consecuencia, si en el caso de impago de una multa por parte de una persona física es obligatorio el recurso a la RPSIM, en el caso de las personas jurídicas, el legislador, concede al Tribunal únicamente la facultad de decretar la intervención por impago de multa.

1.2 Penas graves, menos graves y leves.

Por lo, hasta ahora visto, y en estudio, de las clasificaciones doctrinales respecto a la ordenación de las penas, el mandato legal tiene un nuevo aspecto desde la LO 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

Su contenido reconoce la responsabilidad directa y autónoma de las personas jurídicas y, en dicho orden, agrega un catálogo de penas específicas para las mismas, introduciendo la pena de privación de la patria potestad y 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, cualquiera que sea su duración.

Esta clasificación de las penas tiene una raíz singularmente procesal que está en función de la atribución judicial para el conocimiento de las diversas clases de infracciones penales, las cuales se distinguen expresamente por la clase de pena (grave, menos grave o leve) con que están castigadas.

Conforme a lo establecido en el art. 33 CP, en función de su naturaleza y duración, las penas se pueden clasificar en graves, menos graves y leves. No obstante, no siempre es así, puesto que, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, sea cual sea su duración, pertenecerá al grupo que pertenezca la multa impagada de la que está

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

condicionada.

En idéntico sentido sucede con las penas accesorias, que corren la suerte de sus correspondientes penas principales y con las penas reservadas para las personas jurídicas que, con independencia de su contenido, siempre serán graves.

La clasificación tripartita se hace efectiva en el art. 33 CP, del siguiente modo:

Son penas graves:

- a) *La prisión superior a cinco años.*
- b) *La inhabilitación absoluta.*
- c) *Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.*
- d) *La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.*
- e) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.*
- f) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.*
- g) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.*
- h) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo superior a cinco años.*
- i) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo superior a cinco años.*
- j) *La privación de la patria potestad.*

Según lo preceptuado en el art. 33.7 CP, las mal llamadas⁴¹⁹ penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, con el objetivo de asegurar plazos de prescripción prolongados, son las siguientes:

- a) *Multa por cuotas o proporcional.*
- b) *Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la*

⁴¹⁹ Luis GRACIA MARTÍN y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 27.

pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

Son penas menos graves:

- a) La prisión de tres meses hasta cinco años.*
- b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años.*
- c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.*
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y*

- ciclomotores de un año y un día a ocho años.*
- e) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.*
 - f) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.*
 - g) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.*
 - h) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.*
 - i) *La multa de más de dos meses.*
 - j) *La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo.*
 - k) *Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días.*
 - l) *La localización permanente de tres meses y un día a seis meses.*
 - m) *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, cualquiera que sea su duración.*

Son penas leves:

- a) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.*
- b) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.*
- c) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.*
- d) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.*
- e) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.*
- f) *La multa de 10 días a dos meses.*
- g) *La localización permanente de un día a tres meses.*
- h) *Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.*

Conforme a lo anteriormente relacionado, son delitos graves, las infracciones castigadas con penas graves; delitos menos graves, los castigados con penas menos graves y, faltas, las infracciones castigadas con penas

leves⁴²⁰.

Cuando el marco penal de una infracción permita calificarla, bien como delito grave, bien como menos grave, se considerará, en todo caso, como grave. Idéntica solución se aplicará por analogía favorable al reo en los casos de delitos con penas alternativas que pertenecen a grupos de gravedad diferentes.

Las faltas, sólo se castigan si han sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio⁴²¹. Tampoco se hallan sujetas al régimen general fijado en los arts. 61-72 CP⁴²², sino acorde con el prudente

⁴²⁰ Artículo 13 CP:

1. *Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.*
2. *Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.*
3. *Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve.*
4. *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.*

⁴²¹ Artículo 15.2 CP:

2. *Las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio.*

⁴²² Artículo 61 CP:

Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 64 CP:

Las reglas anteriores no serán de aplicación en los casos en que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la Ley.

Artículo 65 CP:

1. *Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran.*
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 para el delito.*
3. *Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran 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.*

Artículo 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:*

- 1ª. *Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.*

-
- 2ª. 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.
- 3ª. Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito.
- 4ª. 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.
- 5ª. 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.

- 6ª. 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.

Artículo 66 bis CP:

<E:\lo10-1995.l3t5.html> \ balloon33 En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

1ª. En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

- a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.
- b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
- c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2ª. Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que la persona jurídica sea reincidente.

b) *Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.*

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) *Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5ª del primer número del artículo 66.*

b) *Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.*

Artículo 67 CP:

Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.

Artículo 68 CP:

En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o Tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código.

Artículo 69 CP:

Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga.

Artículo 70 CP:

1. La pena superior e inferior en grado a la prevista por la ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas:

1ª. 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.

2ª. La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada 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.

2. A los efectos de determinar la mitad superior o inferior de la pena o de concretar la pena inferior o superior en grado, el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o menos, según los casos.

3. Cuando, en la aplicación de la regla 1 del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

1º. Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.

arbitrio de los jueces⁴²³ y, sus plazos de prescripción, varían respecto de los delitos.

Con relación a las personas jurídicas, las penas impuestas tendrán siempre la consideración de graves y, también lo serán, los delitos a ellas concurrentes. En relación con lo dispuesto en la nueva determinación normativa, podemos establecer las siguientes diferenciaciones:

Se mantiene la responsabilidad penal de las personas físicas que actúan como administrador de hecho o de derecho o en nombre o representación de una persona jurídica, aun cuando no concurra en la misma la cualidad o relaciones que exija la correspondiente figura del delito cometido

-
- 2°. *Si fuera de inhabilitación absoluta o especial, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.*
 - 3°. *Si fuera de suspensión de empleo o cargo público, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de ocho años.*
 - 4°. *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 15 años.*
 - 5°. *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 20 años.*
 - 6°. *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 20 años.*
 - 7°. *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 20 años.*
 - 8°. *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 20 años.*
 - 9°. *Si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 meses.*

Artículo 71 CP:

1. En la determinación de la pena inferior en grado, 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.

2. No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección II del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda.

Artículo 72 CP:

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.

⁴²³ Artículo 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.

(art. 31 CP). No es necesario ni pretexto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se haya procedido contra la persona física ni que, ésta, haya sido individualizada⁴²⁴.

Las sociedades con personalidad jurídica, conforme a la legislación mercantil, en cuya sede y beneficio se haya cometido el delito, podrán ser castigadas conforme a un conjunto de penas que se incorporan al art. 33.7 CP, pero sólo serán castigadas cuando así lo establezca expresamente el Código.

Cuando el delito se comete en colaboración, en la sede o por medio de una sociedad sin personalidad jurídica (sociedades civiles⁴²⁵ y comunidades de bienes⁴²⁶) y está previsto expresamente o bien se contempla la responsabilidad de las personas jurídicas, se podrán imponer como consecuencias accesorias, pero no como penas, algunas de las sanciones recogidas entre los apartados c) y g) del art. 33.7 CP: O la prohibición definitiva de actividades.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no será de aplicación a los órganos del Estado, en sentido amplio, ni a quienes ejerzan funciones públicas, ni a partidos políticos, sindicatos u organismos internacionales en el uso de potestad o funciones públicas, ni a las sociedades mercantiles estatales.

A juicio de MAPELLI CAFFARENA, la nueva regulación es compleja y desordenada. La diferenciación entre sociedades con o sin personalidad jurídica no justifica que se hayan mantenido, junto a las nuevas

⁴²⁴ Artículo 31 bis 2 CP:

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o Tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

⁴²⁵ Artículo 1665 CC:

La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.

⁴²⁶ Artículo 392 CC:

Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece «pro indiviso» a varias personas. A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título.

penas, las consecuencias accesorias con idénticos contenidos⁴²⁷.

La actual regulación, tampoco resuelve si, las personas jurídicas, responden también en aquellos delitos en los que, el CP se remite al art. 129, por ejemplo, arts. 162 (manipulación genética)⁴²⁸, 262 (alteración del precio en concursos y subastas públicas)⁴²⁹, 294 (delitos societarios)⁴³⁰, 318 (delitos contra los derechos de los trabajadores)⁴³¹, 366 (delitos contra la salud pública)⁴³², 386 (falsificación de moneda y efectos timbrados)⁴³³ ó 520 (delitos

⁴²⁷ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 50-51.

⁴²⁸ Artículo 162 CP:

En los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

⁴²⁹ Artículo 262 CP:

1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

⁴³⁰ Artículo 294 CP:

Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses. Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

⁴³¹ Artículo 318 CP:

Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

⁴³² Artículo 366 CP:

En el caso de los artículos anteriores, se podrá imponer la medida de clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local por tiempo de hasta cinco años, y en los supuestos de extrema gravedad podrá decretarse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el artículo 129.

relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución)⁴³⁴.

Para completar la tabla penológica, conviene hacer constar que, las últimas reformas, han estado dirigidas a la reducción de nuestro catálogo de penas, el cual se ha visto acrecentado al agregarse las penas para las personas jurídicas.

Entre las nuevas configuraciones punitivas destacamos el trabajo en beneficio de la comunidad (1995), la prohibición de acudir o de residir en determinados lugares (1995) y la de aproximarse o comunicarse con determinadas personas (1999). Con la reforma de 2003, se sustituyó la pena de arresto de fin de semana por la de localización permanente. Por último, la reforma de 2010, ha recuperado la pena de pérdida de la patria potestad.

El art. 34 CP ha sido tachado de dispensable por pretender abreviar, dicho precepto, una relación de lo que puede parecer pena y no lo es, entre otras razones, porque no resulta obligatoria tal redacción si ya contamos con la dada al art. 33 CP.

En efecto, señala dicho art. 34 que no se reputarán penas ninguna de las medidas cautelares susceptibles de imponer en un proceso penal;

⁴³³ Artículo 386 CP:

Será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda:

1º. El que altere la moneda o fabrique moneda falsa.

2º. El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada.

3º. El que transporte, expendo o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada.

La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquélla y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores. La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera moneda con el fin de ponerla en circulación.

El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expendo o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros.

Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el Juez o Tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código.

⁴³⁴ Artículo 520 CP:

Los Jueces o Tribunales, en los supuestos previstos en el artículo 515, acordarán la disolución de la asociación ilícita y, en su caso, cualquier otra de LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO accesorias del artículo 129 de este Código.

tampoco las multas o correcciones dispuestas por la legislación administrativa, ni, las privaciones de derechos y sanciones reparatoras que establezcan las leyes civiles o administrativas.

1.3 Penas principales y penas accesorias.

Nuestro CP no contiene la definición de pena principal, pero debemos entender como tal toda pena establecida en la parte especial del CP (Libros II y III) unida a una infracción penal, salvo que, expresamente, se le declare carácter accesorio.

Según la independencia o condicionalidad de su imposición, las penas pueden ser principales o accesorias. En efecto, las penas principales son aquellas que el tipo penal dispone expresamente para su imposición por la comisión de un hecho que merece castigo y pueden, por eso, ser aplicadas por sí solas.

Al hablar de penas accesorias nos referimos a las que, únicamente, pueden ser impuestas junto a la pena principal. Acompañan a otras penas y, su duración depende de éstas. De ahí que, el art. 33.6 CP:, llama la atención sobre que, las penas accesorias, tendrán la duración que, respectivamente, tenga la pena principal salvo excepciones concretas previstas expresamente en la ley.

Desde la perspectiva del art. 79 CP, la aplicación de las penas accesorias no puede considerarse automática, lo que acarrea que, si el Juez o Tribunal, han omitido su imposición en la sentencia, aquéllas no podrán ejecutarse. Y es así, en virtud de la garantía jurisdiccional de las penas, de acuerdo con la cual, éstas, sólo pueden ejecutarse en virtud de sentencia judicial firme⁴³⁵, lo cual alcanza, sin ningún género de dudas, a las penas accesorias.

El CP contempla las penas accesorias que pertenecen a las penas principales, en la sección quinta del Capítulo Primero del Título III del Libro Primero, con carácter general, establecidas en su art. 54⁴³⁶. Algunas de las penas privativas de derechos que se recogen en el catálogo general de penas

⁴³⁵ Artículo 3.1 CP:

1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.

⁴³⁶ Artículo 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.

del art. 33 CP:, pueden imponerse como principales y como accesorias. Acontece el primero de los casos, cuando el Código, las señala expresamente para determinados delitos y, lo segundo, cuando, sin imponerlas especialmente, declara en preceptos generales, en concreto en los artículos 54 y siguientes que, determinadas penas, van acompañadas de otras (art. 55 CP).

1.4 Penas únicas, cumulativas y alternativas.

La pena abstracta que corresponde al delito consumado realizado por el autor viene establecida en el mandato legal de la Parte Especial del CP, y, para GRACIA MARTÍN, presenta diversas modalidades⁴³⁷:

Designamos como *penas únicas*, las consistentes en una única pena de determinada naturaleza. En efecto, es pena única la establecida para el delito de homicidio en el art. 138 CP⁴³⁸.

Aplicamos la denominación de *penas cumulativas*, a las compuestas por la unión de dos o más penas de distinta naturaleza que deben aplicarse conjuntamente. En semejantes sucesos no debemos hablar de una pluralidad de penas dado que, lo existente, es una pena compuesta, a modo de lo tipificado en el art. 276 del CP para los delitos contra la propiedad industrial que revistan especial gravedad.

Podemos considerar *penas alternativas* a las de distinta naturaleza que, el legislador, establece para un delito con el fin de que el Juez pueda optar, en el asunto concreto, por una sola de ellas con exclusión de la otra. Como paradigma de lo expresado invocamos el contenido del art. 294 CP para el delito de obstruccionismo a la inspección o supervisión de sociedades que actúen en mercados sujetos a dichos reconocimientos (art. 294 CP).

En ocasiones, una pena *compuesta*, puede resultar de la acumulación de una pena alternativa a otra pena determinada. Tal es el caso de la establecida para el delito del funcionario que haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos a sabiendas de su injusticia⁴³⁹.

⁴³⁷ Luis GRACIA MARTÍN y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 29 y 30.

⁴³⁸ Artículo 138 CP:

El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.

⁴³⁹ Artículo 322.1 CP:

La condición de penas únicas, cumulativas y alternativas pueden poseerla tanto las penas originarias, como las sustitutivas, que estudiaremos a continuación. De esta manera, en cuanto a estas últimas, el art. 53.1 CP, fija la localización permanente como única pena (o forma de cumplimiento) sustitutiva de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa impuesta por una falta; el art. 88 CP, resuelve a la multa o a los trabajos en beneficio de la comunidad como penas sustitutivas de la prisión con carácter alternativo, y, este último artículo, en su párrafo segundo, establece la multa y trabajos en beneficio de la comunidad como penas sustitutivas cumulativas de la prisión que no exceda de dos años, acumulación que, a su vez, se fija como alternativa a una pena sustitutiva única de multa.

1.5 Penas originarias y penas sustitutivas.

Llamaremos penas *originarias* a aquellas que establece el legislador como pena típica para un delito determinado, y, penas *sustitutivas*, a las de naturaleza distinta que, bajo determinadas condiciones, pueden reemplazar (sustituir) el cumplimiento de la pena originaria que debe imponerse en la sentencia condenatoria.

No deben confundirse las penas *sustitutivas* con las penas alternativas. Estas últimas son penas *originarias* por cuya aplicación, el Juez o el Tribunal, puede optar desde el primer momento y directamente. En el caso de las penas sustitutivas, deberán imponer la pena *originaria* establecida para el delito por el precepto legal correspondiente y, sólo después, podrán tomar la decisión de aplicar la pena *sustitutiva* en lugar de la *originaria*, mediante la conversión de ésta en aquélla, con arreglo a los módulos establecidos por la ley.

En el caso de las penas alternativas *originarias*, puede suceder que, una de ellas, esté contemplada por la ley como una que, además de ser utilizada con función de pena *originaria*, pueda serlo también con función de pena *sustitutiva*, y que pueda serlo precisamente con respecto a la otra pena alternativa.

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 404 CP:

A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

CAPÍTULO V.

CONCEPTO, TEORÍAS Y FINES DE LA PENA. EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (III).

1. La Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), puerta de entrada al futuro.

El proceso histórico de reordenación de la capacidad punitiva visto en los capítulos precedentes del presente trabajo, tiene su plasmación jurídica en la LO 1/1979, de 26 de septiembre, la cual en su artículo 1, establece⁴⁴⁰, siguiendo lo dispuesto en el art. 25.2 de la CE, que las Instituciones penitenciarias tienen «como finalidad primordial la reeducación y la reinserción social». En virtud del mandato Constitucional, dicha Ley, confecciona un sistema penitenciario adaptable, progresivo y humanitario, con un tratamiento individualizado basado en las ciencias de la conducta, escrupulosa observancia al principio de legalidad y definición de las líneas maestras de nuestro Derecho penitenciario.

La LOGP surge en un momento apasionante desde el punto de vista político, difícil socialmente y desolador a la vista de la realidad carcelaria. Entre 1978 y 1979 ninguna prisión escapó a la ola de incendios y motines que se sucedieron de forma organizada y agitada. Siendo Ministro de Justicia Landelino LAVILLA y tras el asesinato del Director General de instituciones Penitenciarias Jesús HADDAD, el profesor de la facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca Carlos GARCÍA VALDÉS, discípulo de Enrique GIMBERNAT ORDEIG, recibe el encargo de reformar todo el sistema penitenciario español. El nuevo responsable de prisiones se rodea de colaboradores tan prestigiosos como Francisco BUENO ARÚS, Enrique RUIZ VADILLO, Jesús ALARCÓN BRAVO y Ricardo ZAPATERO SAGRADO⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Artículo 1 LOGP:

Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.

⁴⁴¹ Antonio ANDRÉS LASO, *VEINTICINCO AÑOS DE LA APROBACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/1979, GENERAL PENITENCIARIA*, Revista Jurídica de Castilla y León, número 5, enero 2005, pp. 98 y ss.

Desde la promulgación de la LOGP, muchos penitenciarios, penalistas y entendidos, la han alabado como ejemplo de política criminal progresista. Sin embargo, quienes la redactaron y ratificaron no podían prever el giro que daría la situación de nuestro país en relación, entre otros aspectos, con los flujos migratorios a nivel mundial: de una nación emisora de migrantes, España, pasaría a ser un país eminentemente receptor en tan sólo unos años. En esos años, la población penitenciaria española pasaría de ser eminentemente nacional a estar compuesta, en más de un 30%, por ciudadanos extranjeros procedentes, en su mayor parte, de Marruecos, Colombia, Rumanía, Argelia y Ecuador.

En efecto, la LOGP, que debía desarrollar la orientación resocializadora que el art. 25.2 de la CE estableció para las penas privativas de libertad, fue el primer conjunto de disposiciones que inauguró en España la reforma penitenciaria del entonces recién estrenado Estado democrático. La misma sería complementada, algunos años más tarde, con otras disposiciones normativas (leyes sustantivas y procesales, reglamentos del Poder Ejecutivo de sucesivos Gobiernos y circulares de la Administración Penitenciaria).

Todas estas regulaciones marcan el rumbo por el cual ha ido discurriendo la *opción reformista* (y así se califica pues pudo haber “otra” opción distinta a la escogida) que en el ámbito carcelario ocupó más de veinte años. A todas esas disposiciones se hace referencia en este trabajo de modo tal que, el mismo, pueda ilustrar acerca, no sólo del origen de aquella opción, sino también de su posterior desarrollo. Se trata de ver, en síntesis, cuáles han sido los resultados arrojados por una posición como la indicada⁴⁴².

La Constitución estableció una serie de principios que habrían de orientar la conformación y funcionamiento del sistema de justicia penal del nuevo Estado: los de legalidad y de proporcionalidad de las penas, la abolición de la pena de muerte y la tortura, la finalidad resocializadora atribuida a las penas privativas de libertad y la consagración de un amplio catálogo de derechos fundamentales y garantías procesales para todos los ciudadanos (susceptibles de ser especialmente protegidos por el Tribunal Constitucional mediante el entonces novedoso recurso de amparo), constituyen algunos ejemplos de la incorporación en España de los más modernos preámbulos de actuación de un sistema penal propio de aquella forma de Estado.

⁴⁴² Vid. Iñaki RIVERA BEIRAS, *LA CÁRCEL Y EL SISTEMA PENAL (EN ESPAÑA Y EN EUROPA)*, Observatorio del sistema Penal y de los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, www.pensamientopenal.com.ar/reforma 03.doc.

Con semejantes bases inspiradoras, desde comienzos de 1978, se pondría en marcha la operación de reforma penitenciaria que culminaría al año siguiente con la aprobación de la LOGP que impulsó, fundamentalmente, el entonces Director General de Instituciones Penitenciarias, Carlos GARCÍA VALDÉS.

Es sabido que, pese a las importantes novedades incorporadas por la Constitución de 1978, los fundamentos sobre los cuales se asentaba el sistema penal español estaban constituidos por una legislación heredada de épocas pasadas.

Como hemos visto en los capítulos II y actual del presente trabajo, las normas penales, tanto las de carácter sustantivo cuanto las procesales, reflejaban una política criminal orientada por criterios predemocráticos que reclamaban una profunda reforma adaptada a los nuevos tiempos. Algunas medidas tomadas, parecieron encaminarse hacia la esperada transformación: la desaparición del Tribunal de Orden Público y la inicial reforma procesal-penal (en lo referente a la prisión preventiva)⁴⁴³, junto a otras, supusieron decisiones esperanzadoras en aquel camino.

Pero todas estas proclamaciones, seguimos al profesor MORILLAS CUEVA, carecen de sentido si no tienen una aplicación real y efectiva y si no cuentan con los mecanismos de control adecuados que detecten y sancionen su inaplicabilidad u omisión. En esta línea, la más directa actuación sobre la sumisión a la legalidad de la actividad penitenciaria, la tiene el Juez de Vigilancia, introducido en la legislación española por la propia LOGP, que, a través de la doble misión de encargado de la ejecución de las penas y vigilante del funcionamiento de las instituciones penitenciarias como garantía de que se respeten los derechos de los internos, realiza el principio de judicialización en el ámbito penitenciario⁴⁴⁴.

⁴⁴³ La reforma de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regulaban la duración de aquella institución, comportó la recuperación de la libertad de muchas personas que estaban encarceladas durante prolongados períodos de tiempo, en espera de ser juzgadas.

⁴⁴⁴ Vid. Lorenzo MORILLAS CUEVA, *ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL RÉGIMEN PENITENCIARIO*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 2 extraordinario, Octubre 1989. II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras, p. 80.

1.1 Aplicación de la norma penitenciaria: Principio de legalidad y plena judicialización del cumplimiento de la pena de prisión.

Al Poder Judicial corresponde juzgar, pero también hacer ejecutar lo juzgado, según la Constitución⁴⁴⁵. El Juez de Vigilancia en España se creó con la LOGP, no existían antecedentes en nuestra Historia. Sin embargo, algunas legislaciones penitenciarias comparadas habían incorporado una autoridad judicial de ejecución. Existía igualmente un amplio consenso a favor de su introducción entre los más enjundiosos autores españoles así como práctica unanimidad en la doctrina contemporánea, cuyos postulados se reconocieron de forma acertada en 1978.

El tiempo ha impuesto su razón, y en la actualidad se puede considerar que el cumplimiento de los fines y funciones previstas para esta trascendental Institución⁴⁴⁶ ha conseguido relegar la triste consideración de que la justicia se detiene ante la puerta de las prisiones. Ningún ámbito de la Administración pública está sometido a control tan intenso de sus actuaciones como la penitenciaria, por lo que difícilmente pueden concebirse situaciones intolerables en un Estado de Derecho.

El desarrollo de la Ciencia Penitenciaria y el esfuerzo y sabiduría de sus titulares ha ido elaborando una sólida doctrina emanada de las resoluciones procedentes de Juzgados de Vigilancia, Audiencias provinciales y Tribunal Constitucional⁴⁴⁷ que han enriquecido y humanizado este sector del ordenamiento jurídico secularmente relegado al olvido.

Sin embargo, el legislador, no ha dotado suficientemente a los

⁴⁴⁵ Artículo 117.3 CE:

El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

⁴⁴⁶ La Institución se regula en el Título V de la Ley, aproximándonos a un modelo de Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, aunque permanecen otras cuestiones de ejecución de penas en la competencia de los Tribunales sentenciadores. Sin embargo, la Ley Orgánica 15/2003, modifica determinados preceptos del Código Penal aumentando de forma importante las funciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria al margen de los límites estrictamente penitenciarios (p.e.: abono de preventiva en causa distinta).

⁴⁴⁷ Vid. Francisco RACIONERO CARMONA, *Derecho Penitenciario y Privación de libertad*, Dykinson, S.L., Madrid, 1999, pássim.

operadores penitenciarios del necesario procedimiento en la materia, norma positiva largamente demandada que permita superar las limitaciones de la reiteradamente modificada Disposición adicional 5.^a de la LOPJ que aporte, de un lado, seguridad jurídica a la relación que mantiene el interno con la Administración y unifique los criterios de todos los Juzgados de Vigilancia más allá de los acuerdos que, periódicamente, estos adoptan mediante resoluciones voluntariosas y sólidamente elaboradas pero carentes de la fuerza vinculante y publicidad que proporciona toda norma jurídica⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial:

Disposición Adicional Quinta:

1. *El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria.*
2. *Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el Tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado. En el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o Tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o Tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.*
3. *Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.*
4. *El recurso de queja a que se refieren los apartados anteriores sólo podrá interponerse contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación.*
5. *Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión. Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente.*
6. *Cuando quien haya dictado la resolución recurrida sea un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, tanto en materia de ejecución de penas como de régimen penitenciario y demás materias, la competencia para conocer del recurso de apelación y queja, siempre que no se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.*
6. *Contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación, cabrá recurso de casación por infracción de ley ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*
7. *Contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al*

Este ámbito supone un aspecto sustancial del debe en el balance de la ejecución penal que debe ser corregido mediante la promulgación de la norma procedimental que acompañe a la sustantiva.

El principio de legalidad en el cumplimiento de las penas se reconoce expresamente en el art. 2 del texto⁴⁴⁹ y garantiza que los internos gocen de todos los derechos fundamentales del capítulo segundo de la Constitución a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria (art. 25.2 de la CE). Tal origen trasciende e inspira toda la intervención administrativa, sirviendo como ejemplo de ello el régimen sancionador que configura el vigente Reglamento orientado según las disposiciones del Título X de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

1.2 El reconocimiento a la situación jurídica de los internos frente a la intromisión de la Administración: recreo de la realidad.

1.2.1 Resocialización y reinserción.

El Título preliminar de la LOGP y el contenido de su articulado consagra una serie de derechos básicos intangibles (art. 1 LOGP). Igualmente, el CP de 1995, dotó de protección, incluso en tipos especiales propios, dichos derechos. Cada grado penitenciario se correlaciona con uno de los tres regímenes establecidos, siendo el más restrictivo de ellos (régimen cerrado) una auténtica excepción. Cada régimen se integra por un conjunto complejo de posibilidades o limitaciones pero existe un substrato único de derechos objetivos de los que, en ningún supuesto, el interno será privado.

resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada.

8. El recurso de apelación a que se refiere esta disposición se tramitará conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado. Estarán legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional. En el recurso de apelación será necesaria la defensa de letrado y, si no se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido. En todo caso, debe quedar garantizado siempre el derecho a la defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales.

9. En aquellas Audiencias donde haya más de una sección, mediante las normas de reparto, se atribuirá el conocimiento de los recursos que les correspondan según esta disposición, con carácter exclusivo, a una o dos secciones.

⁴⁴⁹ Artículo 2 LOGP:

La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales.

Como hemos venido reiterando en el presente trabajo, la Norma suprema acoge la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y la reinserción social de forma terminante, única consideración compatible con la concepción de España como Estado Social y Democrático de Derecho. Ello implica que, de todos los fines que cumple la pena y que tradicionalmente se han considerado, es la prevención especial el que se alza prima y, dentro del amplio abanico que integra este fin, el de reintegrar en el seno social al excluido de forma temporal dotado de recursos para reorientar su existencia vital al margen de la reincidencia delictiva.

Por lo tanto la pena de prisión debe cumplir su finalidad más útil, inteligente, humana y civilizada de las posibles aunque, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, no están excluidas otras nociones que esta misma conlleva. Así, la condena es castigo, retribución, compensación a la víctima por el mal causado. Se castiga porque se ha observado un grave comportamiento antisocial. También la pena es simultáneamente reafirmación de la norma mediante su imposición, restauración de la confianza del grupo en la ley como forma de resolver los conflictos. Es prevención general.

Así, la condena es castigo, retribución, compensación a la víctima por el mal causado. Se castiga porque se ha observado un grave comportamiento antisocial. También la pena es simultáneamente reafirmación de la norma mediante su imposición, restauración de la confianza del grupo en la ley como forma de resolver los conflictos. Es prevención general. Se castiga para que no se vuelva a delinquir.

Sobre la necesidad del castigo es preciso considerar las modernas teorías neo-retribucionistas que están alcanzando gran predicamento en un sector importante de estudiosos y que, con mayor o menor amplitud, se traslucen en las reformas legislativas llevadas a cabo que han modificado la realidad carcelaria.

A través del tratamiento se busca conseguir que el delincuente, en numerosas ocasiones excluido o fracasado socialmente, reoriente su devenir vital al margen del delito y ello se hace, paradójicamente, apartándole del medio al que va a retornar, introduciéndole en una institución cerrada con todos los efectos perniciosos que ello conlleva, haciendo

abstracción de fracasos previos de todos los sistemas de control social, sin considerar las estructuras injustas que en numerosas ocasiones ha padecido y considerando que dicha labor es exclusiva de la Institución Penitenciaria.

Los instrumentos de los que el concepto tratamiento, corregido o ampliado por el de intervención, se vale actualmente pueden resumirse en educación; formación profesional; trabajo productivo; programas específicos de intervención; actividades ocupacionales; actividades deportivas; prestaciones personales de mantenimiento;...

1.2.2 Relaciones con el exterior.

Curiosamente fue en el Título del Régimen penitenciario y no en el del Tratamiento donde el legislador ubicó el fundamental Capítulo de los permisos de salida, manteniendo dicha sistemática el Reglamento vigente.

Ello no debe hacernos olvidar los aspectos ontológicos de las salidas temporales de los internos de los recintos carcelarios, con los medios de control que fuesen precisos, en momentos trascendentales de las personas en su ámbito familiar (permisos extraordinarios), auténtico derecho objetivo solamente denegable en situaciones excepcionales o aquellas otras excarcelaciones temporales (permisos ordinarios) que de forma regular pueden disfrutar tras cumplir una cuarta parte de la condena, siempre que no existan otros factores que desaconsejen su concesión.

Si el interno no es un miembro aislado de la sociedad, si la finalidad de la pena es mantenerle en su dinámica como un miembro activo y participativo⁴⁵⁰, el permiso de salida, ordinario y extraordinario, es un instrumento básico para tal objetivo. No se trata de una rebaja de la condena de treinta y seis o cuarenta y ocho días al año, según el grado de clasificación en que se encuentre, sino un instrumento de tratamiento básico.

Valiosa doctrina emanada del Tribunal Constitucional recoge los beneficios que esta institución aúna, todas ellas de elevado contenido resocializador. Por lo tanto, de su inteligente manejo depende su aceptación social (tal vez no sea ahora el momento de analizar fracasos clamorosos que desembocaron en la comisión de terribles delitos

⁴⁵⁰ Conforme a la noción que conforma el Artículo 9.2 CE y que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

protagonizados por internos que disfrutaban de estas salidas temporales, que conmocionaron a la opinión pública y que suscitaron duras críticas a su existencia y movimientos para el endurecimiento de las condiciones para su concesión, y que desgraciadamente en cualquier momento pueden repetirse).

Ponderando con serenidad y rigor los índices de quebrantamiento de condena o de comisión de nuevos delitos que en la actualidad evidencian las estadísticas, consideramos que el prudente hacer de los profesionales, tanto de la Administración como de la Judicatura, permite cumplir este instrumento para la reintegración con unas tasas de fracaso razonablemente asumibles.

Junto a los permisos, Instrucciones internas de la Administración y el Reglamento de 1996 dieron forma a las salidas programadas o terapéuticas⁴⁵¹, medio muy interesante de interacción entre profesionales penitenciarios e internos que permiten un conocimiento mutuo en un entorno social normalizado y que están rindiendo unos resultados sumamente enriquecedores.

Igual valoración merecen las medidas introducidas por el art. 117 del Reglamento⁴⁵², que configura la posibilidad de implementar

⁴⁵¹ Artículo 114 R.D. 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario: *Salidas programadas*.

1. *Para la realización de actividades específicas de tratamiento podrán organizarse salidas programadas destinadas a aquellos internos que ofrezcan garantías de hacer un uso correcto y adecuado de las mismas.*

2. *En todo caso, los internos serán acompañados por personal del Centro penitenciario o de otras instituciones o por voluntarios que habitualmente realicen actividades relacionadas con el tratamiento penitenciario de los reclusos.*

3. *Los requisitos necesarios para la concesión de salidas programadas serán los establecidos para los permisos ordinarios de salida en el artículo 154 de este Reglamento.*

4. *Las salidas programadas serán propuestas por la Junta de Tratamiento, que solicitará la aprobación del Centro Directivo y la posterior autorización del Juez de Vigilancia en aquellos supuestos en que la salida, por su duración y por el grado de clasificación del interno, sea competencia de este órgano judicial.*

5. *Como regla general, la duración de las salidas programadas no será superior a dos días y, en ningún caso, se computarán dentro de los límites establecidos para los permisos ordinarios en el artículo 154.*

6. *En las salidas programadas se adoptarán en cada caso las medidas oportunas referentes a la forma y medio de traslado, así como las medidas de seguridad correspondientes.*

⁴⁵² Vid. Artículo 117 del RP:

Medidas regimentales para la ejecución de programas especializados para penados clasificados en segundo grado.

medidas regimentales para la ejecución de programas especializados para penados clasificados en segundo grado que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, posibilitando salidas diarias del Centro no superiores a ocho horas de duración.

Además de las salidas, la ley reconoció la posibilidad amplia de visitar a los presos más allá de los vetustos locutorios de las cárceles. Como un derecho tanto del interno como de familiares y allegados, independientemente de la situación procesal, penal y del régimen al que esté sometido aquel, además de como recompensa o incentivo, los reclusos pueden mantener comunicaciones familiares, íntimas y de convivencia en locales y espacios convenientemente adecuados.

De igual manera, los internos reciben visitas de todo tipo de profesionales, mantienen contactos telefónicos y epistolares de forma inviolable (salvo excepcionales ocasiones y con control o autorización judicial⁴⁵³) y acceden a los medios de comunicación sin restricción alguna.

1. Los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, podrán acudir regularmente a una institución exterior para la realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que éste sea necesario para su tratamiento y reinserción social.

2. Esta medida requerirá haber sido planificada con el interno por la Junta de Tratamiento y estará condicionada a que aquél preste su consentimiento y se comprometa formalmente a observar el régimen de vida propio de la institución y las medidas de seguimiento y control que se establezcan en el programa, que no podrán consistir en control personal por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

3. La duración de cada salida diaria no excederá de ocho horas, y el programa del que forme parte requerirá la autorización del Juez de Vigilancia. Si el programa exigiera salidas puntuales o irregulares, la autorización corresponderá al Centro Directivo.

4. La Junta de Tratamiento realizará la coordinación necesaria con la institución para el seguimiento del programa.

5. La participación en el programa podrá ser revocada por decisión voluntaria del interno, por el incumplimiento de las condiciones establecidas o por circunstancias sobrevenidas que justifiquen esta decisión.

⁴⁵³ Artículo 51 LOGP:

1. Los internos autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial. Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

2. Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, se celebrarán

Esto también es reinserción o, si se prefiere y de forma simultánea, evita la desocialización y atempera los indudables efectos perniciosos que la reclusión produce.

1.2.3 Consideraciones sobre la dignidad de la persona privada de libertad.

Podemos afirmar que, el interno, es portador de un conjunto amplio de derechos convenientemente protegidos, por lo que el respeto a su dignidad está garantizado. En este ámbito, España es un Estado de Derecho.

Igualmente, la legislación es especialmente exigente con el trabajador en la Institución penitenciaria, como no podía ser de otra forma, prestando servicio en la misma un colectivo bien preparado y comprometido con los pilares democráticos, pese a los duros momentos en los que han tenido que desarrollar su actividad (desde violentos motines a atentados terroristas contra sus miembros), lo que les hace acreedores de un reconocimiento social que tal vez no se ha producido en la intensidad merecida, cuya justificación se halla en el desconocimiento general de su valiosísima aportación al servicio público.

En tal entorno de respeto a la dignidad del preso, y no en el aspecto más técnico del principio de legalidad que lo inspira, queremos ubicar una pequeña reflexión sobre el régimen sancionador aplicable. Que el mantenimiento del orden dentro de los muros es fundamento de cualquier otra intervención es evidente, y así lo reconoce la propia legislación⁴⁵⁴. Que el desarrollo de la norma en todos sus ámbitos aporta la ansiada tranquilidad en los penales es también una afirmación igualmente válida.

Por ello, podemos aseverar que el incidente es la excepción y la normalidad es la rutina, sin negar la existencia puntual de situaciones de incumplimiento normativo que deben ser convenientemente corregidas

en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

3. En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los asistentes sociales y con sacerdotes o ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente. Estas comunicaciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente.

4. Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el Reglamento.

5. Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente.

⁴⁵⁴ Al régimen disciplinario dedica el Título II su Capítulo IV.

reproduciéndose, a escala, los fines propios de toda pena.

La imposición de sanciones administrativas está regida por los mismos principios establecidos en el proceso penal y, lo que consideramos trascendental, las sanciones a imponer son totalmente razonables y soportables por sus destinatarios⁴⁵⁵. En esto, como en muchos otros aspectos, la Ley española es ejemplo de medida y proporción, tomando siempre como referencia el respeto a quien sufre la privación de libertad.

Especial consideración merece el trato que los llamados medios coercitivos tienen en la legislación. La Ley prohibió las armas de fuego en las prisiones. No hacen falta o, mejor dicho, sobran. Acertadamente, el Reglamento de 1996 ha desvinculado los medios coercitivos del régimen sancionador. El funcionario puede utilizar legítimamente la fuerza en los supuestos contemplados en el art. 45 de la LOGP⁴⁵⁶, y los medios a utilizar son los reglamentariamente establecidos⁴⁵⁷, posibilitándose así la salvaguarda de la

⁴⁵⁵ El catálogo de sanciones se encuentra en el Artículo 42.2 de la LOGP. Las conductas típicas se definen en los Artículos 108, 109 y 110 del Reglamento Penitenciario de 1981, aprobado por RD 1201/1981, de 8 de mayo tras modificación producida por RD 787/1984, de 28 de marzo.

⁴⁵⁶ Artículo 45 LOGP:

1. Solo podrán utilizarse, con autorización del director, aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente en los casos siguientes:

- a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos.*
- b) Para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas.*
- c) Para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.*

2. Cuando, ante la urgencia de la situación, se tuviere que hacer uso de tales medios se comunicará inmediatamente al director, el cual lo pondrá en conocimiento del Juez de vigilancia.

3. El uso de las medidas coercitivas estará dirigido exclusivamente al restablecimiento de la normalidad y solo subsistirá el tiempo estrictamente necesario.

4. En el desempeño de sus funciones de vigilancia los funcionarios de instituciones penitenciarias no podrán utilizar armas de fuego.

⁴⁵⁷ Artículo 72 RP:

Medios coercitivos.

1. Son medios coercitivos, a los efectos del artículo 45.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas. Su uso será proporcional al fin pretendido, nunca supondrá una sanción encubierta, y sólo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario.

2. No podrán ser aplicados los expresados medios coercitivos a las internas mencionadas en el artículo 254.3 del presente Reglamento ni a los enfermos convalecientes de enfermedad grave, salvo en los casos en los que de la actuación de aquéllos pudiera derivarse un inminente peligro para su integridad o para la de otras personas. Cuando se aplique la medida de aislamiento provisional el interno será visitado diariamente por el Médico.

integridad del funcionario, de los internos o de la propia Institución y cuyo proporcionado uso se desvincula de la represión de conductas transgresoras.

No obstante, semejante labor de garante, con ser importante y significar un verdadero avance para la seguridad jurídico-penitenciaria puede ser insuficiente si, al control externo, alejado la mayoría de las veces de la cotidianidad de la prisión, en la que se desarrollan los problemas más trascendentales de los internos, no se le añaden los mecanismos interiores suficientes para que sea la propia Administración penitenciaria, con independencia del control jurisdiccional del Juez de Vigilancia, la que propicie actuaciones garantizadoras de los derechos e intereses jurídicos de los presos⁴⁵⁸.

2. Las reformas penitenciarias: la rotura de los sueños.

En España, el escepticismo hacia la pena de prisión, sólo fue capaz de superar el ámbito teórico o académico cuando se iniciaron los trabajos de elaboración de un nuevo CP, pero, aunque tarde, el CP de 1995 constituyó una aportación significativa en ese sentido.

Junto a la trascendente decisión de eliminar las penas de prisión inferiores a los seis meses, y la búsqueda de la efectividad en la penas pecuniarias mediante la adopción del sistema de días-multa, se integraron en el sistema de penas nuevas sanciones como la de trabajo en beneficio de la comunidad o los arrestos de fin de semana, suprimidos por LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, directamente encaminados a eludir desde un principio, o mediante su papel como sustitutivos, a una pena de prisión cuestionada.

3. La utilización de los medios coercitivos será previamente autorizada por el Director, salvo que razones de urgencia no lo permitan, en cuyo caso se pondrá en su conocimiento inmediatamente. El Director comunicará inmediatamente al Juez de Vigilancia la adopción y cese de los medios coercitivos, con expresión detallada de los hechos que hubieran dado lugar a dicha utilización y de las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento.

4. Los medios materiales coercitivos serán depositados en aquel lugar o lugares que el Director entienda idóneos, y su cuantía y estado se reflejará en libro oficial.

5. En los casos de graves alteraciones del orden con peligro inminente para las personas o para las instalaciones, el Director con carácter provisional podrá recabar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad de guardia en el Establecimiento, quienes en caso de tener que utilizar las armas de fuego lo harán por los mismos motivos y con las mismas limitaciones que establece la legislación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

⁴⁵⁸ Como esclarece Lorenzo MORILLAS CUEVA, *ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL RÉGIMEN PENITENCIARIO*, op. cit., p. 81.

No se olvidó tampoco de potenciar la institución de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, ni de flexibilizar el régimen penitenciario, en especial en lo relativo a la obtención del tercer grado o la libertad condicional⁴⁵⁹.

2.1 El Código Penal de 1995.

En 1995, los reclamos por la superación del anterior CP eran unánimes. Así, fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el CP, el día 8 de noviembre de 1995, aunque no entraría en vigor hasta el 24 de mayo del año siguiente, como LO 10/1995, de 23 de noviembre⁴⁶⁰.

Las discusiones parlamentarias estuvieron marcadas por un duro debate entre los grupos parlamentarios que estaban a favor del proyecto oficial y el único partido que se negó a votar a favor del mismo (Partido Popular). Esa dura confrontación, para cuanto ahora interesa aquí, estuvo escenificada por un tema emblemático: el denominado “*cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad*”. Ahora bien, es importante recordar hoy, cuando ya han pasado algunos años de aquel debate, que el mismo estuvo siempre atravesado por “*nuevas emergencias*” que condicionarían el resultado final:

- a) Las *elecciones de política criminal en materia de terrorismo*.
- b) El *recuerdo de acontecimientos delictivos tristemente famosos que conmocionaron la conciencia social* (y supusieron la recogida de más de tres millones de firmas que solicitaban profundas restricciones de beneficios penitenciarios para delitos contra la libertad sexual)⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Vid. José Luis DÍEZ RIPOLLES, *EL NUEVO MODELO PENAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, arts. RECPC 06-03, 2004.

⁴⁶⁰ Klaus TIEDEMANN, *El nuevo Código Penal español y el espíritu codificador*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, calificó al CP español de 1995 como el único texto europeo reciente que merece ser conceptualizado de auténtico *Código*, pues a su vocación de generalidad sumaba el mínimo recurso a leyes especiales, en *Das neue Strafgesetzbuch Spaniens und die europäische Kodifikationsidee* (Juristenzeitung 13, 1996). Al respecto de interés, el trabajo de Juan María TERRADILLOS BASOCO, *Código penal-leyes penales especiales. Diez cuestiones sobre una tensión no resuelta*, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo (Homenaje al prof. Dr. D. José Cerezo Mir)*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 511.

⁴⁶¹ Todo ello como reacción frente a un triple secuestro, violación y asesinato de unas niñas.

- c) Los *compromisos electorales que los partidos políticos habían adquirido* (en un momento ya inmediatamente anterior a las elecciones generales).

No puede negarse que el CP, ha supuesto una importante modernización en no pocas cuestiones que requerían una reforma desde hacía mucho tiempo. La elevación de la mayoría de edad penal o la derogación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (pese a que ya estaba reducida prácticamente a cenizas por una jurisprudencia del Tribunal Constitucional), constituyen ejemplos de lo dicho. Interesa ahora destacar algunos aspectos relativos a la pena privativa de libertad, con el fin de que pueda seguirse el curso reformista que se está aquí describiendo. Cabría enumerar algunas de las siguientes innovaciones del CP:

- a) Derogación de la institución de la redención de penas por el trabajo (tanto la ordinaria del Artículo 100 del anterior Código Penal, cuanto la extraordinaria del Reglamento de Servicio de Prisiones de 1956).
- b) Introducción de regímenes excepcionales de cumplimiento de penas de prisión (como ahora se denominan), junto al régimen general de cumplimiento. Esta “penetración de la excepcionalidad penitenciaria”, puede ser vista a través de diversos ejemplos, entre los que cabría citar el paradigmático art. 78 CP⁴⁶² el cual, atendida ahora la “peligrosidad” del infractor,

⁴⁶² Artículo 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 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:

permite calcular sus posibles beneficios penitenciarios (permisos de salida, libertad condicional), sobre la suma total de condenas, en lugar de aplicarse las reglas *ordinarias* de acumulación jurídica de las mismas.

- c) También puede mencionarse el nuevo sistema para la concesión de la libertad condicional.

En efecto, frente al *régimen general* que prevé su concesión cuando el penado haya extinguido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena (además de hallarse en tercer grado de clasificación, tener buena conducta y un pronóstico favorable de reinserción), se establece ahora que, *excepcionalmente*⁴⁶³, se podrá conceder la libertad condicional a quienes hayan cumplido las $\frac{2}{3}$ partes de la condena *siempre que hayan desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales*⁴⁶⁴.

Este nuevo sistema de cumplimiento, escuetamente descrito,

-
- 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.*

⁴⁶³ Artículo 91 del CP:

1. *Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a y c del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que 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, el Juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.*

2. *A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a y c del apartado 1 del artículo anterior, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales.*

Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

⁴⁶⁴ Especie de “redención de penas encubierta” con la gran diferencia ahora, para los reclusos, de que estos habrán de esperar al final de la condena –y mientras tanto trabajar siempre- para ver si se les conoce –o no- ese beneficio. Antes, sabían ya desde el principio en adelante lo que redimirían de la condena.

permite ahora alcanzar un tiempo máximo de cumplimiento de treinta años⁴⁶⁵ de duración que, además, puede ser efectiva en base a las previsiones del art. 78. Semejante duración de la pena era, con la legislación derogada, prácticamente inalcanzable.

Además, la nueva penalidad de los delitos de robo con violencia e intimidación y contra la salud pública (precisamente, las dos categorías que proporcionan la clientela carcelaria), demuestra que se desvanecen determinadas afirmaciones sobre la generalizada benignidad de la nueva regulación legal, lo cual nos lleva a concluir que el CP, produce un incremento regresivo de la complejidad penal. Dos interrogantes pueden plantearse para la reflexión tras lo que se ha dicho:

¿Hemos perdido una ocasión histórica de avanzar hacia una superación (o cuanto menos, una limitación) en el empleo de la reclusión?; y, ¿sería posible entonces concluir pensando que el *Código Penal de la Democracia* sea, desde el punto de vista del cumplimiento de penas privativas de libertad, notoriamente más duro que el *Código Penal de la Dictadura*?

Para culminar el presente subapartado, a nuestro entender, la extensa relación de leyes orgánicas que han modificado la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, evidencia la susceptibilidad de su adecuación a las necesidades sociales surgentes

2.2 Nuevo Reglamento Penitenciario⁴⁶⁶.

Someramente mencionaremos la aprobación, en 1996 del nuevo RP, que deroga en su totalidad el anterior, tratándose por tanto de una regulación completamente nueva y que debe adecuarse, claro está, al CP. No en vano entraron en vigor, ambos cuerpos normativos, el mismo día.

Inicialmente, ha de llamarse la atención ante un hecho de importante significación: la inmensa mayoría de materias que afectan a la regulación de la privación de un derecho tan fundamental como es la libertad, continúa regulándose en España en normas que carecen de rango legal. El interrogante que surge, es evidente: ¿dónde está el respeto por la garantía

⁴⁶⁵ Artículo 76.1 b CP:

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.

⁴⁶⁶ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

ejecutiva derivada del principio de legalidad?⁴⁶⁷

Por otro lado, ha de cuestionarse (también en este capítulo de objeciones a la técnica “legislativa”) la imprevisión de la tipificación de las acciones que puedan dar lugar a faltas disciplinarias. Continúa así la curiosa “técnica legislativa” de regular –por Ley- las sanciones que puedan imponerse por la comisión de unas faltas que se regulan –por vía Reglamentaria- en un texto derogado (como es el RP de 1981 reformado en 1984). La “atención” que el problema penitenciario ha merecido, no puede ser más tristemente elocuente.

Más allá de estas objeciones, pueden sin duda señalarse otras tanto o más graves. Para no extendernos en toda una serie de materias, mencionaremos tan sólo dos que son particularmente graves.

La primera se refiere al intento de *legalizar* (obsérvese bien, por vía *reglamentaria*) al régimen del ya mencionado *Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES)*⁴⁶⁸. Si bien es verdad que semejante “régimen” no es aludido por el RP por su verdadero nombre, no es menos cierto que tras la nueva regulación del “régimen cerrado” se esconde el intento mencionado. Tan sólo cabe decir, al respecto, que ahora, la nueva “*excepcionalidad*” ya ni tan siquiera penetra de la mano de una Ley, simplemente semejante tarea se verifica con una norma reglamentaria.

La segunda cuestión, se relaciona con el espinoso tema de la libertad condicional para los presos enfermos terminales. Por una parte, el art. 92 del CP establece que se podrá conceder la misma para quienes, *según*

⁴⁶⁷ Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, las garantías dimanantes del principio de legalidad exigen del Estado de Derecho que, la forma y modo en el que se cumplan las penas privativas de libertad, se adecúen a lo establecido por normas de rango legal.

⁴⁶⁸ El fichero de internos de especial seguimiento (FIES) es un instrumento utilizado por la administración penitenciaria con diversos y cuestionables objetivos de control. Inicialmente fue creado y desarrollado por las Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 6 de marzo de 1991, 28 de mayo de 1991 y 28 de febrero de 1995 (I. 8/95). Tras la entrada en vigor del nuevo Reglamento Penitenciario (R.D. 190/1996 de 9 de febrero), y en virtud de la Disposición Transitoria 4ª del Reglamento Penitenciario, se procedió a la refundición, armonización y adecuación de las Circulares, Instrucciones y Órdenes de servicio que existían hasta la fecha. A los fines que estamos tratando se dictó la Instrucción 21/96 que dejó sin efecto las anteriores normas administrativas que regulaban el fichero de internos de especial seguimiento. El fichero incluye distintos grupos en atención a los delitos cometidos, repercusión social de los mismos, pertenencia a bandas organizadas y criminales, peligrosidad, u otros factores.

informe médico, sean calificados como enfermos muy graves con padecimientos incurables.

Pero se ha de tener en cuenta, ahora, que por vía reglamentaria se añade un *plus* en los requisitos para obtener tal libertad: en efecto, tal y como establece el art. 104.4 del RP, se ha de apreciar, *además*, una “*dificultad para delinquir*” y la “*escasa peligrosidad*” del sujeto. Ello supone el intento, nuevamente, de dar carta de naturaleza a lo que hasta ahora, eufemísticamente, algunos Jueces de Vigilancia Penitenciaria denominaban como “*autonomía funcional*” del recluso.

Semejante expresión significaba –en la práctica forense– que mientras el deterioro en la salud de los presos enfermos no hubiera alcanzado un estadio determinado (medido en su capacidad de moverse por sí mismo, realizar sus mínimas necesidades vitales e higiénicas, etc.), no se producía la excarcelación. Tan sólo cuando el avance de las enfermedades ocasionara un deterioro significativo que impidiese al preso su capacidad de autonomía, la excarcelación se ponía en marcha. Ahora, semejantes variables han sido elevadas a la categoría de *norma*, eso sí, *reglamentaria*.

2.3 La evolución penal, procesal y penitenciaria de 2003.

Conviene, desde el punto de vista político-criminal, mencionar al menos la tendencia que marcan las reformas introducidas según la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas:

- a) Elevación de las penas privativas de libertad hasta los 40 años, reforma anunciada a través de la modificación del CP de 1995. Esta medida podría verse como una forma encubierta de consagrar una penalidad perpetua o cadena perpetua, no aceptada constitucionalmente en España; asimismo pone en entredicho el principio resocializador de las penas privativas de libertad, única finalidad de la pena admitida por el artículo 25.2 de la Constitución española. Con la pretendida reforma queda así afectada la Ley sustantiva.
- b) Recorte en la aplicación de beneficios penitenciarios para ciertas categorías de delitos. Se opone frontalmente al principio de “individualización científica”, consagrado en la Ley Penitenciaria que obliga a que el tratamiento penitenciario sea personal, caso

por caso, prohibiéndose toda consideración que utilice “categorías” o tipologías” de personas o de delitos. A través de esta reforma queda así afectada la Legislación penitenciaria.

- c) Creación de Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en la Audiencia Nacional, con la finalidad de que estos se encarguen del seguimiento de las condenas impuestas a los condenados por aquélla. Esta reforma significa una clara “desconfianza” hacia una pieza clave del Poder Judicial (los Jueces de Vigilancia Penitenciaria); plantea una imposibilidad de aplicación de la Ley General Penitenciaria infringiéndose el “principio de inmediación” que preside sus actuaciones, ¿como podrá cumplir un Juez de Vigilancia de la Audiencia Nacional este principio, si desde Madrid tiene que vigilar el cumplimiento de una pena en cárceles muy alejadas de su sede judicial?, y, finalmente, la imposibilidad de cumplir las obligaciones impuestas tanto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal como por la Ley General Penitenciaria, concretamente, la obligación de visitar semanalmente los centros penitenciarios. La reforma afecta así a la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- d) Endurecimiento en la previsión legal y en la aplicación de la prisión preventiva, tal medida supone una oposición frontal con la doctrina sentada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional en materia de prisión preventiva, pasando de ser una medida excepcional a convertirse en regla general. Establece un importante aumento de las presencias carcelarias. La aplicación de una medida tan drástica podría conllevar un atentado a principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1978, el derecho a la libertad, artículo 17, y el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24. Queda así afectada sustancialmente la Legislación procesal.
- e) Expulsión del territorio español de todos aquellos extranjeros que cometan delitos, tal medida ahonda en la criminalización de la inmigración extra-comunitaria, contribuye a la creación de la “Europa fortaleza” y supone una vulneración del principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de origen, consagrados en la Constitución de 1978. Queda así afectada con

la reforma la Legislación en materia de extranjería⁴⁶⁹.

Resulta evidente que estas reformas suponen la afectación de los cinco grandes pilares de un sistema penal propio de un Estado social y democrático de derecho; en efecto, se reforma el ordenamiento penal, procesal, judicial, penitenciario y la legislación de extranjería⁴⁷⁰.

España, tiene una población reclusa aproximada de 62.239 personas y junto con Portugal, ostenta el primer lugar de la Unión Europea en el índice de encarcelamiento. Si a este índice elevado de prisionización, le unimos condenas más largas para cumplir y una restricción de beneficios penitenciarios que obviamente, acompaña a la reforma, el escenario punitivo adquiere, entre otros, los cinco rasgos siguientes:

- a) La prisión se convierte en la sanción penal por excelencia.
- b) Se olvidan o marginan las medidas alternativas a la pena privativa de libertad.
- c) Deviene evidente la necesidad de incrementar la inversión en construcción de nuevos y mayores centros penitenciarios.
- d) Es fácilmente imaginable un escenario de crecimiento del encarcelamiento de determinadas franjas de la población, previsto en un 50% para el año 2012.
- e) La finalidad de la pena se torna abiertamente neutralizadora, incapacitadora e inocuizadora, apostándose claramente por la

⁴⁶⁹ Profundizamos en este campo con detalle en el Capítulo IX del presente trabajo: *LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS COMO SUSTITUTIVO DE LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA*.

⁴⁷⁰ Estas medidas, recibieron la crítica de numerosos colectivos progresistas y defensores de los derechos humanos. En contra de las mismas se pronunciaron (con sendos Manifiestos, comunicados, ruedas de prensa, Jornadas universitarias, etc.), al menos, el colectivo de Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales, diversos profesores de Universidades españolas, la Asociación Catalana de Juristas Demócratas, numerosos Colegios de Abogados españoles, el Observatorio del Sistema penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, la Asociación Presos de Galicia, la Asociación Salhaketa de Apoyo a Presos de Euskadi, la Asociación de Seguimiento y Apoyo a Presos/as de Aragón, la Asociación Apoyo de Madrid, la Coordinadora de Solidaridad con las Personas Presas y muchos otros colectivos cuya mención expresa sería muy extensa.

prevención especial negativa en lugar de la positiva (única amparada por la Constitución).

Todo ello, supone la paulatina construcción de un “derecho penal del enemigo”. La llamada “cultura y legislación de la emergencia y excepcionalidad penal”, unida a la política de la “tolerancia cero”, inspiran la reforma penal anunciada, representando dos líneas de política criminal que van edificando un Derecho penal cada vez más alejado de sus fundamentos liberales.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, supuso la reforma más importante desde la entrada en vigor del CP, persiguiendo como fin la implantación en nuestro ordenamiento de lo que se ha dado en llamar “el Código Penal de la seguridad”.

Tal norma de modificación, entró en vigor el día 1 de octubre de 2004. En su Exposición de Motivos se especifica que, esta LO, se centra en dos aspectos, a saber, el régimen de penas y su aplicación y, con respecto a los tipos, la adaptación de los ya existentes y la introducción de otros nuevos con objeto de conseguir que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual. Se trata, en suma, de una revisión parcial y sistemática, respetuosa con la estructura y los principios del CP de 1995.

Mas, aún es preciso descender al plano empírico, al de los sujetos destinatarios del sistema penal, para acabar el retrato que se pretende aquí mostrar. Lo veremos en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO VI.

LAS CONDENAS LIMITATIVAS DE LIBERTAD.

1. Reflexiones previas.

El Derecho penal es un instrumento al servicio de la política criminal, y ésta una parte de la política general del Estado⁴⁷¹. Eso convierte a aquél en un instrumento político. Puede ser y es utilizado para la consecución del programa político del gobierno, si bien sus características principales obligan a consensuar su uso. Lo que, por cierto, no siempre impide que se consensúe su abuso. Así, existen temas en los que parece que todo el mundo esté de acuerdo en que la solución radica en el recurso a la prohibición y la pena.

Y, siendo malo que eso sea así, es decir, que se utilice el Derecho penal allí donde no es estrictamente necesario, o que se utilice más de lo estrictamente necesario, aún resulta peor que con ello se busque una forma de ocultar una práctica política real que va justo en la dirección contraria, y que produce consecuencias indeseables de las que los responsables políticos se desmarcan a través de su inclusión en el catálogo de delitos, esto es, de conductas desvaloradas y reprimidas, teniendo, en tal caso, efectos perjudiciales para los ciudadanos, no llegando a cumplir los fines de prevención general y especial.

La superación de las teorías absolutas, que consideran la pena como un fin que se agota en su contenido retributivo –la pena es un mal que compensa el mal causado por el delito–, justifica la progresiva consolidación de las teorías relativas de la pena cuya idea común es que la pena constituye un medio para la obtención de fines útiles, siendo el vertebral evitar la comisión de delitos o faltas, protegiendo, de esta forma, la sociedad⁴⁷². El cumplimiento

⁴⁷¹ Juan Carlos CARBONELL MATEU, *REFLEXIONES SOBRE AL ABUSO DEL DERECHO PENAL Y LA BANALIZACIÓN DE LA LEGALIDAD*, Revista de Ciencias Penales, 2000-uclm.es.

⁴⁷² Una exposición de la justificación, fundamento y fines de la pena en Lorenzo MORILLAS CUEVA, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 15 y ss. En relación al CP 1995, Lorenzo MORILLAS CUEVA, *Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español*, op. cit., pp. 44 y ss. También Alberto JORGE BARREIRO, *Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995*, *Actualidad Penal*, 23, 2000, pp. 487 y ss., Eduardo DEMETRIO

de este objetivo permite asignar a las penas una función básicamente preventiva⁴⁷³ que se despliega en un contexto comunitario –prevención general e individual –prevención especial-.

Las penas privativas de libertad consisten en la pérdida legítima del poder ambulatorio de un penado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial y ejecutada conforme a la legislación vigente de forma que favorezca su resocialización y reinserción social⁴⁷⁴.

Según el art. 35 CP, las penas privativas de la libertad son la *prisión*, la *localización permanente* y la *responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa*. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, suprimió en el art. 35 CP la *pena de arresto de fin de semana*. En su lugar se incluyó la *localización permanente*. Este cambio entró en vigor en octubre de 2004.

2. Marco referencial vigente en materia de ejecución penal.

El ordenamiento jurídico español establece un marco regulador de la ejecución penal caracterizado por la dispersión normativa. Son diversas las normas jurídicas que tratan de materializar cuatro principios cardinales de la ejecución penal pergeñados en la CE de 1978:

- a) La tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas, reconocidos en el artículo 24 CE.

CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, 1999, pp. 51 y ss.

⁴⁷³ La Criminología concibe la prevención como un concepto sujeto a verificación empírica. De ahí que se marque como objetivos averiguar si el sistema jurídico-penal imparte sanciones con certeza y celeridad y respeto a la proporcionalidad al daño causado, si el ciudadano proclive a la comisión de hechos delictivos conoce y teme el funcionamiento del aparato punitivo y si, consecuentemente, reacciona haciendo un cálculo de costes y beneficios, inhibiendo como consecuencia sus impulsos criminales y si, finalmente, el delincuente sancionado, una vez cumplida la sanción, deja de delinquir por haber interiorizado el mensaje de respeto a las normas penales. Rosemary BARBERET HAVICAN, *La prevención general y especial*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1997, pp. 121 y 122. Helmut KURY, *Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?*, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 292 y ss. Señala ZAFFARONI que el aserto de que la pena cumple una función preventiva en la realidad social es una proposición no verificada. Cfr. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *En torno de la cuestión penal*, ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 71-72.

⁴⁷⁴ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 104.

- b) El reconocimiento y protección de los derechos fundamentales del condenado a una sanción penal que conlleve privación de libertad.
- c) La finalidad resocializadora de las sanciones penales privativas de libertad.
- d) El monopolio jurisdiccional en el control de la ejecución de las sanciones penales.

No obstante, a partir de una interpretación un tanto superficial del artículo 25.2 de la CE, que, en una desafortunada equiparación entre penas y medidas, proclama que *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*, y del artículo 1 de la LOGP, al declarar que *Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados*, se ha llegado a afirmar, a juicio de algún autor erróneamente⁴⁷⁵, que “la finalidad primordial de las penas y medidas penales privativas de libertad no es otra que la reeducación y reinserción social de los sentenciados”⁴⁷⁶.

Se confunden así, lamentablemente, los fines de la pena con los del tratamiento penitenciario, que, según el artículo 59.1 de la Ley *consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados*.

Pero, incluso aceptando que pueda la reeducación y reinserción social ser uno de los fines de las penas de prisión, no podemos olvidar que el TC ha declarado que el artículo 25.2 de la CE no establece que “sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad”⁴⁷⁷, sino que “supone un

⁴⁷⁵ Sobre el particular, José María LUZÓN CUESTA, *REFLEXIONES SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD*, discurso leído el día 16 de noviembre de 2001 en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia en la sesión inaugural del Curso Académico 2001-2002.

⁴⁷⁶ Vid. los comentarios a *Legislación Penitenciaria*, Cóllex, 1996.

⁴⁷⁷ STC. 28/1988, de 23 de febrero, con cita de ATC. 780/1986; lo mismo STC 19/1988, de 16 de febrero y SSTs. 81/1993, de 26 de enero y 625/1999, de 21 de abril.

mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria”⁴⁷⁸, y que “el artículo 25.2 de la 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 ni, desde luego, de entre los posibles (prevención especial, retribución, reinserción, etc.) ha optado por una concreta función de la pena”⁴⁷⁹, refiriéndose igualmente a “la función de prevención general, disuasoria y ejemplificadora junto a la retributiva”⁴⁸⁰; y, en esta misma línea, se insiste en que “la reeducación y la reinserción social de los delincuentes”⁴⁸¹ no constituyen los únicos fines lícitos de las penas privativas de libertad, que también persiguen una finalidad de prevención (general y especial)”⁴⁸².

Así, pues, lo que la Constitución hace es consagrar que la prisión no debe ser una pena inactiva, sino que, durante su cumplimiento, estará *orientada hacia, tenderá a*, la reeducación y reinserción social, que se elevan así, de manera confusa, a la categoría de fin de la pena, coexistente con los demás que su propia naturaleza le asigna, que no quedan subordinados a éste, que, lógicamente, sí quedará supeditado a que sea posible, en cuanto aceptado por el penado, y necesario.

En el orden jurídico sustantivo, las normas básicas se circunscriben a la LO 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP; Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria; RD 419/2011, de 25 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Penitenciario, aprobado por el RD 190/1996, de 9 de febrero; RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario; el RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario; la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; el RD 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y la Ley de 18 de junio de 1870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto.

⁴⁷⁸ ATC. 1112/1988, de 10 de octubre.

⁴⁷⁹ SSTC 150/1991, de 4 de julio y 120/2000, de 10 de mayo.

⁴⁸⁰ ASTC. 198 y 199/1995, de 3 de julio.

⁴⁸¹ Artículo 25.2 CE.

⁴⁸² STS. 992/2000, de 2 de junio.

En el orden jurídico procesal, las normas fundamentales se ciñen a la LO 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial y la LCRim de 1882. Esta pluralidad de fuentes normativas ofrecen, en el plano sustantivo un marco jurídico heterogéneo, dúctil a la aparición de antinomias y preciso, por tal motivo, de una laboriosa labor doctrinal y jurisprudencial abocada a intentar lograr en el plano exegético una plasmación del sentido unitario del ordenamiento jurídico, sobre el que se asienta, en gran medida, las notas de certidumbre y previsibilidad de la respuesta normativa que caracterizan al valor de la seguridad jurídica⁴⁸³.

Semejante esfuerzo por la coherencia intrasistemática se plasma, fundamentalmente, en la elaboración de un elenco de principios, varios de ellos normativizados, sobre los que estructurar los criterios interpretativos de las normas jurídicas aplicables en materia de ejecución penal. Entre los mentados principios destacan los siguientes⁴⁸⁴:

- a) *Principio de legalidad*: precisa que las sanciones penales imponibles así como las condiciones de ejecución de las mismas vengán determinadas por una norma jurídica con rango de ley⁴⁸⁵, siendo necesario, para cumplir las exigencias de taxatividad y certeza, que el legislador sea preciso en su redacción, eliminando las ambigüedades y evitando las contradicciones.
- b) *Principio de jurisdiccionalidad*: exige que las sanciones penales sean impuestas por un Órgano judicial, a quien competará también el control de su ejecución⁴⁸⁶.
- c) *Principio de proporcionalidad*: impone una correlación entre la gravedad de la infracción penal y la culpabilidad del infractor y la

⁴⁸³ El Artículo 9.3 de la CE establece que, la Constitución, garantiza, entre otros, el principio de la seguridad jurídica.

⁴⁸⁴ José Luis DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 158-163. Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 113-138.

⁴⁸⁵ El artículo 2.1 CP establece que *no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración*. El artículo 3.2 CP dispone que *no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto*.

⁴⁸⁶ El artículo 3.1 CP estipula que *no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales*. En su ordinal segundo especifica que *la ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes*.

entidad de la consecuencia jurídica prevista para la misma; para ponderar la medida entre la conducta injusta y la sanción debe tenerse en cuenta la relevancia del objeto de protección, la intensidad de su afección y las condiciones de imputación subjetiva del hecho.

- d) *Principio de humanidad*: exige que el contenido y duración de la sanción penal sea compatible con el postulado de la indemnidad de la dignidad humana, evitando sanciones que por su contenido (penas de muerte o corporales) o por su duración (penas de prisión de larga duración) puedan tildarse de inhumanas o degradantes, cuestión que implica la limitación de las penas con arreglo a sus fines.
- e) *Principio de resocialización*: precisa atribuir al contenido de la ejecución de las sanciones una significación favorecedora de la integración comunitaria del penado. En un Estado democrático el principio de resocialización debe entenderse como un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social.

También, en el plano procesal, la diversidad normativa genera un producto jurídico errático. No existe una regulación del procedimiento que encauce las pretensiones que se promuevan ante los órganos judiciales de ejecución (Jueces o Tribunales sentenciadores, Juzgados de Vigilancia Penitenciaria). La carencia alcanza especial vigor en el ámbito competencial de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria⁴⁸⁷, siendo reiteradas las peticiones doctrinales y jurisprudenciales que solicitan una Ley reguladora de los procedimientos ante los mentados órganos jurisdiccionales⁴⁸⁸.

Es más: la orfandad normativa ha generado una dinámica judicial centrada en diseñar y actualizar periódicamente criterios de actuación que posibiliten cierta certidumbre en la materia. Estos criterios⁴⁸⁹ carecen de vinculación jurídica, pero tratan de ofrecer unas pautas de solución común que

⁴⁸⁷ Únicamente en la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ existe una regulación autónoma del derecho al recurso frente a las resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

⁴⁸⁸ El día 4 de abril de 1997 el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Iniciada su tramitación parlamentaria caducó por la disolución de la VI legislatura, sin que se hubiera propuesto un nuevo texto jurídico para su aprobación.

⁴⁸⁹ Una última versión publicada de los mismos, Francisco BUENO ARÚS, *Conclusiones encuentro de Vigilancia Penitenciaria*, Revista del Poder Judicial, 68, 2002, pp. 407-473.

palien, en la medida de lo posible, una significativa disparidad de criterios.

Tal diversidad normativa convive con una pluralidad de referentes institucionales en el orden judicial con competencia en materia de ejecución de las sanciones penales. Básicamente coexisten dos tipos de órganos judiciales en materia de ejecución penal: los Juzgados y Tribunales sentenciadores y los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

Los Juzgados y Tribunales sentenciadores⁴⁹⁰ tienen competencia exclusiva en la ejecución de las penas no privativas de libertad, salvo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y en la materialización de la pena privativa de libertad de localización permanente⁴⁹¹; ostentan competencia compartida con el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en la ejecución de las penas de prisión⁴⁹² y de medidas penales⁴⁹³. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tiene competencia exclusiva en la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ Existen órganos judiciales especializados para el conocimiento exclusivo de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional penal. Se crean por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, previo informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, que se publica en el Boletín Oficial del Estado. Así tiene ocasión de establecerlo el artículo 98 LOPJ.

⁴⁹¹ Se infiere del artículo 37 del Código Penal que, el control de la ejecución de la pena de localización permanente compete al Juzgado o Tribunal sentenciador a quien se faculta para acordar las modalidades de ejecución de la pena y deducir testimonio para proceder por un presunto delito de quebrantamiento de condena si el penado incumpliera la pena.

⁴⁹² Si bien el art. 76.2 a LOGP atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria competencia para adoptar 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, existen materias, como la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, la acumulación jurídica de sentencias o el licenciamiento definitivo del penado que siguen residenciándose en los Jueces y Tribunales sentenciadores.

⁴⁹³ Al Juzgado o Tribunal Sentenciador compete, en exclusiva, la imposición de una medida de seguridad (arts. 6 y 95 CP) así como, en el caso de las medidas privativas de libertad, la adopción, en el ámbito de la ejecución, de cualquier decisión que afecte a la vigencia de la medida (cese, sustitución o suspensión). Al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria corresponde, en el seno de la ejecución de medidas privativas de libertad, formular, al menos anualmente, una propuesta al Juez o Tribunal sentenciador de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida, fundamentando la propuesta en la valoración de los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a la medida y en el análisis, en su caso, de las demás actuaciones que a ese fin ordene (arts. 97 y 98 CP). En el ámbito de la ejecución de las medidas no privativas de libertad, corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria informar al Juez o Tribunal sentenciador del cumplimiento de las medidas impuestas (art. 105 CP).

⁴⁹⁴ Disciplina el art. 49 del CP que *la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria.*

3. La pena de prisión.

Sin ningún género de dudas, la prisión, es la pena privativa de libertad por excelencia, hasta el punto de que, al margen de las distintas concepciones a las que responden el resto de las penas privativas de libertad (localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa), podrían considerarse sucedáneas de aquélla, que se antepone en importancia.

Como hemos visto en capítulos precedentes, la pena de prisión no es históricamente tan antigua como `pudiera parecer, dado que no se remonta más allá de los siglos XVI-XVII, se generaliza a partir del siglo XVIII y, posteriormente, se consagra como pena. Para conocer el resultado final de la pena reina, hemos de considerar los presupuestos sociológicos y filosóficos del castigo formulados en la Ilustración y contaminados con las imposiciones de las estructuras de poder.

Desde siempre la privación de la libertad fue empleada como una forma de castigo penal. Sin embargo, históricamente, su aplicación ocupó un lugar secundario debido a la importancia de otras sanciones que afectaban la vida humana o la integridad física de los penados. En todo caso, en su origen, la afectación de la libertad era un medio para asegurar la imposición de otros castigos. Esto último se explica porque en los sistemas esclavistas y en el feudalismo la libertad no tenía ningún valor.

Tal estado de cosas empieza a cambiar con el declive del feudalismo y la progresiva consolidación del Estado moderno. Así, la potestad de imponer castigos deja de estar en manos de los particulares o de los señores feudales y pasa a convertirse en una facultad del Estado. Con ello, nace el Derecho penal público.

Sin embargo, la pena de prisión, como hemos visto, tal y como ahora se conoce no existía todavía. Para ello, la libertad tuvo que adquirir un valor económico. El surgimiento de las grandes ciudades, la estabilización de la demanda, el crecimiento del sistema financiero y la apertura de rutas comerciales intercontinentales conllevaron a la expansión de los mercados, así como también la necesidad de mano de obra (escasa en Europa hasta el siglo XVII). Tal necesidad proporcionó a la libertad un valor antes desconocido. Siendo esto así, la pérdida de la libertad se empleó como una sanción penal destinada a satisfacer necesidades económicas, pero a costa de la perpetración de todo tipo de injusticias.

El movimiento ilustrado, criticó la forma en la que se llevaba a cabo la privación de la libertad, así como también la imposición de la pena de muerte y las torturas. A partir de la Revolución Francesa, la afectación de la libertad se configuró como una forma de pena racional y ajustada a las necesidades de un sistema penal más humano y basado en la proporcionalidad de delito y pena.

De este modo, los sistemas penales del siglo XIX se erigieron sobre la base de la pena de prisión. En este contexto, la finalidad de la moderna pena de prisión dejó de radicar en su utilidad económica y pasó a situarse en la privación de la libertad en sí misma. Actualmente, la eficacia de la pena de prisión es puesta en duda, no sólo a efectos intimidatorios sino también en cuanto a la finalidad resocializadora que se le atribuye.

Por una parte, se reconoce la crisis de la prisión. La doctrina, mayoritariamente y de forma reiterada, viene denunciando que la prisión concentra un número importantísimo de aspectos negativos: destrucción psíquica del interno, castigo muchas veces inútil, adquisición de hábitos carcelarios que alejan al interno de la reinserción social, aislamiento, pérdida de trabajo y de la familia, etc.

No obstante, la situación de crisis de la pena privativa de libertad, la ineficacia teórica de las prisiones y su consecuente comprensión como última ratio del Derecho penal, aplicable sólo a aquellos supuestos en los que no existan otros medios para proteger a la sociedad o para evitar que el delincuente vuelva a cometer nuevos delitos en el futuro, origina que, en la mayoría de las legislaciones penales, se produzcan intentos, con mayor o menor intensidad, para sustituir las penas de prisión, incluso las ya impuestas⁴⁹⁵.

Por otra parte, la misma doctrina no tiene más remedio que reconocer que una sociedad que renunciase a la pena habría firmado su propia sentencia de muerte. Y es por ello que, hoy por hoy, la pena de prisión se presenta como una realidad irrenunciable. Si bien se admite su necesidad, también se exige que la ejecución de esta pena deba contar con un número importante de controles y límites, de tal forma que se pueda preservar la dignidad humana y

⁴⁹⁵ Lorenzo MORILLAS CUEVA, *Prisión y Estado Social y Democrático de Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 14, 1987, p. 132.

se reduzcan al máximo los aspectos negativos apuntados.

Circunscribiéndonos a la pena de prisión, toda la materia referida a su ejecución se encuentra presidida por un principio vertebral: el principio de subsidiariedad de la pena que conlleve una privación de libertad. Este principio, en el plano ejecutivo, precisa que sólo quepa acudir a la ejecución de la pena de prisión impuesta en la sentencia cuando no exista un remedio jurídico que, con un nivel de injerencia menor en el contexto vital del sancionado, permita obtener una cumplida satisfacción de las exigencias de adecuación de la respuesta a la significación antijurídica del hecho cometido, protección idónea de las víctimas y factible reintegración comunitaria del penado.

Conforme al principio de subsidiariedad de la pena de prisión, el Juez, debe proceder a la inejecución de la pena de prisión cuando los objetivos que se acaban de reseñar no pueden ser adecuadamente satisfechos con la imposición de alguno de los sustitutivos penales previstos en la legislación.

Desde esta perspectiva, procedería analizar los instrumentos jurídicos, tales como la suspensión de la ejecución de la pena de prisión o su sustitución por otras penas, que constituyen materialmente sustitutivos penales a la pena de prisión, si bien pueden ubicarse dentro del derecho de ejecución de la pena⁴⁹⁶.

3.1 Breve referencia conceptual.

En nuestro conjunto legislativo penal, no encontramos proposiciones de la pena de prisión, lo que nos sume en una interpretación nebulosa de opiniones que no aclaran las dudas programáticas sobre el concepto y contenido de esta pena; así, los fines que favorecen el desarrollo integral de la persona, los derechos afectados por la ejecución o, entre otros, los términos exteriores de lo penitenciario.

Doctrinalmente podríamos definir la pena de prisión como *la restricción continuada de la capacidad ambulatoria de un condenado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial, ejecutada conforme a la*

⁴⁹⁶ Lo manifiesta Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *EL JUEZ EN LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, ISSN 1695-0194, núm 7, 2005.

*legislación vigente de forma que favorezca la resocialización*⁴⁹⁷.

ROCA AGAPITO se refiere a la pena de prisión 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*⁴⁹⁸.

Como ha puesto de relieve BUENO ARÚS, la pena de prisión consiste principalmente en la privación de la libertad ambulatoria, pero no sería realista limitar el contenido de esta pena a la libertad de movimientos, ya que hay otras libertades fundamentales que pueden ser limitadas o anuladas al condenado a pena de prisión (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 misma⁴⁹⁹.

En la actualidad, conforme a la configuración que le atribuye el CP de 1995, la pena de prisión puede definirse como la consecuencia jurídica del delito consistente en una privación de libertad, de duración continua, efectuada por regla general en un establecimiento penitenciario (aunque excepcionalmente en viviendas o centros extrapenitenciarios) y bajo un determinado régimen de actividades⁵⁰⁰.

3.2 La pena de prisión en el Código Penal de 1995.

El Código penal de 1995 refundió en una pena única de *prisión* un catálogo amplio de penas privativas de libertad previstas en los textos punitivos anteriores (reclusión mayor, reclusión menor, prisión mayor, prisión menor, arresto mayor), sistema que resultaba un tanto oscuro e innecesariamente complejo. Desde esta perspectiva, la prisión tal y como está actualmente regulada constituye una consecuencia jurídica del delito bastante reciente. De estas consideraciones se pueden precisar algunas ideas claves sobre el régimen jurídico de esta pena.

Sin embargo, una cosa es la plasmación en el Código Penal de este relativo distanciamiento de la pena de prisión, y otra cosa su real puesta

⁴⁹⁷ En tal sentido, Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 104.

⁴⁹⁸ Puesto de manifiesto por Luis ROCA AGAPITO, *EL SISTEMA DE SANCIONES EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL*, op. cit., p. 128.

⁴⁹⁹ Francisco BUENO ARÚS, *La dimensión jurídica de la pena de prisión*, ADPCP, 1987, pp. 15 y ss.

⁵⁰⁰ Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, 4ª. Edición, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2012, p. 35.

en práctica. La mayor parte de esas medidas destinadas a ser una alternativa a la pena de prisión nacieron huérfanas de los medios materiales y personales necesarios para su efectivo desarrollo.

Las razones por las que un legislador genuinamente interesado en este cambio de rumbo en la ejecución penal pudo desatender aspectos tan esenciales de su decisión legislativa no son fáciles de comprender: Junto a la defectuosa técnica legislativa usual en nuestro país, en la que los preceptivos estudios sobre la futura implementación de las leyes no trascienden su cualidad de mero trámite del expediente administrativo, hay que pensar en el escaso hábito de operar con medidas propias del estado del bienestar, como lo eran sin duda muchas de las modificaciones propuestas, que exigen inevitablemente nuevas aportaciones de recursos; a ello habrá que unir las rutinas judiciales y penitenciarias y, finalmente, el cambio político que sobrevino al poco tiempo, con el acceso al gobierno de una opción ideológica que se había mantenido al margen, cuando no opuesto, a la reorientación propuesta en el nuevo Código.

Sea como sea, lo cierto es que el sistema días -multa, a modo de ejemplo, no ha impedido que la cuantía de las multas se siga calculando de modo semiautomático, sin atender apreciablemente a la diversa capacidad económica de los culpables, que la pena de arresto de fin de semana ha desaparecido sin haberse desarrollado a fondo sus potencialidades, dada la carencia de infraestructura material y personal, y que el trabajo en beneficio de la comunidad apenas se aplica debido a la falta de los correspondientes convenios con las instituciones que pudieran acoger a los trabajadores comunitarios.

Las posibilidades de un tratamiento en libertad propias de la suspensión de la ejecución de la pena, el tercer grado o la libertad condicional no se han aprovechado más allá del ámbito de la drogodependencia, y la indudable mejora de la infraestructura penitenciaria, ahora de nuevo superada por el incremento de ingresos, se ha centrado en las condiciones de habitabilidad, descuidando la dotación de medios personales y materiales para las metas resocializadoras inherentes al Régimen Penitenciario.

Mientras todo este frustrante proceso sucedía en nuestro país, en naciones de nuestro entorno cultural en las que estaba bien asentado el sistema de penas alternativas a la prisión se estaba produciendo un acelerado proceso de recuperación del prestigio de las penas privativas de libertad, lo que estaba

dando lugar a las correspondientes reformas legales.

Su nueva acreditación no tiene que ver con una mejora de sus potencialidades reeducadoras, que siguen considerándose escasas o negativas, sino con su capacidad para garantizar otros efectos socio-personales de la pena: En primer lugar, los intimidatorios y los meramente retributivos, que con la adquisición por el delincuente del estatus de persona normal y el ascenso de los intereses de las víctimas han pasado al primer plano; en segundo lugar, los efectos inocuidadores, en virtud de los cuales se responde con el aislamiento social y reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados y, sobre todo, a su negativa a asumir los costes económicos.

La pena de prisión puede ubicarse en varias de las tipologías en las que clasificamos las penas. En ese sentido, por la privación del bien jurídico-penal constituye una pena que afecta la libertad ambulatoria. De igual modo, puede constituirse como una pena principal y, a la vez, como una pena única.

La que mayor interés despierta es la catalogación de la pena de prisión en razón de su gravedad. De este modo, será *grave* cuando supere los cinco años de privación de libertad⁵⁰¹ y, por el contrario, será *menos grave* cuando sea impuesta entre los tres meses y cinco años⁵⁰².

⁵⁰¹ Artículo 33.2 CP:

2. *Son penas graves:*

- a) *La prisión superior a cinco años.*
- b) *La inhabilitación absoluta.*
- c) *Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.*
- d) *La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.*
- e) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.*
- f) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.*
- g) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.*
- h) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo superior a cinco años.*
- i) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo superior a cinco años.*
- j) *La privación de la patria potestad.*

⁵⁰² Artículo 33.3 CP:

3. *Son penas menos graves:*

- a) *La prisión de tres meses hasta cinco años*
- b) *Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años.*

Tal clasificación permite abordar los límites de la pena de prisión. Así, en primer lugar, su *límite inferior* es de tres meses⁵⁰³.

Para un sector de la doctrina, explican MUÑOZ

-
- c) *La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.*
 - d) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años.*
 - e) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.*
 - f) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.*
 - g) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.*
 - h) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.*
 - i) *La multa de más de dos meses.*
 - j) *La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo.*
 - k) *Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días.*
 - l) *La localización permanente de tres meses y un día a seis meses.*
 - m) *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, cualquiera que sea su duración.*

⁵⁰³ Artículo 36 CP:

1. *La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente 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.

2. *Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.*

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

- a) *Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.*
- b) *Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.*
- c) *Delitos del artículo 183.*
- d) *Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.*

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, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.

CONDE/GARCÍA ARÁN⁵⁰⁴, las penas cortas de prisión pueden resultar eficaces, aunque no para todos los casos. Así, *dicha eficacia depende de determinados delitos como los que se cometen por sujetos socialmente integrados* (delitos económicos, delincuencia de tráfico, etc.), respecto a quienes la prisión, aunque de breve duración, siempre produce *un efecto intimidatorio*. Se trata entonces de sujetos a los que la prisión, aun siendo corta, no los somete al riesgo de desocializarse pues cuentan con mayores posibilidades de reintegrarse en la sociedad.

No obstante, por debajo de un límite «imprescindible», es decir, la duración necesaria para ejercer la prevención general sin provocar la irrecuperabilidad social, deben emplearse otros mecanismos sancionadores menos duros y estigmatizantes que la prisión.

En segundo lugar, el *límite superior* de la pena de prisión es de 20 años, “*salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código*”⁵⁰⁵. El art. 36.1 del CP alude a otros casos “excepcionales” en los que el límite superior puede variar. Tal es el caso de las penas asignadas a ciertas figuras delictivas ubicadas entre los delitos contra la CE⁵⁰⁶; de las reglas de

⁵⁰⁴ Por todos, Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 498.

⁵⁰⁵ En este sentido, el art. 36.1 del CP, citado.

⁵⁰⁶ Dispuesto en los arts. 473 y 475 del CP.

Artículo 473 CP:

1. *Los que, induciendo a los rebeldes, hayan promovido o sostengan la rebelión, y los jefes principales de ésta, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinticinco años e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo; los que ejerzan un mando subalterno, con la de prisión de diez a quince años e inhabilitación absoluta de diez a quince años, y los meros participantes, con la de prisión de cinco a diez años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.*

2. *Si se han esgrimido armas, o si ha habido combate entre la fuerza de su mando y los sectores leales a la autoridad legítima, o la rebelión hubiese causado estragos en propiedades de titularidad pública o privada, cortado las comunicaciones telegráficas, telefónicas, por ondas, ferroviarias o de otra clase, ejercido violencias graves contra las personas, exigido contribuciones o distraído los caudales públicos de su legítima inversión, las penas de prisión serán, respectivamente, de veinticinco a treinta años para los primeros, de quince a veinticinco años para los segundos y de diez a quince años para los últimos.*

Artículo 475 CP:

Serán castigados como rebeldes con la pena de prisión de cinco a diez años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años los que sedujeren o allegaren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión.

Si llegara a tener efecto la rebelión, se reputarán promotores y sufrirán la pena señalada en el artículo 473.

determinación de la pena superior en grado⁵⁰⁷, en especial, de las reglas de acumulación jurídica de las penas aplicables al concurso real⁵⁰⁸.

En cuanto al cómputo de la pena de prisión, el art. 38 del CP prevé dos supuestos claramente diferenciados⁵⁰⁹. En primer lugar, *tratándose de que el condenado estuviese preso*, la duración de la pena de prisión empezará a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme.

Esta regla, indican MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, se aplica incluso si el condenado se encontraba con anterioridad en situación de prisión preventiva, toda vez que si no existe una condena firme, se presume que el sujeto es inocente y, por tanto, no puede considerarse que se encontraba «cumpliendo» una condena. En segundo lugar, *tratándose de que el condenado no estuviese preso*, la duración de la pena de prisión se computará a partir de su ingreso en el establecimiento penitenciario para su cumplimiento.

Por otra parte, el régimen de abono de la pena de prisión está

⁵⁰⁷ Artículo 70.3 CP:

3. Cuando, en la aplicación de la regla 1ª. del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

1º. Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.

⁵⁰⁸ Artículo 76.1 CP:

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple 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 20 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.
- 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 referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII 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.

⁵⁰⁹ Artículo 38 CP:

1. Cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezará a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme.

2. Cuando el reo no estuviere preso, la duración de las penas empezará a contarse desde que ingrese en el establecimiento adecuado para su cumplimiento.

regulado en el art. 58 del CP⁵¹⁰. En dicho precepto se establece que el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado *en su totalidad* por el Juez o el Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada⁵¹¹.

Ahora bien, el abono de la prisión provisional sufrida en una *causa distinta de la que se decretó* puede acordarse de oficio, o también, a petición del penado, previa comprobación de que *no haya sido abonada en otra causa* por el JVP competente. A tal efecto se requiere la audiencia del Ministerio Fiscal⁵¹².

De cualquier forma, el abono de la prisión provisional sufrida *en otra causa distinta de la que se decretó* sólo se llevará a cabo en tanto *dicha medida cautelar fuese posterior a los hechos delictivos* que motivaron la pena a la que se pretende abonar⁵¹³. Dicho de otro modo, no cabe abonar (o restar) al tiempo de cumplimiento de una pena de prisión la privación provisional sufrida por delitos posteriores al que motiva la imposición de la pena.

Finalmente, las reglas contenidas en los numerales 1, 2 y 3 del art. 58 CP, también se aplicarán *respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente*⁵¹⁴. Ahora bien, si las medidas cautelares tienen una naturaleza distinta de la pena impuesta⁵¹⁵, el Juez o el Tribunal gozan de un amplio arbitrio para dar por ejecutada la pena impuesta, como señala el art. 59

⁵¹⁰ Artículo 58 CP:

1. *El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.*
2. *El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.*
3. *Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.*
4. *Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.*

⁵¹¹ Consultar el Artículo 58.1 del Código Penal.

⁵¹² Conforme a lo expuesto en el Artículo 58.2 del Código Penal.

⁵¹³ Examínese el Artículo 58.3 del Código Penal.

⁵¹⁴ Vid. Artículo 58.4 del Código Penal.

⁵¹⁵ Por ejemplo, prisión preventiva cautelar y condena final a pena privativa de derechos.

del CP⁵¹⁶, “en aquella parte que estime compensada”.

Cabe señalar que, la pena de prisión, está prevista para los delitos graves, así como para los delitos menos graves, de modo que las faltas reciben como única pena privativa de libertad la pena de localización permanente⁵¹⁷. Este dato da pie a tratar la segunda pena privativa de libertad prevista en el art. 35 del CP, cuya dicción abordaremos en el apartado 4 del presente capítulo.

3.3 Consideraciones generales sobre la ejecución de la pena de prisión.

Aunque las analizaremos con mayor detenimiento *ut infra*, las normas de ejecución integran el sistema global de consecuencias jurídico penales con una relativa autonomía político-criminal en la medida que la delimitación del contenido concreto de la ejecución viene determinado por principios diversos a los que informan la previsión legal de una sanción y la imposición judicial de la misma. Ello ha permitido sostener que el Juez lleva a cabo, en el ámbito de la ejecución, una auténtica política criminal dentro del marco de la legalidad, con el riesgo, debido a la falta de criterios orientadores en el plano legal, de creación de espacios permeables a la arbitrariedad judicial.

Las penas persiguen, por tanto, fines distintos en cada una de las fases que conducen de su previsión a su ejecución. En la fase de conminación legal prevalece el fin preventivo general. La pena fijada en la Ley se dirige a la colectividad y se fundamenta y justifica en la necesidad de protección de bienes jurídicos para preservar la coexistencia libre y pacífica de los integrantes de la comunidad.

En la fase de determinación judicial de la pena⁵¹⁸ conviven fines

⁵¹⁶ Artículo 59 CP:

Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.

⁵¹⁷ Artículo 33.4.g del CP:

La localización permanente de un día a tres meses.

⁵¹⁸ En este sentido, la jurisprudencia del TC sostiene que el deber de motivar la individualización judicial de la pena tiene un carácter reforzado. En concreto, mantiene que el fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales adoptadas en virtud de una facultad discrecional reconocida al Juez penal se encuentra en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado

preventivo-generales y preventivo-especiales, con especial prevalencia de los primeros. La individualización e imposición de la pena constituye una confirmación de la vigencia de la norma jurídica y una actualización de la amenaza abstracta tipificada previamente en la ley. De ahí su vinculación preferente al cumplimiento de finalidades preventivo-generales.

Ahora bien, en la medida que la elección jurisdiccional de la clase y duración de la pena, dentro del marco legal, predetermina o condiciona el contenido de la ejecución (por ejemplo, posibilidad de sustitución o suspensión en el caso de las penas privativas de libertad), responde, también, a finalidades de prevención especial, al valorarse en el plano jurisdiccional la idoneidad de las alternativas a la pena privativa de libertad para contener un riesgo de reincidencia.

En la fase de ejecución de la pena concurren, también, fines preventivo-generales y preventivo-especiales. Tal y como afirma MORILLAS CUEVA, los fines preventivos se encaminan en el ciclo ejecutivo primordialmente hacia la prevención especial, aunque sin anular efectos preventivo-generales, como pueden ser los producidos por una ejecución efectiva, que vuelve a ratificar la seriedad de la conminación legal para el resto de los ciudadanos⁵¹⁹.

Ciñéndonos a la última fase, estimamos que la ejecución de la pena debe satisfacer tres criterios complementarios. A saber:

- a) Abarcar la significación antijurídica del hecho, transmitiendo a la comunidad un mensaje de ratificación de la vigencia de la norma penal como un medio idóneo para tutelar los intereses básicos de las personas que conforman el entramado comunitario; constituiría el paradigma de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho.
- b) Proteger a las víctimas, evitando fuentes de riesgo de nueva victimización procedentes de la conducta del victimario condenado a la pena; dotaría de contenido al paradigma de protección de las víctimas.

estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. Por todas, SSTC 198/2001 y 170/2004.

⁵¹⁹ Lorenzo MORILLAS CUEVA, “*Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español*”, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 17, 2003, pp. 25 y ss.

- c) Posibilitar la resocialización y la reinserción comunitaria del penado, favoreciendo dinámicas de “responsabilización” por el hecho cometido, a través, preferentemente, del instituto de la reparación del daño y la implementación de alternativas de contenido rehabilitador; conferiría sentido al paradigma de reintegración comunitaria del victimario.

4. La pena de localización permanente.

4.1 Introducción.

La localización permanente es una pena privativa de libertad que tiene una duración máxima de seis meses, consistente en la obligación del penado de permanecer en su domicilio o en un lugar determinado fijado por el Juez en la sentencia o bien, posteriormente, en auto motivado.

Hunde sus raíces, la pena en cuestión, en el antiguo arresto domiciliario, el cual, en el CP de 1973, era una modalidad de ejecución del arresto menor⁵²⁰ que, el Juez o Tribunal, podía acordar discrecionalmente.

En la reforma del CP operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre⁵²¹, pasa a ser, conforme al artículo 35, una pena privativa de libertad autónoma, leve y generalmente alternativa, normalmente respecto de la pena de multa y, en dos ocasiones, respecto a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad⁵²², restringiendo pues su aplicación a las faltas. Sin embargo,

⁵²⁰ Artículo 30 CP 1973:

La de arresto menor, de uno a treinta días.

⁵²¹ Cuya entrada en vigor se produce en el mes de Octubre de 2004.

⁵²² Artículo 620 CP:

Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

1. *Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*

2. *Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2 de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.

Artículo 626 CP:

Los que deslucieren bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios, serán castigados con la pena de

por el contenido que se le asignó, podemos considerar que está muy cercana a las ideas del arresto domiciliario, que ha existido en nuestro ordenamiento desde el año 1822⁵²³.

En efecto: la Exposición de motivos de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, concibe esta nueva pena como un cambio favorable para evitar los resultados perjudiciales de la reclusión.

En este sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de marzo de 2003, señalaba que *la diferencia sustancial con el arresto de fin de semana, que se suprime, es que no se produce el ingreso del penado en el establecimiento penitenciario o depósito municipal de detenidos para el cumplimiento del arresto, sino en su propio domicilio o en lugar adecuado para ello determinado por el Juez. Con ello se evitan los efectos nocivos de una pena corta de prisión que determine la reclusión del interno en un centro penitenciario.*

Como veremos seguidamente, la reforma de 2010 y, en su concordancia, el RD 840/2011, de 17 de junio, en cuanto al lugar de cumplimiento, han previsto que, en los casos en los que la localización permanente sea impuesta como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar que, la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado.

4.2 Naturaleza y características.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, al concebirse como pena privativa de libertad, se vertebra sobre una obligación impuesta al penado de permanecer en un determinado lugar, sin poder abandonarlo, que será fijado por el Juez en su Sentencia⁵²⁴.

localización permanente de dos a seis días o tres a nueve días de trabajos en beneficio de la comunidad.

⁵²³ José Luís MANZANARES SAMANIEGO, *Arresto menor en el domicilio (art. 85 del Código Penal)*, CLP t. V vol. 1 (1985), pp. 495 y ss.

⁵²⁴ Uno de los problemas prácticos que puede generar el cumplimiento de esta pena guarda relación con su control o inspección, dado que, de ejecutarse en la forma de arresto domiciliario, la supervisión se encomienda a los miembros de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, quienes, a intervalos determinados, deben trasladarse al domicilio del culpado para comprobar su presencia en el mismo. De acogerse al uso de dispositivos electrónicos (una vez salvada la afección a los

Pese a su equívoca nomenclatura, esta pena, no puede articularse como un control continuado mediante medios tecnológicos que permita simultáneamente al penado la libertad de desplazamiento espacial⁵²⁵. La voluntad del legislador consiste en dar prioridad al señalamiento de residir obligatoriamente en el domicilio, entendiendo como tal, la morada en sentido estricto, como ámbito en el que se desarrollan las tareas propias de la vida íntima, así como sus dependencias y servicios.

La localización permanente se aplica como pena principal, como pena sustitutiva y como sustitución de la multa leve impagada. Como pena privativa de libertad es susceptible de ser suspendida condicionalmente, en los límites previstos en el art. 80.1 CP⁵²⁶ y concordantes.

4.3 Regulación normativa.

La regulación de esta pena se encuentra básicamente en el art. 37 CP⁵²⁷ y en el RD 840/2011, de 17 de junio, arts. 12 y 13, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio

derechos constitucionalmente reconocidos), será necesario, para la correcta ejecución de la pena, disponer de los elementos necesarios para llevar a cabo tal labor.

⁵²⁵ Más clarificador hubiera sido denominarla “arresto en sitio o lugar determinado”, pues, la “localización permanente”, parece aludir a la necesidad de estar localizados o localizables sin privación efectiva de la libertad ambulatoria.

⁵²⁶ Artículo 80.1 CP:

1. Los jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada.

En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste.

⁵²⁷ Artículo 37 CP:

1. La localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado.

No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado.

2. 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.

3. Si el condenado incumpliera la pena, el Juez o Tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468.

4. Para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo.

de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas.

Como hemos definido con anterioridad, en cuanto a su clasificación, la localización permanente es una sanción penal prevista para castigar conductas tipificadas como faltas⁵²⁸ y, en esa medida constituye una *pena leve*⁵²⁹. Además es una *pena alternativa* a la multa⁵³⁰ y a los trabajos en beneficio de la comunidad (art. 626 CP), así como también *pena acumulativa* a la multa⁵³¹.

4.4 Contenidos de la pena de localización permanente.

Tal y como se contempla en el RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas, *La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incidido de manera tan relevante en el sistema de medidas penales –penas y medidas de seguridad– diseñado por el vigente Código Penal, que por sí misma hace necesario un nuevo marco reglamentario regulador de 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 y sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad, del mismo modo que la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, determinó el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo.*

⁵²⁸ El tenor del Artículo 53 CP deja escaso margen interpretativo, pese a que la STC 19/1988, de 16 de febrero, al analizar la constitucionalidad del anterior arresto sustitutorio, postuló “*la posibilidad de elegir fórmulas de restricción de la libertad que encajen mejor con el sentido general del precepto y con una interpretación del mismo favorecedora de las menores restricciones de la libertad individual, lo que sucede muy en particular con el arresto domiciliario*”.

⁵²⁹ Recordemos lo preceptuado en el art. 33.4.g del CP, ya citado.

⁵³⁰ Artículo 617 CP:

1. *El que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses.*

2. *El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días.*

⁵³¹ Artículo 633 CP:

Los que perturbaren levemente el orden en la audiencia de un Tribunal o juzgado, en los actos públicos, en espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas serán castigados con las penas de localización permanente de dos a 12 días y multa de 10 a 30 días.

Así, respecto de la pena de localización permanente, pueden destacarse como novedades significativas la ampliación de su límite de cumplimiento, que como pena leve pasa de doce días a tres meses; su expresa previsión como pena menos grave, con duración comprendida entre tres meses y un día hasta los seis meses; la expresa regulación de su cumplimiento excepcional en centro penitenciario en régimen de fin de semana y días festivos, como respuesta apropiada para supuestos de reiteración de infracciones, actualmente limitadas a las faltas de hurto; la novedosa proyección de su ámbito de aplicación al marco de la sustitución de las penas privativas de libertad; y finalmente la habilitación de manera expresa a la Autoridad Judicial para que pueda acordar la utilización de medios de control mecánicos y electrónicos que permitan la localización del reo⁵³².

A los efectos de lo establecido en el antecitado RD 840/2011, de 17 de junio, la localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Como expusimos, su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en un lugar determinado fijado por el Juez en la sentencia, o posteriormente en auto motivado.

No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado⁵³³.

En efecto, la localización permanente es una pena que consiste en la imposición al penado de la obligación de permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en su sentencia...⁵³⁴. De este modo, se brinda al Juez la potestad para señalar un lugar específico (distinto del

⁵³² BOE núm. 145, de fecha 18 de junio de 2011.

⁵³³ Considerar el Art. 2.2 del RD 840/2011, de 17 de junio.

⁵³⁴ Artículo 37.1 CP:

1. La localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado.

No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado.

domicilio) en el que pueda cumplirse. Aunque el art. 37 del CP deja abierta al Juez la posibilidad de cumplimiento de esta pena en lugar determinado distinto del domicilio habrá de entenderse que podría tener lugar por causa justificada, fijándolo en la resolución condenatoria o, con posterioridad, en la ejecutoria.

Cuando, conforme a lo establecido en el art. 37.1 del CP, así se disponga por la autoridad judicial, la pena de localización permanente se cumplirá los sábados, domingos y días festivos en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del penado. En el caso de que existan varios establecimientos penitenciarios en la misma localidad, el lugar de cumplimiento se determinará por la Administración penitenciaria⁵³⁵.

La verificación de esta pena obliga al reo a permanecer confinado en un domicilio predeterminado. Por más que se utilicen medios electrónicos de localización permanente, como pauta general, no debe permitirse al penado la posibilidad de trasladarse físicamente de domicilio.

En opinión de OTERO GONZÁLEZ, en la actualidad ya no es posible poner en duda la utilización de los sistemas alternativos de vigilancia electrónica. La cuestión debe reducirse a determinar en qué casos y con qué garantías debe aplicarse esta nueva tecnología al ámbito penitenciario para no limitar más de lo imprescindible los derechos fundamentales en juego y, para que sea eficaz, en aras al cumplimiento de los fines de la pena⁵³⁶.

En su momento, se pudo plantear si cabía que el Juez acordara que, la pena, se llevase a efecto en un Centro Penitenciario o en un Depósito municipal. Las instrucciones dadas para la ocasión por el Ministerio Público y la lógica jurídica, nos permitían contemplar el rechazo a tal opción ya que, la misma, desnaturalizaba la pena de localización permanente, cuya esencia radica en que, la ejecución de libertad corta, se ejecuta en el propio domicilio o lugar análogo, evitando los inconvenientes del ingreso penitenciario y dando todo tipo de facilidades al reo para que, la ejecución, no afectase a su vida familiar y laboral⁵³⁷.

⁵³⁵ Vid. Art. 13.1 del RD 840/2011, de 17 de junio.

⁵³⁶ Pilar OTERO GONZÁLEZ, *Monitorización electrónica en el ámbito penitenciario*, Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 74, mayo-agosto 2008, ISSN: 02 12-7377, p. 163.

⁵³⁷ En este sentido se admite la ejecución fraccionada o discontinua.

En los casos en los que haya recaído resolución judicial que acuerde que el lugar de cumplimiento sea un establecimiento penitenciario, la Administración penitenciaria es la competente para la ejecución de la pena de localización permanente⁵³⁸. Al estar prevista para el castigo de las faltas, los *límites* de la localización permanente son: el *superior*, seis meses mientras que, el *inferior*, está fijado en un día.

Cabe añadir, a efectos meramente informativos que el límite superior de seis meses puede ser ampliamente superado. Así, la localización permanente está prevista como una forma de cumplimiento de la pena de *responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa* (art. 53.1 CP). En este caso puede llegar hasta un año de duración.

4.5 Perfiles administrativos de su ejecución.

La LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha introducido una transformación esencial en la ejecución de la pena de localización permanente, permitiendo su cumplimiento en centros penitenciarios los fines de semana, siempre que se halle como pena principal, atendiendo a la reiteración de infracciones y en los casos que así se disponga expresamente por la ley⁵³⁹.

Como hemos venido sosteniendo, el arquetipo para el

⁵³⁸ Como se establece en el art. 12 del RD 840/2011, de 17 de junio.

⁵³⁹ Posibilidad prevista en las faltas contra el patrimonio del art. 623 CP:

Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:

1. *Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros. En los casos de perpetración reiterada de esta falta, se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. En este último supuesto, el Juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 37.1.*

Para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas.

2. *Los que realicen la conducta descrita en el artículo 236, siempre que el valor de la cosa no exceda de 400 euros.*

3. *Los que sustraigan o utilicen sin la debida autorización, sin ánimo de apropiárselo, un vehículo a motor o ciclomotor ajeno, si el valor del vehículo utilizado no excediera de 400 euros.*

Si el hecho se ejecutase empleando fuerza en las cosas, se impondrá la pena en su mitad superior. Si se realizara con violencia o intimidación en las personas, se penará conforme a lo dispuesto en el artículo 244.

4. *Los que cometan estafa, apropiación indebida, o defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido, o en equipos terminales de telecomunicación, en cuantía no superior a 400 euros.*

5. *Los que realicen los hechos descritos en el párrafo segundo de los artículos 270.1 y 274.2, cuando el beneficio no sea superior a 400 euros, salvo que concurra alguna de las circunstancias prevenidas en los artículos 271 y 276, respectivamente.*

cumplimiento de la pena de localización permanente es el que se mantiene de forma ininterrumpida, compeliendo a la persona condenada a permanecer recluida durante las veinticuatro horas del día.

En realidad, la *localización permanente* debe cumplirse de *forma continuada*, salvo que a solicitud del reo y oído el Ministerio Fiscal, el Juez o Tribunal sentenciador acuerde lo contrario; o incluso disponga su ejecución durante los sábados y domingos⁵⁴⁰. Asimismo, se ha previsto que ante el *incumplimiento* de esta pena privativa de libertad, el Juez o el Tribunal sentenciador “deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el art. 468”⁵⁴¹, precepto que tipifica el delito de quebrantamiento de condena⁵⁴².

El planeamiento de la ejecución se inicia de conformidad con lo establecido en los arts. 12 y 13 del RD 840/2011, de 17 de junio, continentes de la competencia, lugar, horario y modo de cumplimiento de la pena de localización permanente⁵⁴³, siendo el establecimiento penitenciario quien

⁵⁴⁰ Artículo 37.2 CP:

2. *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.*

⁵⁴¹ Artículo 468 CP:

1. *Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.*

2. *Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.*

⁵⁴² El quebrantamiento obliga a una nueva liquidación de condena con nuevas condiciones y calendarios, si se acordó no continuada.

⁵⁴³ Artículo 12 RD 840/2011, de 17 de junio:

La Administración penitenciaria será competente para la ejecución de la pena de localización permanente en los casos en los que haya recaído resolución judicial que acuerde que el lugar de cumplimiento sea un establecimiento penitenciario.

Artículo 13 RD 840/2011, de 17 de junio:

1. *Cuando conforme a lo establecido en el artículo 37.1 del Código Penal así se disponga por la autoridad judicial, la pena de localización permanente se cumplirá los sábados, domingos y días festivos en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del penado. En el caso de que existan varios establecimientos penitenciarios en la misma localidad, el lugar de cumplimiento se determinará por la Administración penitenciaria.*

2. *Recibida la resolución o mandamiento judicial que determine el cumplimiento de la pena de localización permanente en establecimiento penitenciario, así como los particulares necesarios, por el establecimiento penitenciario se definirá el plan de ejecución y será comunicado al órgano*

define tal plan, que comunica al órgano jurisdiccional competente para la ejecución, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad. Del mismo, se entrega una copia al penado, que debe firmar la notificación.

4.5.1 La ejecución penal mediante control electrónico.

La normativa inicial de la localización permanente no contenía referencias sobre el uso de dispositivos telemáticos, si bien, la presentación que de la misma hacía la exposición de motivos de la Ley Orgánica que la introdujo⁵⁴⁴, señalaba *que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología.*

jurisdiccional competente para la ejecución, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad. Se entregará una copia del mismo al penado, que firmará la notificación.

3. No obstante, en el caso de que el penado acredite fehacientemente que se opone al plan de ejecución, se informará al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de tal hecho, a los efectos que considere oportunos.

4. El ingreso tendrá lugar el sábado o día festivo inmediatamente anterior entre las 9 y las 10 horas y la permanencia será ininterrumpida hasta las 21 horas del domingo o, en su caso, del día festivo inmediatamente posterior. Este mismo horario se observará en el supuesto de día festivo no enlazado.

No se admitirá al penado que se presente una vez transcurrido el horario de ingreso, o bien dentro de ese horario evidenciando un estado psicofísico incompatible con el normal cumplimiento de la pena, o concurriendo circunstancias que notoriamente obstaculicen el mismo. De estos hechos se levantará acta en la que se indicará expresamente la hora en la que se ha presentado y las razones alegadas por el penado para justificar el retraso, así como las circunstancias concurrentes, en su caso, remitiéndose al órgano jurisdiccional competente para la ejecución.

5. El penado cumplirá la pena de localización permanente en la celda que se le asigne. Se procurará que disfrute de un mínimo de 4 horas diarias fuera de la misma.

El penado tendrá derecho a disponer, a su costa, de un pequeño reproductor de música o radio en su celda, así como de libros, prensa y revistas impresas de pública circulación, y no podrá recibir comunicaciones, visitas ni paquetes.

6. El penado deberá respetar las normas de régimen interior, mantener en buen estado su celda, efectuando las labores de limpieza y aseo de la misma antes de desalojarla, adoptar las medidas de higiene personal que se le indiquen, mantener un buen comportamiento y acatar las instrucciones y órdenes que reciba.

7. La tenencia de ropa y demás efectos personales en el interior de la celda quedará limitada a la que sea normal para su uso durante el tiempo de permanencia en el Centro, debiendo ser objeto de determinación en las normas de régimen interior.

8. El penado estará sometido al régimen general del establecimiento, en cuanto resulte de aplicación a la naturaleza de esta pena y su forma de ejecución.

9. Cumplida la pena, el establecimiento penitenciario remitirá un informe final al órgano jurisdiccional competente para la ejecución.

10. En defecto de lo establecido en los apartados anteriores se aplicarán los preceptos de la Ley Orgánica General Penitenciaria y de su Reglamento de desarrollo, en cuanto no se opongan a la naturaleza de la pena ni a sus condiciones de cumplimiento.

⁵⁴⁴ LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. Exposición de motivos.

En efecto, la actual descripción de la sanción, viene contemplada en la LO 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, cuyo artículo 37 incorpora un nuevo apartado, el 4, donde se establece que *Para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo.*

Destaca PARÉS GALLÉS que, los sistemas de vigilancia electrónica, constituyen una modalidad de cumplimiento alternativo a las penas privativas de libertad de corta duración, o bien a las situaciones de prisión provisional, siendo el origen de la vigilancia electrónica el mismo en la mayoría de los países que han iniciado su experimentación: evitar la masificación de los centros penitenciarios con la salida de aquellos sujetos que en relación a la pena (corta duración), así como a sus antecedentes personales y sociales (pronóstico favorable) podrían ser susceptibles de un régimen de libertad con vigilancia⁵⁴⁵.

En el caso de que se establezca el control por aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión de información computarizada, se requerirá, previamente, la instalación domiciliaria del conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para el irreprochable funcionamiento del sistema, y, todo ello, con absoluto respeto a los derechos fundamentales de la persona, en especial a su dignidad.

Decidida la comprobación de la ejecución por medios telemáticos⁵⁴⁶, éstos, pueden consistir en dispositivos colocados en el condenado a modo de aro de metal o de otra materia, que advierte cuando el sujeto se distancia del receptor. Igualmente, en verificaciones biométricas (huellas digitales, análisis de la voz, pupilas, etc.).

En opinión de GONZÁLEZ BLANQUÉ, el control electrónico añade credibilidad a la pena con la que se adopta porque

⁵⁴⁵ Ramón PARÉS GALLÉS, *Ejecución de penas mediante control electrónico: presente y futuro*, Revista del Poder Judicial núm. 46. Segundo trimestre 1997.

⁵⁴⁶ Los medios telemáticos son un conjunto de sistemas electrónicos que Instituciones Penitenciarias utiliza para el control de presencia a distancia de personas que se encuentran en el ámbito de sus competencias. El art. 86.4 del vigente Reglamento Penitenciario posibilita una forma específica de cumplir condena en régimen abierto, sustituyendo el tiempo de estancia mínimo obligatorio en el establecimiento por medios telemáticos u otros sistemas adecuados de control.

incrementa su contenido punitivo y efecto incapacitador⁵⁴⁷.

En este sentido, emplear monitorización junto a una pena no privativa de libertad puede permitir su aplicación a delitos que revistan una mayor gravedad que los castigados con otras penas menos severas y a delincuentes que presentan un riesgo mayor que el que justificaría la adopción de otra pena cumplida en la comunidad sin monitorización.

De esta forma, supuestos respecto de los que se reaccionaría con una pena de prisión, pueden ser sancionados con una medida alternativa con monitorización, posibilidad que genera un efecto de reducción del uso de prisión.

La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias dispone actualmente de los siguientes sistemas de vigilancia electrónica:

- a) Sistema de monitorización mediante pulseras por red telefónica, bien vía red conmutada (fija), bien vía móvil, a través de las denominadas unidades celulares.
- b) Sistemas de verificación de voz, tanto a través de los teléfonos fijos ubicados en los lugares de control, bien a través de dispositivos que transmiten la información usando líneas celulares.
- c) Sistemas de seguimiento continuo de internos mediante tecnologías GPS, que permiten conocer la ubicación geográfica del sujeto en todo momento, y establecer zonas de estancia obligatoria o acceso no permitido (zonas de inclusión o de exclusión).
- d) Unidades de seguimiento móviles para el control de internos con pulseras telemáticas en lugares distintos al habitual (por ejemplo, su lugar de trabajo).
- e) Sistemas combinados de localización mediante pulseras telemáticas, con control del consumo de alcohol a distancia.

Todos estos sistemas de vigilancia telemática permiten también establecer previamente las restricciones de movimiento que se estimen convenientes en cada caso para hacer compatible la integración social

⁵⁴⁷ Véase, en la tesis doctoral de Cristina GONZÁLEZ BLANQUÉ, *El control electrónico en el sistema penal*, las propuestas sobre posibles formas de regular el control electrónico en el ordenamiento español conforme a un planteamiento reduccionista, estableciendo su adopción respecto de supuestos más graves y de personas que presenten un riesgo mayor que los sancionados con otras penas alternativas menos severas, pp. 173 y ss.

y la seguridad pública.

4.6 Ventajas e inconvenientes de la pena de localización permanente.

A pesar de que algún sector de la doctrina ha criticado las penas privativas de libertad de corta duración⁵⁴⁸, (por inútiles, dado que la experiencia enseña que no intimidan a los delincuentes habituales, acostumbrados ya a la prisión, e incluso hay delincuentes que, por carecer de recursos económicos buscan intencionadamente lo que les conduzca al encierro, y por injustas, debido a la presencia de resultados perjudiciales e indeseables que su imposición conlleva), entendemos que, la pena de localización permanente, presenta más ventajas que inconvenientes.

Posiblemente los aspectos positivos que podemos resaltar en la pena de localización permanente sean que, pese a que manejamos una pena privativa de libertad, se puede ejecutar sin necesidad de entrar en un establecimiento penitenciario, y, el hecho de que funcione como pena sustitutiva de la prisión, aunque paradójicamente, de modo puntual, y con la declarada intención de aprovechar adecuadamente los recursos disponibles en el sistema penitenciario, se prevea su cumplimiento - como ya avanzamos- en un centro penitenciario los sábados, domingos y días festivos, a pesar de los efectos perniciosos que pueden derivarse de los ingresos de corta duración⁵⁴⁹.

Sin duda, otra de las ventajas es que permite cumplir con los

⁵⁴⁸ Encabezado por Franz VON LISZT, que, en sus publicaciones *Tratado de derecho penal alemán* (1881) y *La idea de fin en el derecho penal* (1882), se pronunció a favor de la investigación y utilización de conocimientos criminológicos, colocándose con ello en encontrada oposición con las concepciones dominantes en su tiempo. En su lección inaugural de Marburgo, denominada más tarde "Programa de Marburgo", desarrolló sus ideas fundamentales y postuló una ciencia total del Derecho penal en la que debían ser incluidas la Antropología criminal, la Psicología criminal y la Estadística criminal, juicio revolucionario para aquella época, pero, a la vez, todo un desafío para los penalistas de entonces. En el esfuerzo por superar la oposición de las escuelas francesa e italiana llegó a la sintética afirmación acerca del efecto, la disposición y del medio ambiente en el surgimiento del crimen. Discurren por las mismas razones Gerardo LANDROVE DÍAZ, *El nuevo derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.17; Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 663, 688 y ss; Esperanza VAELLO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 39-40, entre otros autores.

⁵⁴⁹ Cfr. Esperanza VAELLO ESQUERDO, *ibid.*, p. 48.

requisitos de la prevención especial negativa o de intimidación, puesto que su ausencia determina la cárcel, y de aseguramiento (excluyendo los delitos cometidos en el seno de la familia, como los malos tratos o delitos sexuales); además, aunque en menor medida, se lleva a efecto la prevención especial positiva, o de reeducación y de reinserción, dado que, si la pena alcanza cierta duración, existe la posibilidad de implementar los programas de actividades destinados a dichos fines.

Podríamos argumentar en su contra, cuando su duración es excesivamente larga, lo molesto e incómodo que debe resultar para el condenado y las personas que viven en la misma casa, si bien, como ya señalamos, de acuerdo con el art. 37 CP, *se obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez...*⁵⁵⁰

También nos resulta llamativa la decisión adoptada por el legislador al consentir que, las faltas, puedan castigarse con una pena de prisión de corta duración encubierta, cuestión contradictoria en nuestro conjunto de penas pues, mientras evita los ingresos en prisión por debajo de tres meses (art. 71 CP), los hace posible tratándose de faltas.

Por otra parte, cuando tienen que ser satisfechas sucesivamente las penas de prisión y de localización permanente, se atrasa el cumplimiento de ésta hasta acabar la de prisión. Tal hipótesis puede acontecer cuando, el penado, esté gozando de la libertad condicional, dado que, la pena que está cumpliendo, por su naturaleza y efectos, no permite ser ejecutada al mismo tiempo que la localización permanente. Tendría que esperar en libertad al vencimiento de la pena de prisión para empezar a cumplir la de localización permanente⁵⁵¹.

5. El cómputo de las penas privativas de libertad.

La pena privativa de libertad comenzará a computarse desde el día que, la sentencia, hubiese quedado firme, si el condenado se encontraba ya en prisión. En caso contrario, el cálculo se hará desde el momento en que ingrese

⁵⁵⁰ Cuando la fijación del lugar resulta complicado, es aconsejable que pueda tomarse la resolución en un momento posterior a la Sentencia, en un Auto debidamente motivado, a fin de no inducir un retraso en aquélla.

⁵⁵¹ Ante esta realidad, se produce la consulta 1/1998, 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado sobre la ejecución continua del arresto de fines de semana, que avanza una solución reiterada por la Circular 2/2004, proponiendo que, el Juez, dentro de la liquidación de condena, sustituya el arresto (en la actualidad, localización permanente) por prisión, a fin de que se manifieste la unidad de ejecución.

en el *establecimiento adecuado* para su verificación (art. 38 CP).

El art. 38 CP precisa el momento en el que se inicia el cumplimiento de la pena y tiende a no interrumpir la continuidad entre la prisión preventiva y las penas de prisión, si bien, el tiempo de privación de libertad satisfecho por el condenado con anterioridad a la firmeza de la sentencia, no constituye cumplimiento de la pena, sin perjuicio de que le sea abonado para el mismo.

Cuando el reo está preso, la duración de las penas se computa desde que, la sentencia condenatoria, es firme, sin detrimento de que, el culpado, se encuentre cumpliendo otra condena de mayor gravedad y dado que se trata de penas de cumplimiento sucesivo en función de su gravedad. En caso de que la persona no está presa, la duración de las penas empieza a contarse desde el momento en que ingrese en el establecimiento proporcionado para su cumplimiento.

El CP no establece preceptos para calcular las penas privativas de libertad a los efectos de satisfacer la pena o de la liquidación de la condena, es decir, reglas que establezcan por cuantos días deberán computarse los años o los meses de privación a los que haya sido condenado un sujeto en sentencia firme⁵⁵².

Visto que el día primero se toma en cuenta por entero, con indiferencia de la hora en que se inicia, si el condenado obtiene la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, ésta, computa al día siguiente en el que se dicta el Auto de concesión del derecho que le compete. En el supuesto de surgir la remisión condicional, se retrotrae al día siguiente en que se hubiere extinguido la pena, caso de no haber disfrutado de este bien⁵⁵³.

La reforma 5/2010 señala que, el tiempo de privación de libertad provisional será abonado a las penas, *salvo en cuanto haya coincidido con*

⁵⁵² Las dudas de Jueces y Tribunales se han venido resolviendo mediante petición de pareceres, como la Consulta 2/1989 de la Fiscalía General del Estado sobre computación del año a efectos del cumplimiento de las condenas, que aclara que, el día inicial se cuenta por entero, cualquiera que sea la hora en que se inició el cumplimiento de la pena.

⁵⁵³ Artículo 136.3 CP:

3. *Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, 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.*

En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.

cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada a le sea abonable en ella (art. 58.1 CP).

La competencia sobre los abonos de penas se distribuye entre el Juez o Tribunal sentenciador, cuando sean abonos dentro de la misma causa y el Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuando sean causas distintas y el condenado se encuentre en prisión⁵⁵⁴.

Debemos aclarar, siguiendo a MAPPELLI CAFFARENA, que, los abonos, pueden hacerse sobre cualquier tipo de pena y de cualquier medida cautelar sin necesidad de que coincidan las causas penales en las que se impusieron, ni la naturaleza de ambas, quedando únicamente prohibidos los abonos duplicados⁵⁵⁵. Las reglas de vigencia temporal de las medidas cautelares, de cara a su abono, se aplican sea cual sea su naturaleza⁵⁵⁶.

Repetimos que no contiene el CP precepto alguno para contabilizar el tiempo, por lo que debe proveerse acudiendo a lo establecido en el Código Civil⁵⁵⁷. Existe dificultad para establecer un juicio de cómputo temporal general por las diferentes finalidades que cumple, según se utilicen como elementos típicos⁵⁵⁸, como delimitación de penas (art. 33 CP) o en su cumplimiento.

Los días, inicialmente, no deben plantear problemas, pues se cuentan los días naturales sin exclusión, en ningún caso, de los inhábiles (art. 5 CC). Los

⁵⁵⁴ Se satisface medrosamente, por parte del legislador, las aspiraciones de los jueces de vigilancia penitenciaria de asumir por completo las labores de liquidación de las condenas.

⁵⁵⁵ Borja MAPPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp.119-120.

⁵⁵⁶ Artículo 58.4 CP:

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.

⁵⁵⁷ Artículo 5.1 CC:

1. Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes.

⁵⁵⁸ Artículo 163.2 y 3 CP:

2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.

3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.

días no pueden fraccionarse y, por razones humanitarias, se entiende que, las fracciones, deben contar como días completos a favor del reo, tal y como apuntamos al principio del presente subapartado.

Para los asuntos relativos al cumplimiento, cuando las magnitudes vienen dadas en meses o años, el cálculo se hará de fecha a fecha. Si se trata de resolver cuestiones relativas a beneficios o para determinar la cuantía de la multa, los meses se entenderán de 30 días y, los años, de 360 días⁵⁵⁹.

⁵⁵⁹ Consultas Fiscalía General del Estado 9/1985, de 11 de noviembre, sobre libertad condicional y 2/1989, de 26 de abril, sobre computación del año a efectos del cumplimiento de las condenas.

CAPÍTULO VII.

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. CRISIS DE LAS PENAS CARCELARIAS (I).

1. **Sustitutivos de las penas privativas de libertad en el Código Penal español. Aproximación a la suspensión de la pena privativa de libertad.**

El instituto de la suspensión de la pena privativa de libertad es un privilegio que concede la Ley punitiva para supuestos claros en los que la resocialización como finalidad de la pena prima sobre la finalidad de prevención general y especial. Se trata de los llamados delincuentes primarios, aquellos que carecen de antecedentes penales y han cometido delitos de los que podemos considerar menos graves, sin que penda en la ejecución la satisfacción de responsabilidad civil.

En estos supuestos, el legislador ha entendido que en aras a una correcta reinserción y resocialización del penado se prescinda del cumplimiento efectivo de la pena, la cual queda en suspenso durante el periodo de tiempo que indique el tribunal sentenciador quedando ulteriormente extinguida la pena mediante el auto de remisión definitiva de la condena.

Pues bien, este instituto de la suspensión no deja de plantear problemas relativos a la suspensión a los ciudadanos extranjeros con estancia ilegal en nuestro país⁵⁶⁰, o problemas relativos a la revocación de la suspensión si durante el plazo de la misma se ha cometido un nuevo delito, o se ha imputado un nuevo delito al beneficiario aún cuando no ha recaído sentencia firme por el mismo.

En efecto, la suspensión es discrecional para el juez, y por lo tanto no es de concesión automática, sino que se ponderarán las circunstancias

⁵⁶⁰ Tratamos su estudio en el capítulo IX del presente trabajo.

concurrentes en cada caso concreto, pasando la motivación de la resolución judicial por la argumentación de considerar procedente su concesión o no en aras a una mejor resocialización del penado.

Las dudas comienzan a plantearse en supuestos, por ejemplo, en los que se ha sustituido una pena de multa por prisión, toda vez que la escasa duración de la pena de privación de libertad sugiere plantearse como automática la concesión de la suspensión. Sin embargo, nada más lejos de la intención del legislador esta conclusión⁵⁶¹.

1.1 Consideraciones generales.

Que la realidad penitenciaria, tal y como la percibimos diariamente, suscita una imagen por lo general negativa no es algo que, hoy por hoy, precise de gran explicación. A pesar del esfuerzo reformador realizado, fundamentalmente en la década de los años 70 del siglo XX, y no obstante las innegables mejoras de algunos de los aspectos de la vida en prisión, la cárcel (y con ella el sistema penal, del que es privilegiado escaparate) continúa presentándose como un mero lugar de exclusión y de segregación, fuente de injusticia y de sufrimientos inútiles⁵⁶².

Configurada constitucionalmente en España como lugar para la reeducación y reinserción social, la prisión se caracteriza precisamente por lo contrario. La población interna excede ampliamente la capacidad del sistema y, si no lo impide, dificulta muy mucho la implementación de cualquier política penitenciaria racional que vaya más allá de la mera contención o almacenamiento de los presos. Los presupuestos penitenciarios, muchas veces volcados a la aplicación de los avances técnicos en materia de seguridad, resultan muy restrictivos en cuanto al desarrollo de programas reeducadores y

⁵⁶¹ Imaginemos una condena por delito contra la seguridad vial en la que se impone una pena de prisión de las previstas en el artículo 383 por ejemplo, y se plantea la suspensión de la pena. En estos casos, en principio, si se carece de antecedentes penales y se ha abonado la responsabilidad civil que pudiera haberse impuesto en sentencia, se podría conceder la suspensión. Sin embargo, puede ocurrir que el reo tenga un historial delictivo que si bien no se consagra en unos antecedentes penales que habrán sido cancelados, si permitirá al juez valorar el riesgo de reiteración delictiva o la escasa importancia o rendimiento que la suspensión tendrá para la resocialización o reinserción del reo en cuestión.

⁵⁶² José Luis DE LA CUESTA AZURMENDI, *FORMAS SUSTITUTIVAS DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995*, en Juan Ignacio ECHANO BASALDÚA (Coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, pp. 125-152.

resocializadores eficaces (que los hay)⁵⁶³.

A ello se añade una alta penetración en prisión de la droga y de los problemas derivados de la misma (SIDA...). Resultado: la prisión actual, lejos de resocializar, acentúa la desocialización y marginación de los internos que, controlados muchas veces más por las mafias del interior que por la propia Administración penitenciaria, viven el período de internamiento como una época de privaciones (no sólo de la libertad) volcada a la acentuación y reforzamiento de sus carreras criminales.

Esto tiene lugar ante una sociedad cada vez más represiva e insensibilizada por la problemática penitenciaria y en el marco de una absurda política oficial (no por negada menos evidente) de desconfianza y distanciamiento entre el mundo penitenciario y la calle: ahí están la falta de información ministerial sobre el mundo penitenciario, incluso para los estudiosos, y las trabas a los grupos de voluntarios⁵⁶⁴, deseosos de realizar actividades con los presos...

El profesor MIR PUIG señala que, el rasgo tal vez más llamativo de la evolución de los sistemas penales actuales es *la previsión en ellos de mecanismos tendentes a evitar la aplicación de penas privativas de libertad no absolutamente necesarias*⁵⁶⁵.

A consecuencia de la progresiva humanización de las ideas penales, paralela al aumento del nivel económico en los países desarrollados, la privación de libertad aparece ya hoy como una pena que resulta excesiva en muchos casos. Ello ha determinado, por una parte, una tendencia a acortar la duración máxima de las penas de prisión, así como a privarles de efectos secundarios indeseables.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es uno de los instrumentos jurídicos más eficaces, extendidos y consolidados en el derecho comparado para evitar el cumplimiento efectivo de estas penas cuando son de corta duración. La buena acogida de esta institución en la

⁵⁶³ Santiago REDONDO ILLESCAS y Vicente GARRIDO GENOVÉS, *Diez años de intervención en las prisiones españolas*, Delincuencia, 1991, 3,3 pp. 237 y ss.

⁵⁶⁴ Antonio BERISTAIN IPIÑA, *Relaciones entre los privados de libertad. Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad*, Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, III, 1999, y el mundo exterior (El voluntariado), *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. extraordinario, enero 1988, pp. 29 y ss.

⁵⁶⁵ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 689 y ss.

mayoría de los países y su evolución expansiva en el nuestro, es la mejor prueba de sus positivos resultados⁵⁶⁶.

El CP de 1995, adoptando “un concepto amplio y tradicional de alternativas penales”, que “técnicamente” se presentan “más como paliativos que como auténticos sustitutivos⁵⁶⁷”, en el epígrafe *De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional*, el capítulo III del título III regula, en secciones independientes, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, la sustitución de las penas privativas de libertad y la libertad condicional.

De este modo, de cabida a dos instituciones que evitan, en determinadas circunstancias, el ingreso en prisión de condenados a penas de escasa gravedad, dando forma a un sistema de alternativas a la privación de libertad inspiradas en la idea de la prevención especial y, de otra parte, mediante la libertad condicional, se permite que, el penado, cumpla su último periodo de condena fuera de la cárcel.

En opinión de VAELLO ESQUERDO, el CP no ofrece criterios decisivos para determinar cuándo, el Juez, tiene que aplicar la suspensión o la sustitución, pudiendo optar por cualquiera de ambas. Una de las soluciones apuntadas para resolver tal materia es entender ambos institutos como una fase más de la individualización de la responsabilidad penal debido a las necesidades preventivo-especiales y, en consecuencia, el órgano judicial, aplicará un o u otro de acuerdo con la conveniencia resocializadora de cada supuesto⁵⁶⁸.

Pero, por más que la nueva regulación ha aproximado nuestro modelo de suspensión a la *probatio* inglesa con una mayor orientación preventiva especial, avanzando en la desaparición de los elementos más objetivos (tipos de delito, rebeldía, etc.), resulta excesivamente objetivizada en algunos de sus aspectos, como cuando se hace depender la revocación de la

⁵⁶⁶ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 121.

⁵⁶⁷ Jaime Miguel PERIS RIERA, *Capítulo III: De las formas sustitutivas de la ejecución de la pena privativa de libertad. Introducción*, en Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. III, Madrid, 2000, p. 1080.

⁵⁶⁸ Esperanza VAELLO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 62 y ss.

simple comisión de un nuevo delito sin atender a otros criterios⁵⁶⁹.

1.2 Orígenes de la suspensión de las penas privativas de libertad.

Los principios podemos encontrarlos en el Derecho canónico que, ya en el siglo XIV, contemplaba la posibilidad de una remisión judicial de las penas a los inculpados que se arrepentían, liberación que se hacía definitiva si no volvían a delinquir.

La constatada dificultad de lo penitenciario para propiciar los fines resocializadores pretendidos no es nada nuevo. Nacida a finales del XVIII como respuesta más racional y humana que las anteriores para el fenómeno delictivo, la prisión muy pronto demostró que raramente contribuía a resolver alguno de los conflictos individuales o sociales puestos de manifiesto o suscitados por el crimen, de aquí que, junto a los esfuerzos (presentes en el sistema penitenciario desde sus orígenes) por lograr sistemas más suaves y eficaces de ejecución de la pena (la prisión abierta), ya desde la segunda mitad del XIX asistamos a un proceso de búsqueda e invención de alternativas a la institución carcelaria.

En el derecho anglosajón, aparecen formas de suspensión de las penas en el siglo XIX (binding-over), pero, los referentes más cercanos son el belga (1888) y el francés (1891). La condena condicional, se introduce en España en 1900, pero tardó nueve años su entrada en vigor. La Ley de Condena Condicional de 17 de marzo de 1908, ya derogada, resultaba tan restrictiva que, su incidencia, debió de ser escasa.

La antigua remisión condicional consistía en un arquetipo *sui generis* de indulto, delegado a los Tribunales; si bien las diferencias eran notables entre ambas instituciones, la más importante de las cuales consistía en que, la suspensión, formaba parte del proceso de individualización de la pena.

Desde sus raíces, la remisión condicional afectaba sólo a la ejecución de las penas privativas de libertad. Ni los condenados a medidas de seguridad de internamiento o al resto de las penas podían beneficiarse de la

⁵⁶⁹ Insistimos en no olvidar que, el sentido de tal estatuto es favorecer la reinserción del penado, para lo cual es preciso atender a las circunstancias personales y a sus vínculos sociales, lo cual, no guarda siempre relación con la reincidencia. Tampoco es conveniente que, los antecedentes, sean una condición *sine qua non* para el disfrute de la suspensión y, mucho menos, en los casos de drogodependientes, sin negar, por ello, que deba valorarse como elemento del estudio de la personalidad.

misma. Sin embargo, pronto se vio que ello podía dar lugar a situaciones contradictorias e injustas. En el CP actual, las dudas se despejan y vuelve a quedar claro que, la remisión, sólo puede dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad⁵⁷⁰.

2. Inconvenientes de las penas privativas de libertad de larga duración. Reflexiones político-criminales.

Mucho se está debatiendo sobre la conveniencia o no de adoptar, por el Derecho penal, la imposición de castigos severos para los delitos más graves (terrorismo, homicidio/asesinato de menores e incapacitados.....). Este debate, surgido al amparo de los enfrentamientos entre el gobierno, la oposición y la opinión pública, a consecuencia de los últimos abominables delitos de secuestro y asesinato de menores, haciéndose eco del clamor de una parte de la sociedad para adoptar estas medidas, encuentra obstáculos o impedimentos en nuestro ordenamiento jurídico penal y constitucional.

En efecto, el art. 25.2 de la CE nos habla del objetivo de la reinserción social de las penas privativas de libertad. Nuestro TC en este sentido ha reiterado en diversas sentencias⁵⁷¹, que el art. 25.2 de la CE no recoge un derecho fundamental, lo cual parecería lo más lógico al encontrarse dicho precepto dentro de la Sección I del Capítulo II (referida a los derechos fundamentales y libertades públicas), sino que se trata de un “mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria”.

En cualquier caso la CE, en el precepto que estudiamos, configura un marco constitucional del ordenamiento jurídico-penal. Y el matiz de derecho fundamental se deja a la discusión doctrinal, fácilmente argumentable a favor

⁵⁷⁰ Artículo 80 CP:

1. Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada.

En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste.

2. 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.

3. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados.

4. Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

⁵⁷¹ Vid. la STC 75/1998.

de que se considere como tal, recurriendo al mero hecho de la ubicación del precepto, de la redacción del art. 53.2 de la CE⁵⁷² y de la falta de reforma alguna de la CE respecto de ambos mandatos.

Por su parte el CP de 1995 parece responder al marco constitucional establecido por la Carta Magna, al hacer referencia y regular la reinserción social en varios preceptos⁵⁷³. Establecida la misma como objetivo de la política criminal por imperativos constitucionales y penales, y concebida como mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria por algunas sentencias, lo que es indudable es la suma importancia de la misma en nuestro Derecho penal.

Ni la prisión perpetua ni las penas de larga duración pueden tener cabida en un sistema penitenciario orientado a la resocialización, que aspira ante todo a crear unas expectativas para una futura incorporación pacífica del penado en la sociedad⁵⁷⁴.

Con la prisión a perpetuidad no se puede alcanzar este fin, pero, tampoco, con las penas excesivamente largas ya que, unas y otras, presentan un doble aspecto crítico: por una parte, una reclusión de esas características no da lugar a que, el penado, una vez cumplida la pena, pueda rehacer su vida, por lo que, la condena, lleva irremediamente unida la destrucción del sujeto como ser social (*muerte civil*). Por otra parte, el desarrollo de las investigaciones ha demostrado que, los largos periodos de reclusión, provocan en quienes los sufren daños irreversibles en su personalidad, que los convierten en tratos inhumanos y degradantes (art. 15 CE).

A juicio de MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, la idea de la rehabilitación del delincuente mediante la aplicación de la pena de prisión y lo que, en términos modernos, se conoce como resocialización, ha entrado en una profunda crisis que coincide con la de la propia pena privativa de libertad. Por un lado, aparecen todas las críticas al propio concepto de resocialización en la

⁵⁷² Artículo 53.2 CE:

2. *Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.*

⁵⁷³ Vid. Artículos 36.2, 78.3, 88, 90, 93,... CP

⁵⁷⁴ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 81 y ss.

medida en que puede contener la pretensión moralizante de cambiar las actitudes internas del condenado o la hipocresía de intentar reincorporar al individuo a la misma sociedad que genera las causas de la delincuencia, sin procurar atajarlas. Asimismo, la rehabilitación parece poder predicarse, exclusivamente, de los delincuentes marginales e inadaptados, pero de aquéllos perfectamente identificados con las pautas de la sociedad en la que viven⁵⁷⁵.

También se muestra contraria a las penas de prisión demasiado largas, en términos generales y sobre la base del pensamiento resocializador, VAELLO ESQUERDO, porque, lejos de permitir una actuación recuperadora del delincuente, pueden incrementar su tendencia desviada al entrar en contacto con el mundo carcelario⁵⁷⁶.

Cierto sector de la doctrina, en cambio, ha defendido la conveniencia de las penas de larga duración por razones de prevención general y de oportunidad, apuntando en su favor que, su desaparición, en estos momentos en los que se reclama mayor dureza represiva frente a un pretendido aumento de la criminalidad y frente a fenómenos nuevos dentro de ella como el crimen organizado, el terrorismo o el narcotráfico, puede desatar corrientes de opinión en la sociedad a favor de penas aun más graves como la pena de muerte.

Pero, nada de esto tiene sustento empírico dado que, las investigaciones criminológicas coinciden en destacar que, tras dichas corrientes de opinión, se ocultan motivaciones políticas y que, una sociedad bien informada, se vuelve más tolerante y proclive a soluciones reparadoras, más, cuando se sabe que, los índices de criminalidad, no varían por muy duras que sean las penas⁵⁷⁷.

En España, la prisión deja de ser perpetua a partir del CP de 1870, que, aunque mantiene la denominación, prevé la concesión de indultos a los treinta años, y desaparece, definitivamente, con el Código de 1928. En efecto, no

⁵⁷⁵ Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 509 y ss.

⁵⁷⁶ Esperanza VAELLO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 39-40.

⁵⁷⁷ El propio TEDH estima las penas de 40 años como cadenas perpetuas y considera un motivo de inhumanidad de penas su duración. El Consejo de Europa afirma los nefastos efectos que pueden tener las penas de larga duración en la resocialización de los reos y, como hemos reseñado, nuestro artículo 15 CE, prohíbe penas degradantes e inhumanas. En consecuencia tenemos un límite absoluto de pena que, objetivamente, es una verdadera cadena perpetua.

existe en nuestro Derecho la cadena perpetua. Subraya MIR PUIG⁵⁷⁸, que ni siquiera se introdujo cuando se abolió la pena de muerte del CP, a diferencia de lo que es corriente en Derecho comparado, para los delitos que dejan de castigarse con la pena capital, aunque generalmente sea usual que se indulte al condenado tras un determinado plazo⁵⁷⁹.

Ahora bien: la pena de prisión puede imponerse con una duración que faculta llegar a los *treinta años*, e incluso a *cuarenta años* en caso de concurso real de delitos, y que ha de considerarse ya de una gravedad extraordinaria, en cierto modo, próxima a la de «prisión perpetua» de los países en que ésta se indulta transcurrido cierto tiempo. Téngase en cuenta que hoy se considera comprobado que, las penas superiores a quince años, producen graves daños en la personalidad del recluso, lo que se opone al objetivo de resocialización fijado por el art. 25. 2 de la Constitución.

Sostienen COBO DEL ROSAL-QUINTANAR DÍEZ, que, la reeducación y reinserción social, no constituye un fin *per se* de las penas, a pesar de lo dispuesto en el art. 25.2 de la CE, puesto que, el ámbito de incidencia de lo establecido el mismo, se centra en el momento de la *ejecución* de la pena, hallándose encuadrado entre los derechos fundamentales y las libertades públicas (Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I). Concluyen los susodichos autores que, por lo tanto, se trata de un derecho fundamental del condenado a poder ejercer voluntariamente su derecho de reincorporación a la sociedad en condiciones satisfactorias, así como a que se le presten los medios precisos para el desarrollo adecuado de la personalidad. Esto es, que se trata de una imperativa orientación constitucional de la ejecución de las penas, pero no un fin de las mismas⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Por todos, Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 687.

⁵⁷⁹ Aunque la pena de cadena perpetua no está prevista en el CP español, durante la discusión de la reforma penal de 2010, el Partido Popular, propuso la incorporación de la cadena perpetua a dicho texto legal, con la posibilidad de revisarla durante su cumplimiento. Efectivamente, la cadena perpetua no revisable pudiera ser inconstitucional porque, por definición, no se orienta a la reinserción social del condenado (art. 25.2 CE). Sin embargo, tal propuesta es contradictoria con la exigencia de cumplimiento *efectivo* de las penas largas que, reformas anteriores, habían incorporado al art. 78 CP: En teoría, la cadena perpetua, debería dedicarse a casos más graves que los hoy sancionados con treinta o cuarenta años de prisión, y, si en éstos, la pena se cumple efectivamente, carece de sentido que, los merecedores de cadena perpetua, pudieran ver revisada su pena. Vid. Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 512.

⁵⁸⁰ Cuestión definida por Manuel COBO DEL ROSAL y Manuel QUINTANAR DÍEZ, *Comentario al artículo 25.2, en comentarios a la Constitución española de 1978*, pp. 139-142, en Manuel COBO DEL ROSAL-Manuel QUINTANAR DÍEZ, *Instituciones de Derecho penal español*, op. cit., p. 278.

Descartada la cadena perpetua, la cuestión se centra en determinar cual ha de ser legalmente la duración máxima de la pena privativa de libertad para que no desdiga de los objetivos asignados por la CE. Si atendemos a la información que suministra el derecho comparado, los actuales veinte, veinticinco, treinta o cuarenta años de nuestro CP, resultan excesivos⁵⁸¹.

Resulta difícil determinar cuál es el tiempo máximo de permanencia en prisión que puede soportar el hombre, dado que son muchas las variables que influyen en ello, pero, las investigaciones criminológicas apuntan a que, la duración de la reclusión, no debe superar de forma continuada, los quince años. Superado este periodo comienzan a aparecer graves trastornos en la personalidad muy difíciles de reparar: episodios de reducción de funciones vitales, de desarrollo patológico de la personalidad, así como procesos de regresión a estadios infantiles y otros tipos de disfuncionalidades.

La exigencia de establecer unos límites temporales que preserven a la persona de esos efectos irreversibles procede, en primer lugar, del respeto al derecho a la dignidad⁵⁸² y la prohibición de los tratos inhumanos destacados *ut supra*.

Abundamos en que, desde la Ciencia penitenciaria, se nos recomienda la eliminación de las penas de prisión de larga duración puesto que, materialmente, nunca llegan a cumplirse, debido al paso de los años, las enfermedades sobrevenidas propias de los encierros prolongados, la nulidad de los riesgos de reincidencia y a que, quienes sufrieron los delitos, se olvidaron. Examinado lo precedente, mantener a la persona en la cárcel, se convierte en una publicación solemne de la crueldad del sistema y de quienes

⁵⁸¹ En Alemania, sin tener en cuenta la cadena perpetua, la pena de prisión máxima es de quince años. En aquellos países de nuestro entorno (norte de Europa) en los que, la cadena perpetua ha desaparecido, la duración máxima no suele exceder de los quince años. En Noruega, el asesinato, tiene una duración máxima de veintiún años. En Italia, la reclusión puede alcanzar los veinticuatro años, si bien, la legislación terrorista y los casos de concursos, permiten penas de treinta años. Por su parte, el CP francés de 1992, mantiene la prisión perpetua, y, la duración de la pena de reclusión criminal, puede llegar a treinta años. En Portugal, la pena de prisión tiene una duración máxima de veinticinco años y, en Marruecos, la duración máxima es de treinta años.

⁵⁸² Artículo 10 CE:

1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

lo permiten.

3. **Contrariedades de las penas privativas de libertad de corta duración. Medios para sustituirlas.**

El rasgo tal vez más llamativo de la evolución de los sistemas penales actuales es la previsión en ellos de mecanismos tendentes a evitar la aplicación de penas privativas de libertad no absolutamente necesarias⁵⁸³.

A consecuencia de la progresiva humanización de las ideas penales, paralela al aumento del nivel económico en los países desarrollados, la privación de libertad aparece ya hoy como una pena que resulta excesiva en muchos casos. Ello ha determinado, por una parte, una tendencia a acortar la duración máxima de las penas de prisión, así como a privarles de efectos secundarios indeseables. Lo mismo se refleja en las modernas concepciones penitenciarias, como la que inspira la Ley General Penitenciaria española.

Pero la «crisis» de la prisión se advierte también en una firme tendencia a evitar las penas cortas de prisión. Se basa en dos razones principales. La primera es que son éstas penas que antes desocializan que favorecen la resocialización, puesto que permiten ya el contagio del pequeño delincuente al entrar en contacto con otros más avezados y en cambio no posibilitan el tiempo necesario para emprender un tratamiento eficaz. La segunda razón es que las penas cortas de prisión se prevén para delitos poco graves, para los cuales bastarían penas menos traumáticas.

Para evitar las penas cortas de prisión existen distintas posibilidades. Cabe acudir a otras penas (como ahora en España a una multa o a la localización permanente, previstas en lugar de penas de prisión inferiores a tres meses) y cabe también renunciar a toda pena, vías ambas que se intentan en las legislaciones penales actuales. Mas existe una posibilidad intermedia que se halla especialmente difundida en el presente: la suspensión de la ejecución de la pena, que estudiaremos *ut infra*, a condición de que el sujeto no vuelva a delinquir o de que cumpla ciertas condiciones dentro de cierto plazo.

Abundamos en que, si de una parte, razones de prevención general obligan a mantener la pena de prisión en el sistema actual, y, de otra, la necesidad de evitar la desocialización del condenado empuja a limitarla, de la combinación de ambos criterios resulta un planteamiento que tiende a reducir

⁵⁸³ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 689 y ss.

las dimensiones de la pena de prisión tanto por su máximo como por su mínimo, esto es, a prescindir de las penas de prisión excesivamente largas y también de las excesivamente cortas⁵⁸⁴.

Efectivamente: si, la prisión excesivamente larga, es inhumana y nada resocializadora, se reprocha a la prisión corta su nulo efecto preventivo general y su incapacidad para la rehabilitación. Sin embargo, concordar lo que es excesivamente largo o corto en la duración de la pena de prisión plantea problemas que expresan el constante conflicto entre prevención general y prevención especial.

El CP de 1995 había acabado con el sistema de penas cortas privativas de libertad de duración continua, esto es, las penas de prisión inferiores a seis meses, pero, las penas alternativas (multas, arrestos de fin de semana, trabajos en beneficio de la comunidad), al parecer no lograron cumplir satisfactoriamente su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia, por lo que, la reforma de 2003, frustró aquel objetivo, reduciendo la extensión mínima de la prisión a tres meses, suprimiendo los arrestos de fin de semana y estableciendo una nueva pena de localización permanente, de cumplimiento por lo general continuado y de relativamente escasa duración⁵⁸⁵.

Para MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN⁵⁸⁶, el mínimo de tres meses de prisión que recoge el CP resulta difícil de apoyar atendiendo exclusivamente a criterios de prevención especial: nada asegura que, a partir de los tres meses de internamiento se logre con éxito la resocialización del penado y, al contrario, que resulte absolutamente imposible evitar la reincidencia del condenado si, lo que se le impone, es una pena de inferior duración.

En esta línea, se ha puesto de manifiesto que, las penas cortas de prisión pueden, incluso, resultar eficaces en relación a determinados delitos como los que habitualmente se cometen por sujetos socialmente integrados (delitos

⁵⁸⁴ Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 510 y ss.

⁵⁸⁵ No obstante, desde la reforma de 2010 hasta seis meses, normalmente fuera de un establecimiento penitenciario. Vid. Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 36 y ss.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 511.

económicos, delincuencia de tráfico, etc.), respecto a quienes la prisión, aunque sea de corta duración, siempre produce un efecto intimidatorio, y, por otro lado, no se encuentran sometidos a los mismos riesgos desocializadores al contar con mayores posibilidades de reintegración social.

Otra dificultad que plantean las penas de corta duración consiste en la convicción de que, cualquier reclusión por unos pocos días o meses, lesiona gravemente las relaciones sociales del condenado, por la carencia de intervenir sobre el mismo, para desarrollar labores resocializadoras y la falta de apoyos para consolidar y experimentar conductas conforme al derecho, por lo que, en el momento de la liberación, dicho sujeto, se halla sólo frente a sus remotos problemas, ahora, de mayor extensión.

Hemos señalado que, las posibilidades de contagio criminal en los casos de penas de prisión cortas, son muy altas. A la vez, la ejecución de las mismas comporta una grave alteración de la vida en el centro penitenciario y, no lo olvidemos en estos momentos de penuria, su costo económico es muy considerable. Por lo demás, los efectos positivos, en relación con los fines preventivos generales, no se descubren, es decir, la sociedad, da por buena, en relación con esta zona punitiva de baja magnitud, que se introduzcan alternativas para evitar la entrada en prisión⁵⁸⁷. Más razones para evitar el ingreso en prisión para estancias cortas⁵⁸⁸.

La decisión político-criminal que fija un periodo mínimo de prisión, no debe basarse en que, a partir del mismo, la prisión adquiera facultades mágicas para la resocialización, sino en que, tal cantidad de pena mínima de prisión, refleja una gravedad de las conductas sancionadas que impide renunciar al efecto preventivo general característico, por excelencia, de la pena de prisión.

Las penas de prisión de corta duración presentan su problemática específica, al cuestionar la Ciencia penal la conveniencia de mantener la de

⁵⁸⁷ Estos puntos han sido investigados por el profesor Hans-Jörg ALBRECHT, de la Universidad de FRIBURGO (Alemania), cuyos estudios cuantitativos comparan grupos de penados que cumplieron penas de prisión inferiores a seis meses con otros que fueron condenados a penas de multa, resultando un porcentaje de reincidencia tres veces superior entre los primeros (50% frente 16%).

⁵⁸⁸ Sería un gravísimo error colegir que, las alternativas a las penas de corta duración, constituyesen la solución a los problemas de crecimiento de la población penitenciaria, planteamiento que nacería viciado y llegaría a su término con una excarcelación acelerada, provocando resultados muy negativos y una desconfianza en el sistema.

duración inferior a un año, aproximadamente⁵⁸⁹. El tratamiento de estas penas y del vacío que origina su desaparición, ha dado lugar en Europa a una rica y diversa oferta de alternativas con propuestas de nuevas penas.

En tal sentido, los esfuerzos por evitar las penas cortas de prisión se dirigen a tres frentes distintos: no se castiga ningún delito con pena de prisión de corta duración; se incorporan penas alternativas para llenar ese vacío punitivo y, finalmente, se amplía el número e incidencia de los institutos de sustitución o de suspensión de la ejecución.

De este modo, la prisión debe quedar reducida a los mínimos imprescindibles, entendiéndose por tales, aquellos que resultan suficientes para ejercer la prevención general (en la duración mínima), no llega a producir efectos tan devastadores sobre el condenado como para provocar su recuperabilidad social (en cuanto a la duración máxima).

En definitiva, resulta extraordinariamente problemático referirse a la prevención general y especial como conceptos absolutos y válidos para todo tipo de delincuentes, pretendiendo solucionar sus antinomias en la fijación de una duración concreta de la prisión que aspire a recoger todas las exigencias de una y otra finalidad.

4. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

4.1 Descripción general del modelo.

Como hemos reseñado con anterioridad, la presencia de esta institución en el Derecho penal español se remonta a principios del siglo XX, en que se introdujo la condena condicional (sobre el modelo de “indulto delegado”), habiendo constituido durante todo el siglo XX (hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal) “la única” forma sustitutiva de las penas privativas de libertad de corta duración.

El art. 988 de la LECrim establece que, *Cuando una sentencia sea firme, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141 de esta Ley, lo declarará así el Juez o Tribunal que la hubiera dictado*⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 84 y ss.

⁵⁹⁰ Artículo 141 LECrim:

Las resoluciones de carácter judicial que dicten los Juzgados y Tribunales se denominarán:

✓ *Providencias, cuando resuelvan cuestiones procesales reservadas al Juez y que no requieran legalmente la forma de auto.*

Hecha esta declaración, se procederá a ejecutar la sentencia aunque el reo esté sometido a otra causa, en cuyo caso se le conducirá, cuando sea necesario desde el establecimiento penal en que se halle cumpliendo la condena al lugar donde se esté instruyendo la causa pendiente.

Esta regla de validez general, trata de preservar la integridad del ejercicio de la potestad jurisdiccional en la que se incardina, no sólo la función de juzgar, sino también, y con pareja trascendencia, la de ejecutar lo juzgado en sus propios términos (art. 117.3 CE).

Nuestro ordenamiento penal vigente, atenúa el aparente automatismo de la norma cuando otorga a la autoridad judicial la potestad discrecional de suspender el cumplimiento de las penas privativas de libertad para facilitar el logro del fin de prevención especial, dirigido a la resocialización del delincuente.

De acuerdo con lo anterior, considera el Legislador que, en determinadas circunstancias, la realización del fin constitucional de

-
- ✓ *Autos, cuando decidan incidentes o puntos esenciales que afecten de una manera directa a los imputados o procesados, responsables civiles, acusadores particulares o actores civiles; cuando decidan la competencia del Juzgado o Tribunal, la procedencia o improcedencia de la recusación, cuando decidan recursos contra providencias o decretos, la prisión o libertad provisional, la admisión o denegación de prueba o del derecho de justicia gratuita o afecten a un derecho fundamental y, finalmente, los demás que según las Leyes deben fundarse.*
 - ✓ *Sentencias, cuando decidan definitivamente la cuestión criminal.*
 - ✓ *Sentencias firmes, cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación.*
 - ✓ *Llámase ejecutoria el documento público y solemne en que se consigna una sentencia firme.*
 - ✓ *La fórmula de las providencias se limitará a la determinación de lo mandado y del Juez o Tribunal que las disponga, sin más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerde, la firma o rúbrica del Juez o del Presidente y la firma del Secretario judicial. No obstante, podrán ser sucintamente motivadas sin sujeción a requisito alguno cuando se estime conveniente.*
 - ✓ *Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten.*

Todas las resoluciones incluirán la mención del lugar y fecha en que se adopten, y si la misma es firme o si cabe algún recurso contra ella, con expresión, en este último caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que debe interponerse y del plazo para recurrir.

reeducación y reinserción social del penado, pasa por evitar la ejecución penitenciaria de la pena privativa de libertad supeditándola a una resolución en virtud de la cual queda remitida definitivamente la pena de prisión impuesta al reo, si éste cumple su compromiso de no volver a delinquir en un periodo de tiempo determinado⁵⁹¹.

El actual CP ha modificado en varios aspectos importantes la anterior regulación de la «condena condicional». Ha sustituido esta denominación, ha hecho siempre discrecional la suspensión condicional, ha ampliado las posibilidades de su concesión, y ha introducido la posibilidad de imponer ciertas obligaciones al sujeto.

La LO 15/2003 suprimió, en cambio, una importante novedad de la regulación de 1995, cual era la restricción del acceso a la anotación registral de la condena suspendida durante el período de prueba y su completa cancelación si se cumplían las condiciones de la suspensión.

En primer lugar, se cambia la propia denominación «condena condicional» y la de «remisión condicional» que usaba el CP anterior, por la más precisa de «*suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*».

En el marco de las instituciones probatorias, el CP de 1995 se limita a contemplar, al lado de la libertad condicional (aplicable a toda pena de prisión, al margen de su duración) la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

4.2 Elementos de la regulación.

4.2.1 Supuestos de suspensión: penas que pueden ser suspendidas.

El ordenamiento jurídico español regula la institución de la suspensión de la pena en los arts. 80 y ss. CP, inspirándose principalmente en el sistema continental, si bien es cierto que incorpora algunos aspectos de la *probation*, en cuanto autoriza la imposición al penado de deberes y obligaciones adicionales que ha de cumplir durante el periodo de suspensión.

⁵⁹¹ Esta suspensión de la ejecución se acompaña en ocasiones de la imposición al reo de ciertas reglas de conducta u obligaciones cuyo cumplimiento también opera como condición de la remisión de la condena.

Con carácter general, el ámbito de aplicación de la suspensión de la ejecución son todas las penas privativas de libertad, expresión que, conforme al art. 35 del CP, abarca a las penas de prisión y que también alcanza, para la localización permanente (art. 37 CP) y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa (art. 53 CP) que se traduzca en una privación de libertad. Ello se deduce no sólo de la referencia genérica que hace el precepto a las penas privativas de libertad, sino también, del art. 83.1 CP⁵⁹², pues, al establecer éste la posibilidad de imponer reglas de conducta en los supuestos de suspensión, expresa que, tal decisión, procederá sólo para *el caso de que la pena suspendida fuese de prisión*, con lo que da a entender, *sensu contrario*, que podrán suspenderse también otras penas privativas de libertad, sin que proceda, en ese caso, imponer reglas de conducta⁵⁹³.

En cuanto a las penas privativas de libertad que pueden ser suspendidas, se establece, como regla general, que serán aquéllas cuya duración no supere los dos años (art. 80.1 CP), con las excepciones establecidas en el art. 80.4 CP⁵⁹⁴ y 87.1 del mismo texto legal⁵⁹⁵.

⁵⁹² Artículo 83.1 CP:

1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

- 1ª. Prohibición de acudir a determinados lugares.*
- 2ª. 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.*
- 3ª. Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.*
- 4ª. Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.*
- 5ª. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.*
- 6ª. 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.*
Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1, 2 y 5 de este apartado.

⁵⁹³ Lo justifican Luis GRACIA MARTÍN (coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 132-133.

⁵⁹⁴ Artículo 80.4 CP:

4. Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una

4.2.2 Discrecionalidad judicial. Valoración de la peligrosidad criminal.

El primer inciso del apartado 2 del art. 80 CP viene a indicar expresamente el criterio fundamental que debe guiar al juzgador a la hora de tomar la decisión de si suspende o no la ejecución de la pena: *En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto...* A juicio de MIR PUIG⁵⁹⁶, ello resulta coherente con la finalidad primordial de esta institución, que es la de evitar la privación de libertad y sus efectos negativos cuando no resulte absolutamente necesaria para la prevención general y especial⁵⁹⁷.

El concepto de peligrosidad criminal no aparece definido en el CP, aunque se hace referencia al mismo en su art. 6.1, cuando afirma que *Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.*

En idéntico sentido el art. 95.1 CP desarrolla la noción de peligrosidad al establecer que las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes,... siempre que concurren estas circunstancias: Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito y que del hecho y que de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la

enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

⁵⁹⁵ Artículo 87.1 CP:

1. Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª 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 2º 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.

El Juez o Tribunal solicitará en todo caso informe del Médico forense sobre los extremos anteriores.

⁵⁹⁶ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 691 y ss.

⁵⁹⁷ Las necesidades de prevención general ya se tienen en cuenta al permitir sólo la suspensión de penas no muy graves. La prevención especial depende de las probabilidades de recaída en el delito que manifieste el sujeto: de su peligrosidad criminal. La LO 15/2003 añadió en el art. 80. 1 un segundo criterio que el juez deberá tener en cuenta al decidir acerca de la suspensión de la ejecución de la pena: *la existencia de otros procedimientos penales* contra el condenado. Este criterio puede tropezar con el principio constitucional de presunción de inocencia, por lo que no bastará una consideración automática de procedimientos no concluidos con condena ejecutoria, sino sólo en cuanto aporten concretos y suficientes indicios de peligrosidad criminal del sujeto.

probabilidad de comisión de nuevos delitos.

Se distancia así, el concepto normativo de peligrosidad, de la idea más difusa e insegura de peligrosidad social. Para SOSPEDRA NAVAS, lo que resulta relevante, desde el punto de vista del Derecho penal, no es la integración social del sujeto entendido en función de su situación socioeconómica o de su adscripción personal o grupal al sistema de valores mayoritario o dominante, sino su potencial capacidad para vivir respetando la ley penal⁵⁹⁸.

Identificada la peligrosidad criminal con el juicio de probabilidad de la comisión de nuevos delitos, la resolución judicial que acuerde o deniegue el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, habrá de contener un juicio pronóstico de comportamiento futuro del reo, que habrá de erigirse sobre los datos dimanantes de la causa penal por vía documental, pericial o testifical, así como en datos nuevos y alegaciones que, las partes, puedan presentar en el propio incidente de ejecución en el que se delibere sobre la concesión del beneficio⁵⁹⁹.

La decisión judicial debe adoptar la forma de auto y ser fundada, haciendo una exteriorización de las razones que conducen a la concesión o, en su caso, denegación de tal beneficio, para asegurar su debido conocimiento por el interesado y para facilitar su ulterior control jurisdiccional por medio del sistema de recursos previstos en la Ley procesal.

Respecto a la utilización de la discrecionalidad, MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, señalan que, hasta ahora, los tribunales han concedido la suspensión con un cierto automatismo en toda pena que lo permitiera, si no constaban antecedentes penales y, generalmente, sin ponderar las circunstancias y la oportunidad de la medida. Sin embargo, la discrecionalidad, puede ejercerse previamente también en la elección de la pena a imponer, de modo que, cuando el marco penal y las circunstancias modificativas lo permiten, basta con elegir una pena superior a dos años para evitar la suspensión⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ Francisco José SOSPEDRA NAVAS (Coord.) y otros, *PRÁCTICA DEL PROCESO PENAL*, Volumen II, Thomson-Civitas, 2ª. Edición, Madrid, 2005, pp. 33 y ss.

⁵⁹⁹ De la valoración de los mismos, se habrá de derivar el juicio del comportamiento futuro que será, en su caso, la variable dominante en la concesión.

⁶⁰⁰ Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 571.

Otra forma de aquilatar la peligrosidad subjetiva del reo consiste en valorar la existencia de otros procedimientos penales contra el mismo, pues, el hecho de hallarse encartado en varios procesos penales, revela una tendencia al delito capaz de disuadir legítimamente al juzgador de conceder el beneficio que nos ocupa, originalmente concebido para la redención de la *primera culpa*.

En todo caso, la pendencia de otros procesos penales no se concibe en la norma como presupuesto negativo vinculante de la decisión judicial y no determina, en consecuencia, la obligada negación del beneficio, por lo que habrá de ser tenido en cuenta como un dato más susceptible de valoración conjunta con el resto de las variables.

4.2.3 Requisitos, criterios y procedimiento de la suspensión.

Los requisitos que deben concurrir para que sea posible la suspensión condicional de la ejecución son en parte distintos según que la pena o penas se impongan o no por un delito cometido a consecuencia de drogodependencia. Veremos en primer lugar el régimen general y a continuación el establecido para la drogodependencia.

Según el art. 81 CP, «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.*

En una tendencia claramente restrictiva de esta condición, el texto actual excluye, a estos efectos, no sólo la primera condena, sino todas las anteriores condenas por imprudencia. *Delinquir* debe entenderse en un sentido literal, esto es, como comisión de delitos, de manera que, la comisión de una o más faltas, no impide disfrutar de la remisión⁶⁰¹.

⁶⁰¹ En el momento de la concesión sólo podremos hablar de que un sujeto ha delinquido con anterioridad, no cuando presuntamente ha cometido un delito, sino cuando ha sido condenado en firme por el mismo, si bien, la imposición de la condena puede ser anterior o simultánea. La sentencia condenatoria puede ser simultánea, pero, la fecha de comisión de los hechos, debe ser anterior.

Del precepto se deduce, por tanto, que no cumplen el requisito quienes hayan cometido un delito doloso y no estén o puedan estar rehabilitados.

En la práctica se decide si el sujeto ha delinuido previamente atendiendo a si consta alguna sentencia condenatoria por hechos anteriores en el Registro Central de Penados y Rebeldes, cuyas anotaciones indican las fechas de las sentencias, de su firmeza y las de los delitos. Claro está que si existe un concurso ideal de delitos, todos ellos deberán entenderse cometidos a la vez. Más dudosa es la cuestión de si en caso de concurso real de delitos cabe aplicar la condena condicional al primer delito.

La jurisprudencia considera en todo caso primariedad delictiva si, en el mismo proceso, se condenó al reo por distintos delitos en concurso real⁶⁰². En este mismo sentido, argumenta la FGE que, *partiendo de la necesidad de una sentencia firme...resulta indiferente la naturaleza real o ideal del concurso cometido, pues, en ambos casos se trata de un delincuente primario, habida cuenta de que antes de la comisión de los hechos que integran el concurso ideal o real, no existe dicha sentencia condenatoria*⁶⁰³.

La anterior solución, privilegiaría a la persona juzgada en un solo procedimiento por distintos delitos, que no guardan entre sí relación frente a quién ya fue condenado con anterioridad, y, además, olvida que procede conceder el beneficio cuando ha sido *declarada la firmeza de la sentencia*.

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.

Del art. 80, 1 CP se desprende que sólo pueden suspenderse penas privativas de libertad. Entre las penas privativas de libertad que cabe suspender deben incluirse no sólo las de prisión, sino también las de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria prevista para el caso de impago de multa.

El hecho de no tomar en cuenta para calcular los dos años

⁶⁰² STS de 22 de mayo de 1963.

⁶⁰³ Consulta número 4, de 17 de septiembre de 1999.

la derivada del impago de la pena pecuniaria tiene la ventaja de no dar lugar a soluciones insatisfactorias, como la que se deduciría de la comisión de un delito que llevase aparejada una pena privativa de libertad y unas multa (traducida en responsabilidad personal subsidiaria), cuando la suma de las dos superase los dos años, pero la prisión, considerada de forma aislada, no los rebasase⁶⁰⁴.

3ª. 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.

He aquí otra manifestación de la preocupación, que alienta la Política criminal más actual, por conseguir la satisfacción de la víctima en cuanto a su derecho a ser indemnizada por el daño causado por el delito. Ello se intenta de nuevo utilizando el Derecho penal, que ahora no sólo disminuye la pena si se procede a la reparación del daño⁶⁰⁵, sino que niega la suspensión de la ejecución de la pena si no tiene lugar, salvo la declaración de ser imposible total o parcialmente a que se refiere la ley.

Por supuesto, por otra parte, que la suspensión de la ejecución de la pena no supone la suspensión de la responsabilidad civil derivada del delito o falta correspondiente⁶⁰⁶. El CP se refiere a *responsabilidades civiles* por lo que debemos entender que abarca, tanto la eventual restitución, como a la reparación e indemnización⁶⁰⁷.

Para la eventual suspensión de la ejecución de la pena

⁶⁰⁴ En tal caso, la posibilidad de suspender la pena dependería únicamente de la capacidad económica del sujeto para hacer frente al pago de la multa. Vid. Esperanza VAELLO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 67.

⁶⁰⁵ Artículo 21.5ª) CP:

5ª. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

⁶⁰⁶ Artículo 80.3 CP:

3. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados.

⁶⁰⁷ Artículo 109 CP:

1. 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.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.

impuesta por un delito perseguible por denuncia o querrela del ofendido, el art. 86 CP sienta la obligación de que, el órgano judicial, oiga al ofendido o a quien le represente, antes de concederla⁶⁰⁸.

GRACIA MARTÍN-ALASTUEY DOBÓN, opinan que, 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, se prescindirá del requisito⁶⁰⁹.

El RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas, establece en su art. 14 que, *Recibida la resolución o mandamiento judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, así como los particulares necesarios, cuando se imponga algunos de los deberes u obligaciones previstos en el artículo 83.1.5.ª y 6.ª del Código Penal o la condición de tratamiento y demás requisitos previstos en su artículo 87, los servicios que gestionan las penas y medidas alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo su cumplimiento.*

El procedimiento estudio y valoración lo será, sobre la base de lo preceptuado en el art. 15 de la anterior disposición legal, que preceptúa:

1. *Una vez recibida en los servicios de gestión de penas y medidas alternativas la documentación prevista en el artículo anterior, procederán al estudio y valoración de la situación del condenado y, en atención a la misma, elaborarán el plan individual de intervención y seguimiento, que se comunicará para su conocimiento al órgano jurisdiccional competente para la ejecución sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.*
2. *En el caso de que las circunstancias del condenado hagan necesario modificar alguna de las obligaciones inicialmente impuestas, se realizará la propuesta en el plan de intervención y se estará a la espera de lo que resuelva*

⁶⁰⁸ Artículo 86 CP:

En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena.

⁶⁰⁹ Luis GRACIA MARTÍN y Carmen ALASTUEY DOBÓN, en Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 135 y ss.

el órgano jurisdiccional competente para la ejecución.

3. No obstante, en el caso de que el penado acredite fehacientemente que se opone al cumplimiento del plan de intervención, se informará al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de tal hecho, a los efectos que considere oportunos

A su vez, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas informarán al órgano jurisdiccional competente para la ejecución sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas cuando así lo solicite o con la frecuencia que éste determine y, en todo caso, cada tres meses conforme al CP e, igualmente, enterarán, cuando las circunstancias personales del condenado se modifiquen, cuando se produzca cualquier incumplimiento de las reglas de conducta impuestas y cuando haya finalizado el cumplimiento de las obligaciones impuestas.

4.2.4 Suspensiones extraordinarias de la ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución puede tener, en dos supuestos, carácter extraordinario, exentos de la concurrencia de algunos de los requisitos que venimos estudiando:

1. Según el art. 80.4 CP, *los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.*

En el caso de los penados aquejados de una enfermedad grave con padecimientos incurables, no se requiere ninguna de las condiciones examinadas con anterioridad, pero se establece como requisito específico el de que en el momento de la comisión del delito no tenga ya otra pena suspendida por el mismo motivo, condición que se explica por el mismo fundamento que sirve de base a la no exigencia de los requisitos generales con respecto a tales personas. La comisión de un nuevo hecho delictivo revela que, pese a la existencia de la enfermedad, posee todavía potencial criminal y, en consecuencia, se le considera peligroso.

2. El art. 87 CP⁶¹⁰ contempla un supuesto para

⁶¹⁰ Artículo 87 CP:

drogodependientes en el que puede acordarse la suspensión de la pena privativa de libertad aunque, ésta, tenga una duración de hasta cinco años⁶¹¹.

De acuerdo con lo preceptuado será necesario que, el penado, hubiese cometido el delito a causa de su dependencia del alcohol, las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos., o bien, obren bajo los efectos del síndrome de abstinencia⁶¹².

Además se desprende del art. 87 CP, que sólo evita los requisitos 1º. y 2º. del art. 81 CP, el condenado debe haber satisfecho las responsabilidades civiles en los mismos términos que establece el art. 81.3ª.

1. Aun cuando no concurren las condiciones 1ª. y 2ª. 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 2º. 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.

El Juez o Tribunal solicitará en todo caso informe del Médico forense sobre los extremos anteriores.

2. 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.

3. 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.

4. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, 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.

5. El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.

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 deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, 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.

⁶¹¹ Tope máximo de la pena de prisión menos grave.

⁶¹² Esta suspensión extraordinaria responde a la idea de favorecer los programas de carácter extrainstitucional que faciliten la deshabitación, los únicos capaces de garantizar cierta estabilidad en el tratamiento del drogodependiente, pero también se explica por razones de tipo humanitario y de comprensión ante el problema social de la droga, por lo que se hace extensivo a quienes se encuentran deshabitados.

CP para el régimen común⁶¹³.

Para compensar que la pena suspendida puede ser de hasta cinco años y para asegurar que se dispondrá de tiempo suficiente durante el plazo de la suspensión para desarrollar los correspondientes programas terapéuticos, el art. 87 CP dispone de un plazo de suspensión de tres a cinco años, permitiendo el legislador una mayor discrecionalidad judicial a fin de hacer coincidir el tiempo de suspensión con la duración presumible del tratamiento deshabitador⁶¹⁴.

Los centros correspondientes, deben suministrar una información sobre la evolución del condenado, con la periodicidad que establezca el Juez, que nunca será superior al año⁶¹⁵.

De conformidad con lo preceptuado en el art. 87.5 CP, cuando el penado abandona el tratamiento, el Juez o Tribunal, ordenará la revocación del beneficio. Para MAPELLI CAFFARENA, semejante disposición está reñida con el principio de dignidad en la ejecución de la pena que prohíbe la instrumentalización de las personas a través de aquélla, y, lo que es peor, está reñida con las recomendaciones técnicas que aconsejan huír de un tratamiento impuesto por medio de la amenaza penal⁶¹⁶.

MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN manifiestan que no puede ignorarse que, las recaídas eventuales en el consumo de drogas durante la aplicación del tratamiento no son raras ni excepcionales. Por todo ello debería entenderse abandonado el tratamiento, a estos efectos, cuando constituya un abandono definitivo y estimarse la continuidad del mismo

⁶¹³ También se reproduce para este supuesto la regulación común de las suspensiones en cuanto a las particularidades en la suma de las penas, su naturaleza o el requisito de que procedan de un mismo fallo.

⁶¹⁴ Durante la suspensión, el condenado, no sólo debe evitar la comisión de nuevos delitos sino que no puede abandonar el tratamiento o, de lo contrario, se produciría la revocación, sin que, el órgano judicial, pudiera optar discrecionalmente por una medida menos drástica.

⁶¹⁵ Vid., también, el artículo RD 840/2011:

1. *Los servicios de gestión de penas y medidas alternativas informarán al órgano jurisdiccional competente para la ejecución sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas cuando así lo solicite o con la frecuencia que éste determine y, en todo caso, cada tres meses conforme al Código Penal.*

2. *Así mismo, informarán cuando las circunstancias personales del condenado se modifiquen, cuando se produzca cualquier incumplimiento de las reglas de conducta impuestas y cuando haya finalizado el cumplimiento de las obligaciones impuestas.*

⁶¹⁶ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 137.

cuando se mantenga, pese a haberse producido alguna recaída esporádica⁶¹⁷.

Si transcurrido el plazo suspensivo se acredita la deshabitación, el órgano judicial acordará la remisión definitiva de la condena. De ser necesaria la continuidad del tratamiento, puede prolongar hasta dos años más el plazo de suspensión, pero, si no le convencen los informes técnicos, puede ordenar la revocación⁶¹⁸.

En todo caso, la revocación de la condena condicional no se produce ineludiblemente cuando se incumplen las condiciones establecidas puesto que, en tal caso, subsiste la posibilidad de estimar necesaria la continuidad del tratamiento y prolongar el plazo de suspensión, oídos los informes correspondientes, como hemos visto, de conformidad con lo establecido en el art. 87 *in fine* CP:

4.2.5 Plazos de suspensión, obligaciones y revocación.

La situación de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad está sometida a determinados plazos, fijados por el Juez o Tribunal dentro del margen establecido por la ley y, su vigencia o conservación por el penado beneficiado, están sujetas a determinadas condiciones.

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.*

La condición central del mantenimiento de la suspensión de la pena es que el reo no vuelva a delinquir durante el plazo de suspensión (art. 83.1). Es indiferente que la sentencia condenatoria de un delito cometido

⁶¹⁷ Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 574.

⁶¹⁸ Artículo 87.5 CP:

5. El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.

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 deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, 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.

durante dicho plazo se pronuncie dentro del mismo término o con posterioridad a él.

El CP actual permite someter la suspensión a otras condiciones distintas a la de no delinquir durante el plazo que se fije de suspensión. Si la pena suspendida es de *prisión*, el Juez o Tribunal sentenciador, *si lo estima necesario* podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las «*obligaciones o deberes*» que enumera el art. 83 CP⁶¹⁹. Según el núm. 2 de este mismo artículo, *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.*

Las obligaciones del art. 83 CP, cuyo catálogo está sufriendo una evolución desde sus orígenes tras sucesivas reformas, es harto significativa⁶²⁰. Sólo pueden imponerse cuando se suspendió la ejecución de

⁶¹⁹ Artículo 83 CP:

1. *La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:*

- 1ª. *Prohibición de acudir a determinados lugares.*
- 2ª. *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.*
- 3ª. *Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.*
- 4ª. *Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.*
- 5ª. *Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.*
- 6ª. *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.*
Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª. y 5ª. de este apartado.

2. *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.*

⁶²⁰ La última redacción presta más interés a las víctimas (1 y 2) que a los condenados, por lo que, el legislador no ha tenido inconveniente en incorporar nuevas penas (privación de la libertad ambulatoria) bajo la etiqueta de las obligaciones y deberes. MAPELLI CAFFARENA destaca dos cuestiones: Que, al fundamento preventivo especial, se suma ahora el interés de la víctima; por otro lado, que, cuando se suspende la pena y se aplican las obligaciones 1 ó 2, no estamos en presencia

una pena de prisión, disposición considerada plausible en la medida que garantiza el respeto a la proporcionalidad. Sin embargo, puede resultar, en ocasiones, inconveniente, cuando se suspende la RPSIM y, el condenado, precisa de un programa terapéutico, que sólo podría imponérsele a través del susodicho art. 83 CP.

La obligación más importante que adquiere el condenado es la de no delinquir en el periodo de prueba. Según lo prescrito en el art. 84.1 CP, el incumplimiento de la condición consistente en no delinquir durante el plazo de suspensión obliga al Juez o Tribunal a *revocar* la suspensión de la ejecución de la pena. En cambio, el incumplimiento de los otros deberes u obligaciones que se señalen no conducirá necesariamente a dicha consecuencia, sino que permitirá al Juez o Tribunal, de conformidad con lo mandado en el art. 84.2 CP, *elegir (previa audiencia de las partes)* alguna de las medidas siguientes:

Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, 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.*

No obstante, existe la salvedad contemplada en el art. 84. 3 CP, según la cual, *En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1, 2 y 5 del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.*

La doctrina entiende que, en relación con esta condición, el concepto *delinquir*, que tratamos *ut supra*, debe ser interpretado en el mismo sentido que en el art. 81 CP, relativo al requisito consistente en que el sujeto no haya delinquido como condición para la concesión de la suspensión. Por

ya de una suspensión, sino de una sustitución *sui generis*. Vid. Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 139-140.

tanto, se considera que, dicho término, deberá ser entendido en sentido estricto como comisión de un delito, que además deberá ser doloso y no uno imprudente y que no será suficiente con la comisión de una falta.

En opinión de GRACIA MARTÍN-ALASTUEY DOBÓN, el término *delinquir* no puede tener el mismo sentido que en el artículo 81, y hay que interpretarlo en un sentido amplio, comprendiendo también la realización de faltas, pues, en este caso, se desvirtúa el pronóstico de falta de peligrosidad que motivó la concesión del beneficio y, con ello, decae el fundamento de la suspensión⁶²¹.

Si, por una u otra razón de las enumeradas, se revoca la suspensión, *se ordenará la ejecución de la pena*⁶²². Para que pueda revocarse el beneficio, es imprescindible que, el delito, se cometa durante el plazo de suspensión, ya que, sólo entonces, el condenado frustra las expectativas resocializadora que justificaron la remisión de la pena.

Por el contrario, si transcurre el plazo de suspensión habiéndose cumplido todas las condiciones impuestas, el Juez o Tribunal deberá acordar la remisión de la pena⁶²³ sin ordenar la *cancelación* de la inscripción hecha en la Sección Especial del Registro Central de Penados y Rebeldes que antes de la LO 15/2003 se establecía.

El CP contiene una regulación especial de la suspensión de la ejecución de penas por hechos cometidos a causa de la dependencia de las sustancias señaladas en el art. 20.2º. CP⁶²⁴.

⁶²¹ Luis GRACIA MARTÍN y Carmen ALASTUEY DOBÓN, en Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 138.

⁶²² Artículo 85.1 CP:

1. *Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena.*

⁶²³ Artículo 85.2 CP:

2. *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.*

⁶²⁴ Artículo 20.2º. CP:

2º. *El que 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, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle 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.*

Las variantes más importantes de esta regulación especial son: que puede concederse la suspensión a sujetos reincidentes en cualquier delito; que pueden suspenderse penas de hasta cinco años de privación de libertad; que se certifique que el sujeto se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento adecuado; que en este caso no abandone el tratamiento hasta su finalización; que el plazo de suspensión es de tres a cinco años; y que, aun incumpliendo el sujeto las condiciones impuestas, el Juez o Tribunal puede conceder una prórroga del plazo de suspensión de hasta dos años.

Los servicios sociales penitenciarios a través del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas (antes Servicios Sociales Penitenciarios)⁶²⁵, del lugar de residencia del penado asumen⁶²⁶ importantes competencias en relación con estas obligaciones cuando se trata de programas formativos o de otros deberes que requieran consentimiento del condenado⁶²⁷.

Dichos servicios, deberán dar contenido a los mismos conforme al fallo condenatorio y elaborar un plan de intervención y seguimiento, elevando al Juez de Vigilancia Penitenciaria los correspondientes informes sobre las incidencias del cumplimiento del plan y su conclusión⁶²⁸.

⁶²⁵ Vid. RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.

⁶²⁶ Artículo 83.2 CP:

2. *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.*

⁶²⁷ Artículo 83.1, 5ª. y 6ª. CP:

5ª. *Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.*

6ª. *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.*

⁶²⁸ Artículo 18 RD 840/2011:

Informes.

1. *Los servicios de gestión de penas y medidas alternativas informarán al órgano jurisdiccional competente para la ejecución sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas cuando así lo solicite o con la frecuencia que éste determine y, en todo caso, cada tres meses conforme al Código Penal.*

2. *Así mismo, informarán cuando las circunstancias personales del condenado se modifiquen, cuando se produzca cualquier incumplimiento de las reglas de conducta impuestas y cuando haya finalizado el cumplimiento de las obligaciones impuestas.*

CAPÍTULO VIII.

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. CRISIS DE LAS PENAS CARCELARIAS (II).

1. Aproximación a la sustitución de la pena privativa de libertad.

La sustitución de penas privativas de libertad, igualmente, es un privilegio que se concede a los penados cuyas circunstancias, conducta y naturaleza del hecho delictivo cometido por los mismos, aconseja en pro de una mayor y más rápida reinserción social, su no ingreso en prisión. Y es importante esta última afirmación esto es, la finalidad de evitar el ingreso en prisión, pues el propio precepto establece que esta resolución ha de recaer antes de que se de inicio a la ejecución.

De lege ferenda, sería conveniente el establecimiento procesal de un incidente previo a la ejecución de la pena en el que las partes puedan plantear todo lo que quieran plantear a efectos de ejecución, es decir, una vez firme la sentencia las partes podrían plantear en una vista la suspensión del artículo 81 o del artículo 87, o incluso la suspensión durante la tramitación de un indulto, o la sustitución. Así el juez resolvería sobre estas cuestiones en una única resolución, que sería apelable ante la Audiencia Provincial, y la ejecución se agilizaría al máximo.

Especial interés revisten los supuestos que encuentran cabida en el art. 89, ya que los supuestos de extranjeros penados plantean serios problemas, tanto a los efectos de sustitución como a efectos de obtención de un tercer grado penitenciario, por ejemplo.

2. Circunstancias introductorias conceptuales.

La *crisis*, o el denominado *fracaso universal* de la pena privativa de libertad ha conducido y, ya no se puede decir modernamente, a los estudiosos del Derecho penal y de la Ciencia penitenciaria, a llevar a término una revisión y profunda crítica de la mencionada pena, proponiendo *penas*

alternativas o modelos alternativos de control social que huyan de los devastadores efectos de estas penas⁶²⁹.

En efecto, los esfuerzos teóricos por encontrar alternativas a las penas privativas de libertad chocan (dentro de las cuales la prisión, especialmente, censurada por criminógena) frontalmente con la realidad de que, las penas privativas de libertad para delitos, por así decir, graves, resultan insustituibles.

Por lo tanto, los sustitutivos penales⁶³⁰, se circunscriben a las penas cortas privativas de libertad, las cuales, en virtud del principio de proporcionalidad vendrían aparejadas a delitos menos graves o leves y que, además, como vimos en el apartado referente a las penas cortas de prisión, desde el punto de vista político-criminal y penitenciario, resultan costosas en su ejecución, representan un alto riesgo de contaminación carcelaria y no resocializan, impidiendo un eficaz tratamiento del reo.

La sustitución, a diferencia de la suspensión que ya se conocía en códigos precedentes bajo el nombre de remisión de condena, ha sido incorporada por primera vez al CP 1995, texto que introdujo la posibilidad de que, en determinados casos, el Juez o Tribunal sustituyera la pena de prisión señalada por la Ley que no se imponga por más de un año o, excepcionalmente, dos años, por otra de arresto de fin de semana o de multa. También permitió la sustitución de penas de arresto de fin de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad.

Tras suprimir la LO 15/2003 la pena de arresto de fin de semana, ha mantenido la posibilidad de sustituir las indicadas penas de prisión, pero por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Estamos, en opinión de MIR PUIG, ante una de las novedades posiblemente más importantes que caracterizan al actual CP⁶³¹.

Bajo el epígrafe *De la sustitución de las penas privativas de libertad*, la Sección 2ª del Capítulo III, del Título III, del Libro Primero, arts. 88 y 89, regulan en nuestro CP los auténticos sustitutivos de las penas privativas de libertad. Se prevén, allí, dos regímenes de sustitución que han de tratarse separadamente, pues, a juicio de GRACIA MARTÍN-ALASTUEY

⁶²⁹ Vid. Manuel COBO DEL ROSAL y Manuel QUINTANAR DÍEZ, *Instituciones de Derecho penal español*, op. cit., pp. 300 y ss.

⁶³⁰ Expresión utilizada por los positivistas criminológicos.

⁶³¹ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 698 y ss.

DOBÓN⁶³², *no coinciden ni en su fundamento ni en los elementos de sus respectivas regulaciones. Pero, previamente, conviene precisar conceptualmente qué se conoce como sustitutivo penal.*

COBO DEL ROSAL-QUINTANAR DÍEZ⁶³³ entienden por sustitutivo penal o sustitutivo de la pena privativa de libertad, *la decisión por virtud de la cual y con amparo de la legalidad se opera la sustitución de una pena privativa de libertad (pena sustituida) por otra pena no privativa de libertad (pena sustitutiva).*

3. Régimen de sustitución.

En el art. 88 CP⁶³⁴, los Jueces o Tribunales, discrecionalmente, podrán sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por la de multa, de

⁶³² Luis GRACIA MARTÍN y Carmen ALASTUEY DOBÓN, en Luis GRACIA MARTÍN (Coord.), *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 140.

⁶³³ Manuel COBO DEL ROSAL y Manuel QUINTANAR DÍEZ, *Instituciones de Derecho penal español*, op. cit., p. 302.

⁶³⁴ Artículo 88 CP:

1. 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 que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

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. En estos casos, 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.

En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima.

En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª. y 2ª., del apartado 1 del artículo 83 de este Código.

2. 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.

3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.

trabajos en beneficio de la comunidad o de localización permanente, esta última posibilidad, introducida en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en el supuesto de la que, la pena de prisión, sea inferior a los seis meses.

Sin embargo, cuando el condenado lo ha sido por delitos relacionados con la violencia de género, la sustitución habrá de hacerse, con carácter obligatorio, por las penas de trabajo en beneficio de la comunidad o de localización permanente, que, no solo tienen una mayor carga punitiva, sino, sobre todo, de control personal.

El art. 19 del RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas, es del siguiente tenor:

Sustitución de penas.

En el supuesto de sustitución regulado en el artículo 88.1 del Código Penal, si se impusiere al condenado, 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 de gestión de penas y medidas alternativas remitirán el condenado 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 órgano jurisdiccional competente para la ejecución.

Debemos subrayar, ante todo, que estas posibilidades de sustitución de penas privativas de libertad se prevén como de estimación discrecional por parte del Juez o Tribunal, pues se trata de casos en que la pena señalada por la Ley al delito o delitos cometidos es una pena privativa de libertad no prevista como alternativa a otras menos graves. Lo que se concede al Juez o Tribunal es la posibilidad de *cambiar* la pena señalada al delito por otra pena no prevista para el mismo.

4. Penas sustituibles y penas sustitutivas.

En este sentido, dando por reproducido el concepto de sustitutivo penal, definido en el apartado 1 del Capítulo VIII del presente trabajo, el art. 88 CP, en la línea de proponer alternativas a las penas cortas de privación de libertad,

confiere al órgano judicial la facultad de poder sustituir la pena de prisión por otras de distinta naturaleza, como la multa, los trabajos en beneficio de la comunidad y, desde la LO 5/2010, la localización permanente.

De este modo se amplían las alternativas a las que puede recurrir el órgano judicial para dar respuesta a la diversidad de situaciones personales de los condenados a penas de prisión y elegir la que mejor se adecúe a los fines de prevención especial. A su vez, el art. 89 CP, contiene una sustitución especial para extranjeros no residentes legalmente en España, que también ha sido objeto de reforma por la precitada LO.

5. Módulos de conversión de penas.

Para determinar la cuantía o medida de la pena sustitutiva, en los casos de sustitución, se establecen en el CP unos baremos de conversión para las diversas hipótesis reguladas. Estos cuadros, además, son igualmente válidos para los casos de incumplimiento de la pena sustitutiva en que tiene que volverse a la pena sustituida.

Para sustituir penas de prisión que no excedan de un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses también por localización permanente, bastará que el Juez o Tribunal oiga a las partes y considere que las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa⁶³⁵ o por una jornada de trabajo en beneficio de la comunidad⁶³⁶ o por un día de localización permanente⁶³⁷ (art. 88. 1, párrafo primero CP).

Junto a la posibilidad *normal* de sustitución de las penas de prisión de hasta un año de duración, el CP prevé también que *excepcionalmente* puedan 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*

⁶³⁵ En el caso de sustitución de la pena de prisión de dos años por multa, el número de cuotas resultante ascenderá (partiendo de que, a estos efectos, un año de prisión consta de 360 días, aplicando por analogía las reglas del art. 50 CP, a 1.440, lo que puede dar lugar a una multa de 576.000 euros si, según el art. 50.4 CP, se aplica la cuantía máxima de la cuota.

⁶³⁶ El módulo de conversión que establece el art. 88.1 CP es a razón de una jornada de trabajo por cada día de prisión.

⁶³⁷ Cada día de prisión se sustituye por un día de localización permanente.

reinserción social (art. 88. 1, párrafo segundo)⁶³⁸.

Mientras que en el caso normal de sustitución de penas de prisión de hasta un año de duración, rige la regla de conversión de dos días de multa por día de prisión, una jornada de trabajo o un día de localización permanente, por un día de prisión (primer párrafo del art. 88.1 CP), tratándose de la sustitución excepcional de penas de prisión que excedan de un año, será aplicable al trabajo en beneficio de la comunidad el mismo baremo que a las multas, es decir, dos días de trabajo por cada día de prisión (segundo párrafo del art. 88.2 CP).

Por otra parte, el art. 88.1 CP, primer párrafo, dispone, respecto a la sustitución de penas de prisión que no excedan de un año, que podrá además imponerse al sujeto *la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código*, es decir, las que hemos visto para el caso de suspensión de la ejecución de la pena, *de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida*⁶³⁹.

Según el párrafo tercero del art. 88.1 CP, *En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª del apartado 1 del artículo 83 de este Código*.

A tenor de lo establecido en el art. 88.3 CP, *en ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras*.

⁶³⁸ Los módulos de conversión son los mismos que ya hemos visto, es decir, un día de prisión equivale a estos efectos a dos cuotas de multa o a una jornada de trabajo. En este supuesto de sustitución de la prisión por dos penas, no ha de realizarse la conversión de la pena de prisión en toda su extensión por multa y por trabajos en beneficio de la comunidad, pues ello, equivaldría a cumplir, por medio de las penas sustitutivas, una pena de duración muy superior a la impuesta en la sentencia. De este modo, una parte de la pena de prisión se sustituirá por multa y, otra, por trabajos en beneficio de la comunidad, si bien, el legislador, no se pronuncia sobre cómo debe hacerse esta distribución y deja por tanto, implícitamente, la decisión en manos del Juez o Tribunal.

⁶³⁹ Aunque la Ley no explicita esta posibilidad para la sustitución de penas de más de un año, es razonable extenderla también a este otro caso, y ello puede basarse en que, según el art. 88.1, párrafo segundo, CP, *esta sustitución excepcional se llevará a cabo (...) en los mismos términos (...) establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa*.

Por último, cualquiera de las sustituciones previstas por el art. 88 no es del todo *definitiva*, sino que está sometida a una condición: que no se quebrante o incumpla la pena sustitutiva total o parcialmente. Si esta condición no se cumple, *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* (art. 88, 2). Puede decirse, pues, que la sustitución de las penas privativas de libertad es tan *condicional* como la suspensión de su ejecución estudiada *ut supra*.

6. Requisitos, criterios y procedimiento de la sustitución.

Para la concesión de la sustitución de la pena de prisión, el CP establece un requisito especial de necesaria concurrencia, define algunos criterios orientativos de la decisión y describe también algunas reglas de procedimiento.

En el art. 88.1 CP se establece como requisito vinculante de la sustitución de la pena de prisión que, el reo, *no sea habitual*. Esta condición ha de concurrir tanto en el supuesto general de sustitución de penas de prisión que no superen el año de duración como en el excepcional de sustitución de penas de prisión que no excedan de dos años. El concepto de habitualidad válido, a este respecto, es el definido en el art. 94 CP⁶⁴⁰.

Determina el art. 88.1 CP, como criterios orientativos para acordar la sustitución de la pena *cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen,...* Con respecto al caso excepcional de sustitución de penas de prisión que no excedan de dos años, el párrafo segundo del art. 88.1 CP, añade cómo criterio para la decisión que *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*.

Como requisitos de procedimiento para la sustitución, el art. 88 CP,

⁶⁴⁰ Artículo 94 CP:

A los efectos previstos en la sección 2ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.

Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión 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.

establece: *...previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución,...* Según el art. 88.1 CP, la sustitución de la pena debe realizarse necesariamente antes de proceder a su ejecución. No es posible una sustitución, por lo tanto, durante el transcurso de la ejecución de una pena hipotéticamente sustituible que no fue sustituida antes del inicio de su ejecución.

Igualmente ha de considerarse lo establecido en el art. 19 del RD 840/2011, de 17 de junio, definido *ut supra*.

7. Plazos y condiciones de la sustitución.

Para GRACIA MARTÍN-ALASTUEY DOBÓN⁶⁴¹, sólo de un modo impropio cabe hablar de *condiciones* de vigencia y mantenimiento de la sustitución. No obstante, el art. 88,1, párrafo primero, pero con efectos también en el supuesto regulado en el párrafo segundo, ha previsto, de modo similar a lo que sucede con respecto a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, para los casos de sustitución de penas de prisión que *En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.*

Cuando la pena de prisión sustituida hubiese sido impuesta por la comisión de un delito relacionado con la violencia de género, *el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª. y 2ª., del apartado 1 del artículo 83 de este Código.*

8. Quebrantamiento o incumplimiento de la pena sustitutiva y sus efectos.

Cualquiera de las sustituciones previstas por el art. 88 CP no es del todo *definitiva*, sino que está sometida a una condición: que no se quebrante o incumpla la pena sustitutiva total o parcialmente. Si esta condición no se cumple, *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* (art.

⁶⁴¹ Luis GRACIA MARTÍN y Carmen ALASTUEY DOBÓN, en Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 143.

88.2 CP). Puede decirse, pues, que la sustitución de las penas privativas de libertad es tan *condicional* como la suspensión de su ejecución más arriba estudiada.

Se plantea MIR PUIG⁶⁴² la cuestión de, si el quebrantamiento de la pena sustituida, puede constituir además el delito de quebrantamiento de condena (arts. 468 ss. CP). El supuesto cabe en la letra del art. 468 CP, que alcanza a toda *condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia*.

El art. 49.6^a. *in fine* CP⁶⁴³, declara expresamente la concurrencia del delito de quebrantamiento de condena para el caso de que el condenado a trabajos en beneficio de la comunidad incumpla esta pena. Que respecto a los supuestos de incumplimiento de una pena sustituida no vuelva a recordarse la concurrencia del quebrantamiento de condena, no significa que este delito no deba estimarse.

En el trabajo en beneficio de la comunidad la alusión expresa puede entenderse justificada por el objetivo de limitar el quebrantamiento de condena a los casos en que el JVP entienda que el penado ha incumplido la pena (el art. 49 CP deja en manos de dicho Juez la decisión de si han de valorarse como incumplimiento de la pena las posibles anomalías en la prestación del trabajo que el mismo artículo enumera). Esto no hacía falta repetirlo para los trabajos en beneficio de la comunidad sustitutivos de prisión, que deben seguir el régimen general.

Si la pena sustitutiva es una multa, no constituye quebrantamiento de condena el mero impago, puesto que éste tiene previsto como consecuencia más específica la responsabilidad subsidiaria prevista en el art. 53 CP.

Pero cabe que el sujeto quebrante la responsabilidad personal subsidiaria (prisión, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente) que se le imponga en lugar del pago. Procederá entonces revocar la sustitución y volver a imponer la pena privativa de libertad prevista para el delito y, además, castigar por delito de quebrantamiento de condena.

⁶⁴² Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit, p. 700.

⁶⁴³ Artículo 49.6^a. *in fine* CP:

En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.

La situación es distinta a la que se produce cuando se incumple alguna de las condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena. Tal incumplimiento no puede dar lugar al delito de quebrantamiento de condena, porque no es la condena impuesta (una pena privativa de libertad) lo que se incumple, ya que su ejecución está suspendida. En cambio, cuando se sustituye la pena por otra, ésta debe ejecutarse, y si no se cumple se quebranta en cuanto nueva condena.

De todos modos, la cuestión es especialmente discutible cuando se incumple una pena sustitutiva cuya imposición se subordina por la Ley a la *conformidad del penado*. Ello se exige para sustituir la prisión por trabajos en beneficio de la comunidad, como también se exige para que la responsabilidad subsidiaria en caso de impago de multa pueda cumplirse mediante trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53 CP).

Mas, debe tenerse en cuenta que, la conformidad del sujeto sólo es necesaria para la *imposición* de la nueva pena, y no excluye la obligatoriedad de su cumplimiento *una vez aceptada*. Así, el art. 49 CP, tras decir que los trabajos en beneficio de la comunidad *no podrán imponerse sin consentimiento del penado*, declara que los mismos *le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública*.

9. Cumplimiento de la pena sustitutiva.

En el caso de que el penado cumpla íntegramente la pena sustitutiva estaremos evidentemente ante una hipótesis típica de extinción de la responsabilidad penal por cumplimiento de la pena (art. 130.2º. CP).

CAPÍTULO IX

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. CRISIS DE LAS PENAS CARCELARIAS (III).

LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS COMO SUSTITUTIVO DE LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA.

1. Precedentes numéricos y legislativos del actual art. 89 del CP.

Un breve análisis de las estadísticas permiten colegir un evidente sesgo racial en el sistema penitenciario español que se manifiesta en una desproporción entre la tasa de encarcelados nacionales y extranjeros. Así, desde 1996 y hasta 2010, la población reclusa extranjera en España se multiplicó por 3,7, lo que supone el 35,5% del total de la población española encarcelada, frente al 17,3% existente en 1996⁶⁴⁴.

Asimismo, si se relacionan los datos anteriores con el porcentaje de sobreocupación del 136,3% que ofrece el Centro de Internacional de Estudios Penitenciarios del King's College de Londres, se observa que la presencia de la población reclusa extranjera es similar a la de sobrepoblación en España aunque no sean magnitudes directamente comparables.

Tabla 1. Evolución de la población reclusa en España (años 1996 y 2010).

AÑO	ESPAÑOLES	EXTRANJEROS	TOTAL	%EXTRANJEROS SOBRE EL TOTAL
2010	49.148	27.067	76.215	35,5
2005	42.438	18.616	61.054	30,5
2000	36.144	8.990	45.134	19,9
1996	34.640	7.263	41.903	17,3

Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos de la DGIIPP⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ Datos obtenidos de la DGIIP, en www.acaip.info.

⁶⁴⁵ Javier SIERRA RODRÍGUEZ, *Manual de Políticas Públicas Penitenciarias*, Máster Universitario en Criminología Aplicada a la Ejecución de Penas, Universidad de Murcia, 2011.

Si se confrontan los datos ofrecidos por la DGIIPP con los datos del INE, esto es, por cada 100.000 habitantes, desagregando entre nacionales y no nacionales, resulta que la media de 162,3 reclusos por cada 100.000 habitantes, se reduce a 119,2 cuando nos referimos sólo a los españoles, mientras que asciende a 474,1 en el caso de los extranjeros, lo que supone, tres veces más que en el caso de los españoles.

En cuanto a la procedencia de los internos⁶⁴⁶, el 80% de la población reclusa extranjera era originaria de países no comunitarios, siendo los más numerosos los súbditos marroquíes (25%), colombianos (10,3%) y argelinos (5,5%). En lo que respecta a los reclusos de la U.E. la nacionalidad más presente es la rumana (8,3%)⁶⁴⁷.

A fecha 17/12/10, sobre un total nacional de 75.032 internos, el porcentaje de extranjeros es de un 34,24%⁶⁴⁸. Este dato hay que ponerlo en relación con el porcentaje total de la población extranjera en libertad, que es de un 9,9%⁶⁴⁹.

Estas cifras evidencian, en opinión de CABRERA una criminalización de los inmigrantes quienes se convierten para la sociedad en sujetos incómodos a los que hay que apartar, bien expulsándolos del territorio nacional o, cuando esto no es posible (por el tipo y duración de la pena impuesta o porque es un nacional de la UE), recurriendo a la cárcel⁶⁵⁰.

Los datos manejados, son indicadores de que hay un mayor índice de criminalidad entre los extranjeros que entre la población nacional. Pero, esta afirmación es perfectamente compatible con la situación de marginación laboral, cultural, familiar y social en la que se encuentra una persona que, en el peor de los casos, arriba a territorio nacional en condiciones precarias y que está abocada a buscar soluciones en la ilegalidad para poder subsistir.

⁶⁴⁶ Para un estudio más exhaustivo del perfil del recluso extranjero en España, *vid.* Luis FERNÁNDEZ ARÉVALO, *Derecho penitenciario y extranjería*, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 23, marzo 2010.

⁶⁴⁷ Según datos del año 2007 procedentes del Anuario Estadístico del Ministerio del Interior. No obstante, si se consultan los datos ofrecidos por la DGIIPP a fecha 31-12-07, el porcentaje de internos procedentes de Rumanía es del 12,14%, apreciándose una variación significativa, respecto de los datos que ofrece el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior.

⁶⁴⁸ Según datos de la DGIIPP, en www.acaip.info.

⁶⁴⁹ Según datos del INE, en www.ine.es.

⁶⁵⁰ Pedro José CABRERA CABRERA, *Cárcel y exclusión social*, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, op. cit., p. 101.

Ante esta realidad, la sociedad española, influida por quienes vinculan el incremento de los flujos migratorios con la delincuencia⁶⁵¹, reclama la expulsión del territorio nacional de los extranjeros que delinquen. Por su parte, algunos sindicatos de prisiones reivindican la aplicación de la expulsión del penado como paliativo de la superpoblación penitenciaria⁶⁵².

Llegados a este punto, conviene plantearse cuál es la finalidad del art. 89 del CP y analizar, para ello, los precedentes legislativos del meritado precepto.

El art. 130 del CP de 1928 establecía que *la expulsión de extranjeros decretada por los Tribunales como medida de seguridad, será comunicada a las autoridades gubernativas del lugar en que el reo deje extinguida la condena que le haya sido impuesta, o del que residiere, para que se lleve a efecto en el plazo que el Tribunal haya fijado para ello.*

Seguidamente, el CP de 1944 no reguló ninguna institución similar a la expulsión, siendo lo más parecido la pena de extrañamiento prevista en su art. 86. Por su parte, el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, se limitó a prever normas sobre el régimen de entrada, permanencia y salida del territorio español.

La expulsión de extranjeros condenados a pena de prisión ya estaba presente en el Borrador del Anteproyecto del CP de 1990 (art. 84). Asimismo,

⁶⁵¹ A *contrario sensu* se pronuncia José Luis DÍEZ RIPOLLÉS en una entrevista concedida al diario El País, el 09/05/02, al afirmar que “hay menor criminalidad entre los inmigrantes regularizados que entre los nacionales. Eso no ha de extrañar: el inmigrante lo que quiere es trabajar y si consigue un trabajo, condecorador de los celos que suscita, prefiere llamar la atención lo menos posible. Sólo si no tiene de qué trabajar, se busca la vida como puede. Nada nuevo, la marginación social siempre ha conllevado delincuencia. Lo nuevo es la enorme bolsa de inmigrantes irregulares sin trabajo”. En idéntico sentido, si bien con una actitud más mordaz en relación con el trato dispensado al colectivo de inmigrantes en el ámbito penal y penitenciario, Pedro José CABRERA CABRERA, *Cárcel y exclusión social*, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, op. cit., p. 101. Por su parte, Borja MAPELLI CAFFARENA, *La Población Reclusa Extranjera en el Sistema Penitenciario Español*, op. cit., p. 112, mantiene una actitud más comedida y, en nuestra opinión, científicamente contrastada.

⁶⁵² Postura mostrada por ACAIP ante la reforma del Código Penal en 2006 (Copilsa, 03-08-06). Recorte de prensa extraído del Colegio de Abogados de Pamplona, disponible en www.derechopenitenciario.com.

se reguló en el de 1992 (art. 88), en el Proyecto de 1992 (art. 89) y, finalmente, en el Proyecto de 1994 (art. 90).

El Borrador del Anteproyecto del CP de 1990, preveía la expulsión sólo para penas privativas de libertad inferiores a seis años y exigiéndose la instancia del Fiscal, la audiencia del penado y el aseguramiento de la responsabilidad civil, en su caso.

Respecto del art. 84 del Borrador del Anteproyecto del CP de 1990, MANZANARES SAMANIEGO manifiesta que se trataba de un “irresponsable atentado a las exigencias de prevención general que apuntaba a una razón práctica de reducir, aunque sea irresponsablemente, la población interna”⁶⁵³.

Por su parte, Cerezo Mir, se decantó por su supresión o, al menos, porque el límite de duración de las penas privativas de libertad que podían ser sustituidas por la expulsión del territorio nacional cuando se tratara de delincuentes extranjeros, fuera rebajado a dos años, aduciendo que el precepto se inspiraba en un “utilitarismo burdo y miope, pues su aplicación implicaría un fuerte menoscabo de las exigencias de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general”⁶⁵⁴.

El art. 88 del Anteproyecto de 1992 extendió la previsión a las penas superiores a seis años, pero con la condición de que se hubiesen cumplido las tres cuartas partes de la condena.

Por su parte, el art. 89 del Proyecto de 1992 distinguía tres supuestos:

a) Para penas no superiores a dos años, la expulsión es imperativa, si bien, únicamente, a instancia del Ministerio Público.

b) Si la pena impuesta es superior a dos pero no llega a seis años, la expulsión es potestativa, también a instancia del Ministerio Fiscal.

c) En el caso de las penas privativas de libertad iguales o superiores a seis años, la expulsión es potestativa, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado, siempre que éste haya extinguido las tres cuartas partes

⁶⁵³ José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al Anteproyecto de Código penal de 1992 (II)*, en *Actualidad Penal*, 1992-I, p. 231.

⁶⁵⁴ José CERESO MIR, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993, p. 160.

de la condena. Asimismo, se introduce, por primera vez, la matización de que el extranjero no sea residente legal en España.

El art. 89 del Anteproyecto de 1994 mantuvo aquella propuesta en sus propios términos y el art. 90 del Proyecto de 1994 únicamente introdujo la matización de oír al Ministerio Fiscal en el primero de los tres supuestos indicados *ut supra*, en vez de obrar a instancia del mismo.

Durante la tramitación del Proyecto de CP de 1994 en las Cortes Generales, se introdujeron varias enmiendas a la regulación de la expulsión, algunas de las cuales fueron admitidas, siendo la preocupación fundamental expresada en el debate parlamentario, el establecimiento de mecanismos que permitieran la adaptación de la medida de expulsión a las condiciones individuales de cada penado.

La redacción original del art. 89 del CP de 1995⁶⁵⁵, sólo contemplaba la sustitución facultativa, sin que, en las penas privativas de libertad inferiores a seis años, se exigiera instancia ni audiencia del Ministerio Fiscal. Sí deviene necesaria la instancia del Ministerio Público cuando la pena de prisión sea igual o superior a seis años, junto con el requisito de tener cumplidas las tres cuartas partes de la condena.

Por lo que respecta al protagonismo que se otorga al Fiscal, al requerirse su instancia en gran parte de los supuestos mencionados para poder llevar a efecto la expulsión, los informes del Consejo General del Poder Judicial a los Anteproyectos de 1992 y 1994 censuraron que la inactividad del citado Ministerio, podría convertirse en un derecho de veto.

Posteriormente, la LO 8/2000, de 20 de julio, adicionó un núm. 4 al art.

⁶⁵⁵ La redacción original del art. 89 del CP de 1995 quedó como sigue: *1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.*
2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas.
3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa.

89 CP⁶⁵⁶.

La entrada en vigor del CP de 1995 y, por ende, su art. 89, supuso la derogación tácita del art. 21.2, párrafo segundo, de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Las consecuencias que se derivaron de esta derogación fueron dos:

- a) La ampliación del ámbito objetivo de aplicación, toda vez que el art. 89 del CP no exigía el aseguramiento de las responsabilidades civiles, a la par que permitía la expulsión de condenados a penas de más de seis años de privación de libertad.
- b) Redujo el ámbito subjetivo, al excluir de la expulsión al extranjero residente legal en España.

Esta diferencia en la regulación de la expulsión, entre el art. 89 CP y el art. 21.2 de la LO 7/1985, trae causa de la doctrina sentada por el TC en su Sentencia núm. 94/1993, de 22 de marzo, que declaró que los extranjeros que por disposición de una Ley o Tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tuvieran derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 de la CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 de la CE.

La siguiente alteración del art. 89 CP tiene lugar con la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶La redacción del nuevo apartado del precepto es la que sigue: 4. *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, 515.6ª, 517 y 518 del Código Penal.*

⁶⁵⁷ 1. *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 sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España y 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 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*

La Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, explicita que con la reforma *se trata de evitar 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; para ello, la reforma pretende dar adecuado cauce a que el Juez penal acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión.*

Los objetivos del Proyecto de la que sería la LO 11/2003, en lo que a extranjería se refiere, se centran en ofrecer, por un lado, instrumentos eficaces desde el Estado de Derecho para desarticular las redes criminales que operan en España, muchas de ellas procedentes de países extranjeros y, en segundo lugar, en la protección “de la inmensa mayoría de nuestros inmigrantes [...] es una ley, en consecuencia, para integrar mejor socialmente a nuestros inmigrantes” (sic)⁶⁵⁸.

La primera novedad introducida en el precepto penal tras la reforma operada por la LO 11/2003, es que la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años por la expulsión es imperativa. No obstante, se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario español, de manera excepcional y previa audiencia del Ministerio Fiscal, debiéndose acordar por resolución motivada.

En el caso de que la pena impuesta sea igual o superior a seis años, la iniciativa es del Ministerio Público, a cuya instancia se supedita un acuerdo de expulsión que parece preceptivo, siempre que se acceda al tercer grado penitenciario o se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena. Se reitera la excepción a la regla general, cuando la naturaleza del delito justifique el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario de España,

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 e libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente. 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena. 3. 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. 4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de los delitos a que se refieren los arts. 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal.

⁶⁵⁸ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 2003 VII. Legislatura Núm. 245. Presidencia de la Excm. Sra. Dña. Luisa Fernanda RUDÍ ÚBEDA. Sesión plenaria núm. 236 celebrada el jueves, día 10-04-03.

si bien no se requiere la audiencia del Fiscal, o, cuanto menos, nada explícita el precepto, y tampoco se hace referencia alguna a que deba oírse al penado⁶⁵⁹.

Según la Disposición Adicional decimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, del Poder Judicial, procederá la ejecución de la pena privativa de libertad originariamente impuesta hasta que la autoridad gubernativa haga efectiva la expulsión; si bien, se apremia para que la misma se haga efectiva a la mayor brevedad posible y siempre dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, debiendo comunicarse ésta a la autoridad judicial.

Con la finalidad de evitar el automatismo con que venía siendo aplicada la medida de expulsión y paliar el efecto criminógeno que podía provocar al resultar un modo beneficioso de escapar del castigo, así como tener nulo poder preventivo por resultar excesivamente aflictiva en comparación con la pena que pudieran sufrir otros sujetos con similar responsabilidad, se presentó en el Consejo de Ministros de 14-06-06, un Anteproyecto de modificación parcial del CP:

La Exposición de Motivos del texto postulaba la necesidad de una reforma de la medida de expulsión para que la misma sea preventiva y disuasoria, para lo cual, devenía necesario permitir a los Tribunales la valoración de la oportunidad de acordar o no aquélla, atendiendo a las concretas particularidades del caso y del penado.

Además, el Anteproyecto adoptaba las prevenciones necesarias para evitar que en la medida de expulsión interfirieran expedientes administrativo ajenos al suceso penal y refuerza las medidas a adoptar en caso de que el expulsado no respetara la prohibición de regreso. El Proyecto de 15-01-07 reprodujo la redacción del art. 89 del CP, adelantada por el Anteproyecto⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ Esta omisión fue recogida por la STS núm. 901/2004, de 8 de julio al señalar que una lectura constitucional del precepto obliga a ponderar los bienes en conflicto antes de aceptar la expulsión, lo que implicaría tanto la audiencia del penado como la valoración conjunta de una serie de circunstancias entre las que se encontrarían las personales del condenado, a saber, su arraigo en España, su situación familiar, amén de la gravedad de la pena y su posible cumplimiento parcial. En idéntico sentido, *vid.* STS núm. 710/2005, de 7 de junio.

⁶⁶⁰ En esta ocasión, la redacción del art. 89 CP es a que sigue: *1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, podrán ser sustituidas en la sentencia o en un auto motivado posterior, previa audiencia del ministerio Fiscal y del penado, por su expulsión del territorio nacional. 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. 3. La expulsión llevará consigo el*

El Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma del CP⁶⁶¹ celebra que se restituyera el carácter facultativo de la sustitución de las penas privativas de libertad no superiores a seis años, por expulsión del territorio nacional, toda vez que la propia jurisprudencia (*vid.*, *inter alia*, SSTS 1162/05, de 11 de octubre, 901/04, de 8 de julio⁶⁶², 1249/04, de 28 de octubre y 1546/04, de 21 de diciembre), se había mostrado contraria al automatismo en la aplicación de la expulsión sustitutiva.

Asimismo, se resalta como positivo en el meritado Informe que se dé audiencia al penado (si bien recomienda que se contemple la audiencia la perjudicado por el delito, toda vez que la efectividad de la expulsión podría frustrar sus expectativas de cobro de la eventual indemnización) y que no se imponga un plazo fijo de prohibición de entrada, sino que se haya establecido un marco para que el Juez o Tribunal determine el *lapsos*, atendiendo, tanto a la duración de la pena, cuanto a las circunstancias personales del penado.

De este modo, se critica que el legislador no haya aprovechado para sustituir la expresión “extranjero no residente legalmente en España”, por la de “extranjero en situación irregular”, así como que no se haya establecido un período de compensación o descuento de la pena a cumplir, en función del tiempo que el expulsado haya permanecido fuera del territorio nacional.

archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir en España. 4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. 5. Los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado, podrán acordar en sentencia o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena. 6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquier de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente. 7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis.

⁶⁶¹ Disponible en www.poderjudicial.es/documentacion.

⁶⁶² Para un estudio en profundidad de la referida Sentencia, *vid.* Miguel ARIAS SENSO, *Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 08-07-04*, en *Diario La Ley XXVI*, núm. 6160, enero de 2005.

Por lo que respecta al apartado 5, el Informe apostilla que la posición sistemática que ocupa este apartado no es la más correcta, ya que puede suscitar problemas de interpretación en cuanto a la aplicabilidad al mismo de las reglas contenidas en los anteriores, por lo que resultaría recomendable que se incorporase como párrafo añadido al apartado primero del precepto, tal como hace el texto anterior, despejando toda duda al respecto.

2. El tratamiento de la expulsión sustitutiva en el art. 89 del CP de 1995⁶⁶³.

⁶⁶³ La redacción final del art. 89 del CP, en el texto definitivo de la LO 5/2010, de 22 de junio quedó de la siguiente forma:

1. 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 penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, podrán acordar en sentencia o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquier de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma, o su sustitución, en los términos del art. 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código”.

A continuación, analizamos sucintamente, las cuestiones sobre las que, críticamente, ha venido llamando la atención la doctrina.

2.1 Naturaleza jurídica, fundamento y finalidad de la expulsión sustitutiva.

Una de las modificaciones más significativas que se opera en la actual redacción del precepto, con respecto a la anterior, recogida en los Proyectos de reforma, es que la expulsión sustitutiva tiene carecer obligatorio, si bien, atemperado con la necesaria audiencia al penado, al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, así como la posibilidad de que se permite al Juez o Tribunal valorar la oportunidad de acordar esta medida desde el primer momento o, posteriormente, durante la ejecución de la prisión.

La controversia surge en torno a considerar la expulsión sustitutiva de las penas privativas de libertad no superiores a seis años, bien como una medida restrictiva de derechos o bien como un beneficio, según se imponga contra la voluntad del reo o a petición del mismo, o en función de la mayor o menor gravedad de la pena inicialmente impuesta.

Como medida restrictiva, el TC, en las Sentencias núm. 242/1994, de 20 de julio y núm. 203/1997, de 25 de noviembre, declara que no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en el que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería⁶⁶⁴ que a aquél incumbe legítimamente diseñar, pues no se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegara ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España.

En cuanto a su consideración como beneficio, la STC núm. 203/1997, ante la petición por el propio penado de la expulsión, expresa que no cabe hablar de un derecho fundamental a la aplicación de la sustitución de la pena por expulsión prevista en el art. 21.2 de la LO 7/1985, sino que se trata de una medida que, además del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la Ley, exige una valoración del Juez, dada su configuración legal, que ha de realizar una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos en la Constitución y que, ni está

⁶⁶⁴ En idéntico sentido, el ATC núm. 106/1997, de 17 de abril.

obligado a otorgarla, ni sujeto a una interpretación favorable en virtud, exclusivamente, del principio *pro libertate*.

Si la pena impuesta es de cierta entidad, la expulsión puede constituir un beneficio para el súbdito extranjero sin residencia legal, en comparación al español o extranjero que reside legalmente en España, circunstancia que, en opinión de algunos autores⁶⁶⁵, podría alentar la comisión de delitos menos graves, ante la convicción de que el castigo “sólo” consistirá en la expulsión del territorio nacional.

Así las cosas, resulta que la expulsión prevista en el art. 89 Cp no puede ser considerada una pena, toda vez que no se encuentra recogida en el arsenal punitivo del art. 33 de nuestro Código penal. Así lo tiene declarado el Tribunal Constitucional, cuando afirma que la expulsión no puede considerarse una pena, sino que se trata de una posibilidad que permite suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado (*vid.*, por todas, STC núm. 24/2000, de 31 de enero); calificando, finalmente la institución del art. 89 CP como una medida de seguridad no privativa de libertad⁶⁶⁶.

La STS núm. 901/2004, de 8 de julio, considera como una acumulación de penas⁶⁶⁷ la expulsión, cuando se aplica tras el cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena impuesta o cuando se ha accedido al tercer grado de tratamiento penitenciario, toda vez que su previsión no responde a los fines de prevención especial ni de resocialización del reo a que aspiran los demás sustitutivos penales.

Parte de la doctrina considera que la expulsión no es más que una decisión de política penal vinculada a la política de extranjería⁶⁶⁸. Otros autores entienden que nos encontramos ante una sanción administrativa⁶⁶⁹,

⁶⁶⁵ En este sentido, *vid.* Vicente MAGRO SERVET y Esteban SOLAZ SOLAZ, , *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, op. cit., p. 164.

⁶⁶⁶ A favor de considerar la expulsión del art. 89 CP como medida de seguridad no privativa de libertad sólo aplicable a los extranjeros no residentes legalmente en España. *Ibid.*, p.163.

⁶⁶⁷ Matizaciones que analizamos en el subapartado 3.2 del presente estudio.

⁶⁶⁸ Así, Vicente MAGRO SERVET y Esteban SOLAZ SOLAZ, *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, op. cit., p. 163.

⁶⁶⁹ Consultar Elena RODRÍGUEZ BALADO, *La intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión de extranjeros: autorización de la expulsión administrativa y autorización sustitutiva*, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 26, 2011, pág. 40, cuando afirma que el contenido aflictivo de la expulsión le otorga un carácter eminentemente sancionador, siendo sin embargo discutible que esta figura pueda quedar incluida en el orden sancionador penal, y todo

toda vez que la medida de expulsión se encuentra vinculada a la política de extranjería y que persigue un control de los flujos migratorios⁶⁷⁰. Y algún sector se ha pronunciado acerca de su caracterización como institución autónoma⁶⁷¹.

Según PERIS RIERA y MADRID CONESA, la expulsión prevista en el art. 89 CP es una institución autónoma⁶⁷² cuyos orígenes fueron administrativos y que, atendiendo a la doctrina expuesta del TC, en ocasiones, se presenta como un castigo y, otras, como un beneficio⁶⁷³.

Respecto de los fines perseguidos con la expulsión y, a la vista de la reforma efectuada por la LO 11/2003, la STS, Sala 2ª, núm. 901/2004, de 8 de julio, reconoce que “se produce un importante cambio en la filosofía general que inspiraba la expulsión de extranjeros ilegales por la comisión de delitos, pues lo que desde la vigencia del actual Código era una decisión discrecional que podía adoptar el Tribunal sentenciador respecto de los condenados a penas inferiores a seis años [...] se convierte en una conminación legal dirigida al juzgador en el actual art. 89.1”, apuntando que el propósito confesado en la Exposición de Motivos de la Ley no es otro que “evitar que la pena y su cumplimiento reconviertan en formas de permanencia en España”. Finaliza el fallo vaticinando “la incidencia directa que tal medida va a tener en la población reclusa al provocar una drástica disminución del número de extranjeros en prisión”⁶⁷⁴.

ello, a pesar de que el legislador, en el art. 96.3.2 CP, incluyó la expulsión sustitutiva en el ámbito de las medidas de seguridad no privativas de libertad.

⁶⁷⁰ En este sentido, *vid.* Marta MONCLÚS MASO, *La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta*, en *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 94 (34), agosto de 2001, y Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, op. cit., p. 631.

⁶⁷¹ Consideran que estamos ante una institución autónoma, ante un simple modelo de expulsión cuyos caracteres están más cerca de una medida de seguridad que de una pena, Jaime Miguel PERIS RIERA y Fulgencio MADRID CONESA, *Art. 89*, Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.): *Comentarios al código Penal, Tomo III*, Madrid, 2000, p. 1202.

⁶⁷² *Ibidem*, p. 1202.

⁶⁷³ De este modo lo aprecia Manuel CANCIO MELIÁ, *La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)*, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 198, quien considera que la medida de expulsión tiene un carácter ambivalente afflictivo dependiendo de las circunstancias individuales del sujeto.

⁶⁷⁴ Nada más alejado de la realidad, atendiendo al incremento exponencial del número de extranjeros en prisión; cuestión que fue tratada ampliamente en el apartado II del presente estudio.

No faltan opiniones en nuestra jurisprudencia menor que se pronuncian sobre los fines de la medida de expulsión. Así, el AAP de Cádiz, con sede en Ceuta, núm. 86/2005, de 18 de mayo, dispone que “es evidente que la motivación principal de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena de prisión, no responde a las finalidades de la pena --implica más bien su no imposición--, sino a intereses económicos y de política penitenciaria, para disminuir el número de penados extranjeros, que son los que tienen mayores problemas de adaptación y sobre los que es más difícil verificar una labor de reinserción o resocialización”. En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona núm. 750/2005, de 7 de diciembre.

2.2 Ámbito subjetivo de aplicación: extranjero sin residencia legal en España.

El concepto de “extranjero” viene referido en el art. 1.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración Social, que considera como tales a quienes carecen de nacionalidad española.

La definición de “extranjero sin residencia legal en España” se infiere del art. 29.1 de la mentada disposición legal, que considera extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente. Para completar este precepto, es necesario acudir al art. 53.a) de la meritada LO 4/2000, que considera infracción grave “encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”. A falta de esta situación administrativa, se tendrá la condición de residente ilegal, a que se refiere el art. 89.1 CP:

2.3 Ámbito objetivo de aplicación: penas privativas de libertad inferiores a seis años.

Según la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, “lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la concreta pena que se ha impuesto en la sentencia. Por ello, cabrá aplicar la expulsión cuando el extranjero sea condenado a una pena inferior a los seis años, ya sea como consecuencia de la concurrencia de eximentes completas, incompletas, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, o ya sea como consecuencia de la utilización del

arbitrio judicial, autorizado por las reglas penológicas, independientemente de que la condena lo sea por un delito que en abstracto, lleve aparejada pena superior a los seis años”⁶⁷⁵.

Cabe la posibilidad de aplicar la expulsión sustitutiva si la suma de las distintas penas privativas de libertad impuestas en una sentencia, superan los seis años. A esta conclusión llega la Circular 2/2006 tras hacer una interpretación gramatical del art. 89 CP, cuando emplea el plural al disponer que “las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas [...]”.

De cualquier manera, el art. 89.1 CP se refiere a las penas privativas de libertad inferiores a seis años, como aquellas que pueden ser sustituidas por expulsión del territorio nacional, cabe plantearse si la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 33.5 CP), tendría cabida para integrar el ámbito de aplicación objetivo del precepto penal.

Al respecto, la Circular 2/2006 sostiene la imposibilidad de la expulsión sustitutiva en el caso de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, toda vez que por la propia naturaleza subsidiaria de la misma, es incierta la aplicabilidad de la misma en el momento del dictado de la sentencia. *A fortiori*, continúa la Circular, si se condiciona la expulsión a la disponibilidad de recursos económicos para el pago de la multa, se estaría incorporando un criterio discriminatorio no justificado.

Así las cosas, de la misma forma que es susceptible la concesión del beneficio de la suspensión de su ejecución cuando se impone a penados nacionales, comunitarios o asimilados, no se ve obstáculo alguno en que se proceda a la expulsión, cuando el penado extranjero que no reside legalmente en España, no pueda hacer frente a esta responsabilidad pecuniaria.

Finalmente, la expulsión sustitutiva puede darse aun cuando la pena privativa de libertad hubiera comenzado a cumplirse, toda vez que el art. 89 CP no condiciona la expulsión a que se lleve a efecto antes del comienzo de la ejecución de la pena impuesta (a diferencia de lo que ocurre en el art. 88 CP, respecto de la sustitución de la pena de prisión).

⁶⁷⁵ Vid., en idéntico sentido, el AAP de Zaragoza, núm. 171/2005, de 16 de febrero.

Ahora bien, no parece factible que, cumplida gran parte de la condena, se proceda a sustituir la misma por la expulsión del extranjero, ya que esta situación podría entrañar una sanción añadida, deviniendo la expulsión como una acumulación de la pena inicialmente impuesta, en vez de operar como sustitutiva de la misma⁶⁷⁶.

2.4 Delitos en los que no procede la expulsión sustitutiva.

La LO 5/2010, de 22 de junio, ha modificado los supuestos en los que no procede acordar la expulsión, añadiendo, al ya existente art. 312 CP (tráfico ilegal de mano de obra)⁶⁷⁷ y 318 bis CP (tráfico ilegal de personas)⁶⁷⁸,

⁶⁷⁶ Por todas, STS núm. 901/2004, de 8 de julio.

⁶⁷⁷ Artículo 312 CP:

1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.
2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

⁶⁷⁸ Artículo 318 bis CP:

1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.
2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.
3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.
Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.
Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.
5. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

el art. 313 CP⁶⁷⁹ (emigración clandestina de trabajadores o emigración fraudulenta)⁶⁸⁰ y retirando la referencia al art. 515.6º CP⁶⁸¹, que se encontraba derogado, así como a los arts. 517 y 518, ambos de dicho texto legal⁶⁸².

2.5 Excepciones a la aplicación de la expulsión sustitutiva.

Establece el art. 89.1 CP que la sustitución será preceptiva, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Comoquiera que el precepto no especifica los presupuestos en los que debe basarse la decisión contraria a la expulsión, el Juez o Tribunal podrá tener en cuenta los argumentos que han sido desarrollados por la jurisprudencia, a saber, gravedad del hecho, circunstancias personales del penado, posibilidad de frustrar los fines de la pena y alarma social generada, entre otros, cuyo estudio se acomete seguidamente.

2.5.1 Gravedad del delito cometido y alarma social.

Al margen de las infracciones especificados en el art. 89 CP que impiden la aplicación de la expulsión sustitutiva, enumerados *ut supra*,

⁶⁷⁹ La Circular 1/2002, de 19 de febrero de la Fiscalía General del Estado, advertía la incomprensible omisión de los delitos contenidos en el art. 313 CP, en la relación de infracciones que deberían estar excluidas del ámbito de aplicación de la exclusión y recomendaba a los Fiscales la conveniencia de informar en sentido desfavorable la expulsión sustitutiva de la pena en estos supuestos.

⁶⁸⁰ Artículo 313 CP:

El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.

⁶⁸¹ Artículo 515.6ª. CP:

Suprimido por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

⁶⁸² Artículo 517 CP:

En los casos previstos en los números 1º. y 3º. al 6º. del artículo 515 se impondrán las siguientes penas:

1º. A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.

2º. A los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 518 CP:

Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en los números 1º. y 3º. al 6º. del artículo 515, incurrirán en la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

hay delitos que revisten especial gravedad, bien por el tipo del bien jurídico que lesionan y el alcance de dicha vulneración (delitos contra la salud pública o contra la libertad e indemnidad sexuales), bien por la extensión de la actividad delictiva (delincuencia organizada, bandas armadas y grupos terroristas), o bien por la especial vulnerabilidad de la víctima (menores, personas con discapacidad o especialmente vulnerables).

La naturaleza y gravedad de estos tipos, así como la alarma social que los mismos comportan desaconsejan la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional. Una decisión favorable a la expulsión, además, sería discriminatoria para los nacionales que sí han de cumplir la pena en un centro penitenciario español, por no hablar de que, en este caso, los extranjeros que ingresen en una cárcel española, se pueden beneficiar, si así lo desean, del tratamiento y, por ende, someterse a un proceso de rehabilitación y reeducación⁶⁸³.

La Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, establece que exigen cumplimiento ordinario las condenas por delitos en los que el sujeto activo es un extranjero no residente que accede a España con el fin de cometer el delito y con ánimo de volver al extranjero una vez perpetrados los hechos.

Otros delitos en los que no resulta aconsejable la expulsión sustituida son aquellos en los que haya sido empleada violencia contra las personas (robos con violencia o intimidación o en casa habitada)⁶⁸⁴, así como cuando la infracción cometida sea calificada de falta, por resultar excesivamente gravosa la expulsión.

2.5.2 Frustración de los fines de la pena.

Sobre la necesidad de tener en cuenta los fines propios del Derecho penal en su propio ámbito de actuación, como es la reacción penal frente al delito, se ha pronunciado el Tribunal Supremo.

⁶⁸³ *Vid.* en este sentido ATC, Sala 1ª, núm. 106/1997, de 17 de abril. Recurso núm. 4614/1996, en el que considera ajustada la decisión del órgano judicial que basó su decisión de no aplicar al recurrente el art. 89.1 CP, en el resultado de una correcta ponderación de las necesidades preventivo-especiales concurrentes en el caso de autos y preventivo-generales (en las que, frente a lo que se mantiene en la demanda de amparo, es perfectamente encuadrable el criterio de la alarma social, entendido como efecto nocivo que, en relación con la finalidad de prevención general inherente en toda pena, tendría el hecho de la falta de reacción penal suficiente ante la comisión de un delito grave).

⁶⁸⁴ *Vid.*, en este sentido, STS, Sala 2ª, núm. 906/2005, de 8 de julio.

Así, en la STS, Sala 2ª., núm. 1120/2005, de 28 de septiembre, se dispone que el Juez o Tribunal que deba pronunciarse sobre la aplicación o no de la expulsión sustitutiva, deberá atender a razones o criterios relativos a la frustración de los fines de la pena, especialmente en materia de prevención general y especial.

En el ámbito de la prevención general, tratará de evitar, la situación de impunidad que genera el mecanismo de la expulsión ante la comisión de delitos de especial gravedad y, por el contrario, deberá buscar la eliminación de esa sensación de discriminación que pueden sentir los nacionales y residentes legales, que no tienen forma legal de eludir en los supuestos más graves el ingreso en centro penitenciario.

Por su parte, en la STS núm. 949/2009, de 28 de septiembre, se afirma que deben compatibilizarse los objetivos de la política de inmigración con las exigencias preventivo generales [...] y con el favorecimiento de la prevención especial.

2.5.3 Las circunstancias personales del condenado.

Las SSTS, Sala 2ª., núm. 901/2004, de 8 de julio y núm. 682/2007, de 18 de julio, *inter alia*, ya advertían que para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parecía imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado. Para ello el Tribunal Supremo acudió a un interpretación del art. 89 CP desde una lectura constitucional, ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona, sea o no inmigrante.

Como el art. 89 CP no especifica cuáles son las razones que el Juez o Tribunal debe tener en cuenta para no aplicar la expulsión sustitutiva, nada obsta para que sean tenidas en cuenta las siguientes: tiempo de permanencia en España, arraigo social, personal y laboral, situación familiar, favoreciéndose la no separación del núcleo familiar, debiendo tenerse en cuenta si el penado tiene pareja estable, especialmente si su nacionalidad es española y si hay hijos a su cargo, número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado⁶⁸⁵, así como la

⁶⁸⁵ En este sentido se pronuncia la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado y el AAP de Gerona, Sección 3ª, núm. 324/2002, de 8 de julio que deniega la expulsión sustitutiva atendiendo al tiempo de permanencia en España del extranjero (desde 1997), la duración de la pena impuesta

situación existente en el país de origen del súbdito extranjero y el riesgo para la vida o integridad del penado.

La jurisprudencia del TEDH⁶⁸⁶ otorgó al concepto de vida privada y familiar un contenido más amplio, incluyendo no sólo los vínculos familiares o la larga estancia en el país del extranjero sino también la formación o la actividad profesional que éste desarrolle en el país del que podría ser expulsado.

Dicha jurisprudencia matizó la idea de arraigo y exigió a los Tribunales una valoración ponderada de los intereses en conflicto relativos a la protección de la vida privada y familiar, protección del orden público y prevención de infracciones penales, e incluso una valoración de la concurrencia en cada supuesto de una necesidad social imperiosa y de la proporcionalidad con el fin perseguido.

Es importante tener en cuenta que, las circunstancias personales del condenado que puedan justificar la excepción a la regla general de la expulsión sustitutiva, deberán ser aprobadas. En este sentido, el AAP de Castellón, Sección 1ª, núm. 206/2006, de 20 de abril, rechazó la solicitud del penado de cumplimiento de la pena en centro penitenciario español, abogando por la expulsión sustitutiva ante la falta de prueba sobre el arraigo del extranjero en España.

2.6 Ámbito temporal de la expulsión sustitutiva.

El art. 21.2 de la LO 7/1985 y el art. 89 CP en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 11/2003 fijaron la fase de ejecución de sentencia como el momento procesal correcto para decidir sobre la aplicación de la expulsión sustitutiva. No obstante, el aplazamiento de esta decisión fue admitido por el Tribunal Supremo, en las SSTS núm. 330/1998, de 3 de marzo y 1381/2000, de 11 de septiembre, *inter allia*.

La LO 5/2010, de 22 de junio, tanto en su apartado primero, aplicable a las penas privativas de libertad inferiores a seis años, cuanto en el apartado 5 del art. 89 CP, aplicable a cualquier tipo de pena privativa de libertad, permite que se decida la sustitución de la pena por la expulsión en

(nueve meses) y la situación familiar (un hijo menor escolarizado en grado ESO), así como un pronóstico de reinserción favorable.

⁶⁸⁶ SSTEDH de 19/02/98, caso *Bouchelkia v. Francia*; 11/07/00, caso *Dalia v. Franica* y 02/08/01, caso *Boultif v. Suiza*, *inter allia*.

sentencia o bien en auto motivado posterior, durante la ejecución de sentencia, subsistiendo los problemas derivados de la posible acumulación de sanciones, como ya se expuso en el apartado 4.3 *in fine* de la presente tesis.

2.7 La expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento en el último tramo de la pena de prisión.

El art. 89.5 CP, en su redacción conforme a la LO 11/2003, de 29 de septiembre, dispuso que los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legal en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que el extranjero haya accedido al tercer grado penitenciario o una vez haya cumplido las tres cuartas partes de la condena.

Con la redacción anterior, no parece que este tipo de expulsión fuera aplicable a los extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años, que se encontraran cumpliendo condena. En ese caso, nada impediría, si se cumplen los requisitos para la concesión de la libertad condicional, que el extranjero pudiera acceder a la misma⁶⁸⁷, al igual que a los beneficios derivados de su clasificación en tercer grado⁶⁸⁸.

La LO 5/2010, de 22 de junio modificó el ámbito objetivo del precepto, haciéndolo extensivo a cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que el extranjero hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena y manteniendo el carácter imperativo de la expulsión, salvo que, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, el Juez aprecie razones que justifiquen su cumplimiento en España, siendo aplicable las consideraciones expuestas *ut supra*, en relación con las excepciones a la aplicación automática del precepto.

⁶⁸⁷ Téngase en cuenta que la redacción del art. 89 CP dada por la LO 11/2003, impide a los extranjeros no residentes legalmente en España su acceso a la libertad condicional ordinaria, ya que la decisión de expulsión adoptada por el Tribunal sentenciador, vincula al Juez de Vigilancia Penitenciaria, que no podrá aprobar una propuesta de libertad condicional basada en el art. 197 del Reglamento Penitenciario, ni tampoco otorgar la libertad condicional al penado extranjero, permaneciendo éste en España.

⁶⁸⁸ En este sentido, Elena RODRÍGUEZ BALADO, *La intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión de extranjeros: autorización de la expulsión administrativa y autorización sustitutiva*, op. cit., p. 48.

Esta ampliación del marco objetivo de aplicación del apartado 5 del art. 89, motivó fuertes críticas por parte de algún autor, que como ARIAS SENSO, considera que “se deja en manos de la Administración, la determinación del momento exacto de la expulsión, desnaturalizando el sistema de progresión penitenciaria e instrumentalizando el llamado tercer grado, en aras de facilitar, no ya la reinserción ni la resocialización, sino la expulsión del penado”⁶⁸⁹

Respecto al momento procesal adecuado para formular la solicitud de expulsión, es práctica habitual de la Fiscalía, plantearlo en el escrito de calificación provisional, si bien, la Circular 2/2006 no observó ningún obstáculo a que la petición se sustancie en el trámite de elevación de las conclusiones provisionales a definitivas si se hubiera omitido con anterioridad, sin perjuicio de que se otorgue a la defensa, para evitar indefensión, un plazo adicional con objeto de estudiar las alegaciones formuladas y aportar elementos probatorios si así se estima oportuno.

2.8 Efectos de la expulsión.

El primer efecto de la expulsión sustitutiva es la salida y prohibición de entrada al territorio nacional, ampliado al denominado Espacio Schengen⁶⁹⁰, toda vez que la Directiva 2001/40/CE, de 18 de mayo de 2001, establece el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

La LO 5/2010, aborda en el párrafo primero del apartado 6 del art. 89 CP la situación de los condenados extranjeros que habiendo sido acordada su expulsión, no se encuentren en prisión, señalando que, en este caso, el Juez o Tribunal podrá acordar su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa, situación en la que el condenado extranjero sólo podrá estar sesenta días, *ex. art.* 62.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en la redacción dada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

⁶⁸⁹ Miguel ARIAS SENSO, *Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 08-07-04*, op. cit., p. 3.

⁶⁹⁰ Esto es, el territorio europeo donde se aplica el Convenio Schengen: Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, España, Portugal, Grecia, Italia, Austria, Dinamarca, Suecia, Finlandia y Rumanía). Según el art. 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schentn, la Dirección General de Policía, deberá incluir al expulsado en la lista de no admisibles.

En segundo lugar, la expulsión, conlleva el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España, si bien, entendemos, que no se puede proceder al archivo definitivo de la ejecutoria penal, hasta que no transcurra el plazo de prescripción de la pena o el de prohibición de entrada.

En cuanto a la prohibición de regreso a España, la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, mejora la redacción del art. 89 CP, al fijar un lapso de cinco a diez años, en vez del plazo fijo establecido en la redacción anterior, de diez años; respetando así el principio de proporcionalidad. En la determinación del plazo, no hay obstáculo para que se atienda a la duración de la pena impuesta y las circunstancias personales del penado. Resulta de interés el cómputo del plazo de provisión de regreso a España, siendo el *dies a quo* la fecha en que se materializa la expulsión y no la fecha de la resolución que lo acuerda y cuya efectividad se demora en no pocas ocasiones⁶⁹¹.

2.9 Crítica a la regulación actual del art. 89 CP.

El primer problema que se detecta es el relativo a la ausencia de mecanismos de compensación del período en que el extranjero permanezca en situación de prisión preventiva. La solución que se dio inicialmente de compensación con el periodo de prohibición de entrada quedó descartada por la redacción del propio precepto, que imponía al extranjero un periodo de prohibición fijo de diez años; no obstante, dicha solución puede ser replanteada a partir de la nueva redacción del apartado 2 del art. 89 del CP acordada conforme a la LO 5/2010, que introduce un limitado arbitrio judicial en la prohibición de regreso a España.

En segundo lugar, existe un inconveniente en aquellos casos en los que el extranjero inicia el cumplimiento de la pena privativa de libertad mientras se realizan las averiguaciones tendentes a determinar el país de destino a efectos de expulsión, e incluso en aquellos casos en los que el penado hubiera extinguido prácticamente la mitad de la pena privativa de libertad y se pretendiera ejecutar la expulsión. En ambos supuestos resulta evidente que, la expulsión, no sería sustitutoria sino acumulativa de la pena privativa de libertad que se pretende sustituir, y, todo ello, a pesar de la cobertura legal que otorga la Disposición Adicional decimoséptima de la LO

⁶⁹¹ Vicente MAGRO SERVET y Esteban SOLAZ SOLAZ, *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, op. cit., p. 210.

19/2003, de 23 de diciembre, al primero de los casos mencionados.

En tercer lugar, la previsión contenida en el apartado 5 del precepto analizado, puede resultar perjudicial para el condenado pues, en vez de serle de aplicación la libertad condicional, se procede a su expulsión, lo que puede conllevar un plus de aflicción de la pena impuesta.

Finalmente, la reforma introducida por la LO 5/2010, prevé la posibilidad de que, si el penado no queda efectivamente privado de libertad, para asegurar la efectividad de la expulsión, la autoridad judicial, puede acordar el ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, por una duración de hasta sesenta días. Esta situación de internamiento en un Centro de Internamiento de Extranjeros puede resultar incluso más penosa que el cumplimiento provisional de la pena inicialmente impuesta⁶⁹².

3. Estimación capitular final.

A la vista de las reiteradas modificaciones operadas en el art. 89 CP, inferimos que, el legislador penal, tiene dificultades para mantener la regulación de la expulsión sustitutiva de manera que sea compatible con los principios que informan el Derecho penal. Así, la expulsión del art. 89 CP ha recibido innumerables críticas, por considerar que responde más a los movimientos nacionalistas que recorren la Europa de nuestros días, que a las necesidades preventivo especiales del condenado⁶⁹³. Concluiremos nuestro análisis, sobre este particular, en las conclusiones del Capítulo XIV de la presente expresión escrita.

⁶⁹² En el mismo sentido se pronuncian los letrados Ignacio ALARCÓN MOHEDANO y Luis VIDAL DE MARTÍN SANZ, quienes realizaron un estudio, premiado por el Colegio de Abogados de Madrid y publicado como separata de la revista *Otrosí*, en febrero de 1999, denunciando los fallos y excesos que se producían en los Centros de Internamiento de Extranjeros y las precarias condiciones de salubridad, instalaciones, asistencia social, comunicaciones, visitas, asistencia letrada, régimen disciplinario y ausencia de control jurisdiccional en el interior de los mismos.

⁶⁹³ Borja MAPELLI CAFFARENA, *La Población Reclusa Extranjera en el Sistema Penitenciario Español*, op. cit., p. 108.

CAPÍTULO X.

EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD A LA LUZ DEL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL.

1. Delimitación conceptual introductoria.

La función del Derecho penal se inserta en lo que constituye la función general del Derecho, la paz social, debiendo preguntarnos en qué contribuye esta rama a la consecución de tal finalidad. Inicialmente conocemos que, conseguir el respeto, actual y futuro a los bienes jurídicos fundamentales por parte del que ha atentado contra ellos en el pasado, es el principal objetivo del tratamiento penitenciario rehabilitador tal como lo entiende la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre⁶⁹⁴.

La ejecución de las penas privativas de libertad está regulada por una pluralidad de normas que configuran un sector autónomo del ordenamiento jurídico que, en España, se denomina Derecho penitenciario, a diferencia de lo que sucede en otros países en los que se ha impuesto la denominación de Derecho de ejecución penal.

Por Derecho penitenciario se entiende *un conjunto de normas jurídicas por medio de las cuales se regula la ejecución de las penas privativas de libertad*⁶⁹⁵. Esta rama jurídica del sistema penal es la encargada de desarrollar normativamente las aportaciones de la Ciencia penitenciaria, a la que podemos definir como la doctrina jurídica consagrada al estudio de los asuntos relativos a la pena privativa de libertad y de todas aquellas sanciones alternativas que la legislación impone como consecuencia punitiva de un hecho delictivo, en el marco del ordenamiento jurídico vigente.

⁶⁹⁴ Artículo 59 LOGP:

1. El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados.

2. El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general.

⁶⁹⁵ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 159.

Para MAPELLI CAFFARENA, desde una consideración meramente semántica, la expresión *penitenciario* es absolutamente desacertada por no caracterizar correctamente la fase de ejecución de la privación de libertad, ya que, hoy, todos los esfuerzos se dirigen en contra de concebir esta fase del sistema penal como una penitencia, en su significado expiatorio o retributivo. Pero también es desacertada en su significado etimológico ya que, la palabra, procede de pena y, en esta fase, también se ejecutan privaciones de libertad que no comparten esa naturaleza (prisión preventiva o medidas de seguridad)⁶⁹⁶.

2. La Ciencia criminológica y la información empírica sobre la cuestión penitenciaria.

El compromiso del sistema penitenciario con los fines resocializadores hace necesario un ejercicio de reflexión sobre los datos empíricos que nos ofrece la realidad de las prisiones y sobre las aportaciones de la Criminología⁶⁹⁷, valorando su capacidad para alcanzar dichos fines.

Sin duda, la norma más importante sobre la cuestión penitenciaria, fuera de la legislación propia, es el art. 25.2 de la CE, cuyo texto señala que *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo⁶⁹⁸, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.*

2.1 Percepción criminológica.

La visión que, la Criminología tiene de las penas, objeto de interés exclusivo hasta hace muy poco tiempo de las ciencias jurídicas, nos ha servido para acercarnos con mayor fiabilidad a la realidad de las cárceles; para afirmar, con más argumentos que procesos, cómo la prisionalización⁶⁹⁹, los

⁶⁹⁶ En el mismo lugar, p. 159.

⁶⁹⁷ Traemos a la memoria que, la Criminología, como ciencia social, empírica e interdisciplinar, tiene como objeto de estudio el delito, el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento desviado.

⁶⁹⁸ Capítulo II.

⁶⁹⁹ El concepto de prisionización ha arraigado en la Criminología moderna. El término fue creado por P. CLEMMER, para describir la repercusión de la subcultura carcelaria en todas las personas

códigos de los reclusos, o su estigmatización, evidencia que, la prisión, por razones ontológicas, nunca podrá aspirar a cumplir con las metas de reinserción y de reeducación de los condenados, y que, por estas razones, la mejor propuesta de política criminal que puede hacerse sobre la misma, es recomendar un uso excepcional.

La Criminología crítica⁷⁰⁰ propuso en su momento la abolición del sistema penal, y más concretamente, de la prisión, cuestión que suscitó un debate sobre esta modalidad punitiva y su función criminógena, muy alejadas de las funciones legalmente reconocidas por el ordenamiento jurídico. La contundencia de los argumentos contra la prisión, desde la perspectiva resocializadora, hizo que surgieran de inmediato propuestas abolicionistas, tan sugerentes como arriesgadas.

En expresión de MAPELLI CAFFARENA⁷⁰¹, las tendencias y estrategias abolicionista radicales, comportan por lo general mayores riesgos para los derechos fundamentales de las personas que el propio *statu quo* penal, dado que, los sistemas de control social, están formados por una estructura de piezas encajadas y, la eventual retirada de una pieza de control conduce, irremediablemente, a que, otros instrumentos informales y espontáneos, tiendan a cubrir el espacio⁷⁰².

La Criminología moderna, nos lleva con mayor rigor científico, al conocimiento de cuáles son los efectos que produce la prisión en quienes la sufren y se puede, a partir de los mismos, diseñar una política penitenciaria más realista, que no alimente pretensiones inalcanzables que acaban por

relacionadas con la prisión (presos y funcionarios), afirmando que, las consecuencias de este proceso, influyen en toda persona que haga vida intramuros. Así se explican los comportamientos tan similares entre funcionarios y reos, de donde se presume que, por extensión, también los empleados públicos sufren las consecuencias del proceso legal de internamiento y del modo de convivir impuestos, muy distantes del que ofrece el entorno social en libertad.

⁷⁰⁰ Es entendida como un movimiento heterogéneo del pensamiento criminológico contemporáneo que busca la construcción de una teoría materialista de la desviación que pondera instrumentos, conceptos e hipótesis, ideados en el ámbito del marxismo. Opone, el enfoque macrosociológico al biopsicológico del comportamiento desviado, evidenciando su relación funcional o disfuncional con la estructura social, aspirando a superar de este modo, el paradigma etiológico de la “vieja” Criminología.

⁷⁰¹ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 168.

⁷⁰² Crítica de ningún modo reñida con los compromisos programáticos penitenciarios mínimos. Los análisis criminológicos, apoyan los postulados de una política penitenciaria reduccionista que reclama para la prisión un papel de última *ratio* en el conjunto del sistema de penas.

consolidarse como estrategias de legitimación de la situación actual.

Una de las líneas de investigación abiertas por la Criminología moderna para explicar el comportamiento de los internos, es la relativa a la organización social no formal de la prisión. CLEMMER estudió la importancia que, para explicar el comportamiento de los presos, tiene el *código de los reclusos*, es decir, el conjunto de normas no escritas que funcionan paralelamente a las normas explícitas, en unas ocasiones, coincidiendo con ellas y, en otras, entrando en conflicto. La comunidad penitenciaria respeta escrupulosamente ese código que, como normativa, contiene una parte dispositiva, que prohíbe u obliga a determinados comportamientos y, otra sancionadora, que premia o castiga.

El comportamiento acorde con este conjunto de normas informales termina influyendo en el propio interno, tiene unos efectos que se conocen como *proceso de prisionalización*, descrito por CLEMMER como la adopción, en mayor o menor grado, de los usos, costumbres, tradición y cultura general de la prisión. Este proceso, se encuentra condicionado por las circunstancias penitenciarias de cada establecimiento, por su modelo, por el tiempo transcurrido en prisión y por el que resta hasta la puesta en libertad.

La Criminología, por lo tanto, ha iniciado nuevas líneas de investigación para determinar no sólo la cuestión de por qué determinadas personas cometen delitos⁷⁰³, sino cuáles son los criterios por los que dichos quebrantamientos de la ley, nunca llegarán a ser conocidos.

Los procesos de selección del sistema penal, que hasta hace poco tiempo no habían sido cuestionados, han pasado a ser una de las prioridades de los criminólogos. La llamada *teoría de la reacción social*, ha llegado a cuestionar el principio de igualdad penal desde el momento en que, la

⁷⁰³ Etiología de la delincuencia o criminogénesis es la explicación de las causas que tuvo un delincuente para delinquir, resultante del estudio de su vida, es decir, que tiene importancia capital el perfil de personalidad básica del actor (factor individual o biopsicogénesis) y de las influencias ambientales (factor mesológico o sociogénesis). También se la considera el conjunto de tendencias de origen genético que ante los estímulos del medio pueden desembocar en una conducta antisocial dependiendo de la intensidad con que tales tendencias se presentan en cada individuo. De acuerdo con el planteamiento de la biología criminal, no todo individuo con tendencias violentas, irascibles, agresivas, o excitables llega al delito, sino sólo aquellos que no poseen la capacidad para refrenarlas. En ello, la estructura de la personalidad, juega un papel de vital importancia. Este punto de vista resulta de las investigaciones en el campo de la genética en relación con el medio. En toda personalidad deben converger tres elementos: el heredado (temperamento), el aprendido (carácter) y el medio.

definición del delincuente y el volumen y estructura de la delincuencia, es configurado en gran medida por la reacción y la sanción penal⁷⁰⁴.

2.2 Examen empírico.

El estudio estadístico de la cuestión criminal y penitenciaria, a la que podríamos llamar *cuestión de tormento*, es una fuente de conocimiento y de valoración real, cuyo objeto sirve para conocer el volumen, movimiento y estructura de algunos modos de delincuencia. Una acertada política criminal debe ir precedida de tamaña información empírica.

La Estadística es, en la actualidad, un instrumento sumamente eficaz para orientar correctamente las políticas penitenciarias. El Ministerio del Interior cuenta con un Informe General y una página web (www.mir.es), con información reducida, pero semanalmente actualizada, en la que se dibuja estadísticamente el estado de nuestras prisiones. Ejemplos:

⁷⁰⁴ La teoría de la *reacción social* o *etiquetado*, se centra en la desviación secundaria, desligándose de las motivaciones etiológicas del delito y trasladando su atención al proceso de criminalización. Presenta las siguientes características:

1. Un cambio de enfoque dentro de las teorías del proceso social: no se interesa por las causas del delito sino que analiza las situaciones postdelictivas, es decir, cuando el delincuente es castigado y “etiquetado” como criminal.
2. La actividad criminal no existe como tal. Ningún comportamiento humano, por desviado que sea, se convierte en delito sino en virtud de la actividad de las instancias de control formal (si alguien roba y no es detenido no puede ser calificado de ladrón).
3. No existe una distribución uniforme de la delincuencia entre la población, pues, la realidad carcelaria, tampoco es representativa de la objetiva medida de la criminalidad. Se considera el estatus social, como filtro que selecciona y excluye el adjetivo de “delincuente”.
4. Proceso de estigmatización: el individuo interioriza el rol de delincuente como consecuencia del “etiquetado”, lo cual le aboca hacia la carrera criminal. Es la denominada desviación secundaria. Atendiendo a la estigmatización o efecto criminógeno, la sanción se base en dos conceptos:-
 - 4.1 La calificación de una conducta como desviada la hace la propia sociedad cuando, un comportamiento, se aparta de lo socialmente establecido.-
 - 4.2 La reacción social, o proceso generado tras el etiquetado, consistente en la estigmatización, que se acentúa, cuando el condenado ingresa en prisión, apartado de su contexto social y sometido a otro que va a influirle. Tras ser etiquetado, el individuo ingresa en el centro penitenciario y asume nuevos roles que le provocan cambios de distinta naturaleza. Ese nuevo entorno resalta su estigmatización y le aboca a la carrera delictiva.

Tabla 2. DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN RECLUSA EN ESPAÑA POR SEXO A MES DE JULIO DE 2012.

Genero	Total	%
Hombres	65.283	92,34
Mujeres	5.412	7,66
Total	70.695	100

Fuente: Ministerio del Interior.

Merced a esta información, se conoce, también, el origen del fuerte aumento de la población penitenciaria en España, que ha obligado a la creación de nuevos centros, o el deteriorado estado de salud de esta población, de la cual en el año 2008, un 52%, de los reclusos VIH+ españoles, se encontraban en tratamiento antirretroviral.

Igualmente, la situación procesal-penal:

Tabla 3. POBLACIÓN RECLUSA SEGÚN SITUACIÓN PROCESAL-PENAL, POR SEXO A MES DE ENERO DE 2012.

Situación	Hombres	Mujeres	Total
Preventivos	10.404	1.076	11.480
Penados	50.082	4.029	54.111
Medidas de Seguridad	602	45	647
Penados con Preventivas	3.947	207	4.154
Totales	65.035	5.357	70.392

Fuente: Ministerio del Interior.

La presencia de no nacionales se ha convertido en nuestras prisiones, al igual que en el contexto europeo, en uno de los problemas más destacados de los últimos años. Sin llegar a casos extremos del 40%, como en Suiza, Bélgica u Holanda, España ha visto crecer su población penitenciaria, debido al aumento de la población reclusa no nacional.

Tabla 4. DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN RECLUSA EXTRANJERA, POR SEXO A MES DE ENERO DE 2012.

Genero	Total	%
Hombres	22.251	92,16
Mujeres	1.893	7,84
Total	24.144	100

Fuente: Ministerio del Interior.

Aproximadamente, en los últimos tres años, España ha seguido un crecimiento anual de la población reclusa en torno al 4%, situándose en un lugar destacado dentro de la CE. La duración media de la estancia en prisión es de 3,6 años. El número de reclusas, es uno de los mayores de Europa; no así, el de menores de 20 años.

Tabla 5. POBLACIÓN RECLUSA PENADA POR GRUPOS DE EDAD, SEGÚN SEXO, A MES DE ENERO DE 2012.

Edades	Hombres	Mujeres	Total
De 18 a 20 años (Penados)	1.023	56	1.079
De 21 a 25 años (Penados)	6.118	436	6.554
De 26 a 30 años (Penados)	8.393	692	9.085
De 31 a 40 años (Penados)	17.537	1.379	18.916
De 41 a 60 años (Penados)	15.650	1.364	17.014
De más de 60 años (Penados)	1.288	98	1.386
No Consta(Penados)	73	4	77
Totales	50.082	4.029	54.111

Fuente: Ministerio del Interior.

3. Los sistemas penitenciarios y los fines de la ejecución penitenciaria.

Se entiende por sistema penitenciario el conjunto de normas que regulan el funcionamiento interno de las prisiones, orientadas a una determinada concepción sobre los fines que debe lograr la privación de libertad. En opinión de MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, no puede hablarse de sistemas penitenciarios hasta que la pena de prisión empieza a ser dotada de contenido específico y de aspiraciones más amplias que la mera segregación del

condenado⁷⁰⁵.

Por ello, los sistemas penitenciarios aparecen vinculados a los movimientos de reforma de las cárceles y su objetivo no es otro que, aparte de asegurar y custodiar a la persona del condenado, procurar educar para la libertad en condiciones de no libertad.

Al exponer la evolución de los sistemas penitenciarios, resulta inevitable la referencia a los dos antecedentes históricos más importantes que, si bien aparecieron en Norteamérica, manifiestan una considerable influencia de las ideas de HOWARD sobre la disciplina como medio de reforma del condenado.

3.1 El sistema filadélfico.

El primero, es el *sistema pensilvánico o filadélfico* (fines del siglo XVIII), caracterizado por el aislamiento absoluto de los reclusos entre sí y, por supuesto, del exterior. Tal régimen celular estaba dominado por una clarísima inspiración moralizante, que pretendía obtener el arrepentimiento de las malas acciones humanas mediante la meditación, el silencio y el aislamiento, así como evitar el contagio de las inclinaciones corruptas de los reclusos.

La crisis de tal sistema no vino propiciada tanto por la superación de dichos conceptos como por sus efectos, propiciadores de suicidios, neurosis y completa recuperabilidad del individuo. Pero, sobre todo, el recluso en régimen de aislamiento celular, era un sujeto prácticamente improductivo, si bien en algunos casos se permitió el trabajo individual, y desaprovechado, por lo que, progresivamente, se avanzó hacia modelos que permitieran el, siempre, más rentable trabajo colectivo.

3.2 El sistema auburniano.

Es el caso del *sistema auburniano* (de Auburn, Nueva York), en el que, manteniéndose el aislamiento nocturno, se permitía la vida, y, sobre todo, el trabajo en común durante el día, aunque sometido a la regla del silencio. Este nuevo sistema, resultaba más rentable para el Estado, pero sin redundar en una mejora de las condiciones de vida en prisión, porque se mantienen los castigos corporales, entre otras cuestiones, para hacer cumplir el riguroso régimen de silencio.

⁷⁰⁵ Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 554 y ss.

3.3 Los sistemas progresivos.

En Europa surgió el llamado *sistema progresivo*, ideado por varios directores de establecimientos penitenciarios. Consiste en la división en periodos de la condena impuesta, cada uno de los cuales supone más beneficios y libertad para el interno y disminución de la intensidad de la pena como consecuencia de su buena conducta.

De este modo, el recluso atravesaba distintas etapas por su orden, en paulatina ascensión, que van, desde el aislamiento celular, hasta la libertad definitiva, teniendo el penado en su mano la posibilidad, con su trabajo y buen comportamiento, de ganar las etapas sucesivas hasta su liberación.

3.3.1 El sistema Maconochie.

Procede del gobernador de Norfolk (Australia), Alexander MACONOCHIE y consistía en medir la duración de la pena por una suma de trabajo y buena conducta impuesta al condenado. Dicho agregado se representaba por unas marcas o boletos de tal modo que, la cantidad de marcas o boletos que cada penado necesitaba obtener antes de su libertad, estuviese en proporción con la gravedad del hecho criminal y la pena impuesta. El recluso percibía un salario y debía hacerse cargo de su manutención. En Inglaterra, se dividió en tres periodos: de aislamiento, de trabajo y de libertad condicional.

3.3.2 El sistema Obermayer.

Debe su nombre a George M. von OBERMAYER que fue director de la prisión de Kaiserlantern, en Baviera, a partir de 1830 y, desde 1842, de la prisión de Munich. Constaba de un primer periodo (en la primera etapa de la pena), en que, los penados, hacían la vida en común, bajo la obligación del silencio. En el segundo periodo, tras la observación de la personalidad del condenado, era reunido en grupos de 25-30, con carácter heterogéneo, ya que, Obermayer. De este modo, el trabajo y la conducta, favorecía en los presos la liberación, con lo que se llegaba al tercer periodo en que se dividía el sistema.

3.3.3 El sistema de Crofton.

Corresponde al director de prisiones de Irlanda, Walter CROFTON y, básicamente, consiste en un perfeccionamiento del *sistema Maconochie*, compuesto de cuatro periodos: El primero, de reclusión celular, diurna y nocturna, sin comunicaciones, con dieta alimenticia y con exclusión de cualquier favor. En el segundo, consagración del régimen *auburniano*, el preso trabajaba en común con obligación de guardar silencio y con reclusión

celular nocturna. El tercer periodo, llamado por CROFTON *intermedio*, se llevaba a cabo en prisiones especiales (intermedias) donde el preso trabajaba al aire libre, en el exterior, en tareas agrícolas. El último periodo, era el de *libertad condicional*.

3.3.4 El sistema Montesinos.

De tres periodos constaba el *sistema de Montesinos*, que debe su nombre al coronel Manuel MONTESINOS y MOLINA (considerado por CROFTON como el creador del *sistema progresivo*), director del presidio de Valencia desde 1834. *Periodo de los hierros*, en el que, el penado, se dedicaba a la limpieza y a otros trabajos interiores del establecimiento, sujeto a la cadena o hierro que, por su condena, le correspondía. *Periodo del trabajo*, en el que, el penado, se entregaba al trabajo remunerado y a su capacitación profesional, dada la variedad de talleres y capataces especializados que el establecimiento poseía. *Periodo de libertad intermedia*, al que accedían los penados que hubiesen observado buena conducta y rendimiento de trabajo, saliendo de la prisión por la mañana para trabajar de manera continuada y sin apenas vigilancia.

3.3.5 Sistema progresivo o de individualización científica.

Con carácter general, en el panorama del derecho comparado, se aprecia una sustitución de los sistemas de ejecución clásicos por otros con mayores márgenes de medidas individualizadoras de condición subjetiva que permiten adaptar la ejecución a las necesidades resocializadora del penado.

El *sistema progresivo*, como hemos avanzado, está ligado a la ideología reformadora, y es, con diversas variantes, el más extendido en nuestro ámbito cultural y jurídico. Esencialmente consiste en la distribución de la ejecución de la pena privativa de libertad en varias fases, en cada una de las cuales se otorgan al recluso una serie de mejoras.

Este sistema consta de las siguientes partes:

- a) Aislamiento, cuyo objeto consiste en el reconocimiento y la observación del interno para su clasificación y posterior destino al establecimiento más adecuado a sus características personales para el cumplimiento de la pena.

- b) Vida en común, en la que se desarrollan actividades de formación.
- c) Pre-libertad, poniendo al recluso en contacto con el exterior mediante la concesión de permisos de salida.
- d) Libertad condicional o bajo palabra.

Es frecuente que, cada uno de estos periodos, se desarrolle en establecimientos penitenciarios distintos.

El *sistema de individualización científica* es una manifestación del *sistema progresivo*, si bien, con importantes particularidades. A diferencia de las versiones clásicas del *sistema progresivo*, que requerían el paso del condenado por el primer grado de tratamiento antes de acceder a los demás grados, y que basaban la progresión en grado en criterios meramente objetivos, el *sistema de individualización científica* parte, fundamentalmente, de las características personales del penado a la hora de decidir sobre su clasificación inicial y sobre su progresión en grados de cumplimiento de la pena.

Se compone, el *sistema de individualización científica*, de tres grados y la libertad condicional.

Primer grado. Internos muy peligrosos o de grave inadaptación al régimen ordinario, los cuales son trasladados a establecimientos o módulos cerrados⁷⁰⁶, o bien, en casos de extrema gravedad, a departamentos especiales⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ Artículo 94 RP:

Modalidad de vida en módulos o centros cerrados.

El régimen de los módulos o centros cerrados se ajustará a las siguientes normas:

1. *Los internos disfrutarán, como mínimo, de cuatro horas diarias de vida en común. Este horario podrá aumentarse hasta tres horas más para la realización de actividades previamente programadas.*

2. *El número de internos que, de forma conjunta, podrán realizar actividades en grupo, será establecido por el Consejo de Dirección, previo informe de la Junta de Tratamiento, con un mínimo de cinco internos.*

3. *La Junta de Tratamiento programará detalladamente las distintas actividades culturales, deportivas, recreativas o formativas, laborales u ocupacionales que se someterán a la aprobación del Consejo de Dirección. Estos programas se remitirán al Centro Directivo para su autorización y seguimiento.*

⁷⁰⁷ Artículo 93 RP:

Modalidad de vida en departamentos especiales.

Segundo grado. Su cumplimiento se realiza en los centros ordinarios.
Tercer grado. Se lleva a efecto en el régimen abierto.

4. El sistema penitenciario vigente en la Legislación española.

4.1 El Derecho penitenciario español. Consideraciones generales.

Pese a que, de la ejecución de las penas de prisión se ocupa el Derecho penitenciario, considerado actualmente como un sector jurídico material y autónomo, distinto al Derecho penal y al Derecho procesal, se nos hace indispensable, dada su estrechísima relación con nuestra disciplina, exponer las líneas generales que informan el cumplimiento de las penas privativas de libertad, ya que, impuesta una pena de tal naturaleza, se lleva a cabo un proceso de individualización de la misma de enorme trascendencia práctica.

1. El régimen de los departamentos especiales se ajustará a las siguientes normas:

- 1. Los internos disfrutarán, como mínimo, de tres horas diarias de salida al patio. Este número podrá ampliarse hasta tres horas más para la realización de actividades programadas.*
 - 2. Diariamente deberá practicarse registro de las celdas y cacheo de los internos. Cuando existan fundadas sospechas de que el interno posee objetos prohibidos y razones de urgencia exijan una actuación inmediata, podrá recurrirse al desnudo integral por orden motivada del Jefe de Servicios, dando cuenta al Director. Este cacheo se practicará en la forma prevista en el artículo 68.*
 - 3. En las salidas al patio no podrán permanecer, en ningún caso, más de dos internos juntos. Este número podrá aumentarse hasta un máximo de cinco para la ejecución de actividades programadas.*
 - 4. Los servicios médicos programarán las visitas periódicas a estos internos, informando al Director sobre su estado de salud.*
 - 5. El Consejo de Dirección elaborará las normas de régimen interior sobre servicios de barbería, duchas, peluquería, Economato, distribución de comidas, limpieza de celdas y dependencias comunes, disposición de libros, revistas, periódicos y aparatos de radio y televisión y sobre las ropas y enseres de que podrán disponer los internos en sus celdas.*
 - 6. Para estos departamentos especiales se diseñará un modelo de intervención y programas genéricos de tratamiento ajustados a las necesidades regimentales, que estarán orientados a lograr la progresiva adaptación del interno a la vida en régimen ordinario, así como a la incentivación de aquellos factores positivos de la conducta que puedan servir de aliciente para la reintegración y reinserción social del interno, designándose el personal necesario a tal fin.*
- 2. Las normas de régimen interior elaboradas por el Consejo de Dirección, así como los programas a que hace referencia el apartado anterior, serán remitidas al Centro Directivo para su modificación o aprobación.*

Desde el siglo XIX, la legislación penitenciaria española se caracterizó por su dispersión, situación que se corrigió con la LO 1/1979, de 26 de septiembre General Penitenciaria, la cual, tras declarar los principios fundamentales que deben regir la actividad penitenciaria, se ocupa de la regulación de los establecimientos y medios materiales, del régimen y tratamiento penitenciarios, de la asistencia postpenitenciaria, del Juez de Vigilancia y de los funcionarios.

No obstante, deja fuera de sí importantes aspectos de la ejecución, abordados por el cauce del desarrollo reglamentario, en especial, por el RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario y RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas.

Ello no impide que encontremos normas de carácter penitenciario en el CP, LECrim, LOPJ,...A su vez, la Constitución contiene previsiones sobre la materia de indudable importancia a las que nos hemos venido refiriendo durante el presente trabajo, pues, aparte de establecer que, la legislación penitenciaria es competencia exclusiva del estado⁷⁰⁸, sienta en su artículo 25.2 que *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. 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 expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.*

En efecto, el Derecho penitenciario se rige por una serie de principios, entre los que podemos destacar el de legalidad, el de intervención judicial, el del respeto a la personalidad humana y de los derechos e intereses

⁷⁰⁸ Artículo 149.1.6ª. CE:

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

6.ª. Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

jurídicos no afectados por la condena y el principio de resocialización del condenado⁷⁰⁹.

En apreciación de GARCÍA VALDÉS, el Derecho penitenciario *es el conjunto de normas jurídicas reguladoras de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad*. Su naturaleza es normativa, lo que le deslinda claramente de la Criminología, cuya dimensión empírica relatamos *ut supra*. La posición doctrinal dominante en algunos países anglosajones que vinculan el Derecho penitenciario a la Criminología, debe considerarse inviable para nosotros⁷¹⁰. Su autonomía deviene por razón de sus fuentes, del objeto científico de conocimiento y de su propia jurisdicción.

5. La ejecución de la pena privativa de libertad en el Derecho español.

5.1 Introducción.

Nos hemos referido a la pena privativa de libertad y, en concreto, la pena de prisión como un *mal necesario*, al menos para los delitos graves, si bien, la evolución humanitaria, vista *ut supra*, es proclive a las penas alternativas para los delitos menos graves.

Nuestro sistema vigente responde a las características del modelo *progresivo o de individualización científica*⁷¹¹.

⁷⁰⁹ El alcance y contenido de este último principio ha sido objeto de estudio en capítulos anteriores de la presente tesis doctoral.

⁷¹⁰ Vid. Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 19.

⁷¹¹ Artículo 72 LOGP:

1. 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.

2. Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 10 de esta Ley.

3. 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 directamente por los que le preceden.

4. En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión.

5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar

La LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, introdujo importantes restricciones para el acceso al *tercer grado*, a través de la modificación del art. 36 CP y de la incorporación de dos nuevos apartados (5 y 6) al artículo 72 de la LOGP.

Sin embargo, la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/ 1995, de 23 de noviembre, del CP, dotó de nueva redacción al precepto habilitando el carácter facultativo del periodo de seguridad para el Juez o Tribunal sentenciador, si bien, vedado a los delitos que dicho precepto reseña. En lo que sigue, describiremos los rasgos fundamentales del proceso de ejecución de la pena de prisión en el Derecho español.

En efecto, no podemos negar que, la cuestión de los establecimientos penitenciarios, tal y como afirma MIR PUIG, no es baladí ni de escasa trascendencia, ya que son elementos clave del sistema punitivo y que, cualquier alteración, que les afecte repercutirá de forma importante en la

la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.*
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.*
- c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.*
- d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.6. Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.*

ejecución de las penas⁷¹².

Y, así, puede decirse que, un sistema penitenciario que adopte como objetivo único de la pena la retribución del delito, hará uso de prisiones (macro-prisiones en que, lo predominante, sea la seguridad de la prisión), por completo diferentes a los empleados por otro que piense en la resocialización del delincuente como meta, en que, la forma arquitectónica horizontal con módulos y una gran extensión de terreno, es más idónea para ello⁷¹³. Lejos quedan los sistemas radiales que coinciden en un solo centro *panóptico*, los centros en que reinaba la promiscuidad, etc.

5.2 Concepto de establecimiento y régimen penitenciario.

Acudimos al art. 10 del RP de 1996:

1. A efectos de este Reglamento, por establecimiento o centro se entiende una entidad arquitectónica, administrativa y funcional con organización propia.

2. Los establecimientos estarán formados por unidades, módulos y departamentos que faciliten la distribución y separación de los internos.

Actualmente prima la idea del establecimiento polivalente, que pueda albergar diversos regímenes: ordinario, cerrado, abierto, es decir, hacer posible que, todos los grados penitenciarios, puedan cumplirse en el establecimiento originario con sólo variar de unidad regimental.

En este sentido, el art. 12 del RP establece: *1. Se entiende por establecimiento polivalente aquel que cumple los diversos fines previstos en los artículos 7 a 11 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. 2. En los establecimientos polivalentes se deberá cuidar de que cada uno de los departamentos, módulos o unidades que los integren tengan garantizados, en igualdad de condiciones, los servicios generales y las prestaciones adecuadas a los fines específicos a que vengán destinados y a los generales del sistema penitenciario, y, en especial, el de la separación entre penados y preventivos.*

Asimismo, constituye un factor a tener en cuenta el *principio celular*, el cual recomienda que, cada interno, esté alojado en una celda, en un dormitorio individual. De este modo lo establecen los arts. 13 y 19 de la

⁷¹² Vid. Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, op. cit., pp. 39 y ss.

⁷¹³ De ahí que por Carlos GARCÍA VALDÉS, *Del presidio a la prisión modular*, Opera Prima, Madrid, 1998, pp. 56-58, haya escrito en el sentido del título.

LOGP⁷¹⁴ y 13 del RP⁷¹⁵.

A juicio de MIR PUIG, el principio celular es un *desiderátum* del legislador, porque es más fácil resocializar a quienes disponen de celdas individuales. Sin embargo, la realidad está muy alejada de dicho propósito, pues, para cumplir el principio celular y evitar la masificación, el camino acertado es la construcción de nuevos centros penitenciarios, unido a un mayor esfuerzo presupuestario, salvo que se promulguen normas nuevas que disminuyan el ingreso de delincuentes en las cárceles.

Por régimen penitenciario se entiende el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos⁷¹⁶. Las funciones regimentales de seguridad, orden y disciplina son medios para alcanzar los fines indicados, debiendo ser siempre proporcionadas al fin que persiguen, y no podrán

⁷¹⁴ Artículo 13 LOGP:

Los establecimientos penitenciarios deberán contar en el conjunto de sus dependencias con servicios idóneos de dormitorios individuales, enfermerías, escuelas, biblioteca, instalaciones deportivas y recreativas, talleres, patios, peluquería, cocina, comedor, locutorios individualizados, departamento de información al exterior, salas anejas de relaciones familiares y, en general, todos aquellos que permitan desarrollar en ellos una vida de colectividad organizada y una adecuada clasificación de los internos, en relación con los fines que en cada caso les están atribuidos.

Artículo 19 LOGP:

1. *Todos los internos se alojarán en celdas individuales. En caso de insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del Médico o de los equipos de observación y tratamiento, se podrá recurrir a dependencias colectivas. En estos casos, los internos serán seleccionados adecuadamente.*
2. *Tanto las dependencias destinadas al alojamiento nocturno de los reclusos como aquellas en que se desarrolle la vida en común, deberán satisfacer las necesidades de la higiene y estar acondicionadas de manera que el volumen de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción se ajuste a las condiciones climáticas de la localidad.*
3. *Por razones de higiene se exigirá un cuidadoso aseo personal. A tal fin, la Administración facilitará gratuitamente a los internos los servicios y artículos de aseo diario necesarios.*

⁷¹⁵ Artículo 13 RP:

1. *El sistema penitenciario estará orientado por el principio celular, de manera que cada interno disponga de una celda, salvo que sus dimensiones y condiciones de habitabilidad permitan, preservando la intimidad, alojar a más de una persona, en cuyo caso se podrá autorizar compartir celda a petición del interno, siempre que no existan razones de tratamiento, médicas, de orden o seguridad que lo desaconsejen.*
2. *Temporalmente, cuando la población penitenciaria supere el número de plazas individuales disponibles, se podrá albergar a más de un interno por celda.*
3. *En los establecimientos especiales y de régimen abierto podrán existir dormitorios colectivos, previa selección adecuada de los internos que los ocupen.*

⁷¹⁶ En este sentido, art. 73.1 RP, que desarrolla el art. 71 de la LOGP.

significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento e intervención de los reclusos. Las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas.

Debe destacarse el *principio de correlación* entre los establecimientos penitenciarios, el grado de clasificación y tratamiento y el régimen penitenciario.

Efectivamente, según sea el grado de tratamiento, corresponderá un tipo de régimen penitenciario y el destino a determinados establecimientos penitenciarios, si bien, el art. 100 del RP, con el fin de hacer el sistema más flexible, permite al Equipo Técnico, proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan concertarse elementos pertenecientes a cada uno de los mencionados grados de tratamiento, siempre y cuando dicha medida, se fundamente en un programa específico de tratamiento que, de otra forma, no pueda ser ejecutado.

5.3 Clases de establecimientos penitenciarios.

Los establecimientos penitenciarios son los centros o lugares en que se desarrolla la ejecución de las penas privativas de libertad⁷¹⁷. Hay establecimientos de muy diversos tipos y se clasifican en función del régimen específico que se aplica en su interior de acuerdo con la finalidad de los mismos.

Ya hemos apuntado *ut supra* que, en la actualidad, la tendencia consiste en crear establecimientos polivalentes formando distintas secciones. Tal iniciativa es buena desde el punto de vista económico, pero, no lo es tanto, desde la perspectiva penitenciaria dado que, los macroestablecimientos, terminan homogeneizando las peculiaridades de cada régimen; favorecen un escenario estandarizado, reñido con el principio de diversidad personal, y amparan los excesos penitenciarios en la medida que, la respuesta de seguridad y orden frente a un heterogéneo grupo de internos de distinta peligrosidad, termina perjudicando a los que presentan pronósticos favorables de adaptación.

⁷¹⁷ Luis GRACIA MARTÍN (Coord.), Carmen ALASTUEY DOBÓN y otro, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 47 y ss.

Según el art. 7 LOGP, los establecimientos penitenciarios, pueden ser de tres clases: de preventivos (de hombres, de mujeres y de jóvenes), de cumplimiento de penas (de hombres, de mujeres y de jóvenes) y especiales (centros hospitalarios, psiquiátricos y de rehabilitación social).

5.3.1 Establecimientos de preventivos.

Tienen como finalidad la retención y custodia de detenidos y presos. No son, pues, establecimientos de ejecución o de cumplimiento de pena. El régimen que se aplica a los detenidos y presos es, con carácter general, el ordinario, si bien, excepcionalmente, cuando se trate de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados al régimen ordinario, podrá aplicárseles el régimen cerrado⁷¹⁸.

La LOGP, en su art 8.2, prevé la existencia de uno por cada provincia para facilitar la disponibilidad de los internos ante los tribunales. A pesar de estar pensados sólo para presos es frecuente que, en ellos, cumplan también sus penas los condenados.

En el caso de los presos preventivos debemos considerar que les es de aplicación lo establecido en el art. 24 CE, respecto a la presunción de inocencia, puesto que, puede ocurrir, no sean condenados. A tales efectos, estaremos a lo tocante al art. 20.1 del RP⁷¹⁹. La estancia de preventivos o penados en el departamento de ingresos será, como máximo de cinco días y, sólo podrá prolongarse, por motivos de orden sanitario o para preservar su seguridad. De la prolongación se dará cuenta al Juez de

⁷¹⁸ Artículo 10.1 LOGP:

1. No obstante lo dispuesto en el número 1 del artículo anterior, existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente.

⁷¹⁹ Artículo 20.1 RP:

1. Los detenidos y presos ocuparán una celda en el departamento de ingresos, donde deberán ser examinados por el Médico a la mayor brevedad posible. Igualmente, serán entrevistados por el Trabajador Social y por el Educador, a fin de detectar las áreas carenciales y necesidades del interno, y, si el Médico no dispusiese otra cosa, pasarán al departamento que les corresponda. Dichos profesionales emitirán informe sobre la propuesta de separación interior, conforme a lo dispuesto en el artículo 99, o de traslado a otro Centro, así como acerca de la planificación educativa, sociocultural y deportiva y de actividades de desarrollo personal. Respetando el principio de presunción de inocencia, la Junta de Tratamiento, de acuerdo con dicho informe, valorará aspectos tales como ocupación laboral, formación cultural y profesional o medidas de ayuda, a fin de elaborar el modelo individualizado de intervención.

Vigilancia correspondiente.

El ingreso de una persona en prisión en calidad de detenido, preso o penado se efectuará mediante orden judicial de detención, mandamiento de prisión o sentencia firme de la Autoridad judicial competente, aunque, la orden de detención, puede proceder de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal⁷²⁰.

Dicho ingreso podrá efectuarse mediante presentación voluntaria en un centro penitenciario, debiendo el Director del mismo, recabar del Juez o Tribunal, dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso, el correspondiente mandamiento de prisión. Para el caso de los penados, el testimonio de la sentencia y liquidación de condena. Si, transcurrido el plazo de setenta y dos horas siguientes al ingreso no se hubiera recibido en el centro la documentación que legalice el mismo, se procederá a la excarcelación del ingresado⁷²¹.

⁷²⁰ Artículo 15 RP:

1. *El ingreso de una persona en prisión en calidad de detenido, preso o penado se efectuará mediante orden judicial de detención, mandamiento de prisión o sentencia firme de la Autoridad judicial competente, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.*

2. *En el supuesto de que la orden de detención proceda de la Policía Judicial, en la misma deberán constar expresamente los siguientes extremos:*

a) *Datos identificativos del detenido.*

b) *Delito imputado.*

c) *Que se halla a disposición judicial.*

d) *Hora y día de vencimiento del plazo máximo de detención.*

La Dirección del Centro podrá denegar motivadamente el ingreso cuando en la orden de detención que se entregue no consten expresamente los citados extremos.

3. *Cuando la detención hubiese sido acordada por el Ministerio Fiscal, en la orden constarán los datos de identificación de las diligencias de investigación y el momento de vencimiento del plazo máximo de detención.*

4. *En los supuestos a que se refieren los dos apartados anteriores, admitido el ingreso, la Dirección del Centro procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 23.*

5. *Los internos extranjeros tienen derecho a que se ponga en conocimiento de las Autoridades diplomáticas o consulares correspondientes su ingreso en prisión. A tal fin, en el momento del ingreso, incluido el voluntario a que se refiere el artículo siguiente, se les informará de forma comprensible, a ser posible en su propio idioma, de este derecho, recabando por escrito su autorización para proceder, en su caso, a tal comunicación.*

6. *Una vez admitido un recluso dentro de un Establecimiento, se procurará que el procedimiento de ingreso se lleve a cabo con la máxima intimidad posible, a fin de reducir los efectos negativos que pueden originar los primeros momentos en una prisión.*

⁷²¹ Vid. Art. 16 RP.

El art. 38.2 de la LOGP, establece que, *Las internas podrán tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad, siempre que acrediten debidamente su filiación. En aquellos centros donde se encuentren ingresadas internas con hijos existirá un local habilitado para guardería infantil, y, el art. 17 del RP, preceptúa que,*

1. La Dirección del Establecimiento admitirá a los hijos menores de tres años que acompañen a sus madres en el momento del ingreso. Cuando éstas soliciten mantenerlos en su compañía dentro de la prisión, deberá acreditarse debidamente la filiación y que dicha situación no entraña riesgo para los menores, poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal la decisión adoptada a los efectos oportunos.

2. Las internas que tuviesen en el exterior hijos menores de tres años bajo su patria potestad podrán solicitar del Consejo de Dirección autorización para que éstos permanezcan en su compañía en el interior del Centro penitenciario, que se concederá siempre que se acredite debidamente la filiación y que tal situación no entraña riesgo para los menores. A tal fin, se recabará la opinión del Ministerio Fiscal, a quien se le notificará la decisión adoptada.

3. Admitido el ingreso de los niños en prisión, deberán ser reconocidos por el Médico del Establecimiento y, si éste no dispusiese otra cosa, pasarán a ocupar con sus madres la habitación que se les asigne dentro de la Unidad de Madres.

4. En los posibles conflictos que surjan entre los derechos del niño y los de la madre originados por el internamiento en un Establecimiento Penitenciario, deben primar los derechos de aquél, que, en todo caso, deben quedar debidamente preservados en el modelo individualizado de intervención penitenciaria que se diseñe para la madre.

5. La Administración Penitenciaria dispondrá para los menores y sus madres de Unidades de Madres, que contarán con local habilitado para guardería infantil y estarán separadas arquitectónicamente del resto de los departamentos, a fin de facilitar las especificidades regimentales, médico-sanitarias y de salidas que la presencia de los menores en el Centro hiciesen necesarias.

6. La Administración Penitenciaria fomentará la colaboración y participación de las instituciones públicas y privadas de asistencia al menor en las Unidades de Madres o en las Unidades Dependientes creadas al efecto para internas clasificadas en tercer grado que tengan en su compañía hijos menores de tres años. A tal fin, celebrará los convenios precisos para potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la

formación de la personalidad de los niños.

Se ha constatado que, hasta los tres años, es desaconsejable la separación del niño/a de la madre, como regla general. En la mayoría de los casos, se podrán conjugar los derechos del niño y de la madre, debiendo prevalecer siempre los del niño en caso de controversia (art. 17.4 RP).

A los detenidos y presos preventivos, al igual que a los penados sin clasificar, se les aplicará el régimen ordinario⁷²².

5.3.2 Establecimientos de cumplimiento.

Según el art. 9.1 de la LOGP, los establecimientos de cumplimiento son centros destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad⁷²³. Pueden ser de hombre, de mujeres y de jóvenes (de los 18 a los 21 años y excepcionalmente, hasta los 25 años, teniendo en cuenta la personalidad del interno), y de régimen ordinario, abierto o cerrado⁷²⁴. En

⁷²² Artículo 74.1 RP:

1. El régimen ordinario se aplicará a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos.

⁷²³ Artículo 9.1 LOGP:

1. Los establecimientos de cumplimiento son centros 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 abierto.

⁷²⁴ Artículo 9.2 LOGP:

2. Los jóvenes deberán cumplir separadamente de los adultos en establecimientos distintos o, en todo caso, en departamentos separados. 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.

Artículo 10 LOGP:

1. No obstante lo dispuesto en el número 1 del artículo anterior, existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente.

2. También podrán ser destinados a estos establecimientos o departamentos especiales con carácter de excepción y absoluta separación de los penados, dando cuenta a la autoridad judicial correspondiente, aquellos internos preventivos en los que concurran las circunstancias expresadas en el número anterior, entendiéndose que la inadaptación se refiere al régimen propio de los establecimientos de preventivos.

3. El régimen de estos centros se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine.

nuestro Derecho, se distinguen los siguientes tipos de establecimientos penitenciarios de cumplimiento de penas:

5.3.2.1 Establecimientos de régimen cerrado.

El *régimen cerrado* se aplica a los penados que estén clasificados en primer grado en razón de su peligrosidad extrema, así como a los que no se adapten a los regímenes ordinario y abierto. El régimen penitenciario cerrado, se caracteriza por una limitación o restricción de las actividades en común de los internos y, en consecuencia, por un mayor tiempo de cumplimiento en celdas individuales, así como por un mayor control y vigilancia de los mismos, que se traduce en el incremento de los cacheos y registros. Las salidas fuera de la celda son restringidas y en pareja. Las condiciones son tan difíciles de soportar para las personas, sobre todo en periodos prolongados que, el legislador, ha previsto la reasignación para que puedan suavizarse cuando, el interno, no sea merecedor de progresar de grado, pero tampoco resulte necesario un control tan riguroso⁷²⁵.

5.3.2.2 Establecimientos de régimen ordinario.

Este régimen, como avanzamos en el subapartado 5.3.1, se aplica a los penados que estén clasificados en segundo grado, así como a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos. Es el régimen más común, hasta el punto de que, la mayor parte de la normativa penitenciaria, lo toma como referencia. En él, imperan los principios de seguridad, orden y

La permanencia de los internos destinados a estos centros será por el tiempo necesario hasta tanto desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso.

⁷²⁵ Artículo 92 RP:

Reasignación de modalidades.

1. *La asignación de las modalidades de vida previstas en el artículo anterior será acordada por la Junta de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico, y será autorizada por el Centro Directivo.*

2. *Procederá, en todo caso, la propuesta de reasignación de la modalidad en el sistema de vida de los penados destinados en departamentos especiales que muestren una evolución positiva, ponderando, entre otros, factores tales como:*

- a) *Interés por la participación y colaboración en las actividades programadas.*
- b) *Cancelación de sanciones o ausencia de las mismas durante períodos prolongados de tiempo.*
- c) *Una adecuada relación con los demás.*

3. *La asignación de modalidad de vida se revisará en el plazo máximo de tres meses, se notificará al interno y se anotará en su expediente personal.*

4. *Cuando el interno sea menor de veintiún años, toda revisión, tanto de modalidad como de grado, que supere los seis meses de permanencia en el mismo régimen de vida, será remitida al Centro Directivo para su resolución.*

Asimismo, si los acuerdos, ya sean sobre asignación de modalidad o revisión de grado, no son adoptados por unanimidad, se remitirán al Centro Directivo para su resolución.

disciplina. La separación interior de los reclusos se practica en función de las exigencias del tratamiento y, el trabajo, es una actividad básica en la vida del Centro⁷²⁶.

5.3.2.3 Establecimientos de régimen abierto.

El *régimen abierto* se aplica a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en régimen de semilibertad. Los establecimientos de *régimen abierto* pueden ser de tres tipos:

- a) Centros abiertos o de inserción social.
- b) Secciones abiertas.
- c) Unidades dependientes.

La actividad penitenciaria en régimen abierto tiene por objeto potenciar las capacidades de inserción social positiva que presentan los penados clasificados en tercer grado, realizando tareas de apoyo y asesoramiento, y la cooperación necesaria para favorecer su incorporación progresiva al medio social. Aparte de una dulcificación del régimen de vida interior, en que las medidas de control se encuentran atenuadas, en este régimen, los internos podrán salir del establecimiento para desarrollar actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo, que faciliten su integración social. Dichas salidas serán planificadas y reguladas por la Junta de Tratamiento⁷²⁷, la cual regula, en este régimen, de un modo

⁷²⁶ Artículo 76 RP:

1. 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 una convivencia ordenada.
2. La separación interior de la población reclusa, conforme a los criterios establecidos en el artículo 16 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se ajustará a las necesidades o exigencias del tratamiento, a los programas de intervención y a las condiciones generales del Centro.
3. El trabajo y la formación tendrán la consideración de actividad básica en la vida del Centro.

⁷²⁷ Artículo 86 RP:

1. Los internos podrán salir del Establecimiento para desarrollar las actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo, que faciliten su integración social.
2. Estas salidas deberán ser planificadas y reguladas por la Junta de Tratamiento, señalando los mecanismos de control y seguimiento que se consideren necesarios, de acuerdo con lo establecido en el programa de tratamiento.
3. El horario y la periodicidad de las salidas autorizadas serán los necesarios para realizar la actividad y para los desplazamientos.
4. En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento, salvo cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control

individualizado las salidas de fin de semana de los internos.

5.3.2.4 Centros Mixtos.

La LOGP dispone en su art. 9 que, en cada modalidad de establecimiento, se organicen separadamente los destinados a hombres y los destinados a mujeres⁷²⁸. No obstante, el RP, regula excepcionalmente un régimen de establecimiento mixto donde, indistintamente, pueden ser destinados hombres y mujeres⁷²⁹.

5.3.2.5 Departamentos para jóvenes.

Los jóvenes deberán cumplir separadamente su condena de los adultos en establecimientos distintos, o, en todo caso, en departamentos separados, entendiéndose por jóvenes a estos efectos, las personas de uno u otro sexo que no hayan cumplido aún los veintiún años de edad, así como, excepcionalmente y teniendo en cuenta su personalidad, los que habiendo cumplido dicha edad no hayan alcanzado, sin embargo, la de veinticinco⁷³⁰. El régimen de vida de los departamentos para jóvenes se

de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales.

⁷²⁸ Artículo 9 LOGP:

1. Los establecimientos de cumplimiento son centros 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 abierto.
2. Los jóvenes deberán cumplir separadamente de los adultos en establecimientos distintos o, en todo caso, en departamentos separados. 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.

⁷²⁹ Artículo 168 RP:

Con carácter excepcional, el Centro Directivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, a) de la Ley Orgánica General Penitenciaria podrá, para ejecutar programas específicos de tratamiento o para evitar la desestructuración familiar, establecer, para grupos determinados de población penitenciaria, Centros o Departamentos Mixtos donde indistintamente puedan ser destinados hombres y mujeres.

⁷³⁰ Artículo 173 RP:

1. El régimen de vida de los departamentos para jóvenes se caracterizará por una acción educativa intensa. Se considera jóvenes a los internos menores de veintiún años y, excepcionalmente, los que no hayan alcanzado los veinticinco años de edad.
2. El personal adscrito a los departamentos para jóvenes dirigirá sus actuaciones a la formación integral de los internos, 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.

caracterizará por una acción educativa intensa.

5.3.3 Establecimientos especiales.

Son aquellos en los que prevalece el carácter asistencial, formando parte de los mismos: Centros hospitalarios, Centros psiquiátricos y Centros de rehabilitación social, para la ejecución de las medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en la materia⁷³¹.

5.3.4 El régimen flexible del art. 100 del RP.

Dentro del principio de individualización científica, debe hacer mención a la posibilidad legal de un modelo de ejecución flexible en el que se combinen aspectos característicos del segundo y tercer grados, siempre y cuando se fundamente en un programa específico de tratamiento que, de otra forma, no pueda ser ejecutado.

Esta medida excepcional, necesita la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia penitenciaria, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad⁷³².

3. *Se fomentará, en la medida de lo posible, 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.*

⁷³¹ Artículo 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.*
- c) Centros de rehabilitación social, para la ejecución de medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en esta materia.*

⁷³² Artículo 100 RP:

Clasificación penitenciaria y principio de flexibilidad.

1. Además de las separaciones señaladas en el artículo anterior, 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.

2. No obstante, 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. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.

5.4 Formas especiales de ejecución.

5.4.1 Internamiento en departamentos para jóvenes.

Abundamos con relación a lo expuesto en el subapartado 5.3.2.5 de la presente tesis, como una forma especial de ejecución, que, el RP, se refiere al internamiento en departamentos para jóvenes, en los arts. 173 y ss.

A efectos penitenciarios, debe entenderse por *jóvenes* a las personas de 18 a 21 años, y, excepcionalmente, hasta los 25 años de edad. El menor de 18 años, pero mayor de 14 años, está sujeto a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor. Los principios generales de dicho régimen, los hallamos en el art. 176 del RP.

5.4.2 Internamiento en unidades de madres.

Las madres con hijos menores de tres años, podrán ingresar en el centro penitenciario con sus hijos, siempre que se acredite debidamente la filiación y que, dicha situación, no entrañe riesgo para los menores, cuestión que deberá ser acordada por la Dirección del centro, cuyos responsables pondrán, en conocimiento del Ministerio Fiscal, esa decisión a los efectos oportunos.

Además, el art. 17 del RP, prescribe:

Internas con hijos menores.

1. La Dirección del establecimiento admitirá a los hijos menores de tres años que acompañen a sus madres en el momento del ingreso. Cuando éstas soliciten mantenerlos en su compañía dentro de la prisión, deberá acreditarse debidamente la filiación y que dicha situación no entraña riesgo para los menores, poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal la decisión adoptada a los efectos oportunos.

2. Las internas que tuviesen en el exterior hijos menores de tres años bajo su patria potestad podrán solicitar del Consejo de Dirección autorización para que éstos permanezcan en su compañía en el interior del centro penitenciario, que se concederá siempre que se acredite debidamente la filiación y que tal situación no entraña riesgo para los menores. A tal fin, se recabará la opinión del Ministerio Fiscal, a quien se le notificará la decisión adoptada.

3. Admitido el ingreso de los niños en prisión, deberán ser reconocidos por el Médico del establecimiento y, si éste no dispusiese otra cosa, pasarán a ocupar con sus madres la habitación que se les asigne dentro de la unidad de madres.

4. En los posibles conflictos que surjan entre los derechos del niño y los de la

madre originados por el internamiento en un establecimiento Penitenciario, deben primar los derechos de aquél, que, en todo caso, deben quedar debidamente preservados en el modelo individualizado de intervención penitenciaria que se diseñe para la madre.

5. La Administración Penitenciaria dispondrá para los menores y sus madres de unidades de madres, que contarán con local habilitado para guardería infantil y estarán separadas arquitectónicamente del resto de los departamentos, a fin de facilitar las especificidades regimentales, médico-sanitarias y de salidas que la presencia de los menores en el centro hiciesen necesarias.

6. La Administración Penitenciaria fomentará la colaboración y participación de las instituciones públicas y privadas de asistencia al menor en las unidades de madres o en las unidades dependientes creadas al efecto para internas clasificadas en tercer grado que tengan en su compañía hijos menores de tres años. A tal fin, celebrará los convenios precisos para potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad de los niños.

Los aspectos del conjunto de establecimientos que hemos descrito, no agotan las modalidades regimentales que podemos encontrar en nuestras prisiones, pues, en ocasiones, las circunstancias personales justifican un tratamiento regimental más específico, ya sea con carácter temporal o permanente.

Tal posibilidad, se halla regulada en el art. 75 del RP, en el que se contempla un aislamiento de protección⁷³³. También la figura de los

⁷³³ Artículo 75 RP:

Limitaciones regimentales y medidas de protección personal.

1. Los detenidos, presos y penados no tendrán otras limitaciones regimentales que las exigidas por el aseguramiento de su persona y por la seguridad y el buen orden de los Establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado de clasificación.

2. En su caso, a solicitud del interno o por propia iniciativa, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia.

3. Mediante acuerdo motivado, el Consejo de Dirección, en el caso de los detenidos y presos, o la Junta de Tratamiento, en el caso de penados, propondrán al Centro Directivo el traslado del recluso a otro Establecimiento de similares características para posibilitar el levantamiento de las limitaciones regimentales exigidas por el aseguramiento de su persona a que se refiere el apartado anterior.

4. Los acuerdos de traslado se comunicarán, en el caso de los detenidos y presos, a la Autoridad judicial de que dependan y, en el caso de los penados, al Juez de Vigilancia correspondiente.

FIES (Ficheros de Internos de Especial Seguimiento)⁷³⁴, selecciona a diversos grupos de internos y establece para ellos medidas especiales de control. En opinión de MIR PUIG, permitiendo graves restricciones de derechos y confundiendo criterios de clasificación con normas de control⁷³⁵.

5.5 Tratamiento penitenciario: la clasificación por grados.

5.5.1 Introducción.

El tratamiento penitenciario constituye *la columna vertebral* del Derecho penitenciario, hasta tal punto que, al menos teóricamente, se subordina el régimen penitenciario al tratamiento⁷³⁶, distinguiéndose éste de aquél y ganando, el tratamiento, autonomía y sustantividad propia.

En efecto, si, la finalidad primordial de la ejecución de la pena privativa de libertad es la reeducación y la reinserción social, resulta obvio que, todos los medios conducentes al logro de tales objetivos, constituyen piezas básicas del sistema. De este modo, esa reinserción social, es entendida no como un cambio central del interno sobre la base de las concepciones dominantes en la sociedad, cuestión atentatoria a sus derechos fundamentales, sino como una acción externa que invita a la persona a respetar la ley penal en libertad, mínima exigencia del Estado.

5.5.2 Concepto.

El tratamiento penitenciario, como conjunto de actividades dirigidas a lograr la reeducación del condenado, aparece en la mayoría de las legislaciones europeas como institución inseparable del cumplimiento de la pena.

Para MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN⁷³⁷, tal vinculación es patente en el art. 59 de la LOGP, al definirlo como *el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y*

⁷³⁴ Regulados en las circulares de la DGIP de 13 de noviembre de 1989, 6 de marzo de 1991, 28 de mayo de 1991, 2 de agosto de 1991, 13 de septiembre de 1991.

⁷³⁵ Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, op. cit., pp. 57 y ss.

⁷³⁶ Artículo 71.1 LOGP:

1. *El fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regiminales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas.*

⁷³⁷ Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 561.

reinserción social de los penados, es decir, a los mismos fines que, constitucionalmente, se atribuyen a las penas privativas de libertad, según el multievocado art. 25.2 CE.

No obstante, la anterior vinculación, no puede llevar a la plena identificación entre tratamiento y cumplimiento de la pena por razones parecidas a las insinuadas en relación al trabajo: el cumplimiento de la pena y la sumisión al *régimen* penitenciario, aplicable es, obviamente, un deber para el recluso, mientras que, la sumisión al *tratamiento* penitenciario, es voluntaria en nuestra legislación, y se desprende de los límites impuestos a la ejecución penal por los derechos individuales.

Tales derechos constitucionales, no afectados por la condena, aparecen como límite específico del tratamiento⁷³⁸, mientras que, el art. 61 de la LOGP, se limita a establecer que *se fomentará* la participación del interno en la planificación de su tratamiento, estimulándose *el interés y la colaboración* en el mismo.

Así, los métodos médicos, psicológicos, psiquiátricos o sociológicos, dan forma al tratamiento, como conjunto de medios proporcionados por las diversas Ciencias de la conducta para conseguir el objetivo primordial de la reinserción social, si bien, son interpretados de manera restrictiva, aunque dimanen de lo establecido en la propia LOGP.

Debemos agregar, siguiendo a MIR PUIG, que, el RP de 1996, en su Título V, “Del Tratamiento Penitenciario”, si bien comprende este aspecto “clínico” (arts. 110 a 117), en sentido amplio abarca, en su Capítulo III, *además*, a las actividades de Formación, Cultura y Deporte (arts. 118 a 131), y, en los capítulos IV y V, a la elación laboral especial penitenciaria (arts. 132, 133 y 153). Teóricamente, puede decirse que, dichas actividades, son tareas propias regimentales que ayudan al tratamiento y a la reinserción social⁷³⁹.

⁷³⁸ Artículo 60. 2 LOGP:

2. *Para ello, deberán utilizarse, en tanto sea posible, todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades.*

⁷³⁹ Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, op. cit., pp. 63 y ss.

5.5.3 Finalidad del tratamiento.

El objetivo del tratamiento penitenciario viene definido en el art. 59.2 de la LOGP: *El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general.*

Vistos los subapartados precedentes, el tratamiento penitenciario se dirige a la intervención terapéutica sobre la personalidad del interno y, ello, en la aplicación de una pena, no puede llevarse a cabo de manera coactiva puesto que lo contrario, en opinión de MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, sería la confusión absoluta con las medidas de seguridad que, pese a la aproximación de fines y contenidos que han sufrido respecto a la pena, siguen siendo reacciones penales con distinto fundamento⁷⁴⁰.

5.5.4 Condición principal del tratamiento.

Consecuentemente, la característica fundamental del tratamiento en su *voluntariedad*, cuestión que se infiere del contenido expresado en el art. 61.1 de la LOGP, que dice: *Se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos. Y, en su apartado 2: Serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento. La satisfacción de sus intereses personales será tomada en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo.*

Asimismo, el art. 112.3 del RP, establece que *El interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado.*

La experiencia ha demostrado que, el tratamiento, para que resulte eficaz, debe ser voluntario. Como hemos visto, el art. 61.1 de la LOGP, concede al interno el derecho de participar en su propio tratamiento, debiendo tener conocimiento de los resultados de la exploración de cada especialista,

⁷⁴⁰ Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 562.

salvo de aquéllos que, los principios de deontología profesional aconsejen no comunicarle, y será informado de las alternativas y medios de tratamiento disponibles, de posible aplicación a su caso.

5.5.5 Procedimientos de tratamiento. Límites.

Los métodos de tratamiento derivados de las Ciencias de la Conducta que puedan aplicarse, tienen su límite en el respeto de los derechos fundamentales y en el principio de la dignidad humana (art. 10 CE).

Para Carlos GARCÍA VALDÉS, “quedan así, terminantemente vetadas, las experiencias médicas o científicas sobre los reclusos, como proclama la Regla 22 del Consejo de Europa, no siendo admisibles los métodos psicoquirúrgicos, como la castración terapéutica o la lobotomía, no debiendo excluirse, en cambio, los farmacológicos o quimioterapéuticos, como el uso de neurolépticos o antidepresivos, bajo estricto control médico”⁷⁴¹.

Cuando en España se hacen alusiones a la castración química, respecto de violadores o agresores sexuales, la realidad está referida al suministro voluntario de fármacos inhibidores de la libido, para, de este modo, evitar la reincidencia. De no existir voluntariedad, se contravendría lo dispuesto el art. 15 CE.

5.5.6 Criterios básicos.

El conjunto de criterios que infunde el tratamiento penitenciario, se encuentra en el art. 62 de la LOGP, que dispone: *El tratamiento se inspirará en los siguientes principios:*

- a) *Estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno.*
- b) *Guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales,*

⁷⁴¹ Carlos GARCÍA VALDÉS, en Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, op. cit., pp. 65 y ss.

- familiares o sociales, del sujeto.*
- c) *Será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno.*
 - d) *En general será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto y en el marco del régimen adecuado.*
 - e) *Será programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de los quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas y educadores.*
 - f) *Será de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena.*

Tiene importancia destacar el carácter individualizado del tratamiento, consistente en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación con la personalidad del interno, lo que da relación con la idea expresada *ut supra* de individualización científica, manifestada en el art. 72.1 LOGP.

5.5.7 El equipo técnico.

A la luz de lo establecido en los arts. 69.1 LOGP⁷⁴² y 111 del RP⁷⁴³, el órgano encargado de la dirección de las actividades encaminadas a la reinserción social del interno es el equipo técnico pluridisciplinar, cuya composición se encuentra en el art. 274 RP:

⁷⁴² Artículo 69.1 LOGP:

1. Las tareas de observación, clasificación y tratamiento las realizarán los equipos cualificados de especialistas, cuya composición y funciones se determinarán en el Estatuto Orgánico de Funcionarios. Dichos equipos contarán con la colaboración del número de educadores necesarios, dadas las peculiaridades de los grupos de internos tratados.

⁷⁴³ Artículo 111 RP:

1. Las tareas de observación, clasificación y tratamiento penitenciarios las realizarán las Juntas de Tratamiento y sus decisiones serán ejecutadas por los Equipos Técnicos, cuya composición y funciones se determinan en la Sección II del Capítulo II del Título XI de este Reglamento.

2. Para la adecuada ejecución de estas actividades por los Equipos Técnicos se contará con la colaboración del resto de los profesionales del ámbito penitenciario. A tal fin, la Administración Penitenciaria desarrollará modelos de gestión que incentiven la participación de todos los empleados públicos para lograr programas de tratamiento eficaces.

3. Se facilitará la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas.

Un Jurista.
 Un Psicólogo.
 Un Pedagogo.
 Un Sociólogo.
 Un Médico.
 Un Ayudante Técnico Sanitario/Diplomado Universitario en Enfermería.
 Un Maestro o Encargado de Taller.
 Un Educador.
 Un Trabajador Social.
 Un Monitor Sociocultural o Deportivo.
 Un Encargado de Departamento.

Dichos profesionales tienen la tarea de entrevistarse con los internos y efectuar las observaciones tendentes al conocimiento de su personalidad, además de los conocimientos documentales aportados por el centro penitenciario.

5.5.8 Programas en comunidad terapéutica.

El mandato del art. 66 de la LOGP, en su apartado 1, establece que *Para grupos determinados de internos, cuyo tratamiento lo requiera, se podrá organizar en los centros correspondientes programas basados en el principio de comunidad terapéutica.* Y, en el párrafo 2, *Se concederá especial atención a la organización en los establecimientos de cumplimiento de cuantas sesiones de asesoramiento psicopedagógico y de psicoterapia de grupo se juzguen convenientes dada la programación del tratamiento y los criterios de selección usados en estos métodos así como a la realización de terapia de comportamiento y de procedimientos tendentes a modificar el sistema de actitudes del interno cuando sean desfavorables o negativos, todo ello con absoluto respeto a la personalidad del mismo.*

5.5.9 La Instrucción 3/2004.

Conviene recordar la Instrucción 3/2004, de 29 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre *Sistema de evaluación e incentivación de las actividades de los internos*, aplicable en todas las Comunidades Autónomas que no tuvieran transferidas las competencias penitenciarias.

Dicha comunicación sostiene que *La participación en Programas de Tratamiento y Actividades que lo componen alcanza gran trascendencia, por imperativo legal, para la obtención de beneficios*

penitenciarios. Así el art. 91.1 del Código Penal (relativo al adelantamiento de la libertad condicional al haber extinguido las dos terceras partes de la condena), el 91.2 del mismo texto normativo, la tramitación de propuesta de indulto particular previsto en el Artículo 206 del Reglamento Penitenciario y la redención de penas por el trabajo para el minoritario grupo de internos que aún cumplen condena conforme al C.P. de 1973, avalan la importancia que tiene la consideración de estos programas.

5.6 La clasificación penitenciaria.

5.6.1 Introducción.

El régimen progresivo se caracteriza, como ya hemos visto, por la fragmentación del cumplimiento de la pena privativa de libertad en grados progresivos que atribuyen al penado cada vez una mayor libertad, una mayor responsabilidad y una mayor confianza.

Antes de la clasificación propiamente dicha de los penados en grados de tratamiento, nuestro ordenamiento tiene previsto lo que se ha venido en llamar *clasificación interna* de los internos, una mera separación, como ya hiciera en su día HOWARD, que, si bien no es tratamiento penitenciario, sí constituye una base sobre la que asentar la propia clasificación penitenciaria.

Efectivamente, cualquiera que sea el Centro en el que ingrese el interno, se procederá, de manera inmediata, a una completa separación, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes penales, estado físico y mental, y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento.

5.6.2 Concepto.

La finalidad que la Constitución otorga principalmente a la pena de prisión es la reeducación y la reinserción social de las personas condenadas. Para la consecución de estos objetivos reeducativos la cárcel utiliza un conjunto de actividades terapéuticas, educativas y deportivas que constituyen lo que legalmente se define como tratamiento penitenciario.

A su vez a cada persona presa se le asigna una situación penitenciaria (grado) –régimen cerrado (clasificados en primer grado), ordinario (clasificados en segundo grado, también aplicables a los detenidos, presos preventivos, penados sin clasificar porque aún no se haya recibido el testimonio de la sentencia, penado sin clasificar que tenga decretada

simultáneamente un prisión preventiva), y abierto (clasificados en tercer grado)– que se corresponde con un determinado régimen (conjunto de normas de convivencia) de vida en prisión (horarios de patio, cacheos, actividades, recuentos, permisos de salida) y que va a posibilitar la realización de un determinado tratamiento penitenciario.

El procedimiento por el que se lleva a cabo esta graduación se denomina *clasificación*⁷⁴⁴, y puede definirse, según ALARCÓN BRAVO⁷⁴⁵, como el *conjunto de actuaciones de la administración penitenciaria que concluyen en una resolución que atribuye al penado un grado de tratamiento (clasificación inicial) o bien cambia uno que se había asignado anteriormente (progresión o regresión) y que determina el establecimiento penitenciario de destino.*

⁷⁴⁴ Artículo 63 LOGP:

Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. La clasificación debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

Artículo 65 LOGP:

1. *La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda, o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen.*

2. *La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.*

3. *La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad.*

4. *Cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para reconsiderar su anterior clasificación, tomándose la decisión que corresponda, que deberá ser notificada al interesado.*

Cuando un mismo equipo reitere por segunda vez la calificación de primer grado, en interno podrá solicitar que su próxima propuesta de clasificación se haga en la central de observación. El mismo derecho le corresponderá cuando, encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia, haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena.

⁷⁴⁵ Vid. Jesús ALARCÓN BRAVO en Luis GRACIA MARTÍN Coord.), Carmen ALASTUEY DOBÓN y otro, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p.49.

También podemos precisar la clasificación penitenciaria como el conjunto de actuaciones de la Administración Penitenciaria sobre un interno, que concluye con una resolución (inicial o bien de modificación de otra que le precede) y determina el estatuto jurídico penitenciario (progresivo o regresivo) de un interno, susceptible de control jurisdiccional, que sirve para la necesaria separación y distribución de los internos en centros penitenciarios y, dentro de cada centro, en otro u otro grado o fase, para adecuar en cada momento la persona y su tratamiento⁷⁴⁶.

Es, pues, el instrumento a través del que se articula el régimen penitenciario o tratamiento que se dispensa al interno, con el principal objetivo de su reinserción social.

En consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en el art. 16 de la LOGP,

- a) *Los hombres y las mujeres deberán estar separados, salvo en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen.*
- b) *Los detenidos y presos estarán separados de los condenados y, en ambos casos, los primarios de los reincidentes.*
- c) *Los jóvenes, sean detenidos, presos o penados, estarán separados de los adultos en las condiciones que se determinen reglamentariamente.*
- d) *Los que presenten enfermedad o deficiencias físicas o mentales estarán separados de los que puedan seguir el régimen normal del establecimiento.*
- e) *Los detenidos y presos por delitos dolosos estarán separados de los que estén por delitos de imprudencia.*

Del mismo entender resulta el art. 99.1 del RP que, además, en su apartado 2, dispone que *Respecto de la separación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los militares que sean internados en Establecimientos penitenciarios comunes, deberá observarse lo dispuesto en la legislación correspondiente* (art. 42 de la LO 13/1985, de 9 de diciembre del Código Penal Militar)⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ Vid. Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, op. cit., pp. 71 y ss.

⁷⁴⁷ Artículo 42 CPM:

Las penas de privación de libertad impuestas a militares por delitos comprendidos en este Código se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se determine por el Ministerio de Defensa.

A su vez, el art. 99.4 del RP, determina: *Los jóvenes menores de veintiún años sólo podrán ser trasladados a los departamentos de adultos cuando así lo autorice la Junta de Tratamiento, poniéndolo en conocimiento del Juez de Vigilancia.*

Por lo que toca al art. 20.2 del RP, manda que *Los penados, tras ser reconocidos por el Médico si se trata de nuevos ingresos, permanecerán en el departamento de ingresos el tiempo suficiente para que por parte del Psicólogo, del Jurista, del Trabajador Social y del Educador se formule propuesta de inclusión en uno de los grupos de separación interior y se ordene por el Director el traslado al departamento que corresponda, previo informe médico. Por la Junta de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico, se contrastarán los datos del protocolo y se formulará un programa individualizado de tratamiento sobre aspectos tales como ocupación laboral, formación cultural y profesional, aplicación de medidas de ayuda, tratamiento y las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la liberación.*

5.6.3 La clasificación por grados de tratamiento.

Sólo pueden ser clasificados los internos que sean penados, es decir, que hayan sido condenados por sentencia firme a una pena privativa de libertad. Además, según el art. 104.1 del RP, *Cuando un penado tuviese además pendiente una o varias causas en situación de preventivo, no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal.*

Así mismo, deja demostrado y firme el art. 104.2 del RP que, *Si un penado estuviese ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas, quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta al Centro Directivo.*

No estar clasificado, tiene consecuencias: la imposibilidad de concesión de permisos ordinarios de salida, ni el régimen penitenciario de semilibertad propio del tercer grado de tratamiento, aplicándosele el régimen ordinario o el régimen cerrado si se trata de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados al régimen ordinario, sin la posibilidad de seguir determinados programas de tratamiento.

En caso de que las penas impuestas a militares por la comisión de delitos comunes lleven consigo la baja en las Fuerzas Armadas, se extinguirán en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de los penados. Si no llevaran aparejadas la baja en las Fuerzas Armadas, se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se disponga por el Ministerio de Defensa.

Por tales hechos, el TC, en la Sentencia núm., 57/2008, de 28 de abril, interpretando el art. 58 CP, ha sentado la doctrina de que se puede abonar el tiempo de prisión preventiva, además de en la causa por la que estuviera penado, siendo el abono doble, para paliar los efectos o consecuencias adversas de no estar clasificado el interno.

La LO 5/2010, de 22 de junio, reforma el art. 58 CP, y, en el apartado 1 *in fine*, explicita que *En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.*

En nuestro *sistema de individualización científica*, que parte del principio de que no hay diferencias de los métodos de tratamiento según los grados, pues, aquéllos, no están en función de éstos, sino de la personalidad de cada interno⁷⁴⁸ y que se diferencia del *sistema progresivo* en un aspecto esencial: el interno no tiene por qué empezar el cumplimiento de la condena en un determinado grado para ir avanzando después hasta el grado final que permite clasificar a un penado inicialmente en tercer grado (aunque deberá pasar el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación), de ahí que no se consideren las características progresivas-, cabe distinguir tres grados de tratamiento; el tercero, que se corresponde con el régimen de semilibertad, salvo los supuestos del tercer grado restringido y el primer grado, que se corresponde con el régimen cerrado.

Conviene sostener que, el art. 100 del RP, permite un modelo de ejecución flexible, en el que se pueda combinar aspectos característicos del segundo y tercer grados, siempre y cuando, dicha medida, se fundamente en un programa específico de tratamiento que, de otra forma, no pueda ser ejecutado. Algún sector de la doctrina lo llama *tercer grado encubierto*, pero, dicha terminología, no es plenamente correcta y, dicho modo flexible, debe ser aprobado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Tal sector de la doctrina refiere en este caso que, el RP, carece de cobertura legal⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ Carlos GARCÍA VALDÉS en Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, op. cit., pp. 73 y ss.

⁷⁴⁹ Josep María TAMARIT SUMALLA, en Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, op. cit., pp. 74 y ss.

Dictamina el art. 72.1 de la LOGP que *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.*

5.6.4 Grados de tratamiento.

Los grados de clasificación se denominan correlativamente, correspondiéndose con un determinado régimen de vida (art. 101 RP):

Primer grado: Régimen cerrado.

Segundo grado: Régimen ordinario.

Tercer grado: Régimen abierto.

Cuarto grado: Libertad condicional.

No debe confundirse el grado de tratamiento con la ubicación de un interno en una determinada *fase*, dentro de un establecimiento penitenciario, ya que, algunos centros, tienen establecido un sistema de organización interior en fases, con un programa de progresión y regresión en función de unas determinadas normas interiores y la conducta observada por el interno, cuya progresión, dentro de las mismas, determina poder acceder a ventajas adicionales de horario, comunicaciones o esparcimiento, aunque cuando se trate de penados clasificados en un mismo grado y en aplicación de un mismo régimen penitenciario de vida⁷⁵⁰.

5.6.5 Variables de observación y criterios de clasificación.

El contenido del art. 63 de la LOGP, ofrece las siguientes reglas de clasificación: *Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. La clasificación debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.*

⁷⁵⁰ En este contexto deben ubicarse los llamados *MÓDULOS DE RESPETO* como programa de intervención global, que se ha llevado a cabo en la Prisión de MANSILLA DE LAS MULAS (León), extendido a casi todo el territorio nacional.

Tales preceptos, reproducidos en el art. 102.2 del RP⁷⁵¹, operan tras la observación de cada penado, mediante entrevistas personales con miembros del Equipo Técnico⁷⁵², quienes cuentan con la información documental que obra en poder de los centros penitenciarios, siendo las Juntas de Tratamiento, las que ponderan dichos criterios para efectuar la propuesta de clasificación, de tratamiento individual y programado y de destino de Establecimiento penitenciario.

En el protocolo de clasificación, deberá constar un programa individualizado de tratamiento: destinos, actividades, programas educativos, trabajo y actividades ocupacionales, o de otro tipo, que deberá seguir la persona presa⁷⁵³. Estos datos son imprescindibles y tienen en la práctica una importancia esencial para el desarrollo posterior de la condena.

No existe tiempo mínimo de observación para la clasificación inicial, si bien, legalmente, se establece que, aquélla, sea adecuada y que, el testimonio de la sentencia haya llegado a la cárcel, a partir de ese momento, se conceden dos meses para la propuesta de clasificación⁷⁵⁴. Tampoco es necesario que llegue la liquidación de condena para la propuesta clasificatoria, pero sí se precisa, abundamos, el testimonio de la sentencia para

⁷⁵¹ Artículo 102.2 RP:

2. *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.*

⁷⁵² Con los datos, el Equipo Técnico, formula un tipo criminológico, el diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social, una propuesta de grado de tratamiento, que deberá ser razonada, y una propuesta de destino a una cárcel.

⁷⁵³ Artículo 103.3 RP:

3. *El protocolo de clasificación penitenciaria contendrá la propuesta razonada de grado y el programa individualizado de tratamiento, en el que se dará cobertura a las necesidades y carencias detectadas en el interno en los ámbitos señalados en el artículo 20.2 de este Reglamento. En el programa se señalarán expresamente los destinos, actividades, programas educativos, trabajo y actividades ocupacionales o de otro tipo que deba seguir el interno.*

⁷⁵⁴ Artículo 102.1 RP:

1. *Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, que determinará el destino al Establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idónea dentro de aquél.*

Artículo 103.2 RP:

2. *La propuesta se formulará en el impreso normalizado aprobado por el Centro Directivo en el plazo máximo de dos meses desde la recepción en el Establecimiento del testimonio de la sentencia.*

la clasificación⁷⁵⁵.

En el art. 102.3 del RP se dispone que *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*, y, en su apartado 4, se preceptúa que *La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad*.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, 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 muestren, 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,

⁷⁵⁵ Si la persona es citada en el Juzgado para el ingreso, es importante que, junto al mandamiento de prisión, se adjunte el testimonio de la sentencia.

estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico.

En la práctica, en la mayoría de las prisiones, la clasificación se realiza tras una breve entrevista con el psicólogo, el trabajador social y el criminólogo, valorándose especialmente el tipo de delito, el tiempo de condena, los aspectos meramente disciplinarios y de sumisión al orden penitenciario. Otro tipo de matices (maduración personal, medios extrapenitenciarios de apoyo a la reinserción, etc.), tienen una consideración subsidiaria, de manera que, en ocasiones, los criterios legalmente establecidos, quedan incumplidos.

5.6.6 La Instrucción 9/2007.

Aplicable a las comunidades autónomas que no tienen transferidas las competencias penitenciarias, la Instrucción 9/2007, de 21 de mayo, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre *CLASIFICACIÓN Y DESTINO DE PENADOS. RÉGIMEN CERRADO. RÉGIMEN ABIERTO. INFORMES*, por lo que se refiere a la Clasificación en primer grado, parte de unos principios generales que no consideran el régimen cerrado una sanción, cuyo objetivo consiste en obtener a la mayor brevedad la reincorporación del interno al régimen ordinario.

Así, en sus principios generales, explicita:

La clasificación en primer grado, en consonancia con el art. 72 LOGP y 102.5 R.P., es un instrumento técnico que forma parte del sistema de individualización científica. La aplicación del régimen cerrado no es una sanción y su objetivo ha de ser obtener, en el menor tiempo posible, la reincorporación del interno al régimen ordinario. De ahí que los principios generales y básicos que han de inspirar la aplicación del régimen cerrado sean los siguientes:

- *Su carácter excepcional que implica que debe ser entendido como la última solución, cuando no existan otros mecanismos disponibles, dado que se trata de un régimen de vida que intensifica la desocialización y dificulta la reintegración y la reinserción del interno.*
- *Transitoriedad. El tiempo que el interno esté en régimen cerrado ha de ser el imprescindible para reconducir sus conductas y actitudes hacia el régimen ordinario, de ahí que resulte imprescindible la intervención activa, intensa y dinámica con este grupo de internos.*
- *Subsidiariedad. Su aplicación exige descartar las patologías psiquiátricas*

graves descompensadas que hayan de ser abordadas de forma especializada, lo que implica en todos los casos un análisis diagnóstico de personalidad a realizar por el psicólogo y un informe médico que aborde los aspectos vinculados a la salud mental. En toda decisión de aplicación de régimen cerrado deben tenerse en cuenta tres factores principales:

- 1. El primero y siempre necesario es la valoración de los hechos objetivos a la luz del artículo 102.5 del R.P., ponderando la concurrencia de los factores allí reseñados.*
- 2. El segundo la personalidad del interno, relacionada con su trayectoria anterior, su potencial de peligrosidad, su capacidad de liderazgo, edad, nivel de agresividad desarrollada, antecedentes psiquiátricos, etc...*
- 3. Por último, las circunstancias descriptivas en el contexto de la situación: si es un hecho cometido en solitario o en grupo, su trascendencia en la dinámica del centro, etc.*

Estas tres perspectivas deben sustentar cualquier toma de decisión referida a la aplicación del régimen cerrado.

5.6.7 El llamado régimen general de cumplimiento.

Es conocido el tenor del art. 72 de la LOGP, cuyo apartado 3, determina: *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 directamente por los que le preceden.*

Tal sentir dimana de la aplicación del sistema de individualización científica previsto en nuestro ordenamiento. En efecto, el apartado 4 del artículo mencionado, dispone con rotundidad que *En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión.*

Para la clasificación o progresión a tercer grado, no se requiere plazo temporal especial alguno de cumplimiento de la condena de prisión, salvo que debe transcurrir el lapso de estudio suficiente a fin de obtener un adecuado conocimiento del interno y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación que ya estudiamos, enumeradas, en el art. 102.2 del RP, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado.

La actuación del Juez de Vigilancia Penitenciaria consistía en intervenir en la concesión del tercer grado, en su caso, por vía de recurso, que interponía el Ministerio Fiscal, contra el acuerdo de Instituciones Penitenciarias, sin que pudiera actuar de oficio. Sin embargo, la nueva redacción del art. 36.2 CP, modificado por LO 7/2003 y 5/2010, el JVP, puede intervenir activamente en ponderar los casos particulares en los que quepa aplicar el régimen general de cumplimiento, excepcionando el régimen especial introducido en el art. 36.2 CP, del que trataremos *ut infra*⁷⁵⁶.

5.6.8 El régimen especial del art. 36 CP para la clasificación o progresión al tercer grado.

El mencionado régimen especial, viene determinado en el art. 36.2 CP, cuya radicalidad original, resultó paliada por las reformas que hemos citado en el párrafo precedente, si bien hemos de valorar que, en lo tocante a la clasificación y progresión a tercer grado de tratamiento, la LOGP, en el art. 72.5, establece que *La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o*

⁷⁵⁶ Artículo 36.2 CP:

2. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

- a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.
- b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.
- c) Delitos del artículo 183.
- d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.

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, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.

entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.*
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.*
- c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.*
- d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.*

También, en el art. 72.6 de la LOGP, se establece que, Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

Lo afirmado, en el art. 36.2 CP, reseñado ut supra, mejora la redacción dada por LO 7/2003, cuando acuerda, por LO 5/2010, que ...el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, si bien, dicha discrecionalidad, desaparece en los

delitos mencionados en el precepto, en que, el Juez o Tribunal, no podrá acordar la clasificación en tercer grado hasta el cumplimiento de la mitad de la pena (cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años).

En la redacción actual, el Juez o Tribunal sentenciador, puede ordenar que, la clasificación del interno en tercer grado quede condicionada al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, cuando ésta sea superior a cinco años de prisión, o que no quede condicionada a dicho cumplimiento.

El art. 36.2 CP establece, en su primer supuesto, un régimen especial para la clasificación al tercer grado de los internos condenados a pena de prisión superior a cinco años. El mismo régimen especial tendrá lugar cuando, la pena impuesta, sea superior a cinco años de prisión y se trate de los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas, terrorismo, etc., porque entonces, el Juez o Tribunal, imperativamente tiene que acordar que, la clasificación en tercer grado, no pueda efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena.

Fuera de esta última hipótesis, el JVP, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción, y, valorando las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, puede acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento de la mitad de la pena para la clasificación en el tercer grado, tomando parte activa el JVP en la ponderación de los casos particulares en los que quepa aplicar el régimen general de cumplimiento.

En tal caso, es indispensable la existencia de *un previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, con valoración de sus circunstancias personales y la evolución del tratamiento reeducador* que elabore la Junta de Tratamiento y que debe adjuntar a la propuesta de clasificación de tercer grado efectuada al Centro Directivo que, antes de resolver concediendo la clasificación, deberá contar con el auto del JVP acordando la aplicación del régimen general de cumplimiento, previa audiencia del Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes⁷⁵⁷.

⁷⁵⁷ Examinar las Indicaciones del Director General de Instituciones Penitenciarias de fecha 25 de julio de 2003, para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por LO 7/2003, de 30 de junio.

El JVP, en este caso, no actúa, como es lo habitual en temas de clasificación penitenciaria, vía recurso, sino que puede intervenir activamente en ponderar los casos particulares en los que quepa aplicar el régimen general de cumplimiento, por lo que estamos ante un control previo de jurisdiccionalidad y no de una comprobación posterior de tal facultad.

Cabe decir que, la STS 748/2006, de 12 de junio, de la Sala de lo Penal, en un recurso de casación para unificación de doctrina, entiende que, el art. 36.2 CP, en la redacción dada por LO 7/2003, no es de aplicación retroactiva, siendo aplicable sólo a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigor el 2 de julio de 2003, porque, *siendo más perjudicial la Ley nueva que la existente en el momento de la comisión del delito concernido, sin que por otra parte no exista específica y concreta referencia legal en la Disposición Transitoria Única al art. 36 del CP, no es posible una interpretación extensiva en contra del reo.*

5.6.9 Revisión de la clasificación: mantenimiento de grado. Progresión y revisión de grado.

El art. 105 del RP contempla que, *Cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para evaluar y reconsiderar, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo individualizado de tratamiento al formular su propuesta de clasificación inicial.*

Cuando la Junta de Tratamiento no considere oportuno proponer al Centro Directivo cambio en el grado asignado, se notificará la decisión motivada al interno, que podrá solicitar la remisión del correspondiente informe al Centro Directivo para que resuelva lo procedente sobre el mantenimiento o el cambio de grado. La resolución del Centro Directivo se notificará al interno con indicación del derecho de acudir en vía de recurso ante el Juez de Vigilancia.

Cuando una misma Junta reitere por segunda vez la clasificación de primer grado, el interno podrá solicitar que su próxima propuesta de clasificación se haga por la Central Penitenciaria de Observación. El mismo derecho le corresponderá cuando, encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia, haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena.

Con todo, la Central Penitenciaria de Observación, regulada en el art. 109 RP⁷⁵⁸, no tiene sede física, sino carácter volante, acudiendo sus miembros al lugar que corresponda, por lo que existen reivindicaciones de sede en cada centro penitenciario.

La progresión en el grado de clasificación dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad.

La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución negativa en el pronóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno.

Si el interno no participa en un programa individualizado de tratamiento, la valoración de su evolución se realizará en la forma descrita en el artículo 112.4 RP⁷⁵⁹, salvo cuando la Junta de Tratamiento haya podido efectuar una valoración de la integración social del interno por otros medios legítimos.

⁷⁵⁸ Artículo 109 RP:

1. Para el debido asesoramiento en materia de observación, clasificación y tratamiento de los internos, existirá una Central Penitenciaria de Observación con sede en los servicios centrales del Centro Directivo, en donde actuarán un grupo de especialistas integrados en Equipos Técnicos con las siguientes funciones:

- a) Completar la labor de los Equipos Técnicos de los Establecimientos en sus tareas específicas.*
- b) Informar sobre cuestiones de carácter técnico que se formulen por el Centro Directivo, así como atender los requerimientos que los Jueces, Tribunales y miembros del Ministerio Fiscal soliciten en materia pericial de las personas sometidas a su jurisdicción.*
- c) Realizar una labor de investigación criminológica.*
- d) Participar en las tareas docentes y de formación de funcionarios.*

2. Dicha Central estudiará en los diversos Centros penitenciarios a aquellos internos cuya clasificación resulte difícil o dudosa para las Juntas de Tratamiento de los Establecimientos o los grupos o tipos de aquéllos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del Centro Directivo.

3. No obstante, el Centro Directivo podrá designar otra Junta de Tratamiento, especialmente cualificada dadas las peculiaridades del interno, o cuando exista un elevado número de internos en espera de ser estudiados por dicha Central.

⁷⁵⁹ Artículo 112.4 RP:

4. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la clasificación inicial y las posteriores revisiones de la misma se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes.

Contra la resolución de progresión o regresión de grado, cabe recurso ante el JVP y, contra la decisión del mismo, recurso de reforma ante dicho Órgano y, contra la resolución del mismo, recurso de apelación o queja ante el Tribunal sentenciador (o ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional si la resolución fuera del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria).

Todas las resoluciones de clasificación y progresión a tercer grado adoptadas por el Centro Directivo, serán notificadas al Ministerio Fiscal, el cual podrá interponer los recursos correspondientes.

En el supuesto de penados septuagenarios o muy enfermos, con padecimientos incurables, con peligro evidente para la vida de los mismos, los JJVVPP consideran, interpretando el art. 92.3 CP⁷⁶⁰, que, el JVP, puede, en un mismo Auto, efectuar de oficio la progresión al tercer grado y acordar la libertad condicional.

Si un condenado, después de haber sido clasificado, le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas, dicha clasificación se deja sin efecto, siendo tomado el acuerdo de sus pensión por la Junta de Tratamiento, que deberá de comunicar dicho acuerdo al Centro Directivo.

En el caso de que, un interno clasificado en tercer grado, no regresase al Centro penitenciario después de haber disfrutado de un permiso de salida o de cualquier otra salida autorizada, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 157.2 RP⁷⁶¹, se le clasificará provisionalmente en segundo grado, en espera de efectuar la reclasificación correspondiente cuando vuelva a ingresar en un Centro penitenciario. Producido el reingreso, el Director del

⁷⁶⁰ Artículo 92.3 CP:

3. 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.

⁷⁶¹ Artículo 157.2 RP:

2. Si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para fugarse o cometiese un nuevo delito durante el mismo, quedará sin efecto el permiso concedido, sin perjuicio de las consecuencias que se puedan derivar de su conducta en el orden penal y penitenciario y de que dichas circunstancias deban valorarse negativamente por el Equipo Técnico para la concesión de futuros permisos ordinarios.

Centro acordará, como medida cautelar, el pase provisional a régimen ordinario hasta que se efectúe la reclasificación correspondiente.

En los supuestos de internos clasificados en tercer grado que fuesen detenidos, ingresados en prisión, procesados o imputados judicialmente por presuntas nuevas responsabilidades, el Director podrá suspender cautelarmente cualquier nueva salida, así como acordar la separación interior que proceda y su pase provisional a régimen ordinario, debiendo proceder la Junta de Tratamiento inmediatamente a la reclasificación correspondiente en su caso.

5.7 Los beneficios penitenciarios.

5.7.1 Concepto, clases y efectos.

El art. 202 del RP, ofrece una definición legal de lo que podemos entender por beneficios penitenciarios: *1. A los efectos de este Reglamento, se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento. 2. Constituyen, por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular.*

Por lo tanto, el concepto lo es *a los efectos de este Reglamento*, y no en sentido amplio, por lo que, reconociendo lo explicitado en el apartado 2 de dicho artículo, son beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular.

Zanjamos así la cuestión de si existen otros beneficios penitenciarios que puedan corresponder al concepto legal de tales, lo que no impide que valoremos las propuestas de un sector doctrinal (MAPELLI CAFFARENA)⁷⁶² de considerar los permisos de salida y el régimen abierto, beneficios penitenciarios, por tratarse de medidas que permiten la reducción del tiempo efectivo de internamiento del penado.

⁷⁶² Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 202 y ss.

Aprecia MIR PUIG⁷⁶³ que, ni siquiera la libertad condicional, podría ser considerada como un *propio* beneficio penitenciario, por más que, el propio RP, en su art. 194, utilice el término *beneficio* al referirse a la libertad condicional, cuando se cuida de la *iniciación del expediente*⁷⁶⁴.

Los beneficios penitenciarios son importantes estímulos para los penados, que deben observar buena conducta, convivir de modo ordenado en el centro penitenciario y someterse al régimen disciplinario, pues son, en opinión de BUENO ARÚS, *mecanismos jurídicos que permiten el acortamiento de la condena, o, al menos, el acortamiento de su reclusión efectiva*⁷⁶⁵.

En opinión de GARCÍA VALDÉS, los beneficios penitenciarios, *constituyen un elemento regimental importantísimo para la buena marcha del establecimiento penitenciario, en la medida que el estímulo es fundamental para lograr la convivencia ordenada en cuyo marco se desenvuelven todas las actividades penitenciarias*⁷⁶⁶.

El fundamento jurídico de los beneficios penitenciarios se encuentra en los principios constitucionales de reeducación y de reinserción social a que se refiere el art. 25.2 CE.

En efecto, el propio art. 203 del RP establece que *Los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad.*

⁷⁶³ Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, op. cit., pp. 92 y ss.

⁷⁶⁴ Artículo 194 RP:

La Junta de Tratamiento deberá iniciar la tramitación del correspondiente expediente con la antelación necesaria para que no sufra retraso la concesión de este beneficio.

⁷⁶⁵ Francisco BUENO ARÚS, en Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, op. cit., pp. 92 y ss.

⁷⁶⁶ Carlos GARCÍA VALDÉS, en Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, op. cit., pp. 73 y ss.

Referimos, como otro beneficio de carácter residual, la redención de penas por el trabajo, aplicable a aquellos condenados a penas privativas de libertad a los que se refiere el CP de 1973 que, en el CP actual, no existe. Introducida en 1938 (Orden de 7 de octubre), la redención de penas por el trabajo, se hallaba prevista en el art. 100 CP. No sólo se ha derogado este artículo, sino también los arts. 65 a 73 del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956, que lo desarrollaban y que seguían en vigor (Disposición derogatoria única, f). En la práctica permitía un acortamiento automático de un tercio de la condena. Su supresión constituye el cambio más importante de la normativa del cumplimiento de las penas privativas de libertad operado por el CP actual.

5.7.2 Adelantamiento de la libertad condicional.

El antecedente de la actual libertad condicional para todos los presidios de la península lo encontramos en el RD de 22 de octubre de 1906⁷⁶⁷ que en su Exposición de Motivos ya alababa la declaración que en 1803 se había realizado en Inglaterra.

La libertad condicional, en el RD de 1906, se concedía bajo la formulación de “*concesión de residencia*” en Ceuta, como recogía el art. 8 estableciendo unos requisitos que debía cumplir el liberto: la residencia en la ciudad, obligación de presentarse a las autoridades gubernativas, acudir a las reclamaciones del Patronato de Libertos y buena conducta, con “absoluta prohibición de acudir á taberna y lugares sospechosos”. El buen comportamiento podía ser recompensado con la propuesta de indulto total o parcial.

Pero su origen, con características similares al actual adelantamiento de la libertad condicional, lo encontramos en el CP de 1928, que es el primero que regula expresamente la libertad condicional en su art. 174.

Se exigía para su concesión el haber sido condenado a penas de reclusión y prisión, la extinción de las partes alícuotas de éstas que establezcan los reglamentos, el ser acreedor de dicho beneficio por pruebas evidentes de intachable conducta, y ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad como ciudadanos pacíficos y laboriosos. Por tanto, el límite temporal queda suprimido de esta regulación, pudiendo alcanzar la libertad condicional

⁷⁶⁷ RD de 22 de octubre de 1906, publicado en la Gaceta de Madrid, núm. 292, de 23 de octubre.

cualquier condenado a penas de prisión, aún siendo estas menores a un año.

En cuanto a la naturaleza jurídica del adelantamiento de la libertad condicional, la doctrina mayoritaria entiende que constituye un derecho subjetivo del interno supeditado al cumplimiento de determinados requisitos normativos⁷⁶⁸, aunque no faltan autores que, sobre la base de la *excepcionalidad* de su adelantamiento interpretan que tiene un carácter *premio*⁷⁶⁹. Si bien, tal carácter premial, resulta absolutamente ajeno a los principios básicos de la libertad condicional, en el marco de un sistema penitenciario progresivo⁷⁷⁰.

El CP de 1995, en la redacción de su art. 91.1, dispone que, *Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a y c del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.*

En el apartado 2 del anterior precepto legal se explicita: *A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a y c del apartado 1 del artículo anterior, el Juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior; hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales. Esta medida requerirá que el*

⁷⁶⁸ Así, Francisco BUENO ARÚS, en Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, op. cit., pp. 94-95.

⁷⁶⁹ En tal sentido, Auto 108/2003, de 12 de Diciembre, de la AP de Cádiz.

⁷⁷⁰ Francisco BUENO ARÚS, en Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, op. cit., pp. 94-95.

penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

Como se observa, el CP, regula dos adelantamientos de la libertad condicional, excluyendo, en ambos apartados, todo adelantamiento de la libertad condicional a los sentenciados por delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de organizaciones criminales.

En el primer supuesto, el requisito es que, el penado, se merezca dicho beneficio por haber desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, debiendo cumplir los requisitos de estar clasificado en tercer grado, observado buena conducta y que exista respecto del mismo, un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, no entendiéndose cumplido este último, si, el penado, no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, diferenciándose de la libertad condicional ordinaria en que, basta haber extinguido las dos terceras partes de la condena y no ser necesario haber extinguido las tres cuartas partes de la condena.

En la segunda hipótesis, podemos hablar de un *adelantamiento de la libertad condicional privilegiado o cualificado*, por ser un adelantamiento todavía mayor de la libertad condicional: adelantamiento de los tres meses antes de la extinción de las dos terceras partes por año de cumplimiento efectivo de condena, siempre que el interno haya extinguido la mitad de su condena.

El anterior supuesto privilegiado,, además de desarrollar el penado continuamente las actividades laborales, culturales u ocupacionales, deberá acreditar la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas, programas de tratamiento o de desintoxicación, en su caso.

El cómputo de las dos terceras partes y del adelantamiento privilegiado, deberá hacerse sobre la base de lo dispuesto en el art. 193 RP⁷⁷¹,

⁷⁷¹ Artículo 193 RP:

Para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas:

al igual que sucede en el cálculo de las tres cuartas partes para la libertad condicional.

A su vez, el RP, en su art. 205, establece, respecto al adelantamiento de la libertad condicional que, *Las Juntas de Tratamiento de los Centros penitenciarios, previa emisión de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, podrán proponer al Juez de Vigilancia competente el adelantamiento de la libertad condicional para los penados clasificados en tercer grado, siempre que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena o condenas y que sean merecedores de dicho beneficio por observar buena conducta y haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, conforme a lo establecido en el Código Penal.*

La tramitación de estos beneficios penitenciarios es similar a la de la libertad condicional a la que nos remitimos. El órgano competente para aprobar la libertad condicional es el JVP⁷⁷².

En el supuesto de un penado que ha obtenido tiempo redimido por el trabajo aprobado por el JVP, al habersele aplicado el CP de 1973, si una vez consolidado este beneficio se le atribuyera como más favorable el CP de 1995, tendrían derecho al adelantamiento de la libertad condicional a las dos terceras partes⁷⁷³. Lo que prohíbe el CP de 1995 a partir de su entrada en vigor, es que, el interno, se pueda beneficiar de la redención de penas por el trabajo y, además, del adelantamiento de la libertad condicional.

1. *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.*

2. *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.*

⁷⁷² Artículo 76.2 c) LOGP:

c) *Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.*

⁷⁷³ Vid. STS de 18 de julio de 1996.

5.7.3 Tramitación de indulto particular autorizada por el JVP.

Debemos significar que, el beneficio penitenciario, no es la solicitud de indulto particular por el propio penado, sus familiares, etc., sino la tramitación del mismo por la Junta de Tratamiento, a propuesta del Equipo Técnico, siempre que sea autorizada la misma por el JVP, el cual podrá solicitar directamente, a petición del propio penado, sobre la base a informes de la cárcel, indulto particular total o parcial para un penado al Ministerio de Justicia⁷⁷⁴, para ser elevada dicha solicitud al Gobierno, competente para el acuerdo o denegación, siendo firmado por el Jefe del Estado.

El art. 206 del RP, establece: *Indulto particular. 1. 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 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.
2. *La tramitación del indulto a que se refiere el párrafo anterior se regulará por lo dispuesto en la vigente legislación sobre el ejercicio del derecho de gracia y en las disposiciones que la complementen o modifiquen.*

Cabe, pues, distinguir dos fases: En la primera, la tramitación penitenciaria de un indulto particular por el JVP, previa propuesta del Equipo Técnico y previa solicitud de la Junta de Tratamiento dirigida al JVP, que podrá aprobar o no, motivadamente siempre, dicha solicitud de tramitación. En la segunda parte, , si el JVP aprueba la tramitación del indulto, dirigirá la petición al Ministerio de Justicia, lo que constituye una garantía de que, el penado observa buena conducta y se lo merece, siendo muy elevadas las posibilidades de su concesión, a diferencia del indulto solicitado por el penado, familiares o terceros.

⁷⁷⁴ STC 163/2002, de 21 de noviembre.

La Ley de indulto de 18 junio 1870 (modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero), en su art. 4, dispone:

El indulto podrá ser total o parcial. Será indulto total la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente.

Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas las que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente.

Se reputará también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves.

El art. 23 de dicha disposición, significa que: *Las solicitudes de indulto, incluso las que directamente se presentaren al Ministro de Justicia, se remitirán a informe del Tribunal sentenciador.* Ello plantea la cuestión de si, en el caso de que se tramite un indulto particular por el JVP, debe ser también el Tribunal sentenciador quien deba emitir informe sobre tal solicitud.

Resulta evidente que, entre la fecha que se dicta la sentencia condenatoria por el Tribunal sentenciador y la fecha en que se tramita el indulto particular, pueden haber transcurrido bastantes años, sin que, el Tribunal sentenciador, conozca la conducta ni evolución del tratamiento del penado en el interior del centro penitenciario (aunque deberá recabar informe de su conducta al Director del Establecimiento penitenciario), que sí conoce mejor el JVP.

Por ello, en opinión de MIR PUIG, *lege ferenda*, debería exonerarse al Tribunal sentenciador de emitir informe cuando la tramitación del indulto particular sea autorizada por el JVP, que es lo que acontece en la práctica⁷⁷⁵.

5.7.4 La redención de penas por el trabajo.

El CP de 1995 ha suprimido también otra posibilidad de reducción de la duración de las penas privativas de libertad: la *redención de penas por el trabajo*. Introducida en 1938 (Orden de 7 de octubre), se hallaba prevista por el art. 100 CP. No sólo se ha derogado este artículo, sino también

⁷⁷⁵ Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, op. cit., p.100.

los arts. 65 a 73 del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956, que lo desarrollaban y que seguían en vigor (Disposición derogatoria única, f). En la práctica permitía un acortamiento automático de un tercio de la condena. Su supresión constituye el cambio más importante de la normativa del cumplimiento de las penas privativas de libertad operado por el CP actual.

La institución de la *redención de penas por el trabajo*, de hecho, venía a significar una rebaja de un tercio de las penas privativas de libertad. Una pena de veinte años del CP actual equivale a una pena de treinta años del CP anterior. Además, aunque se fija como límite general de la prisión la duración de veinte años, existen no pocas «excepciones» que permiten imponerla por veinticinco (así, art. 140 CP) y hasta por treinta años (así, arts. 76, 485, 572 CP).

5.7.5 La redención de penas por el trabajo y la doctrina Parot.

En el supuesto de concurso real de delitos y, cuando las penas impuestas no pudieran ser cumplidas simultáneamente, el art. 70.2 del CP de 1973, tras afirmar en su apartado 1 que deberían cumplirse de forma sucesiva, según la gravedad de las penas, establecía que: *No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por el que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el Maximus de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años...*

Dicha regla fue interpretada por la STS de 8 de marzo de 1994 en el sentido de entender que, el límite máximo de treinta años constituía *una nueva pena resultante y autónoma*, interpretación que ya tenía lugar en la jurisprudencia menor⁷⁷⁶.

La consecuencia de dicha interpretación es que, la redención de penas por el trabajo, si se aplica sobre treinta años, la pena resultante quedaba en veinte. Igualmente, se partía de dicho máximo para calcular la cuarta parte de la condena en la concesión de los permisos de salida así como para el cómputo de la libertad condicional.

⁷⁷⁶ También, las SSTS de 15 de septiembre de 2005 y 14 de octubre de 2005, pero en aplicación del CP de 1995 y no del CP de 1973.

Tal doctrina fue pacífica hasta la reforma del art. 78 CP de 1995 por LO 7/2003, de 30 de junio, con la filosofía del cumplimiento íntegro y efectivo de las penas en el caso de concurso real hasta el límite del cumplimiento establecido ahora en el art. 76 CP⁷⁷⁷. La consecuencia es que, cada pena que conforma la condena impuesta, mantiene su individualidad.

Así, aplica la doctrina establecida en el FJ Cuarto de la STS núm. 197/2006, de 28 de febrero, al resolver el recurso de casación interpuesto por el penado señor PAROT, contra el Auto de fecha 26 de abril de 2005 dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sobre la acumulación de condenas del susodicho penado, estimando parcialmente el recurso de casación, acumulando todas las penas relacionadas con la limitación de treinta años de prisión, y no de veinte años, como solicitaba el señor PAROT.

Se argumentaba, en la evocada Sentencia, que no es lo mismo cometer un único delito que doscientos, y valora que, el señor PAROT, tenía veintiséis sentencias condenatorias por delitos de asesinato, atentado y lesiones, cuya suma total ascendía a más de cien años de privación de libertad, aplicando la redención de penas por el trabajo por el orden de gravedad de las penas individualmente y de modo sucesivo y aplicando, finalmente, el máximo de cumplimiento de treinta años, al no poderse extinguir más penas.

Dicha Sentencia, contiene un voto particular formulado por los Excmos. Sres. Magistrados don José Antonio MARTÍN PALLÍN, don Joaquín JIMÉNEZ-GARCÍA y don Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ.

5.8 La libertad condicional y el cumplimiento definitivo.

5.8.1 Antecedentes.

Desde la primera regulación legal de la libertad condicional en España, hasta nuestros días, esta figura jurídica ha sufrido diversas modificaciones, en ocasiones, más avanzadas a la época en la que se regulaba.

⁷⁷⁷ En la STS núm. 197/2006, de 28 de febrero, se efectuó una reinterpretación del art. 70.2 CP 1973, negando ahora que, el límite máximo de treinta años, constituyera una nueva pena, autónoma e independiente, pues, el precepto, no lo decía, estableciendo sólo un límite, un *máximum* de cumplimiento, *dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximum de tiempo predicho*.

Es curioso observar que, a medida que se ha ido avanzando en el tiempo, quizá la modernidad y apertura de miras no han ido de la mano en cuanto a las modificaciones de la libertad condicional. En 1835, se instaura un sistema que, sin tener cobertura legal hasta años más tarde, innova y da un sentido a las penas privativas de libertad.

Como vimos *ut supra*, la figura relevante, en este sentido, es la del Coronel MONTESINOS, que iniciará la apertura de las prisiones para que los penados finalicen su condena en un régimen de semilibertad, bajo vigilancia y control previamente pactados. Gran concededor de las prisiones, sin saberlo, estaba fundamentando las bases de la institución de la libertad condicional.

Las legislaciones posteriores se van instaurando en la idea de que la ejecución de la pena debe tener un paso previo a la libertad definitiva, en la que el penado tenga un contacto vigilado con la sociedad para poder reincorporarse a ella con un resultado favorable y que le ayude a no volver a delinquir.

Con la entrada en vigor de la Constitución se da un sentido al cumplimiento de las penas privativas de libertad, siendo la resocialización de la persona el hilo conductor en toda la legislación penal y penitenciaria. Sobre tal base constitucional, la Ley Orgánica General Penitenciaria plasma esta finalidad indicando que las Instituciones penitenciarias tienen como fin primordial tanto la reeducación como la reinserción de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad.

En este sentido, la libertad condicional se afianza como un medio para conseguir la recuperación para la sociedad del que ha delinquir, aunque regulado como un beneficio del que se puede disfrutar si se cumple con los requisitos legales para ello.

Aparentemente, no da la impresión de que, las reformas, respondan a un estudio serio de política criminal, y lo que hacen es dar un paso atrás en cuanto al concepto resocializador de las penas. Parecen fundamentarse más en la idea de retribución, que afectará al cumplimiento de las penas en tercer grado y también al acceso a la libertad condicional. El endurecimiento que se ha producido en este aspecto, produce la sensación de que, para el legislador, el cumplimiento de la pena en un régimen de semilibertad no es un verdadero cumplimiento.

Pero, este temor, es infundado ya que, la Administración penitenciaria, al amparo de la LOGP y del RP, tienen a su alcance los medios necesarios para poder efectuar un control adecuado de esta modalidad de cumplimiento de las penas. En cuanto a este aspecto, bien es cierto que se podrían implementar más medidas o formas de control y seguimiento, así como de tratamiento delictual, amén del control jurisdiccional que tiene el Juez de Vigilancia Penitenciaria. En definitiva, vemos que las reformas podían haberse estructurado en el sentido de garantías de la finalidad primordial para las medidas y penas privativas de libertad, pero no ha sido de esta manera.

5.8.2 Evolución legal y penitenciaria.

El CP de 1928 es el primero que regula expresamente la libertad condicional en su art. 174. Se exige para su concesión, haber sido condenado a penas de reclusión y prisión, la extinción de las partes alícuotas de éstas que establezcan los reglamentos, el ser acreedor de dicho beneficio por pruebas evidentes de intachable conducta, y ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad como ciudadanos pacíficos y laboriosos. Por tanto, el límite temporal queda suprimido de esta regulación, pudiendo alcanzar la libertad condicional cualquier condenado a penas de prisión, aún siendo, éstas, menores a un año.

En España, la Segunda República, da un aire distinto a toda la regulación penitenciaria. Es Victoria KENT, en aquél entonces Directora General de Prisiones, quién con un talante muy progresista para la época, ayudó a que durante los años que ocupó el cargo, se aprobaran una serie de disposiciones muy avanzadas para su tiempo.

En la Exposición de Motivos del CP de 1932, en su apartado V, denominado “humanización y elasticidad del Código”, se establece que *las penas privativas de libertad se ejecutarán conforme al sistema progresivo, teniendo por últimos períodos el de libertad intermedia y el de libertad condicional (base 12ª).*

La libertad condicional se regula en los arts. 101 y 102, y se prevé para los penados sentenciados a más de un año de privación de libertad que se encuentren en el último periodo de la condena y que hayan extinguido las tres cuartas partes de ésta, que sean acreedores de dicho beneficio por pruebas evidentes de intachable conducta y ofrezcan garantías de hacer vida honrada en libertad como ciudadanos pacíficos y laboriosos.

El Régimen del General FRANCO, siguió conservando el CP de la República. Se aprueban diversas leyes especiales para hacer valer las ideas franquistas. No es hasta 1944 cuando se realiza la reforma del CP de acuerdo con el ideario de la época. Se trata una vez más de una reforma parcial del viejo CP de 1848. No se abolió el principio de legalidad de los delitos y de las penas, como sucedió en la Alemania nacionalsocialista en 1935. En el CP de 1944 la regulación de la libertad condicional, en rasgos generales, mantiene prácticamente la misma que los textos anteriores, y se regula en el art. 98 del CP.

El Reglamento de 1948 introduce el sistema de acumulación de condenas privativas de libertad, disponiendo que *cuando en una misma sentencia se imponga a un penado más de una pena privativa de libertad, siempre que sean superiores a las de arresto, se considerarán éstas como una sola de mayor duración para los efectos de libertad condicional y propuesta de la misma*. Este punto fue modificado por el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956, donde se estableció la acumulación de condenas en su art. 56, sólo para las penas *que sean superiores a las de arresto*⁷⁷⁸.

Desde el ámbito del Derecho penal, no se producen modificaciones de la figura jurídica de la libertad condicional en las sucesivas reformas del CP, tanto en la revisión de 1963, como en la aprobación del Texto Refundido de 1973. Lo mismo sucedería en el ámbito del Derecho penitenciario, aunque en este campo debe de anotarse la reforma del art. 56 del Reglamento General de los Servicios de Prisiones operada por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, por el que se sustituía la constancia de la buena conducta, por un informe del correspondiente equipo de observación o tratamiento sobre los factores positivos de reinserción social del recluso, manteniéndose de forma paralela la constancia de buena conducta.

La reforma de 1968 introdujo mayor flexibilidad a la rigidez propia de los Reglamentos de 1948 y 1956, modificando el sistema progresivo y dando la posibilidad de realizar una clasificación inicial del penado en segundo o tercer grado sin tener que pasar por los grados anteriores.

⁷⁷⁸ El problema surgía cuando de la redacción del art. 56 se excluían las penas de arresto pero no aquellas de prisión comprendidas entre seis meses y un día, y un año, por lo que se permitía que las penas inferiores a un año se beneficiasen de la libertad condicional.

En la modificación del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias, realizada a través del Decreto 2273/77, de 29 de julio, se establecía un mayor control de los órganos jurisdiccionales en materia de libertad condicional.

Igualmente, en el segundo párrafo del art. 54 del Reglamento de Prisiones de 1956, se regulaba que, el régimen establecido para los internos septuagenarios, se extendía a los *enfermos muy graves, con padecimientos incurables*. En el art. 98.1 CP de 1973 se exige que el penado se encuentre en el último periodo de la condena. En este RD ya se anunciaba, de forma expresa, la aprobación de una Ley penitenciaria que respetara las garantías legales de un Estado de Derecho, y poder equipararse así a las legislaciones de los países de nuestro entorno, dejando de lado cualquier reminiscencia autoritaria.

La entrada en vigor de la CE, el 29 de diciembre de 1978, se producirán los cambios más importantes, asentando las bases de todo el ordenamiento jurídico. La determinación de la finalidad de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad queda establecida en el art. 25.2 CE.

La aprobación de la LOGP de 1979, hacía una remisión total al art. 98 del CP ya que, en su art. 72.1, en referencia a la libertad condicional, establecía que *las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separados en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional conforme determina el Código Penal*.

Se consagra, con la LOGP, la potenciación del régimen abierto y reducción del cerrado a supuestos extraordinarios; trabajo equiparado al trabajo en libertad; sumisión general del régimen penitenciario a las exigencias del tratamiento científico de los internos; régimen disciplinario adaptado a las normas del Consejo de Europa e implantación del JVP y asistencia social penitenciaria y post-penitenciaria, tal y como describe GARCÍA VALDÉS⁷⁷⁹.

⁷⁷⁹ Véase artículo sobre la evolución histórica y penitenciaria en España, en Carlos GARCÍA VALDÉS, *El desarrollo del Sistema Penitenciario en España. Historia de una transición*, en Revista de Estudios Penitenciarios, núm. 249, 2002, pp. 13-20.

Con la reforma del RP de 1981, quedan derogados expresamente todos los preceptos del Reglamento General de los Servicios de Prisiones relativos a la libertad condicional, apareciendo una nueva regulación que se acomodaba a lo establecido en la LOGP y el CP. Se regula en el RP de 1981, en la Sección Primera del Capítulo V, la *Libertad de los penados*, donde se indica que *los penados que hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena y reúnan los requisitos que se relacionan en el art. 98 del CP, cumplirán el último período de aquélla en situación de libertad condicional.*

Lo reglado en algunos de sus preceptos estaba en contradicción con lo establecido en el CP. En el art. 59 del RP de 1981 se decía que *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 tratara de una nueva pena de inferior duración*, en cambio en el art. 112 CP se establecía que, el indulto, constituye una de las formas de extinción de la responsabilidad penal.

La regulación de la libertad condicional, en el Proyecto de LO de 1980, se establece en su art. 101 que se copia literalmente del art. 98 del CP de 1973 en cuanto a los requisitos para su concesión. La libertad condicional se establece para *los sentenciados a penas de prisión* en sustitución de *para los sentenciados a más de un año de privación de libertad.*

En la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se regula la libertad condicional en la Sección Tercera, del Capítulo III, del Libro I. En este capítulo, denominado *De la libertad condicional y la suspensión del resto de la pena*, aparece regulada la libertad condicional juntamente con el de suspensión del resto de las penas. Esta regulación conjunta puede llevar a confusiones.

Tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto de CP de 1992, se denota la falta de un fundamento claro y homogéneo en el trato legislativo de los requisitos legales de la libertad condicional. La novedad más destacable del Anteproyecto de 1994 con respecto al de 1992 resulta del art. 91 donde se indica que el JVP podrá conceder la libertad condicional adelantada a los sentenciados a penas de prisión que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena. Mayores novedades se presentan en el Proyecto de 1994 ya que en el art. 91, la libertad condicional no se establece para las penas de prisión sino que es para las penas privativas de libertad.

La libertad condicional aparece regulada en el art. 90 CP de 1995, que impone como requisito que, el penado, se encuentre en tercer grado de tratamiento penitenciario, la extinción de las tres cuartas partes de la condena, y haber observado buena conducta. Se le atribuye al JVP la facultad de imponer la observancia de una o varias de las reglas de conducta del art. 105 al liberado condicional, según el art. 90.2 CP.

5.8.3 Marco constitucional de la libertad condicional.

Con la aprobación de la CE se crea el marco jurídico que proporcionará los principios básicos sobre los que deberá descansar todo el ordenamiento legal. La CE acota la reglamentación penal y penitenciaria. El precepto que recoge el fundamento y finalidad de las penas privativas de libertad es el art. 25.2 CE, encontrándose ubicado en el Título primero *De los derechos y deberes fundamentales*. Ello ya quiere significar que los condenados a penas privativas de libertad gozan de toda la protección que la CE le garantiza de sus derechos fundamentales.

El objetivo de la libertad condicional es la reinserción de las personas condenadas. La aplicación de la libertad condicional será la culminación de la aplicación de los principios constitucionales.

5.8.4 La función de la reinserción como finalidad de la libertad condicional.

El art. 3 del RP indica que, *El principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma. En consecuencia, la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas.*

Por tanto, la prisión debe servir como medio para poder recuperar para la sociedad a las personas que han delinquido. De esta forma, BUENO ARÚS⁷⁸⁰ señala que la reinserción favorece tanto al delincuente como a la sociedad Mas Para poder alcanzar el objetivo de la reinserción, es necesario que vaya íntimamente ligado a la reeducación. Sin haber asumido

⁷⁸⁰ Francisco BUENO ARÚS, *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, p. 82.

unos valores previos no es posible llegar a volver a reintegrarse nuevamente en la sociedad con unas mínimas garantías de normalidad.

Como medio para conseguir la reinserción, la legislación penitenciaria, establece diversas formas para ir acercando al condenado a la sociedad; como ya hemos visto, el caso de los permisos de salida al exterior (art.154 y ss. RP), la aplicación del tercer grado de tratamiento penitenciario (arts. 82 y 83 RP) y la libertad condicional en la fase final de cumplimiento (art. 90 CP)⁷⁸¹.

5.8.5 El concepto de resocialización como fin último de la libertad condicional.

La resocialización del penado difícilmente se podrá conseguir sin que, éste, tenga asumidos unos valores mínimos de convivencia y de acatamiento de las normas penales. La recuperación para la sociedad del que ha delinquido será infructuosa sin la convicción del penado.

Como señala CÓRDOBA RODA⁷⁸² *la norma del art. 25 de la Constitución y el orden valorativo que le sirve de base representan un importante estímulo para la creación de medidas que sin ser privativas de libertad, estén en situación de garantizar la prevención general*. Por tanto, se debería valorar la necesidad de crear nuevas figuras alternativas a la prisión para los casos en los que la resocialización entrando en prisión no tuviera cabida.

5.8.6 Orientación preventivo-especial de la libertad condicional.

La regulación de la libertad condicional en nuestro sistema jurídico tiene una finalidad preventivo-especial ya que intenta paliar en parte los efectos negativos que la reclusión puede causar en el individuo. En este mismo sentido autores como MAPELLI CAFFARENA señalan que, el acortamiento de estancia en prisión que supone el periodo de libertad

⁷⁸¹ De la misma forma opina Eugenio ARRIBAS LÓPEZ, *Reflexiones entorno a los fines de la pena y a los regímenes de la pena de prisión*, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 77, 2004, p. 65, ya que señala este autor que hay que ir “acomodando y ajustando, preparando, si se quiere, progresivamente al interno a la comunidad que, antes o después, tendría que volver a recibirlo definitivamente como miembro activo”.

⁷⁸² Juan CÓRDOBA RODA, *La pena y sus fines en la Constitución española de 1978*, en *Papers. Revista de Sociología*, núm.13, 1980, p.135.

condicional, ayudará a paliar los efectos adversos de la prisión⁷⁸³.

Para NAVARRO VILLANUEVA⁷⁸⁴ la libertad condicional disminuye los efectos de extrema dureza de las penas previstas en el CP y evita los efectos de desocialización que conlleva la privación de libertad. Por este motivo, esta misma autora indica lo innecesario de prolongar la estancia en prisión o en régimen abierto de una persona condenada si reúne los requisitos del art. 90 CP.

5.8.7 Marco legislativo de la libertad condicional.

En España, en el año 2003 se produjeron cambios legislativos de gran envergadura en materia penal, procesal y penitenciaria, aunque no podemos decir que fueran los más acertados. Estas reformas endurecen tanto el sistema de penas como su ejecución⁷⁸⁵.

Después de los atentados terroristas de Nueva York, el once de septiembre de 2001, se produce un aumento de la presión que ejercen distintas asociaciones de víctimas de terrorismo en nuestro país. El impacto mediático producido por las primeras concesiones de libertad condicional a presos de la organización terrorista ETA crean alarma social, y quizá aceleraron y endurecieron las reformas legislativas que se aprobarían más tarde.

En efecto, se lleva a cabo la primera de las reformas del año 2003 con la aprobación de la LO 5/2003, de 27 de mayo⁷⁸⁶, que crea los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria (JCVP) y se les otorga la competencia para resolver en cuanto a materias de ejecución de penas para aquellos delitos en los que la competencia corresponda a la Audiencia Nacional.

⁷⁸³ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 190 y ss.

⁷⁸⁴ Carmen NAVARRO VILLANUEVA, *La reducción de los beneficios penitenciarios en la legislación vigente*, en Josep CID MOLINÉ y Elena LARRAURI PIJOÁN, (Coords.) et. alt.: *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 238.

⁷⁸⁵ En este sentido, Manuel JAÉN VALLEJO, *Las reformas del Código penal (2002-2003)*, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 06-r2, (www.criminet.ugr.es/recpc), 2004, hace una exposición de todas las reformas legislativas acontecidas en ese periodo.

⁷⁸⁶ LO 5/2003, de 27 de mayo, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial; la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, publicada en el BOE núm.127, de 28 de mayo.

La reforma operada por la LO 7/2003, de 30 de junio⁷⁸⁷, por lo que atañe a la concesión de la libertad condicional la endurece ostensiblemente, máxime después de la reforma del CP de 1995 que ya había alargado las penas de muchos delitos, aunque también acortado las de otros.

La LO 7/2003, de 30 de junio, indica refiriéndose a la reforma realizada del art. 90 y 91 CP, en su Exposición de motivos: “Con esta ley se tratan de mejorar técnicamente los supuestos de otorgamiento de dicha libertad condicional y su adaptación a las distintas modalidades delictivas. Así, se refuerza la necesidad de valorar en su conjunto todas las circunstancias antes de adoptar la decisión de conceder la libertad condicional. De este modo el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena no es el único requisito determinante, sino que debe ser valorado junto con las demás circunstancias contempladas en el Código Penal.”

Las otras reformas introducidas por la LO 7/2003 del CP, son:

a) Inclusión de dos nuevos apartados del art. 72.5 y 6 LOGP en el sentido de que, para poder obtener el tercer grado, y por ende, la libertad condicional, el penado deberá haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito.

b) Introducción del llamado “periodo de seguridad” del art. 36 CP para las penas superiores a cinco años en los que se indica que deberá haber cumplido la mitad de la pena para poder ser clasificado en tercer grado de tratamiento, endureciendo así el acceso a esta clasificación, aunque deja una vía abierta para cualquier tipo delictivo que no se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, por cuanto se podrá solicitar al JVP su pase al “régimen general de cumplimiento”.

c) Establecimiento de la modalidad de libertad condicional adelantada del art. 91 CP, a las dos terceras partes de la condena, para aquellos que, estando en tercer grado, tengan buena conducta, buen pronóstico de reinserción social, y además hayan desarrollado de manera continuada actividades laborales, culturales u ocupacionales. Se prevé otra posibilidad de adelantamiento de la libertad condicional en el sentido de poder adelantar hasta 90 días por cada año de cumplimiento efectivo de condena, siempre que

⁷⁸⁷ LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, publicada en el BOE núm. 156, de 1 de julio.

se haya cumplido efectivamente la mitad de la pena, y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, al amparo del art. 91.2 CP. En este apartado se veta a los que estuvieren condenados por delitos de terrorismo o pertenecientes a organizaciones criminales.

d) Reforma del art. 93 CP que establece la revocación de la libertad condicional, considerando motivos de revocación, la reincidencia delictiva o el incumplimiento de alguna de las reglas de conducta establecidas. Aunque para los condenados por delitos de terrorismo la revocación se endurece y supondrá la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

e) Modificación de la Disposición Adicional 5ª. de la LO 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la que se establece que, si el recurso de apelación lo fuere respecto de la clasificación o de la libertad del penado, en cuanto a condenados por delitos de terrorismo, éste, tendrá efectos suspensivos.

f) Por último, modificación de los arts. 76 y 78 CP, aumentando el máximo de cumplimiento efectivo a 40 años de prisión⁷⁸⁸, cuando se esté condenado por dos o más delitos de terrorismo, y alguno de ellos esté castigado por ley con la pena de prisión de 20 años. Si como consecuencia de la aplicación de las reglas establecidas en el art. 76.1 CP, la pena a cumplir fuera inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez podrá acordar que para el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas. La posibilidad de que los condenados por

⁷⁸⁸ Entre las opiniones contrarias a este punto de la reforma está la de Abel TÉLLEZ AGUILERA, *La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia*, en *Diario La Ley*, núm. 5837, de 14 de agosto de 2003, que se expresaba así: "La reforma operada por la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, salvando algunas aportaciones que deben ser acogidas positivamente es una norma carente de rigor técnico y no se encuentra basada en fundamento criminológico alguno distinto del de una política criminal que se asemeja al que intenta pescar peces a martillazos, que pescar, lo que se dice pescar, pesca poco, pero al que coge no se escapa. Ya sólo la pretensión del *nomen legis* parece dar a entender que hasta ahora las penas no se cumplían ni íntegra ni efectivamente; que el disfrute en régimen abierto o libertad condicional no es cumplir la pena". En el mismo modo particular de entender, visto *ut supra*, se han manifestado autores como Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 81 y 82. "Ni la prisión perpetua ni las penas de larga duración pueden tener cabida en un sistema penitenciario orientado a la resocialización, que aspira ante todo a crear unas expectativas para una futura incorporación pacífica del penado en la sociedad", incluso sigue diciendo que: "Una reclusión de estas características no da lugar a que el penado, una vez cumplida la pena, pueda rehacer su vida, por lo que la condena lleva irremediamente unida la destrucción del sujeto como ser social (*muerte civil*). Llega MAPELLI a hablar de que, "investigaciones recientes han demostrado que los largos periodos de reclusión provocan en quienes los sufren daños irreversibles en su personalidad, que los convierten en tratos inhumanos y degradantes".

terrorismo puedan acceder a la libertad condicional se alarga hasta que les quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento.

Creemos que, en ningún caso, tales reformas han mejorado técnicamente los supuestos de otorgamiento de la libertad condicional sino que se han establecido más requisitos y muchas más trabas para su concesión.

La doctrina, de forma casi unánime, ha criticado duramente estas últimas reformas ya que no están basadas en criterios resocializadores sino que pretenden desvirtuar el sentido principal de las penas otorgándoles un cariz simplemente retribucionista. En este sentido, LÓPEZ PEREGRÍN⁷⁸⁹, y, de manera similar, opinan TAMARIT SUMALLA y GARCÍA ALBERO⁷⁹⁰ que dejan claro que la reforma responde a “simples razones de oportunidad política”, en tanto que, SANZ DELGADO⁷⁹¹ pone el apelativo de “regresiva” a la LO 7/2003.

5.8.8 Requisitos para la concesión de la libertad condicional.

La libertad condicional se aplica a los penados que, estando en tercer grado de tratamiento penitenciario, hayan cumplido las 3/4 o las 2/3 partes de la condena según el art. 90 y 91 CP, pudiendo obtener una excarcelación anticipada para seguir extinguiendo la pena en libertad, aunque sometidos a los controles penitenciarios o judiciales que se establezcan para cada caso.

El art. 192 del RP señala que los penados clasificados en tercer grado que reúnan los demás requisitos establecidos al efecto en el CP, cumplirán el resto de su condena en situación de libertad condicional. Tales requisitos los encontramos en el art. 90.1 CP, que dispone:

1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran las circunstancias siguientes:

⁷⁸⁹ Carmen LÓPEZ PEREGRÍN, *¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?*, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 1, 2003, (<http://www.criminologia.net>), pp. 11 y ss.

⁷⁹⁰ Josep María TAMARIT SUMALLA y Ramón GARCÍA ALBERO, *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 23, donde indican que la reforma “supone poner límites a la idea de individualización del tratamiento a través de un planteamiento generalizador”.

⁷⁹¹ Enrique SANZ DELGADO, *La reforma introducida por la “regresiva” Ley orgánica 7/2003 ¿Una vuelta al siglo XIX?*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, Tomo Extraordinario II, 2004.

- a) *Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.*
- b) *Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.*
- c) *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.*

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

5.8.9 Clasificación en tercer grado de tratamiento.

La clasificación en tercer grado es el primer requisito para que el penado pueda obtener la libertad condicional según el artículo 90.1 a) CP⁷⁹². La aparición del tercer grado penitenciario con esta denominación viene recogida por primera vez en el art. 65 del RP de 1948. Con anterioridad, y

⁷⁹² Artículo 90.1 a) CP:

1. *Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:*

- a) *Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.*

desde la Ley de Libertad Condicional de 1914, era necesario estar en el cuarto periodo de la condena, o en el último periodo, como establecieron los CCPP hasta llegar al de 1995.

El tercer grado significa la aplicación del régimen abierto, en cualquiera de sus modalidades al amparo del art. 101.2 RP⁷⁹³. Para realizar la clasificación se tendrán en cuenta los criterios del art. 102.2 RP, aplicándose a los internos que por sus circunstancias personales y penitenciarias estén en condiciones de llevar un régimen de vida en semilibertad.

El fin último del tercer grado penitenciario es favorecer la incorporación progresiva al medio social. Esta tarea debe regirse por los siguientes principios descritos en el art. 83.2 RP:

2. *El ejercicio de estas funciones se regirá por los siguientes principios:*
 - a) *Atenuación de las medidas de control, sin perjuicio del establecimiento de programas de seguimiento y evaluación de las actividades realizadas por los internos dentro y fuera del Establecimiento.*
 - b) *Autorresponsabilidad, mediante el estímulo de la participación de los internos en la organización de las actividades.*
 - c) *Normalización social e integración, proporcionando al interno, siempre que sea posible, atención a través de los servicios generales de la comunidad para facilitar su participación plena y responsable en la vida familiar, social y laboral.*
 - d) *Prevención para tratar de evitar la desestructuración familiar y social.*
 - e) *Coordinación con cuantos organismos e instituciones públicas o privadas actúen en la atención y reinserción de los reclusos, promoviendo criterios comunes de actuación para conseguir su integración en la sociedad.*

5.8.10 Tercer grado restringido y tercer grado común.

El régimen abierto supone la ausencia de todos aquellos controles rígidos que pongan de manifiesto una contradicción con la confianza depositada en el interno¹³⁴. En el caso de que exista la posibilidad de clasificación en tercer grado pero el interno tenga una peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala, condiciones personales diversas, lo aconseje su tratamiento penitenciario, o no fuera posible desempeñar un trabajo en el

⁷⁹³ Artículo 101.2 RP:

2. *El tercer grado determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades.*

exterior, se podrá clasificar al penado en *tercer grado restringido* establecido en el *art. 82 RP*, limitando sus salidas al exterior. Este régimen de vida tiene como objetivo ayudar al interno en la búsqueda de medios de subsistencia o ponerlo en contacto con los recursos sociales necesarios para su reingreso a la vida en libertad.

En esta modalidad de vida el penado podrá disfrutar de salidas al exterior, que, generalmente, suelen ser los fines de semana, si bien también entre semana, de manera controlada y restringida.

En el caso de mujeres que no puedan realizar un trabajo remunerado en el exterior, pero sí pudieran desempeñar efectivamente las labores de trabajo doméstico en su domicilio familiar, se considerarán estas tareas como trabajo. La mejor opción es intentar que estos clasificados en tercer grado restringido pasen cuanto antes al régimen del *art. 83 RP*⁷⁹⁴.

El régimen de vida del tercer grado común, del *art. 83 RP*, tiene por objeto potenciar las capacidades de inserción social positiva para favorecer su incorporación progresiva al medio social. En esta modalidad de tercer grado no se limitan las salidas al exterior, excepto las limitaciones establecidas por la Junta de Tratamiento, y, en cuanto a las salidas de fin de semana, se respetará, en todo caso, lo establecido en el *art. 87 RP*⁷⁹⁵.

⁷⁹⁴ Artículo 83 RP:

Objetivos y principios del régimen abierto.

1. La actividad penitenciaria en régimen abierto tiene por objeto potenciar las capacidades de inserción social positiva que presentan los penados clasificados en tercer grado, realizando las tareas de apoyo y de asesoramiento y la cooperación necesaria para favorecer su incorporación progresiva al medio social.

2. El ejercicio de estas funciones se regirá por los siguientes principios:

- a) Atenuación de las medidas de control, sin perjuicio del establecimiento de programas de seguimiento y evaluación de las actividades realizadas por los internos dentro y fuera del Establecimiento.*
- b) Autorresponsabilidad, mediante el estímulo de la participación de los internos en la organización de las actividades.*
- c) Normalización social e integración, proporcionando al interno, siempre que sea posible, atención a través de los servicios generales de la comunidad para facilitar su participación plena y responsable en la vida familiar, social y laboral.*
- d) Prevención para tratar de evitar la desestructuración familiar y social.*
- e) Coordinación con cuantos organismos e instituciones públicas o privadas actúen en la atención y reinserción de los reclusos, promoviendo criterios comunes de actuación para conseguir su integración en la sociedad.*

⁷⁹⁵ Artículo 87 RP:

Salidas de fin de semana.

Como avanzamos en su momento *ut supra*, el cumplimiento de la pena en este régimen de vida se llevará a cabo en alguno de los Establecimientos de régimen abierto, que son los Centros Abiertos o de Reinserción Social, las Secciones Abiertas y las Unidades Dependientes⁷⁹⁶.

5.8.11 Tercer grado con control telemático.

En el capítulo VI del presente trabajo, subapartado 4.5.1, estudiamos la ejecución penal mediante control electrónico de la pena de localización permanente. En efecto, la modalidad de vida del art. 86.4 del RP⁷⁹⁷, constituye un control más exhaustivo.

-
1. La Junta de Tratamiento regulará, de forma individualizada, en función de la modalidad de vida establecida para cada interno, de su evolución en el tratamiento y de las garantías de control necesarias, las salidas de fin de semana de los internados en Establecimientos de régimen abierto.
 2. Como norma general, estos internos disfrutarán de salidas de fin de semana, como máximo, desde las dieciséis horas del viernes hasta las ocho horas del lunes.
 3. También podrán disfrutar de 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.
 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Centro Directivo podrá aprobar salidas de fin de semana con horarios diferentes a los indicados.

⁷⁹⁶ Artículo 80 RP:

Clases de Establecimientos de régimen abierto.

1. Los Establecimientos de régimen abierto pueden ser de los siguientes tipos:

- a) Centros Abiertos o de Inserción Social.
- b) Secciones Abiertas.
- c) Unidades Dependientes.

2. El Centro Abierto es un Establecimiento penitenciario dedicado a internos clasificados en tercer grado de tratamiento.

3. La Sección Abierta depende administrativamente de un Establecimiento penitenciario polivalente, del que constituye la parte destinada a internos clasificados en tercer grado de tratamiento.

4. Las Unidades Dependientes, reguladas en los artículos 165 a 167 de este Reglamento, consisten en instalaciones residenciales situadas fuera de los recintos penitenciarios e incorporadas funcionalmente a la Administración Penitenciaria, mediante la colaboración de las entidades públicas o privadas prevista en el artículo 62 de este Reglamento, para facilitar el logro de objetivos específicos de tratamiento penitenciario de internos clasificados en tercer grado.

⁷⁹⁷ Artículo 86.4 RP:

4. En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento, salvo cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales.

En estos casos, el interno solamente deberá permanecer en el Establecimiento el tiempo necesario para la realización de programas de tratamiento, entrevistas o para los controles presenciales que le hayan sido fijados. Todas las medidas de control determinadas por la Administración, deberán ser aceptadas voluntariamente y de forma expresa por el interno, y no podrán atentar contra su dignidad.

Este tipo de vigilancia es aún minoritario, tanto por la falta de medios, como porque realmente constituye un control de la persona las veinticuatro horas del día, y no hay muchas personas condenadas dispuestas a someterse a esta medida. No hay signos externos que identifiquen la referida forma de localización ya que, generalmente, consiste en la colocación de una pulsera que se asemeja a cualquier reloj, y que, en ocasiones, optan por llevarla en el tobillo, tapado entonces por la propia ropa.

Cuando por las circunstancias laborales o de residencia del penado fuera imposible la aplicación del sistema de monitorización electrónica, ésta se podrá sustituir por otro tipo de medidas que en su conjunto aseguren un control suficiente sobre el interno⁷⁹⁸.

MUÑOZ BRUNET entiende que es un medio de control efectivo que permite a los condenados el cumplimiento de la condena de manera que no altera el ritmo de vida que estuvieran llevando hasta el momento. Para aquellos casos en los que el delito es muy antiguo, y constituye un acontecimiento puntual y aislado en sus vidas puede ser una forma de cumplimiento que no afectará a la vida familiar del condenado⁷⁹⁹.

⁷⁹⁸ Como señala la Instrucción 13/2006 de la DGIIPP, tales medidas de control complementarias o sustitutivas de la localización telemática según los casos, podrán consistir en:

- a) *Visitas de un profesional del establecimiento al lugar de trabajo u ocupación del interno.*
- b) *Presentaciones del interno en una unidad de la Administración penitenciaria.*
- c) *Presentaciones del interno en dependencias policiales o de la Guardia Civil.*
- d) *Comunicaciones telefónicas en uno u otro.*
- e) *Comprobaciones relativas a la documentación de carácter laboral.*
- f) *Controles sobre actividades terapéuticas.*
- g) *Entrevistas con el interno por parte de diferentes profesionales penitenciarios.*
- h) *Entrevistas con miembros de la unidad familiar del interno.*

⁷⁹⁹ Asunción MUÑOZ BRUNET, *Evolución histórica y legislativa de la libertad condicional en España*, Universidad Autónoma de Barcelona, Tesina dirigida por el Profesor RAFAEL REBOLLO VARGAS, pp. 81 y ss. Teniendo en cuenta que el fin de las penas es la reinserción no tiene sentido cuando la persona está completamente reinsertada. Lo mismo sucede en casos de enfermedad grave pero que por las características del sujeto o del delito cometido se debe controlar de forma específica.

5.8.12 Iniciación del expediente.

El comienzo del expediente y el propio conjunto ordenado de actuaciones para la libertad condicional, viene regulado en los arts. 194 y 195 del RP, que determinan:

Art. 194 RP:

Iniciación del expediente.

La Junta de Tratamiento deberá iniciar la tramitación del correspondiente expediente con la antelación necesaria para que no sufra retraso la concesión de este beneficio.

El Acuerdo debe adoptarse con la antelación necesaria para que no sufra retraso la concesión, en su caso, de la libertad condicional. En la práctica, suele adoptarse tres o cuatro meses antes del cumplimiento de las tres cuartas partes (o, en su caso, de las dos terceras partes de la condena).

Tras esta primera parte del procedimiento, tiene lugar la segunda fase de formación del expediente, para lo que se deberá requerir la colaboración de diversos órganos (Juan de Tratamiento, Servicios Sociales, Servicios Médicos, u otros, incluido el propio interesado).

A su vez, el art. 195 RP, establece:

Expediente de libertad condicional.

El expediente de libertad condicional habrá de contener, 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 de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.*
- 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, para lo cual se podrá aportar copia de los ficheros informáticos penitenciarios.

- 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, que informarán sobre las posibilidades de control del interno. En la fijación de la residencia se habrá de tener en cuenta la prohibición de residir en un lugar determinado o de volver a determinados lugares que, en su caso, hubiera impuesto el Tribunal.*
- 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.*
- i) Certificación literal del acta de la Junta de Tratamiento del Establecimiento en la que se recoja el acuerdo de iniciación del expediente a que se refiere el artículo anterior, donde, en su caso, se propondrá al Juez de Vigilancia la aplicación de una o varias de las reglas de conducta previstas en el artículo 105 del Código Penal.*

5.8.13 El JVP. Competencia para aprobar o denegar la propuesta de libertad condicional efectuada por la Junta de Tratamiento.

Una de las mayores innovaciones que aportó la promulgación de la LOGP fue la introducción del Juez de Vigilancia como órgano especializado en el control de la ejecución penal, lo que supuso la consagración del principio de judicialización en esta materia.

Conforme a lo previsto en el art. 117.3 CE, el ejercicio de la potestad jurisdiccional abarca no sólo el hecho de juzgar, sino el de hacer ejecutar lo juzgado. Del mismo modo, el inciso 3.2 CP dispone que, la ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.

La figura del JVP se encuentra regulada en el Título V de la LOGP, la cual, en su art. 76.1, le atribuye genéricamente funciones en el cumplimiento de la pena, la resolución de recursos, salvaguarda de los derechos de los internos y corrección de abusos y desviaciones en la aplicación del Régimen penitenciario.

De tan larga lista de funciones, en el artículo 76.2 b) de la LOGP, se determina que *corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:*

b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

En efecto, el JVP, que examinará la concurrencia de todos los requisitos legales, deberá valorar el informe pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, pudiendo tener otros informes técnicos.

Al decretar la libertad condicional de los penados, el JVP, podrá imponerles, motivadamente, la observación de una o varias reglas de conducta o medidas previstas en los arts. 83 y 96.3 CP:

1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

1ª. Prohibición de acudir a determinados lugares.

2ª. 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.

3ª. Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.

4ª. Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarla

5ª. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.

6ª. 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.

Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionarán en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1, 2 y 5 de este apartado.

2. 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.

A más de esto, según el art. 96.3^a., 4^a., 5^a. y 6^a. CP:

3^a. *La libertad vigilada*

4^a. *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.*

5^a. *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.*

6^a. *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.*

Contra la resolución del JVP cabe interponer recurso de reforma ante dicho órgano y, contra su desestimación, recurso de apelación o de queja ante el Tribunal sentenciador.

El liberado condicional, además, estará sujeto al seguimiento y control, durante el disfrute de la libertad condicional, por los Servicios Sociales del Centro penitenciario a que esté adscrito, de conformidad con el programa individualizado para su seguimiento efectuado por la Junta de Tratamiento y ejecutado por los referidos Servicios Sociales.

Las reglas de conducta que, en su caso, imponga el JVP, se incorporarán a dicho programa, siendo los Servicios Sociales referidos quienes emitirán los informes que demanden las autoridades judiciales y los órganos responsables del seguimiento.

5.8.14 Suspensión de la libertad condicional.

Cuando aparezca una condena firme de prisión por un delito cometido con anterioridad a la concesión de la libertad condicional y, si el penado ya estuviere disfrutando, ésta, tiene que quedar cautelarmente en suspenso. El penado deberá ingresar en la cárcel para cumplir con el mandamiento de prisión dictado por el Juzgado o Tribunal sentenciador. Este nuevo ingreso, debería ponerse en conocimiento del JVP.

El centro penitenciario, solicitará del órgano jurisdiccional correspondiente la liquidación de la condena. Si, una vez sumados el tiempo efectivo de cumplimiento y la nueva condena se sobrepasan las tres cuartas partes o, en su caso, las dos terceras partes del total, el JVP dictará un Auto

ampliando la libertad condicional. En caso contrario, se suspende hasta que se alcancen las tres cuartas partes (o las dos terceras partes), suspensión de alcance temporal hasta nueva reclasificación en el grado penitenciario que correspondiese (en principio, el tercero).

Si una persona en libertad condicional tiene que volver a entrar en prisión para cumplir condenas antiguas, no se le debería, en principio, regresar a segundo grado. En la práctica, en estos casos, la Junta de Tratamiento, no suele proceder a la regresión de grado.

5.8.15 Revocación de la libertad condicional.

Novedad en la revocación de la libertad condicional supone el no perder el tiempo pasado en este régimen de vida al reingreso en prisión. Es decir, el tiempo ya pasado en libertad condicional se deberá descontar del que reste de cumplimiento de la condena. Es un paso adelante con respecto a la legislación anterior y que está en mejor sintonía con el mandato constitucional del art. 25.2 CE, ya que, la libertad condicional, es una forma de cumplimiento de la condena. Este avance de la legislación en el CP de 1995 volverá a retroceder con la LO 7/2003 del CP para los casos de delitos de terrorismo.

En el art. 93.1 CP, se 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 período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.*

Mas, el art. 201.3 RP, al establecer las causas de revocación, explicita que: *En caso de revocación, 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.*

La inobservancia de las reglas de conducta impuestas causa la revocación automática de la libertad condicional, a diferencia de lo preceptuado en el art. 8 CP para la revocación de la suspensión de ejecución de la pena, en que:

1. Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o

Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena.

2. Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, 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.*

3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.

La apreciación de esta causa de revocación, exige sólo un informe de los servicios sociales encargados de ejecutar la regla de conducta comunicando el incumplimiento de las mismas al JVP a fin de que éste, adopte la resolución que proceda⁸⁰⁰.

Delinquir de nuevo durante el periodo de libertad condicional, es causa de revocación de la misma que exige que, además de haberse cometido el delito (no falta), en dicho periodo, recaiga condena firme dentro del mismo espacio de tiempo. De manera que, si el tiempo de libertad condicional finaliza y, la condena se licencia, opera la extinción de la responsabilidad penal ex art. 130.2 CP⁸⁰¹, por lo que, aunque posteriormente recaiga sentencia condenatoria, la libertad condicional no puede ser revocada debido a que, la condena, ya está cumplida⁸⁰².

Una tercera causa de revocación de la libertad condicional es la contemplada en el art. 93.2 CP, según redacción dada por LO 5/2010, de 22 de junio: 2. *En el caso de condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII*

⁸⁰⁰ Artículo 201.2 RP:

2. Si en dicho período el liberado volviera a delinquir o inobservase las reglas de conducta impuestas, en su caso, por el Juez de Vigilancia, el responsable de los servicios sociales lo comunicará, con remisión de cuantos datos puedan ser útiles, a éste para la adopción de la resolución que proceda respecto a la revocación de la libertad condicional.

⁸⁰¹ Artículo 130.2 CP:

2. Por el cumplimiento de la condena.

⁸⁰² Vid. Auto del JVP de Castilla y León núm. 1, de 18 de noviembre de 1994.

del Título XXII del Libro II de este Código, el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional.

Si en este período de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda.

El precepto inmediato anterior distingue dos efectos distintos tras la revocación de la libertad condicional, según se trata de condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del título XXII del Libro II CP, en que, revocada la libertad condicional, el sujeto reingresará en el periodo o grado penitenciario que corresponda y cumplirá el tiempo que reste del cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional⁸⁰³. O bien, cuando se trate de los demás condenados, se les computa el tiempo pasado en libertad condicional.

En el art. 93.2 CP para los supuestos de revocación de la libertad condicional, sólo para el caso de los condenados por terrorismo, el JVP podrá solicitar los informes al extremo de verificar que las condiciones por las que se le concedió dicho beneficio subsisten. Aquí el legislador al no referirse de manera expresa a los que hubieran cometido el delito en el seno de organizaciones criminales ya deja patente que esta reforma iba dedicada a los terroristas. Por ello la revocación, si fuera el caso, por el incumplimiento de esas condiciones particulares, sólo podrá darse para los terroristas y no para aquellos internos pertenecientes al crimen organizado. Las otras causas de revocación son idénticas a las contempladas para los demás delitos, es decir, delinquir o inobservar las reglas de conducta que le impusiera el JVP.

⁸⁰³ Arturo BELTRÁN NÚÑEZ, *El cumplimiento de la pena de prisión*, en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*, de María Concepción MOLINA BLÁZQUEZ (Coord.), Librería Bosch, Barcelona, 2005, pp. 137-170. Parece también que la aplicación de esta revocación única para los condenados por terrorismo se podría circunscribir al ya expuesto “derecho penal del enemigo”. En este sentido Francisco MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 70, incide en que “en los momentos actuales, no basta con identificar y describir en los ordenamientos jurídico-penales actuales brotes o ejemplos de “Derecho penal del enemigo”, sino que es preciso manifestar también si son compatibles con el marco constitucional de un Estado de Derecho y con los pactos internacionales de derechos civiles reconocidos y acogidos en los ordenamientos jurídicos de los Estados civilizados”.

Por tanto, las reformas que atañen a los requisitos para alcanzar la liberación condicional para este tipo de delitos concretos se han endurecido tanto que va a ser tarea difícil el acceso a la misma. Recordamos que, la competencia para revocar la libertad condicional, corresponde al JVP.

5.8.16 La libertad condicional de septuagenarios y enfermos terminales.

La concesión de la libertad condicional a septuagenarios se aprueba por primera vez en nuestra legislación por el Decreto de 22 de marzo de 1932 donde se dispone en su art. 1 que los sentenciados por los Tribunales de Justicia que durante la extinción de sus condenas en los establecimientos penitenciarios cumplan la edad de setenta años, habiendo dado pruebas de intachable conducta y ofreciendo garantías de vida honrada en libertad, serán *propuestos* para la concesión del beneficio de la libertad condicional, cualesquiera que sean el periodo de tratamiento en que se encuentren y el tiempo que lleven extinguido de sus penas respectivas.

Al igual que la libertad condicional de enfermos muy graves, con padecimientos incurables, se regulan en el art. 92 CP⁸⁰⁴ y 196 RP⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ Artículo 92 CP:

1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 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, 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.

2. Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

3. 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.

⁸⁰⁵ Artículo 196 RP:

Libertad condicional de septuagenarios y enfermos terminales.

1. Se elevará al Juez de Vigilancia el expediente de libertad condicional de los penados que hubiesen cumplido setenta años o los cumplan durante la extinción de la condena. En el expediente deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Penal, excepto el de

Por enfermedad grave se entenderá a los efectos de libertad condicional, según STC 48/1996, de 25 de marzo, *una enfermedad grave e incurable en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente, acortando así la duración de su vida, aun cuando no exista riesgo inminente de su pérdida.*

En definitiva, será el JVP el que haga una valoración de lo que es considerado como enfermedad grave al amparo de los informes médicos que deberán presentarse junto con el informe pronóstico final, y en este caso, lo que debe prevalecer será la información médica facilitada.

En ningún momento en el CP se dice que se trate de una enfermedad terminal y que se tenga que prolongar la estancia en prisión apurando sus días de vida. En este sentido la STC 48/1996, de 25 de marzo expresa que: *la puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma, pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas, además de las previstas en el Código Penal, entre ellas, como aquí ocurre, la menor peligrosidad de los así libertos por su primera capacidad disminuida.*

haber extinguido las tres cuartas partes o, en su caso, las dos terceras partes de la condena o condenas.

2. Igual sistema se seguirá cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables. Cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico.

3. En ambos supuestos, el expediente deberá contener los documentos a que se refiere el artículo anterior, excepto los relativos a la letra h, junto con un informe social en el que constará, en su caso, la admisión del interno por alguna institución o asociación cuando éste carezca de vinculación o apoyo familiar en el exterior. Cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables se incluirá en el expediente el informe médico acreditativo de la enfermedad, así como de la gravedad e irreversibilidad de la misma. En el caso de septuagenarios, se acreditará la edad del interno mediante la certificación de nacimiento del mismo o, en su defecto, por cualquier medio de prueba admitido en derecho.

4. La Administración velará para facilitar al penado el apoyo social externo cuando carezca del mismo.

La realidad nos indica que en muchos casos la liberación condicional llega cuando el interno ya está en el final de su vida. Por esta razón, queda algo desvirtuada la petición de pronóstico favorable de reinserción social, y quizá para estos casos debía eliminarse.

Podemos encontrar, por el contrario, sentencias en las que se niega el beneficio de la libertad condicional por no dar garantías suficientes de vivir respetando la ley penal, según lo establecido en el art. 59 LOGP, a pesar de la avanzada edad, como es el caso de la *STC 79/1998, de 1 de abril*, o el *Auto de la AP de Madrid 1173/01, de 19 de noviembre*, en el que se dice: “El penado cometió el delito siendo mayor de 70 años, y por sólo razón de edad no puede dársele la libertad condicional, salvo que se pretenda la impunidad de los que superan esa edad. Pero es que además el art. 92 CP exige por remisión al art. 90 la existencia de pronóstico favorable de reinserción social- de no delinquir en los términos del art. 59 de la LOGP- y el propio interesado manifiesta que se dedica habitualmente a cometer este tipo de delitos contra la salud pública. En estas condiciones no puede estimarse el recurso”.

En un sentido similar, el Auto del JVP de Villena de 25 de agosto de 2006 deniega la libertad condicional a un interno con enfermedad grave con padecimientos incurables por no existir pronóstico favorable de reinserción social. El Auto del JVP de Pontevedra de 30 de octubre de 2006 la deniega a una penada enferma, por subsistir de forma latente la peligrosidad criminal de la misma.

El apartado 3 del art. 92 CP establece como requisito para poder conceder la libertad condicional por razón de enfermedad causante de peligro para la vida del interno, la necesidad de informe del médico forense junto con los informes de los servicios médicos del establecimiento penitenciario. Teniendo los informes médicos, de manera urgente, el JVP podrá autorizar la libertad condicional, previa en su caso la progresión de grado, sin más trámite que la solicitud del informe pronóstico final.

Para los casos en los que, además de enfermedad terminal se suma en el penado la cualidad de condenado por terrorismo, deberá cumplir, con todos los requisitos que la LO 7/2003 añadió a este tipo de internos, excepto los temporales. De no ser así, se podrá dar el caso de padecer

enfermedad terminal, pero no podrá acceder a la libertad condicional⁸⁰⁶. Un caso en este sentido es el Auto del JCVP, de 19 de abril de 2004, donde se deniega la petición de libertad condicional por enfermedad incurable por no cumplir con los requisitos que el art. 90.1 *in fine* determina para los condenados por terrorismo.

En aquellos otros supuestos de internos de tratamiento médico de especial penosidad, pero en los que, la incidencia de la enfermedad no es tan severa, se dictó la Instrucción 3-2006, de 23 de enero, TyG/S, sobre atención penitenciaria a dichos internos.

5.8.17 Sucinto comentario sobre el Derecho terapéutico.

A modo de llamada de atención sobre este aspecto, que da lo sobrado para una tesis, podríamos abordar la definición de Derecho terapéutico como aquella parte del Derecho penal que, mediante el uso de las ciencias sociales, unida y conjuntada a los razonamientos y fallo de la sentencia, propicia un tratamiento individualizado, dirigido a la rehabilitación del ofensor, mediante la interpretación correcta de su pensamiento y la gradación de intervenciones en su salud física, mental y social, dirigidas a favorecer sus habilidades de comportamiento, limitando la posibilidad de repetir hechos ilícitos.

El estudio del rol del Derecho como agente terapéutico, sugiere que debemos utilizar los hallazgos de las disciplinas y campos de estudios relacionados con él, para perfilar al desarrollo de cualquier ley. Este nuevo enfoque permite que, las ciencias sociales, sirvan de guía para cambiar la visión legal tradicional respecto a las personas detenidas o presas, hasta darnos los elementos fundamentales para una recta comprensión de los problemas carcelarios.

⁸⁰⁶ Así, Avelina ALONSO DE ESCAMILLA, *Clasificación de interno en tercer grado por razones humanitarias* (Comentario al Auto de 19 de Abril de 2004, del JCVP), en *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1985, pp.107-109. Explica esta autora que, en la resolución de este Auto, se especifica que la LO 7/2003 ha añadido una serie de obligaciones a los condenados por delitos de terrorismo, como son que éstos se desvinculen de la banda terrorista, que pidan expresamente perdón a las víctimas de sus delitos y que satisfagan las responsabilidades civiles. En este caso, tales requisitos no se cumplían y, el JCVP, optó por una solución, que como dice textualmente la resolución: “atiende a principios básicos del humanismo occidental, que el propio delincuente obvió en el desarrollo de su actividad delictiva”. En la resolución, se le otorga, como alternativa a la libertad condicional, el tercer grado de tratamiento a través de control telemático, del art. 86.4 RP.

Si partimos de estos principios, no debería resultar problemática la creación de juzgados especializados en la reinserción, bajo la potestad jurisdiccional de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. El objetivo de estas nuevas sedes consistiría en mejorar cualitativamente los resultados obtenidos en aquellos procedimientos en los que resultasen encartados individuos que evidenciasen problemas sociales y emocionales.

A nuestro modo de ver, garantizarían mayor flexibilidad del juez en la toma de decisiones; más interés en escuchar las preocupaciones de las personas imputadas; promoverían la participación de organizaciones de la comunidad y considerarían lo más beneficioso, tanto para el ofensor, como para la víctima. Se daría importancia a los eventos post-dispositivos, con atención personalizada de los involucrados en cada caso.

Desde esta perspectiva, se trataría de transmitir al ofensor la sensación de que, el Juez, se interesa en su bienestar. En efecto, se puede lograr la confianza de los encartados en el procedimiento cuando, éstos, pueden confiar en las motivaciones del juez, reciben decisiones que son hechas de forma objetiva y se les ofrece la oportunidad de valorar su versión de los hechos. En resumen: un juez que, con enfoque terapéutico, transmite respeto por el justiciable cuando le escucha, se toma el tiempo para oír su versión y le habla en forma individual⁸⁰⁷.

Planteado en los términos antedichos el Derecho terapéutico y su adecuado marco legislativo, se podría verificar como, el Derecho penal, cedería su protagonismo ante una realidad social que aspira a rehabilitar y reinsertar a quien ha delinquido.

Considerando lo anterior, podemos esquematizar el modelo de ejecución de la pena propuesto del siguiente modo:

- a) El sujeto puede realizar un tratamiento ambulatorio, controlando su ubicación mediante medios electrónicos, salvo que, la gravedad del caso, merezca que, el condenado, deba quedar internado en un centro asistencial. En este período, los únicos funcionarios competentes para tener trato personal con el interno serán los

⁸⁰⁷ Se trataría de una terapia situada en el espacio personal del delincuente, que busca conocer al hombre que se esconde detrás de cada hecho cometido, y que persigue destruir los pilares socio-económicos e individuales que lo llevaron a delinquir.

profesionales y asistentes encargados de la terapia⁸⁰⁸.

- b) La circunstancia de que la pena sea verdaderamente terapéutica, de duración relativa y no estandarizada, solo limitada a partir de máximos fijos según el tipo penal, alienta al interno a emprender con verdadero empeño su recuperación, pues conoce que, cuanto antes logre su readaptación (llámese terapia contra adicciones, internamiento en centros de formación, etc.), antes logrará vencer el ciclo de tratamiento.
- c) Un período de adaptación laboral y educativo, mediante el cual, cumpliendo “arresto” domiciliario nocturno (salvo que el ambiente familiar no sea conveniente para tal momento, en cuyo caso debe cumplirse la prisión en un establecimiento penitenciario), el interno, durante las horas del día, y a doble turno, complete sus estudios y/o aprenda un oficio, lo que permitirá darle al condenado las herramientas para que pueda afrontar su vida laboral.
- d) Implementación de políticas que promuevan la contratación del sujeto, ya recuperado, por ejemplo: acordando beneficios fiscales para los empleadores, la concesión de créditos blandos, donación de maquinaria, etc., siempre a cambio de la contratación efectiva del trabajador, logrando de esta forma su reinserción en la vida social⁸⁰⁹.
- e) La duración de la ejecución de la pena prefijada legalmente resultaría sustituida por el sistema propuesto, manteniendo un límite máximo para la duración del régimen institucionalizado, a efectos de que la pena, así concebida, no termine convirtiéndose en una medida de seguridad.

⁸⁰⁸ Se evita la superpoblación carcelaria, privando temporalmente de la libertad sólo a aquellos individuos que verdaderamente no estén en condiciones de realizar la terapia social en forma ambulatoria (es decir, concurrendo al centro en determinados horarios).

⁸⁰⁹ En este sentido, el Estado no sólo asume un papel de asistente terapéutico, en la primera etapa, y de educador en la segunda, sino también de gestor de la contratación del condenado rehabilitado, porque no es idéntica situación que el sujeto recupere su aptitud social y salga en soledad a buscar trabajo, orientación nueva para él y en inferioridad de condiciones por la condición vivida y su prontuario delictivo, por pequeño que fuera, a que sea el propio Estado el que lo gestione y consiga.

5.8.18 La libertad condicional de extranjeros.

En cuanto a los requisitos para poder acceder a la libertad condicional tendremos que atender a lo que se dispone en los multicitados arts. 89, 90, 91 y 92 CP y en el art. 197.1 RP.

Se dice que, previa conformidad documentada del interno, el JVP podrá aprobar la libertad condicional para el extranjero no residente legalmente en España, o para el penado español que resida en el extranjero, para que pudieran disfrutar de este periodo en el país de residencia. La falta de arraigo en el país puede dificultar la consecución de la libertad condicional para el extranjero, residente ilegal, cuya intención es quedarse en España. Esto es debido a que esta circunstancia puede conllevar a efectuar un pronóstico desfavorable por no tener las suficientes garantías de cumplimiento con buen resultado.

Con la legislación vigente no se podrá expulsar ni a los extranjeros que se encuentren residiendo de manera legal, ni a todos aquellos extranjeros que se encuentren en una situación protegida legalmente. Éste sería el caso de apátridas, refugiados, los que hubieren solicitado asilo, así como los nacionales de países miembros de la Unión Europea⁸¹⁰.

Denota MUÑOZ BRUNET que, en este caso, la regulación ha pensado con acierto, no tan sólo en el extranjero no residente legal como en aquél nacional español que tenga su residencia habitual fuera del país, ya que, los problemas de arraigo, podrán ser similares en ambos casos. El disfrute de este último periodo de la pena en el lugar de origen, en el caso de extranjeros, o en el lugar de residencia, en el caso de españoles, está en sintonía con los fines de rehabilitación y reinserción social de la pena ya que, las circunstancias sociales, personales y de trabajo serán, con mayor probabilidad, más favorables⁸¹¹.

Para la aplicación de este tipo de liberación condicional, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del país de origen la aplicación de las

⁸¹⁰ Los extranjeros que residen legalmente en nuestro país estarán protegidos por las disposiciones de la Ley de Extranjería. Los apátridas, refugiados y asilados, por la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. En cuanto a los pertenecientes a países europeos o del espacio común europeo la normativa comunitaria al respecto.

⁸¹¹ Asunción MUÑOZ BRUNET, *Evolución histórica y legislativa de la libertad condicional en España*, op. cit., pp. 144 y ss.

medidas de seguimiento y control previstas en la legislación interna.

Por esta razón, es de vital importancia la existencia de convenios bilaterales de cooperación en la materia, a fin de que, las autoridades del país de origen, se hagan cargo del control del liberado condicionalmente. El Estado de cumplimiento adoptará las medidas de vigilancia solicitadas, mantendrá informado al Estado de sentencia sobre la forma en que se lleven a cabo y comunicará de inmediato sobre el incumplimiento, por parte del condenado, de las obligaciones que éste haya asumido⁸¹².

Otro supuesto diferente al que nos estamos refiriendo es el que contempla la posibilidad de que llegado el cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la condena, o en caso de acceder al tercer grado penitenciario, se pueda sustituir la pena según dicta el varias veces reformado art. 89 CP, que, en su apartado 5, determina que los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar en sentencia la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legal en España, condenado a pena de prisión, igual o superior a seis años. Esta medida nada tiene que ver con la libertad condicional. Más bien, cuando no pudiendo alcanzar los demás requisitos de la libertad condicional se dará esta otra posibilidad.

La libertad condicional tiene como finalidad primordial la que se establece a la pena en la Carta Magna, es decir, la reeducación y reinserción social del penado. La expulsión, por el contrario, supone simplemente el traslado del penado a su país de origen sin tener en cuenta las circunstancias personales y sociales del mismo, pudiendo provocar situaciones de desamparo.

Aunque el art. 197.2 RP indica que, a los efectos de cumplimiento de lo preceptuado por el art. 89 CP se comunicará con antelación suficiente al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional haciendo constar expresamente las fechas de cumplimiento de las $\frac{2}{3}$ y las $\frac{3}{4}$ partes, el art. 89 CP solamente menciona las $\frac{3}{4}$ partes de ésta. Es por esta razón que debemos entender que la posibilidad de expulsión del penado extranjero en los términos del art. 89 CP sólo se darán al cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la condena.

⁸¹² Vid. art. 16 del Tratado sobre traslado de personas condenadas celebrado entre España y la República de Argentina, Paraguay, El Salvador y Panamá.

Se aprecian lagunas en el art. 89.1 CP ya que, la excepcionalidad de la expulsión, se basa únicamente en la naturaleza del delito, y no entra en valoraciones de tipo individual, familiar o social del interno extranjero. Por esta razón pueden darse casos en los que, el interno extranjero, resida efectivamente de manera irregular en España (quizá por tener la causa penal pendiente de cumplimiento u otros antecedentes penales) y, en cambio, tener a su núcleo familiar residiendo legalmente, teniendo de esta forma un arraigo demostrable.

En los casos en que el pronóstico de reinserción necesario para la libertad condicional sea favorable podría darse el contrasentido de sustituirse este periodo por la expulsión produciendo efectos negativos para el condenado y su núcleo familiar. De igual forma se ha expresado el TS; así, en la STS 901/2004, de 8 de julio, se anuló la medida de expulsión como sustitutiva de una pena privativa de libertad de tres años a un extranjero por omisión del trámite de audiencia al interesado y por la falta de motivación del caso concreto.

Se considera necesario ponderar las circunstancias concretas de arraigo del penado en España para poder determinar su expulsión. Se califica la medida de expulsión como desproporcionada cuando el penado ya ha cumplido una parte importante de la condena, convirtiéndose entonces en una pena acumulativa a la privativa de libertad en vez de ser sustitutiva.

5.8.19 Libertad condicional para penados por terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

La Exposición de Motivos de la LO 7/2003 ya indicaba que: *La sociedad demanda una protección más eficaz⁸¹³ frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar.*

⁸¹³ Cuando la Exposición de Motivos alude a una protección “más eficaz” parece referirse a lo que ZAFFARONI ha señalado, al hablar del encarcelamiento del “enemigo”, de “una suerte de enjaulamiento de un ente peligroso”. Vid. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 19.

Se dice pues de forma explícita que esta reforma va dirigida a que los que hayan sido condenados por estos delitos, concretamente los de la sección segunda, del capítulo V, del título XXII, del CP, que van a tener un acceso mucho más difícil a todos los beneficios penitenciarios en la fase de ejecución. Como ya hemos visto *ut supra*, estas medidas no responden a medidas de política criminal, serias y concretas.

En cuanto a la libertad condicional, las reformas realizadas por la ley corresponden a los artículos 90.1, 91.1, 91.2, 93.2 y 93.3 CP. Se añadió un nuevo párrafo al art. 90.1 CP en el que, además de los requisitos generales enumerados en el artículo, se especifica lo que deberá considerarse pronóstico de reinserción social para los condenados por terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Los dos requisitos básicos para ello son, el abandono de los fines terroristas y una colaboración activa con las autoridades. Esta colaboración queda concretada en las siguientes acciones que enumera el artículo; impedir la producción de nuevos delitos o atenuar sus efectos, ayudar a la identificación, captura y procesamiento de responsables terroristas, así como impedir el desarrollo de nuevas organizaciones. Todas estas acciones se concretarán mediante una declaración expresa de repudio a sus actividades delictivas, abandono de la violencia, así como una petición expresa de perdón a las víctimas del delito.

La redacción de este último párrafo del art. 90.1 CP pretende limitar el acceso a la libertad condicional de este tipo de condenados. Es decir, no sólo se reclama para el pronóstico de reinserción social el abandono de los fines terroristas sino la colaboración con las autoridades.

Verdaderamente, el poder demostrar el abandono de los fines terroristas se plantea como una tarea difícil puesto que no se concretan los parámetros que deberán tenerse en cuenta para ello. Desde el instante que se entra en prisión, de momento, difícilmente se podrá seguir con los fines terroristas. Asunto diferente sería que se considere que todavía está vinculado con la asociación o banda, si recibe visitas de simpatizantes o mantiene correo con determinadas asociaciones o personas.

Los informes técnicos que se deben redactar por el Equipo Técnico atenderán a la evolución en el tratamiento del penado, ya que, en ningún lugar de la LOGP o del RP, se dice que deban hacer una función de seguimiento de su correo o de las visitas que reciben. Parece que con este tipo de condenados se deberá controlar también estos extremos. Otra situación diferente sería que, el propio condenado, expresara verbalmente que nunca abandonará los fines terroristas⁸¹⁴.

En cuanto a las reformas mencionadas, básicamente el legislador piensa en los condenados por terrorismo y olvida a los que cometieron el delito en organizaciones criminales, aunque debemos preguntarnos si se entiende que, implícitamente, atañe también a estos últimos.

Por lo que se refiere a la libertad condicional adelantada a las dos terceras partes de la condena, el art. 91.1 CP excluye de manera expresa a los condenados por terrorismo o crimen organizado. Lo mismo ocurre en el caso del adelantamiento de 90 días por año transcurrido de cumplimiento efectivo, una vez extinguida la mitad de la condena. De esta forma, estos penados, no pueden de forma alguna acceder a estos beneficios.

En el art. 93.2 CP para los supuestos de revocación de la libertad condicional, sólo para el caso de los condenados por terrorismo, el JVP podrá solicitar los informes al extremo de verificar que las condiciones por las que se le concedió dicho beneficio subsisten⁸¹⁵.

En este estado de cosas, la revocación, si fuera el caso, por el incumplimiento de esas condiciones particulares, sólo podrá darse para los terroristas y no para aquellos internos pertenecientes al crimen organizado. Las otras causas de revocación son idénticas a las contempladas para los demás delitos, es decir, delinquir o inobservar las reglas de conducta que le impusiera el JVP.

⁸¹⁴ Por otro lado, se dice que el interno deberá colaborar con las autoridades. Con seguridad, todo aquél que colabore con las autoridades pone en peligro su vida, ya sea en prisión o cuando, por su colaboración, sea merecedor de la libertad condicional.

⁸¹⁵ Aquí, el legislador, al no referirse de manera expresa a los que hubieran cometido el delito en el seno de organizaciones criminales, ya deja patente que esta reforma iba dedicada a los terroristas.

En el momento de redactar el presente trabajo una veintena de presos de ETA se halla en huelga de hambre, con objeto de lograr la excarcelación de Jesús María URIBETXEBERRÍA BOLINAGA⁸¹⁶, carcelero de José Antonio ORTEGA LARA, en lo que parece ser un chantaje al Estado de Derecho.

Debemos recordar que, los terroristas, negaron cualquier derecho a sus víctimas y que, en el caso concreto de ORTEGA LARA, le mantuvieron, durante 532 días, en condiciones inhumanas. Pero, siguiendo una de las líneas argumentales de la presente tesis, el Estado de Derecho expresa su grandeza cuando renuncia a la venganza y se limita a aplicar la justicia con todas sus consecuencias. De este modo, a tenor de lo que revelen las pruebas médicas, URIBETXEBERRÍA BOLINAGA, podría ser excarcelado en fechas próximas.

Entendemos que, en ningún caso, se debe alterar el funcionamiento de la política penitenciaria por la presión de un colectivo de presos que cumplen condena por infames responsabilidades penales.

Incluso, de este modo, la ley penal se hace especialmente exigible en el ámbito penitenciario, por lo que, el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, al conceder la muerte digna que no dio el etarra a sus víctimas, estima que *frente a quien no ha respetado ni expresado ningún tipo de consideración, de humanidad, de piedad frente a las personas asesinadas, secuestradas, a sus familias y a sus seres queridos, el Estado de Derecho, en virtud de la estricta legalidad vigente, siente la línea divisoria que marca la asimetría moral entre quienes viven la conformidad a las reglas del Derecho y quienes no respetan la misma.*

5.9 Licenciamiento definitivo.

La excarcelación de un condenado se produce con la aprobación de la libertad definitiva, para la cual es competente el Tribunal sentenciador, previa liquidación de condena efectuada por el Secretario judicial, aprobada por el Tribunal sentenciador, o bien, por la aprobación de la propuesta de libertad condicional por el JVP (auto de libertad condicional), que deberá cumplir el Director del centro penitenciario tras su recepción, sólo en la fecha de cumplimiento prevista, si el auto de libertad condicional se recibiera con

⁸¹⁶ Padece, al parecer, una enfermedad terminal, situación como hemos visto prevista en el ordenamiento jurídico, que debe acreditarse mediante los correspondientes informes médicos y administrativos.

anterioridad a dicha fecha⁸¹⁷.

El art. 130.2º. CP, establece que, la responsabilidad criminal se extingue, por el cumplimiento de la condena. Las penas privativas de libertad se cumplen cuando el penado ha sido licenciado definitivamente por el Juez o Tribunal sentenciador, al haber transcurrido el tiempo de su condena, las 4/4 partes (en las que se descontarán los días indultados, así como los días remitidos por el trabajo en el caso de penados por el CP de 1973 y abonados los días pasados en prisión provisional o detenidos).

Igualmente, cuando el liberado condicional haya extinguido el periodo de libertad condicional ordinaria o adelantada sin haber delinquido durante dicho lapso y habiendo obedecido las reglas de conducta impuestas por el JVP, o, en su caso, sin haber incumplido las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional.

El procedimiento previo a la concesión de la libertad definitiva, viene regulado en el art. 24 del RP, que dispone:

Libertad.

1. *Para poder proceder a la liberación de los condenados a penas privativas de libertad será necesaria la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o del expediente de libertad condicional por el Juez de Vigilancia.*
2. *Con una antelación mínima de dos meses al cumplimiento de la condena, el Director del establecimiento formulará al Tribunal sentenciador una*

⁸¹⁷ Artículo 17.3 LOGP:

3. *Para proceder a la excarcelación de los condenados será precisa la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o de la propuesta de libertad condicional por el juez de vigilancia.*

Artículo 199 RP:

Excarcelación.

1. *Recibida en el Establecimiento la resolución judicial de poner en libertad condicional a un penado, el Director la cumplimentará seguidamente remitiendo copia al Centro Directivo y dando cuenta a la Junta de Tratamiento en la primera sesión que se celebre.*
2. *El Director del Establecimiento expedirá al liberado condicional certificado acreditativo de su situación.*
3. *Si el auto de libertad condicional se recibiera antes de la fecha de cumplimiento prevista, no se procederá a ejecutar la libertad hasta el mismo día de cumplimiento.*
4. *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.*

propuesta de libertad definitiva para el día en que el penado deje previsiblemente extinguida su condena, con arreglo a la liquidación practicada en la sentencia.

3. Si quince días antes de la fecha propuesta para la libertad definitiva no se hubiese recibido respuesta, el Director del establecimiento reiterará la propuesta al Tribunal sentenciador, significándole que, de no recibirse orden expresa en contrario, se procederá a liberar al recluso en la fecha propuesta.

4. Las propuestas de libertad definitiva de los liberados condicionales se formularán por el Director del centro a que estén adscritos, teniendo en cuenta lo dispuesto en los apartados anteriores.

5. En el expediente personal del penado se extenderá la oportuna diligencia de libertad definitiva, tanto si la liberación tiene lugar en el centro como si la última parte de la condena se ha cumplido en situación de libertad condicional, expidiéndose y remitiéndose certificaciones de libertad definitiva al Tribunal sentenciador y al Juez de Vigilancia.

Así, el art. 25 de dicha disposición legal, preceptúa que: *Cuando la liberación definitiva de los penados se produzca por aplicación de medidas de gracia, el Director del centro se abstendrá, en todo caso, de poner en libertad a los penados sin haber recibido orden o mandamiento por escrito del Tribunal sentenciador.*

En el mismo marco, el art. 29 RP, establece:

1. Los Directores de los establecimientos retendrán a los penados que, habiendo extinguido una condena, tengan alguna otra pendiente de cumplimiento, informando a aquéllos de la causa de la retención.

2. Cuando la retención lo sea por tener pendiente otra causa en que se haya decretado prisión provisional, el Director lo comunicará a la autoridad judicial competente y al centro directivo para el traslado que, en su caso, proceda.

Los JJVVPP vienen reclamando cambios legislativos a fin de que se les conceda la facultad de acordar la libertad definitiva.

5.10 La asistencia postpenitenciaria.

En el art. 130 CP, se regulan las causas personales de extinción de la responsabilidad penal. Son motivos de exclusión personal de la pena, por lo que no se extienden a otros intervinientes en el delito, sin perjuicio de los límites que se derivan del principio de accesoriedad de la participación. Tal extinción, ni cancela los antecedentes penales ni la responsabilidad civil derivada del delito.

El apartado 1.2º., de dicho precepto legal, establece la extinción de la responsabilidad penal por el cumplimiento de la pena, y, en lo tocante a la pena de prisión, comporta su licenciamiento definitivo, que requiere, como vimos *ut supra*, la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o de la propuesta de libertad condicional por el JVP.

En el primero de los casos, se procede a su excarcelación, y, en el segundo, al cese del seguimiento y control a que estaba sometido durante el periodo de libertad condicional. Si, en el momento de la excarcelación, el interno careciese de medios económicos, el art. 30.2 RP, dispone que, *la Administración penitenciaria le facilitará los necesarios para llegar a su residencia y subvenir a sus primeros gastos.*

Se regula en los arts. 73, 74 y 75, título IV, de la LOGP⁸¹⁸, la asistencia postpenitenciaria. Por lo tanto, la labor social de la Administración Penitenciaria debe desarrollarse tanto después de la liberación definitiva como durante el propio cumplimiento de la pena. Así se dispone en los arts.

⁸¹⁸ Artículo 73 LOGP:

1. *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 ciudadanos.*
2. *Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica.*

Artículo 74 LOGP:

El Ministerio de Justicia, a través de la Comisión de Asistencia Social, organismo dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, cuya estructura y funciones se determinarán en el reglamento orgánico de dicho departamento, prestará a los internos, a los liberados condicionales o definitivos y a los familiares de unos y otros la asistencia social necesaria.

Artículo 75 LOGP:

1. *El personal asistencial de la Comisión de Asistencia Social estará constituido por funcionarios que pasarán a prestar sus servicios en el citado órgano, con exclusión de cualesquiera otras actividades que no sean las estrictamente asistenciales.*
2. *La Comisión de Asistencia Social colaborará 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.*

227 y ss. del RP, relativos a la acción social penitenciaria⁸¹⁹.

El RD 419/2011, de 25 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, modifica la composición de las Juntas de Tratamiento y de los Consejos de Dirección con el fin de adaptarlos a la nueva realidad organizativa surgida a partir de la creación de los Centros de Inserción Social y a la experiencia adquirida durante el tiempo de su funcionamiento⁸²⁰.

⁸¹⁹ Artículo 228 RP:

Prestaciones de las Administraciones Públicas.

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 liberados 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.

⁸²⁰ Los Centros de Inserción Social, regulados en el título VII del Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, son un tipo de establecimiento de régimen abierto, caracterizado por la ausencia de controles rígidos, cuyo objetivo es fomentar la confianza del propio interno. La dotación de infraestructuras y personal de estos centros se ha completado recientemente con motivo de la implementación del plan de amortización de centros. El presente real decreto modifica la composición de los órganos incorporando a los mismos a un representante de los Centros de Inserción Social. A su vez, con el fin de racionalizar el trabajo de los Centros de Inserción Social, se modifica la periodicidad de las sesiones de las Juntas de Tratamiento.

CAPÍTULO XI.

MEDIDAS DE SEGURIDAD.

1. **Antecedentes: origen histórico y conceptual.**

El sistema jurídico español establece penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas diferenciadas. Esta doble reacción frente al problema de la delincuencia, es la característica del llamado *sistema dualista* que se asienta sobre la diferenciación de las categorías que sirven de fundamento a la aplicación de una y otra consecuencia⁸²¹.

Mientras que, la pena, cabe asociarla a la culpabilidad del autor, la medida de seguridad se vincula con su peligrosidad, entendida ésta como probabilidad de comisión de futuros delitos⁸²².

El CP 1995 ha dedicado el Título IV de su Libro I a las medidas de seguridad. Ello constituye una novedad en la tradición legislativa española, con el solo precedente del CP 1928, que, rompiendo con la línea de los demás Códigos, siguió el modelo del CP italiano. Hasta 1995 el CP preveía medidas de seguridad para inimputables, pero como excepciones desprovistas de un tratamiento sistemático propio.

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 agosto 1970, continuadora de la de Vagos y Maleantes de 4 agosto 1933, sí ofrecía un sistema de medidas de seguridad, pero fundamentalmente de carácter predelictual, que no exigían la comisión previa de un hecho previsto como delito, sino sólo que el sujeto se encontrase en uno de los *estados peligrosos* enumerados por la Ley.

La Constitución de 1978 fue seguida de alguna reforma que suprimió supuestos *estados peligrosos* como la homosexualidad (Ley 77/1978, de 26 de diciembre), propició el rechazo de la Ley por parte de la doctrina, que puso en duda su constitucionalidad, y motivó una declaración incidental del TC de que, las medidas predelictuales, eran contrarias al principio constitucional de legalidad (STC 14 febrero 86).

⁸²¹ Como nos recuerdan Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 585 y ss.

⁸²² Esperanza VAELLO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 147 y ss.

Todo ello acabó determinando la inaplicación de la LPRS por parte de los jueces. Ya el Proyecto CP 1980, había propuesto la derogación de dicha Ley, como después lo hicieron la Propuesta de Anteproyecto CP 1983 y todos los demás Anteproyectos y Proyectos posteriores.

Finalmente, la Disposición derogatoria única del CP 1995 abolió, en su apartado 1, letra c), la LPRS, *con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias*.

La LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, abre un nuevo ámbito de aplicación de las medidas, desconocido hasta ese momento en nuestro sistema penal, cuya trascendencia, en opinión de MAPELLI CAFFARENA, sea todavía precipitado valorar⁸²³. En su Exposición de Motivos pone de manifiesto que, *Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad*.

La Ciencia penal, y la opinión pública, como consecuencia de distintos acontecimientos en la vida nacional, venían apreciando un déficit de protección en la sociedad, en aquellos casos en que un sujeto imputable y peligroso cumplía su condena y salía en libertad.

Acontecimientos como los terroristas no arrepentidos o agresores sexuales incorregibles, han sido los que, finalmente, han hecho que se disponga la aplicación de la libertad vigilada como medida de seguridad a ejecutar inmediatamente después de la salida de prisión⁸²⁴.

⁸²³ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 359-360.

⁸²⁴ Artículo 106.2 CP:

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.

En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.

Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas.

2. Presupuestos de aplicación y principios rectores.

El reconocimiento de que, las medidas de seguridad son, al igual que la pena, instrumentos de control social que limitan derechos individuales, ha determinado que se imponga el criterio de exigir, respecto de las mismas, idénticas garantías que se demandan para la penas.

Podemos entender la medida de seguridad como *privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta coactivamente por el Estado al sujeto que ha delinquido previamente y es considerado peligroso, para evitar que cometa futuros delitos*⁸²⁵.

Atendiendo a su naturaleza, fundamento y carácter, el profesor RUBIO LARA la define como *la privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta coactivamente por el Estado al sujeto que ha delinquido previamente y es considerado peligroso, una vez concretado un juicio de probabilidad de que el sujeto delinca en el futuro y se vea necesaria su imposición, para evitar que cometa nuevos delitos*⁸²⁶.

El tratamiento sistemático de las medidas de seguridad en el CP actual ha supuesto la proclamación de sus principios generales. Estos no sólo se contienen en el Capítulo I del Título IV del Libro I, cuya rúbrica reza «De las medidas de seguridad en general», sino también en el Título Preliminar. Al referirse éste a las *garantías penales* y a la *aplicación de la Ley penal*, contiene principios válidos tanto para las penas como para las medidas de seguridad.

Los dos presupuestos fundamentales requeridos para las medidas de seguridad por el art. 6 CP vuelven a mencionarse y precisarse por el art. 95.1, de dicho texto legal, al exigir que concurren las dos circunstancias siguientes:

- 1ª. *Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.*
- 2ª. *Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda*

Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente.

⁸²⁵ Esperanza VAELO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 147.

⁸²⁶ Pedro Ángel RUBIO LARA, *Las Medidas de Seguridad tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de Junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y Jurisprudenciales. Problemas y Soluciones*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 25, Navarra, 2011, p. 17.

deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

Para BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, es necesario resaltar la importancia que tiene la previsión de medios de financiación para hacer frente a su ejecución, cuestión, en su opinión, desatendida por el legislador. Lo importante, no es sólo que se garantice un estricto control judicial, sino que además, la Administración de Justicia, garantice la infraestructura asistencial de internamiento y ambulatoria necesarias para cumplir con los objetivos propuestos. De lo contrario, los efectos serán perniciosos y terminarán socavando las bases garantistas sobre las que el Código de 1995 pretendió fundamentar las medidas de seguridad⁸²⁷.

2.1 Fundamento.

Nos referíamos al principio del presente capítulo al término peligrosidad criminal del sujeto como la primera exigencia respecto a la fundamentación de las medidas de seguridad, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito⁸²⁸, con lo que queda descartada la imposición de medidas de seguridad predelictuales o basadas en la mera peligrosidad social del sujeto.

Tal exigida peligrosidad equivaldrá a la alta probabilidad de que el sujeto delinca en el futuro, lo que requiere la determinación del correspondiente pronóstico de peligrosidad criminal, al tiempo que destaca la función de prevención especial de las medidas de seguridad⁸²⁹.

La peligrosidad criminal viene definida en el art. 95.1.2ª. CP como la probabilidad de que el sujeto realice en el futuro hechos constitutivos de delito. Por lo tanto, es una cualidad eminentemente personal⁸³⁰ y no puede confundirse con las causas externas que pueden determinar que, la persona,

⁸²⁷ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *CURSO DE DERECHOPENAL, PARTE GENERAL*, op. cit., p. 518.

⁸²⁸ Artículo 6.1 CP:

1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.

⁸²⁹ Entiende VAELO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 148, que, la peligrosidad de un sujeto, no deriva automáticamente de la comisión de un delito, sino que, en cada caso, habrá que acabar la compleja tarea de concretar dicho juicio de probabilidad.

⁸³⁰ Consideraciones procedentes de Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 171 y ss.

llegue a ser peligrosa, como determinadas condiciones objetivas que puedan influir en el comportamiento del sujeto. Concretamente, se orienta al futuro.

RUBIO LARA diferencia dos conceptos similares, pero no idénticos: la peligrosidad social y la peligrosidad criminal, ya que, sólo esta última, interesa al Derecho penal. Juzga el citado profesor que, el concepto de peligrosidad que debe tener en cuenta el Derecho penal es el referente a la naturaleza del peligro, que ha de ser de orden criminal, de ahí que resulte ser necesaria la previa comisión de un delito y la medida sea una respuesta de futuro, esto es, preventiva y postdelictual.

Está claro, por consiguiente, que, si la peligrosidad es el fundamento de las medidas de seguridad, el cese de ésta, deberá suponer de manera inmediata, el cese de la medida. Así lo establece, acertadamente, el art. 97 CP, cuando, conforme a su contenido, dispone:

Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones:

- a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.*
- b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.*
- c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.*
- d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.*

2.2 Principio de legalidad.

Como nos ha señalado brillantemente MIR PUIG⁸³¹, el tratamiento sistemático de las medidas de seguridad en el CP actual ha supuesto la proclamación de sus principios generales. Éstos, no sólo se contienen en el Capítulo I del Título IV del Libro I, cuya rúbrica reza *De las medidas de seguridad en general*, sino también en el Título Preliminar.

Al referirse éste a las «garantías penales» y a la «aplicación de la Ley penal», contiene principios válidos tanto para las penas como para las medidas de seguridad. Este Título Preliminar empieza por extender a las medidas de seguridad las garantías propias del principio de legalidad:

Art. 1.2 CP: *Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley.*

Art. 2.1 CP: *Carecerán igualmente de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad.* La excepción de las leyes penales que favorezcan al reo, que prevé el núm. 2 del mismo art. 2, también parece aplicable a las leyes que prevén medidas de seguridad, pues se formula tras referirse también a ellas el núm. 1.

Dicho Título IV del Libro I (arts. 95 a 108 CP), destinado fundamentalmente a regular el catálogo de medidas así como su forma de aplicación, ha sido cambiado por LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que, aparte de introducir la nueva medida de libertad vigilada, ha traído consigo otras importantes mutaciones.

El principio de legalidad se concreta en el art. 95.1 CP, que exige la concurrencia en el sujeto de alguna de las situaciones previstas en los arts. 101 y ss. Todas ellas constituyen supuestos de inimputabilidad total o parcial. Aquel artículo (95.1 CP), también recuerda que, las medidas se aplicarán por el Juez o Tribunal, y añade, *previos los informes que estime convenientes.*

⁸³¹ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 768 y ss.

2.3 Principio de jurisdiccionalidad y de ejecución.

Semejante a lo dispuesto para las penas, en el art. 3 CP se afirma que *No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales, y que Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.*

De especial importancia es para BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, la exigencia del control que deben ejercer el Juez o Tribunal sentenciador con la intervención del JVP sobre la ejecución de la medida de seguridad⁸³².

2.4 Principio de proporcionalidad.

La observancia de este principio se deduce del contenido del art. 6.2 CP, cuyo tenor, explicita: *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.* Mientras que esta previsión cobra su sentido (la medida debe durar tanto como lo haga el estado peligroso), la limitación referente a la duración resulta cuestionada en relación con medidas reeducativas o curativas por la exigencia del mantenimiento superior al tiempo que comprende la pena aplicable en abstracto.

Asimismo, VAELLO ESQUERDO, se cuestiona el hecho de tener que comparar dos magnitudes heterogéneas, como son la pena y la medida de seguridad y la dificultad que presenta (especialmente cuando se comparan penas y medidas de distinta naturaleza) determinar cuándo una u otra, resulta más gravosa⁸³³.

Desde la óptica del profesor MIR PUIG⁸³⁴, el principio de que la medida no puede ser más grave que la pena señalada al delito realizado se concreta en dos sentidos. Por una parte, prohibiendo la posibilidad de imponer

⁸³² Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *CURSO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL*, op. cit., p. 519.

⁸³³ Esperanza VAELLO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 149.

⁸³⁴ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 769.

una medida de seguridad privativa de libertad si el delito cometido no está castigado con una pena también privativa de libertad (art. 95.2⁸³⁵ y 104⁸³⁶ CP). Por otra, reiterándose para cada supuesto de posible imposición de medidas privativas de libertad 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*, con estas palabras (arts. 101, 102 y 103 CP)⁸³⁷ o similares

⁸³⁵ Artículo 95.2 CP:

2. *Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3.*

Artículo 96.3 CP:

3. *Son medidas no privativas de libertad:*

- 1^a. *La inhabilitación profesional.*
- 2^a. *La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.*
- 3^a. *La libertad vigilada.*
- 4^a. *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.*
- 5^a. *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.*
- 6^a. *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.*

⁸³⁶ Artículo 104 CP:

1. *En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1, 2 y 3 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 99.2. 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.*

⁸³⁷ Artículo 101 CP:

1. *Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1 del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, 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. 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.*

2. *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.*

Artículo 102 CP:

1. *A los exentos de responsabilidad penal conforme al número 2 del artículo 20 se les 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 artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa*

(art. 104 CP).

Con la introducción de la libertad vigilada, queda incorporado en nuestro CP un nuevo supuesto de peligrosidad, que deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, de modo que, tal medida, se impone junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación y, se hace efectiva o no, en función de dicho pronóstico de peligrosidad.

3. Clases de medidas.

Hechas las precedentes consideraciones, al igual que sucede con las penas, las medidas de seguridad pueden clasificarse en diversos grupos, atendiendo, para la formación de éstos, a determinados modos de consideración. Así, pueden clasificarse atendiendo al bien o derecho afectado por su ejecución, ordenación legal seguida en nuestro CP, con su plasmación en el art. 96.1, cuyo texto es del siguiente tenor literal: *Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.*

Las primeras quedan reservadas para aquellos que han cometido un delito castigado con pena privativa de libertad; las segundas, para quienes han cometido un delito que no conlleva esa clase de pena, con la extraordinaria excepción que supone la posibilidad incorporada al Código, a través de la LO 5/2010, en el art. 106. 2, de imponer la medida de seguridad de libertad vigilada como complemento de una pena privativa de libertad a cumplir con posterioridad a ésta, y para determinados sujetos declarados imputables en

de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia.

2. 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.

Artículo 103 CP:

1. A los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3. del artículo 20, se les podrá aplicar, si 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. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable y, a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. 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.

3. En este supuesto, la propuesta a que se refiere el artículo 98 de este Código deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza.

sentencia⁸³⁸.

MAPELLI CAFFARENA, al establecer los criterios de diferenciación, destaca que, sólo estas últimas, pueden aplicarse en cualquier supuesto. Las primeras, en cambio, quedan reservadas para aquellos casos en los que, además de los presupuestos generales, concurre las circunstancias de haber cometido un delito que el CP castigue también con pena privativa de libertad⁸³⁹.

Para BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, estos principios generales admiten excepciones: en primer lugar, en el supuesto de quebrantamiento de la medida de seguridad, el Juez o Tribunal puede acordar la sustitución de la medida no privativa de libertad por otra de internamiento, aunque sólo en los casos establecidos en el art. 100.2 CP⁸⁴⁰, manifestando que se trata de imponer una medida de seguridad de internamiento al sujeto que cometió un delito castigado con pena privativa de libertad; en segundo lugar, la perpetración de un delito penado con la privación de libertad, no implica la aplicación de una medida de internamiento, sino de expulsión, en el caso de extranjeros no residentes legalmente en el territorio nacional⁸⁴¹. En ambos casos, el Juez o Tribunal, deducirá testimonio por el quebrantamiento⁸⁴².

3.1 Medidas privativas de libertad.

Consisten en el internamiento del sujeto en un establecimiento adecuado a sus características de personalidad. En su ejecución, suponen también, como la pena privativa de libertad, el sometimiento de la parte obligada a un régimen determinado de vida y a una disciplina, lo que hace

⁸³⁸ Como se aprecia, la excepcionalidad es doble, pues se prescinde del presupuesto de la inimputabilidad y, simultáneamente, se suman penas y medidas de seguridad.

⁸³⁹ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 374 y ss.

⁸⁴⁰ Artículo 100.2 CP:

2. Si se tratare de otras medidas, 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.

⁸⁴¹ Artículo 108 CP:

1. Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables.

2. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años.

⁸⁴² Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *CURSO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL*, op. cit., pp. 522-523.

que, las diferencias formales con la ejecución de aquélla, sean mínimas⁸⁴³.

Según el art. 96.2 CP, son medidas privativas de libertad:

- 1ª. *El internamiento en centro psiquiátrico*, adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie. Este internamiento está previsto para quienes han sido declarados exentos de responsabilidad penal en virtud de lo dictado en el art. 20.1 CP⁸⁴⁴ y 21.1 CP⁸⁴⁵.
- 2ª. *El internamiento en centro de deshabitación*, previsto en el art. 96.2.2ª. CP, de quienes han sido declarados exentos de responsabilidad penal debido a su estado de intoxicación plena por el consumo de psicotrópicos o por el síndrome de abstinencia⁸⁴⁶.
- 3ª. *El internamiento en centro educativo especial*, para quienes han sido declarados exentos de responsabilidad penal por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia⁸⁴⁷.

El internamiento en centro psiquiátrico o de educación especial podrá aplicarse (sólo *si fuere necesaria*) *al que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1º. del artículo 20* (art. 101 CP), esto es, al enfermo mental o al que sufra cualquier otra anomalía o alteración psíquica que excluya la imputabilidad. No se excluye el trastorno mental transitorio. También está previsto para *los que fueren declarados exentos de*

⁸⁴³ Esperanza VAELO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 175 y ss.

⁸⁴⁴ Artículo 20.1 CP:

Están exentos de responsabilidad criminal:

1º. *El que 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 trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

⁸⁴⁵ Artículo 21.1ª. 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.*

⁸⁴⁶ Artículo 20.2 CP:

2º. *El que 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, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle 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.*

⁸⁴⁷ Artículo 20.3º. CP:

3º. *El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.*

responsabilidad conforme al número 3º. del artículo 20 (art. 103 CP). El internamiento en centro de deshabitación se podrá imponer a los exentos de responsabilidad conforme al número 2º. del artículo 20 (art. 102 CP).

El internamiento en centro educativo especial que prevé el art. 96.2.3ª. CP, se impondrá a quienes hayan sido incluidos en la categoría de estado peligroso de los arts. 20.3 y 21.1 CP, si bien, todavía no existe una previsión expresa en el RP que desarrolle tales centros.

Los sometidos a estas medidas no podrán abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador (núm. 2 de los arts. 101, 102 y 103 CP).

Las mismas medidas podrán imponerse, en sus respectivos casos, además de la pena atenuada, a los semiimputables a quienes se aplique una exigente incompleta en relación con los núms. 1º., 2º. y 3º. del art. 20 CP, aunque *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 (art. 104 CP).*

Se estará al sistema vicarial: *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 (art. 99 CP).*

Llegados a este punto conviene subrayar que, estas medidas, únicamente pueden aplicarse a los inimputables y semiimputables, en los casos en que, la pena que hubiera podido imponérseles por el delito cometido, fuera privativa de libertad, habida cuenta que, tratándose de otra pena, el art. 95.2 CP, sólo permite que, el Juez o Tribunal, acuerden las medidas no privativas de libertad del art. 96.3 CP

Estas medidas privativas de libertad, que según el CP son las únicas que pueden imponerse con arreglo a lo dispuesto en el art. 96.1, deberán ejecutarse de conformidad con lo expresado en el art. 11 LOGP, en *establecimientos especiales*, es decir independientes de los demás

establecimientos penitenciarios destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad. Según dicho precepto, *Los establecimientos especiales son aquellos en los que prevalece el carácter asistencial...*

Si, los tres internamientos pueden llevarse a cabo bien en un establecimiento público, bien en un establecimiento privado, debidamente homologado, no debemos perder de vista que, estos centros últimos, están gestionados por ciudadanos particulares a los que, otros ciudadanos, están obligados a someterse; y, de este modo, los primeros, se hallan encargados de mantener físicamente encerrados a los segundos.

Para DOPICO GÓMEZ-ALLER, es llamativo cómo se reitera constantemente en las quejas de los internos una denuncia que no es tan frecuente en el ámbito penitenciario: la *humillación* derivada del sometimiento físico al educador o al guarda de seguridad, por lo que, en opinión de este autor, la especificidad del encierro penal frente al resto de las sanciones implica que, éste, debe ser ejecutado por la Autoridad estatal⁸⁴⁸.

3.2 Medidas no privativas de libertad.

Las medidas no privativas de libertad consisten en intervenciones sobre el criminalmente peligroso que le privan o restringen derechos específicos y de restricción de la libertad ambulatoria o le imponen cargas u obligaciones en la forma de prestaciones personales. En todo caso, seguimos a RUBIO LARA, ha de cumplirse en ellas también la finalidad aseguradora o inocuizadora, si bien hay medidas donde prima, ante todo, su carácter reeducativo o resocializador, cual es el caso de las medidas que implican cargas u obligaciones⁸⁴⁹.

Se encuentran enumeradas en el art. 96.3 CP, habiendo sido objeto de remodelación por LO 5/2010, que simplifica el catálogo de las mismas mediante la creación de una nueva, la de libertad vigilada, refundiendo en su seno las configuradas hasta entonces como medidas independientes (residir en un lugar determinado, la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, de aproximarse o comunicarse con la víctima, el sometimiento a tratamiento en centros médicos o programas de tipo

⁸⁴⁸ Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Prisiones de empresa, reformatorios privados. Dos estudios de política penitenciaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 60.

⁸⁴⁹ Pedro Ángel RUBIO LARA, *Las Medidas de Seguridad tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de Junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y Jurisprudenciales. Problemas y Soluciones*, op. cit., p. 72.

formativo, cultural, etc.) que, de ese modo, pierden autonomía.

Actualmente, las medidas de seguridad no privativas de libertad, son las siguientes:

1ª. La inhabilitación profesional. Pretende evitar que, el enfermo psíquico, pueda verse de nuevo abocado a la comisión de nuevos delitos en el ámbito de su profesión, ya se trate de delitos de la misma naturaleza o distintos, y se aprecie peligrosidad criminal.

Por su parte, el art. 107 CP, permite la inhabilitación profesional cuando, el sujeto, hubiera cometido el delito con abuso de tal profesión u oficio y se advierta el peligro de que vuelva a cometerlo.

El contenido de la medida coincide con el de la pena de inhabilitación, si bien, la medida, se impondrá en los casos en los que, por exención de responsabilidad, no se hubiera podido imponer la pena.

2ª. La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España. Es una medida de carácter defensivo, dotada de un alto índice de inseguridad y de ausencia de certeza jurídica. La expulsión puede sustituir a cualquier medida de seguridad impuesta a un extranjero no residente en España, salvo que, excepcionalmente, la naturaleza del delito justifique su cumplimiento en España. Para RUBIO LARA, su falta de contenido preventivo, así como la única referencia a la naturaleza del delito provoca que, sólo formalmente, se considere medida de seguridad⁸⁵⁰.

3ª. La libertad vigilada. Como explica VAELLO ESQUERDO, la creación de esta nueva medida supone una de las principales reformas de la LO 5/2010. En su afán de justificarla, el legislador, parte de la premisa *en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia.* Y, resulta necesario, para los casos de especial gravedad, *expresamente previstos, contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar*

⁸⁵⁰ Pedro Ángel RUBIO LARA, *Las Medidas de Seguridad tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de Junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y Jurisprudenciales. Problemas y Soluciones*, op. cit., p. 74.

las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad.

El art. 106.1 CP especifica el contenido de la libertad vigilada, la cual abarca una serie de obligaciones o de prohibiciones, la mayor parte de las cuales constituía, antes de la Reforma del CP en virtud de la LO 5/2010, de 22 de junio, medidas de seguridad no privativas de libertad. De conformidad con el citado precepto legal:

1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.*
- b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.*
- c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.*
- d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.*
- e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.*
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.*
- g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.*
- h) La prohibición de residir en determinados lugares.*
- i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.*
- j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.*
- k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.*

Cuando la medida de libertad vigilada haya sido impuesta en sentencia a un imputable para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad, según el tenor del art. 106.2 CP, *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.*

En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.

Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas.

Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente.

La libertad vigilada es susceptible de sufrir modificaciones en su contenido o, incluso, reducir su duración en el tiempo o poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

En tal sentido, el art. 106.3 CP contempla la posibilidad de modificar la ejecución de la medida de libertad vigilada, o incluso de que ésta no llegue a aplicarse (si en el momento en que se plantea su ejecución no se aprecia peligrosidad criminal en el sujeto):

Por el mismo procedimiento del artículo 98, el Juez o Tribunal podrá:

- a) Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas.*
- b) Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o*

prohibiciones impuestas.

- c) *Dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior se dé en el momento de concreción de las medidas que se regula en el número 2 del presente artículo.*

Finalmente, el art. 106.4 CP, concreta que, *En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código.*

Referente al problema fundamental que se plantea con la libertad vigilada, la visión del profesor RUBIO LARA contempla la relativa a la culpabilidad, pues *estaríamos obligando al sujeto a cumplir una medida cuando ya le ha correspondido una pena por su capacidad de culpabilidad.* Se pregunta, entonces por su fundamento dentro de las categorías del delito, máxime, cuando, el resto de las medidas de seguridad lo tienen en el supuesto de que, el sujeto, no haya alcanzado las condiciones de motivación de la norma debido a una minusvalía de base patológica o no⁸⁵¹.

Siendo esto así, si el sujeto es capaz de motivarse en su estado natural por la normativa penal y, en virtud de la pena impuesta, se ha cumplido el fin de la prevención general positiva de la pena, donde se constata que, el autor en concreto es acreedor de la pena porque el Derecho le reconoce su posibilidad personal para motivarse por la norma declarándolo imputable, es difícil apreciar el sentido que tendría la medida de libertad vigilada considerada no como una pena no privativa de libertad, sino como una medida de seguridad.

En este sentido, quizás el legislador, tal y como señala en le Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, al pretender cumplir el fin de reeducación y reinserción social del penado o el fin preventivo especial, hubiera acertado designando la libertad vigilada como pena no privativa de libertad en vez de medida de seguridad, que en nada está pensada para los

⁸⁵¹ Pedro Ángel RUBIO LARA, *Las Medidas de Seguridad tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de Junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y Jurisprudenciales. Problemas y Soluciones*, op. cit., p. 116.

sujetos imputables⁸⁵².

4ª. 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. Se considera una medida de control de los sujetos que padecen alteraciones o anomalías psíquicas, si bien, lo más adecuado, hubiera sido introducir una medida de vigilancia de conducta personalizada que hubiese cumplido la labor de asistencia social.

5ª. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. De carácter asegurativo, su finalidad es reforzar penalmente la medida administrativa que se pueda imponer.

6ª. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Con la que se pretende proporcionar firmeza y seguridad, pues, su aplicación, no depende de la relación con el delito cometido.

Ambas restricciones de derechos también están recogidas en la norma administrativa y, su ámbito de aplicación en materia penal en cuanto medidas de seguridad, se justificaría de forma distinta por cuanto, su imposición, obedece a la existencia en el sujeto de trastornos mentales⁸⁵³. La medida de seguridad de esta naturaleza pretende impedir, mediante la privación de estos permisos, la perpetración de cualquier delito.

Por otro lado, el art. 107 CP, precisa el alcance de la pena de inhabilitación profesional prevista en el art. 96.3.1ª., en el sentido de 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*

⁸⁵² Ibid.

⁸⁵³ Artículo 20.1º. CP:

Están exentos de responsabilidad criminal:

1º. El que 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 trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

pueda deducirse el 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 1, 2 y 3 del artículo 20.

Las medidas de seguridad no privativas de libertad, cuyo catálogo hemos estudiado en el art. 96.3 CP, son las únicas que podrán aplicarse en los casos en que, el hecho delictivo que haya cometido el sujeto declarado peligroso sea uno que no esté castigado con pena privativa de libertad, pues, en tal caso, el art. 95.2 CP prescribe que únicamente se podrán aplicar las medidas previstas en el art. 96.3 CP, es decir, las no privativas de libertad.

Cuando el hecho delictivo previo realizado esté castigado con pena privativa de libertad será posible aplicar, en principio, medidas de seguridad privativas de libertad, si bien, de acuerdo con el principio de necesidad, expresamente invocado por los arts. 101 a 103 CP, e implícito en el art. 104, sólo podrá tener lugar cuando, la aplicación de aquella clase de medidas sea necesaria.

Si no es así, sólo podrán aplicarse las medidas no privativas de libertad contenidas en el art. 96.3 CP, las cuales, pueden aplicarse acumuladas a una pena privativa de libertad, según dispone ahora, expresamente, el art. 105 CP⁸⁵⁴, acumulación que puede ser acordada por el Juez o Tribunal ya

⁸⁵⁴ Artículo 105 CP:

En los casos previstos en los artículos 101 a 104, cuando imponga la medida privativa de libertad o durante la ejecución de la misma, el Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente una o varias medidas que se enumeran a continuación. Deberá asimismo imponer alguna o algunas de dichas medidas en los demás casos expresamente previstos en este Código.

1. Por un tiempo no superior a cinco años:

- a) Libertad vigilada.*
- b) 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.*

2. Por un tiempo de hasta diez años:

- a) Libertad vigilada, cuando expresamente lo disponga este Código.*
- b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.*
- c) 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, así como para concretar dicha obligación cuando por Ley viene obligado a imponerlas, 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.*

desde el momento mismo en que imponga la medida privativa de libertad, o bien con posterioridad en cualquier momento de la ejecución de ésta.

Tal acumulación, que el Juez debe imponer *razonadamente*, estará justificada cuando el tratamiento de la peligrosidad en régimen de internamiento precise de un complemento o refuerzo mediante la aplicación de alguna de estas medidas no privativas de libertad.

3.3 Previsión específica para extranjeros.

Con una regulación paralela, si bien con rasgos diferenciadores, a la que se establece en el art. 89 CP para las penas⁸⁵⁵, por lo que se refiere a la medida de expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España, su naturaleza parece ser la de una medida sustitutiva de las que le hayan sido impuestas al extranjero, tal y como se establece en el art. 108 CP, en virtud de la cual:

1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, 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.

La 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 medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.

3. 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

El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios de la Administración correspondiente informarán al Juez o Tribunal sentenciador.

En los casos previstos en este artículo, el Juez o Tribunal sentenciador dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y igualmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad.

⁸⁵⁵ Véase el estudio en profundidad que realizamos, en el Capítulo IX del presente trabajo, *LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS COMO SUSTITUTIVO DE LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA*.

plazo de prohibición de entrada en su integridad.

4. Ejecución de las medidas.

4.1 Principios generales.

Las medidas de seguridad tienen una finalidad preventiva dirigida a neutralizar la peligrosidad del sujeto. Carece por lo tanto de sentido prolongar su ejecución cuando se han alcanzado los objetivos de redución o curación propuestos, o bien la minoración del estado peligroso aconseja la sustitución de una medida por otra distinta.

La Resolución 2856/XXVI de la Asamblea General de la ONU, de 20 de diciembre de 1971, sobre *LOS DERECHOS DEL RETRASADO MENTAL*, establece en su punto 4 que, ... *En caso de que sea necesario internarlo en un establecimiento especializado, el ambiente y las condiciones de vida dentro del tal institución deberán asemejarse en la mayor medida posible a los de la vida normal.*

En España, son las instituciones penitenciarias quienes asumen el cometido de ejecutar las medidas de seguridad privativas de libertad (art. 1 LOGP) cuando se trata de personas que presentan anomalías o alteraciones psíquicas. A tal efecto, cuentan con los establecimientos psiquiátricos penitenciarios, si bien, los internamientos, pueden llevarse a cabo en los establecimientos de preventivos⁸⁵⁶.

El art. 49 CE establece que *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*

Al mismo tiempo, debemos reconocer que, las posibilidades de estar sometidos a condiciones de reclusión especialmente duras por falta de recursos adecuados para el correcto tratamiento de su enfermedad, justifican que, el Ministerio Fiscal, realice un mayor control de legalidad de estos

⁸⁵⁶ Artículo 8.1 LOGP:

1. Los establecimientos de preventivos son centros destinados a la retención y custodia de detenidos y presos. También podrán cumplirse penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de seis meses.

internamientos⁸⁵⁷.

Con carácter general, el CP, recoge una serie de principios relativos a la ejecución de las medidas, incorporando un sistema flexible en la ejecución de las mismas.

Conviene recordar el principio de jurisdiccionalidad que vimos *ut supra*, rector de las medidas, cuyo único título válido habilitador de la ejecución es la sentencia judicial firme, porque, de este modo, lo establece nuestro CP en su art. 3.1, al disponer: *No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales*. Igualmente, por vistos, los principios de legalidad, de ejecución y de proporcionalidad, que damos por reproducidos.

Por su parte, la Administración Penitenciaria, de conformidad con lo establecido en el art. 185.2 RP, *...solicitará la colaboración necesaria de otras Administraciones Públicas con competencia en la materia para que el tratamiento psiquiátrico de los internos continúe, si es necesario, después de su puesta en libertad y para que se garantice una asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrico, así como para que los enfermos cuya situación personal y procesal lo permita puedan ser integrados en los programas de rehabilitación y en las estructuras intermedias existentes en el modelo comunitario de atención a la salud mental*.

La ejecución de la medida de seguridad se halla presidida por la individualización y adecuación a la evolución del sujeto sometido a ella, teniendo en cuenta que su fundamento es la peligrosidad y que, el internamiento, como nos recuerdan MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, es el último recurso, sólo para casos necesarios⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ Nos lo dice Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 386 y ss.

⁸⁵⁸ Lo señalan Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 595.

4.2 Posibles variaciones en la ejecución de las medidas.

Desde la perspectiva de lo establecido en el art. 97 CP, además del mantenimiento de las medidas de seguridad, aparecen tres posibles variaciones: Cese, sustitución y suspensión de la ejecución.

A partir de esta tesis, afirma el profesor RUBIO LARA, la otra situación posible que no menciona el art. 97, quizás por ser obvia, es la relativa al cumplimiento de la medida, ya sea la que inicialmente se impuso, por no haber sido modificada nunca, ya sea la que esté cumpliendo el sujeto en el momento en que deba cesar su situación de sometido por finalización del plazo de tal subordinación a la medida establecida en la sentencia⁸⁵⁹.

Una de las modificaciones más significativas introducidas por la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, es la relativa al procedimiento establecido para adoptar alguna de las decisiones a las que se refiere el invocado art. 97 CP, estableciendo que se producirá en atención al resultado ya obtenido con su aplicación.

Según el art. 98.1 CP, A los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

Si, por el contrario, la medida no es privativa de libertad, el art. 98.2 CP, exige que *el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.*

⁸⁵⁹ Lo expresa con exactitud Pedro Ángel RUBIO LARA, *Las Medidas de Seguridad tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de Junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y Jurisprudenciales. Problemas y Soluciones*, op. cit., pp. 91 y ss.

A su vez, en su apartado 3, el art. 98 CP fija un sucinto procedimiento para la adopción de decisiones, a saber: *En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto*, si bien formulado en términos excesivamente generales, pues sigue faltando un verdadero Derecho de ejecución de medidas, paralelo al de las penas.

4.2.1 Mantenimiento de la ejecución de la medida.

El mantenimiento de la ejecución de la medida, fue introducido por LO 15/2003 y es una de las decisiones que, el Juez o Tribunal sentenciador, pueden adoptar durante la ejecución de la sentencia.

En efecto, ya que las medidas se imponen con la finalidad de neutralizar la peligrosidad criminal del sujeto, cuando ésta no varíe y permanezca tal y como existía cuando se adoptó, corresponderá su mantenimiento al ser necesaria por escasez del objetivo que se juzgaba necesario y debe ser aplicada sin alternativa posible de conformidad con lo establecido en el art. 97, apartado a) CP.

La decisión del mantenimiento puede ir referida a una o a la totalidad de las medidas impuestas.

4.2.2 Cese de la medida.

Decretar el cese de cualquiera de las medidas impuestas en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal o la idoneidad de la misma es, de todas las opciones, la más radical, por ser irreversible. Corresponde adoptarla⁸⁶⁰ cuando no hay razón ninguna, desde una perspectiva preventivo especial, para seguir aplicándola.

⁸⁶⁰ La LO 15/2003, de 25 de octubre, sustituyó el término *podrá* por el de *adoptará* el cese, lo que implica la obligatoriedad de su acuerdo. Lo mismo ocurre con el resto de las vicisitudes que pueden darse durante la ejecución de las medidas. Vid. Pedro Ángel RUBIO LARA, *Las Medidas de Seguridad tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de Junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y Jurisprudenciales. Problemas y Soluciones*, op. cit., p. 93, n. p. núm. 231.

Para JORGE BARREIRO, la fundamentación anterior para poder decretar el cese pudiera ser contraria al principio de proporcionalidad de las medidas⁸⁶¹.

La necesidad del cese de la medida de internamiento, en cuanto no resulte necesario en función de la peligrosidad del sujeto viene también recogida en el art. 6.1 CP: *Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito*, así como en la Jurisprudencia del TC: *resulta obligado el cese del internamiento, mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el mismo* (STC 24/1993, de 21 de enero).

Así, el cese requiere una desaparición, no remisión momentánea de la peligrosidad criminal o una reducción de la misma de tal entidad que, ninguna medida, resultase necesaria⁸⁶².

Según el apartado b) del art. 97 CP, *Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador podrá...b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.*

En opinión de GRACIA MARTÍN, al desaparecer el hecho que fundamentaba la aplicación de la medida, su mantenimiento, sustitución o suspensión, estarían privados de fundamento, siendo cualquiera de las alternativas mencionadas contrarias al principio de proporcionalidad, el cual extiende su eficacia a la fase de ejecución de éstas⁸⁶³.

4.2.3 Sustitución de la medida.

En la sustitución de una medida por otra durante la ejecución del art. 97, apartado c) CP⁸⁶⁴ obliga a que, la medida sustitutiva se

⁸⁶¹ Agustín JORGE BARREIRO, *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 309, en Pedro Ángel RUBIO LARA, en el mismo lugar citado, p. 93.

⁸⁶² Como ha precisado RUBIO LARA, a tenor de este precepto, ninguna medida puede exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor y debe de dejar de ser aplicada, de forma imperativa. Vid., en el mismo lugar citado, p. 94, n. p. 236.

⁸⁶³ Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 182.

⁸⁶⁴ Artículo 97 c) CP:

seleccione *entre las previstas para el supuesto de que se trate*, lo que, en opinión de MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN⁸⁶⁵, debe interpretarse de acuerdo con los presupuestos exigibles para la medida de internamiento: sólo si el delito cometido tiene prevista pena privativa de libertad, tiene *prevista* también cualquiera de las medidas del art. 96.2 CP⁸⁶⁶.

Esta advertencia parte de que, en el art 97 CP no se impide sustituir una medida por otra más restrictiva; sin embargo, parece que se piensa en la sustitución por medidas más benignas cuando se establece que, ante una evolución desfavorable, se dejará sin efecto la sustitución⁸⁶⁷.

4.2.4 Suspensión de la ejecución.

El art. 97 d) CP, al establecer las decisiones que puede adoptar el órgano judicial competente, posibilita *Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.*

La suspensión requiere la no comisión de un delito durante el plazo fijado o que no aparezcan de nuevo síntomas de peligrosidad criminal. Observa MAPELLI CAFFARENA que, la comisión de un nuevo delito como factor revocatorio, se ha mostrado en la práctica muy deficiente ya que, por lo general, la sentencia firme condenatoria se produce concluido el plazo suspensivo. De esta forma, el sujeto puede cometer delitos durante el mismo sin que pueda revocársele la suspensión.

Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.

⁸⁶⁵ Respecto a lo estudiado, Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 596.

⁸⁶⁶ Artículo 96.2 CP:

2. Son medidas privativas de libertad:

1ª. El internamiento en centro psiquiátrico.

2ª. El internamiento en centro de deshabitación.

3ª. El internamiento en centro educativo especial

⁸⁶⁷ Último inciso del art. 97 c) CP.

Para evitarlo, se añade cómo causa la aparición de un pronóstico de peligrosidad, peligrosidad que, en esta ocasión, no requiere que se verifique la comisión de nuevos delitos, de manera que, de las causas revocatorias, la referencia a la comisión de un nuevo delito es innecesaria, ya que siempre deberá de concurrir un pronóstico de peligrosidad criminal, porque, de lo contrario, la recuperación de la medida suspendida no sería posible.

4.2.5 Quebrantamiento de la medida.

MAPELLI CAFFARENA señala que, uno de los inconvenientes de traer a la sede del CP todo lo referente a las medidas de seguridad es el contagio de disposiciones que están pensadas para las penas y que carece de justificación extenderlas a aquéllas⁸⁶⁸.

El alcance dado al delito de quebrantamiento de condena es el paradigma de hasta dónde puede llegar el efecto de contagio. En el nuevo tipo de este delito, se incluyen los supuestos de quebrantamiento de medidas de seguridad, aunque, éstas, no sean privativas de libertad.

4.2.5.1 Quebrantamiento en las medidas de internamiento.

El régimen de quebrantamiento de las medidas está previsto en el art. 100 CP⁸⁶⁹. Con la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, se mantienen inalterados sus núms. 1 y 2 y se añade un segundo párrafo al núm. 3, que matiza el alcance del quebrantamiento de la medida de sometimiento a tratamiento médico, dentro de las obligaciones propias de la libertad vigilada.

⁸⁶⁸ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 391.

⁸⁶⁹ Artículo 100 CP:

1. *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.*
2. *Si se tratare de otras medidas, 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.*
3. *En ambos casos el Juez o Tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento. A estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido. No obstante, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate.*

Así, la negativa al tratamiento médico, no se considera quebrantamiento, lo que le despoja de su pretendido carácter obligatorio incompatible con la voluntariedad del tratamiento médico y penitenciario⁸⁷⁰.

Considera RUBIO LARA discutible, como criterio general, que, el quebrantamiento de cualquier medida, implique deducir testimonio por quebrantamiento de condena pues, lo adecuado hubiese sido que sólo se hubiera llevado a cabo la deducción para el supuesto de quebrantamiento de medida privativa de libertad impuesta a sujeto semiimputable⁸⁷¹.

El quebrantamiento de las medidas de seguridad privativas de libertad supone el reingreso en el mismo centro o en otro adecuado a su estado. Doctrinalmente existe duda sobre la conveniencia, en estos supuestos, de adoptar en breve una medida no privativa de libertad, si eso es lo que procede a su peligrosidad.

Interpreta la profesora VAELLO ESQUERDO, que, el quebrantamiento de las medidas de seguridad privativas de libertad, da lugar a que, el órgano judicial, ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiera evadido o en otro que corresponda a su estado⁸⁷².

4.2.5.2 Quebrantamiento en otras medidas.

El quebrantamiento de una medida no privativa de libertad puede implicar la adopción de alguna de las siguientes decisiones:

- a) Sustitución por una de internamiento, siempre que esté prevista para ese supuesto y se considere necesaria.

⁸⁷⁰ Lo evidencia Pedro Ángel RUBIO LARA, *Las Medidas de Seguridad tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de Junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y Jurisprudenciales. Problemas y Soluciones*, op. cit., p. 99. En estos extremos, el CGPJ, en su informe preceptivo del Anteproyecto de 2008, advertía que deberían valorarse de forma diferente las obligaciones de sometimiento al tratamiento médico obligatorio, según se trate de penas o de medidas de seguridad. El Consejo señalaba que, dicho sometimiento, en cuanto medida de seguridad, no presenta objeciones a su carácter obligatorio. Pero, al imponerse a los sujetos plenamente responsables, en cuanto es aplicable a la libertad vigilada, plantea importantes problemas su carácter coactivo.

⁸⁷¹ Así lo refleja la redacción originaria del Código, antes de la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Vid. Pedro Ángel RUBIO LARA, en el lugar indicado, p. 99, n. p. 253.

⁸⁷² Esperanza VAELLO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 157.

- b) Mantener la medida quebrantada o su sustitución por otra no privativa de libertad.

Además, se ha de deducir testimonio por el quebrantamiento a los efectos de castigar por el delito previsto en el art. 468 CP, con independencia de si, el sujeto, es inimputable o semiimputable, si es medida privativa de libertad o si no lo es⁸⁷³, si bien, a partir de la LO 5/2010, se matiza que, a estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido⁸⁷⁴.

Relativo al quebrantamiento de la medida de expulsión de extranjero, conviene recordar que, conforme a lo previsto en el art. 108.3 CP, *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.* Deducimos, por el tenor del precepto, que no procede deducir testimonio por quebrantamiento de medida de expulsión.

Por lo que respecta a la medida de libertad vigilada impuesta al penado imputable peligroso, en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por el Juez o Tribunal en la sentencia, podemos constatar los siguientes supuestos:

- a) Modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas, en atención a las circunstancias concurrentes.
- b) Si el incumplimiento fuese reiterado o grave y revele la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, se podrá deducir testimonio por un delito de quebrantamiento de condena.

⁸⁷³ Sobre esta cuestión, existe un amplio debate doctrinal por cuanto se critica la exigencia de responsabilidad penal por el quebrantamiento a inimputables y semiimputables, a los que, frecuentemente, habrá que volver a aplicarles medidas de seguridad. Por lo tanto, se ha visto conveniente que sólo debería deducirse testimonio por quebrantamiento de condena a los semiimputables.

⁸⁷⁴ No obstante, el órgano judicial, podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado, por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate.

Detectamos un supuesto problemático que surgiría cuando exista solapamiento entre la aplicación y el cumplimiento de una pena no privativa de libertad con una prohibición de la libertad vigilada, circunstancia habida con las prohibiciones de acercarse a la víctima, comunicarse con la misma o residir en determinados lugares.

Sobre todo, cuando, por indicación de las disposiciones legales, la pena de alejamiento exceda de los años de privación de libertad y, a la vez, se le haya impuesto la misma prohibición como medida de libertad vigilada y se haya cumplido tal pena.

Así las cosas, seguimos a RUBIO LARA, los efectos serían diversos en cada caso, pues, el incumplimiento de la pena de alejamiento daría lugar a un delito de quebrantamiento de condena, bastando desobedecer tal prohibición una sola vez, lo cual, de acontecer en la medida, tendría que ser incumplimiento reiterado y grave⁸⁷⁵.

Existe una tercera posibilidad, si se diese dentro de la libertad condicional; el penado reingresaré en prisión en el periodo o grado penitenciario que corresponda y no a un quebrantamiento de condena.

4.3 Extinción de las medidas. La prescripción.

Del mismo modo que la responsabilidad penal se extingue en virtud de determinadas causas, reguladas expresamente en el art. 130 CP⁸⁷⁶,

⁸⁷⁵ Pedro Ángel RUBIO LARA, *Las Medidas de Seguridad tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de Junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y Jurisprudenciales. Problemas y Soluciones*, op. cit., pp. 100-101.

⁸⁷⁶ Artículo 130 CP:

1. La responsabilidad criminal se extingue:

- 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.*
- 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.

GRACIA MARTÍN plantea la cuestión paralela de las causas que extinguen las medidas de seguridad⁸⁷⁷.

A este respecto, y en paralelo a aquéllas, la doctrina menciona como causas de extinción de la medida impuesta que parecen obvias, la muerte del sometido a la medida, el cumplimiento de la medida, que, en este caso tendrá lugar, no sólo cuando se alcance el límite máximo impuesto en la sentencia sino también cuando desaparezca la peligrosidad del sujeto que sirve de fundamento a la medida y, se discute, sobre si, el indulto, puede dar lugar a la extinción de la medida.

La opinión dominante, a juicio de GRACIA MARTÍN⁸⁷⁸, es que, el indulto, no es aplicable a las medidas de seguridad, debido no sólo a que la ley no contempla de forma expresa dicha posibilidad, sino a que, una aplicación analógica de la misma posibilidad prevista como modo de extinción de la responsabilidad penal⁸⁷⁹, debe entenderse vetada en virtud, no sólo del distinto fundamento de las penas y de las medidas, sino ya de la inexistencia de verdadera analogía entre la responsabilidad penal y la peligrosidad.

Con tamaña rotundidad se expresa RUBIO LARA, al no eximir de problemas la posibilidad de extinción de la medida por medio del indulto, sobre todo, por la falta de previsión legal al respecto, por la incoherencia que supone aplicar una medida de gracia a un inimputable, por la finalidad preventivo-especial de las medidas y por su propio fundamento: la

6°. *Por la prescripción del delito.*

7°. *Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.*

2. *La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.*

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

⁸⁷⁷ Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 183-184.

⁸⁷⁸ *Ibid.*

⁸⁷⁹ Artículo 130.1.4°. CP:

Por el indulto.

peligrosidad criminal del sujeto⁸⁸⁰.

Pero, como hemos anticipado, la cuestión, no es observada del mismo modo por todos los autores, alguno de los cuales han argumentado que no hay razón alguna para descartar el indulto como forma de extinción de la medida, al igual que en el supuesto del perdón del ofendido⁸⁸¹.

Para MAPELLI CAFFARENA, la suerte de quienes han sido condenados a una medida es distinta de quienes lo han sido a una pena, ya que, en el primer caso, puede subsistir un pronóstico negativo de peligrosidad que recomiende que, al sujeto, se le someta a un régimen de medidas predelictuales, mediante un internamiento terapéutico involuntario, en su caso, o de otra naturaleza⁸⁸².

A la vista de lo expuesto en el párrafo inmediato anterior, el art. 104.2 CP establece que, *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.*

La prescripción de una medida de seguridad, como la de una pena, afecta a la ejecución de la misma, en concreto, a la imposibilidad de llevarla a cabo, si bien, la admisión de la prescripción como causa de extinción de las medidas de seguridad, es controvertida. No obstante, existe una opinión favorable a su reconocimiento por razones de seguridad jurídica, así como por la imposibilidad de mantener abiertos indefinidamente los expedientes y procedimientos para el tratamiento de la peligrosidad.

Conforme a lo establecido en el art. 135.1 CP,

1. 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.

⁸⁸⁰ Pedro Ángel RUBIO LARA, *Las Medidas de Seguridad tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de Junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y Jurisprudenciales. Problemas y Soluciones*, op. cit., pp. 103-104.

⁸⁸¹ Por todos, Ángel José SANZ MORÁN y José Ángel SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, S.A, Valladolid, 2003, pp. 311-315.

⁸⁸² Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 391.

2. *El tiempo de la prescripción se computará desde el día en que haya quedado firme la resolución en la que se impuso la medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse.*
3. *Si el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta.*

Para la doctrina tradicional, la prescripción no tendría fundamento alguno⁸⁸³, por cuanto, las medidas, están vinculadas a un estado peligroso vinculado al sujeto. Sin embargo, seguimos a RUBIO LARA, modernamente se fundamenta, bien en razones de seguridad jurídica, bien en que, el paso del tiempo sin la realización de nuevos hechos, hace venir a menos las razones de su imposición⁸⁸⁴.

El cómputo comienza desde la firmeza de la resolución y, en caso de cumplimiento sucesivo, la toma de cuenta empieza desde que debió iniciarse el cumplimiento. Si, éste, fue posterior al de la pena, el plazo se computa desde la extinción de ésta, situación que tendría sentido en la libertad vigilada impuesta a imputables si bien, a pesar de esta previsión, el art. 99 CP determina que, primero, se cumpla la medida y, luego, la pena.

Los términos serían de diez años, para las privativas de libertad superiores a tres años y, a los cinco años, para las demás. La interrupción se daría con el comienzo de la ejecución de la medida y se reanuda con el quebrantamiento. No cabe sumar entre sí los diferentes tiempos de paralización, sino que, ésta, ha de ser continuada durante el plazo legal.

Finalmente, el CP, establece la cancelación de las anotaciones registrales de las medidas en su art. 137, según cuyo tenor, *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.*

⁸⁸³ Como quiera que la medida no plantea las exigencias de la retribución y ejemplaridad, sino un estado peligroso que va unido a la persona y que, en cualquier momento, puede ser examinado por el juicio de revisión, es difícil justificar la prescripción. Por todos, Agustín JORGE BARREIRO, *El sistema de sanciones en el Código penal español de 1995*, ADPCP vol. XLIX, II, 1996, p. 305.

⁸⁸⁴ Pedro Ángel RUBIO LARA, *Las Medidas de Seguridad tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de Junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y Jurisprudenciales. Problemas y Soluciones*, op. cit., p. 104.

5. Concurrencia de penas y medidas. Especial atención al sistema vicarial.

La LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, ha introducido en nuestro Texto penal un cambio sustancial en el sistema hegemónico de relación entre penas y medidas. Buscando las huellas de lo anterior, en el año 1995, el Código establece el sistema vicarial como solución genérica para los casos en que concurren ambos institutos⁸⁸⁵.

Conforme a los argumentos del legislador⁸⁸⁶ se pretende asegurar que, quienes cumplen penas de prisión por delitos contra la libertad sexual⁸⁸⁷ o de terrorismo⁸⁸⁸, estén sometidos a un control de baja intensidad con objeto de neutralizar su peligrosidad.

⁸⁸⁵ Véase Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 365-366.

⁸⁸⁶ LO 5/2010, de 22 de junio.

Preámbulo, III:

De conformidad con los principios que orientan la reforma, se procede a la modificación del artículo 36. De esta forma, para los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años, la exigencia de cumplimiento de al menos la mitad de la condena antes de poder obtener la clasificación en tercer grado se establece en el caso de delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años, delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, así como los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. Esta modificación, que se estima conveniente para estos grupos de delitos de extrema gravedad, se considera por el contrario innecesaria como régimen general respecto de todos los delitos sancionados con penas de prisión superiores a cinco años. Por esta razón se elimina el automatismo hasta ahora vigente, introduciendo un mecanismo más flexible que permita a los jueces y tribunales adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente. Así, la remodelación del llamado «periodo de seguridad» garantiza la primordial finalidad constitucional de la pena, la resocialización, sin que por otra parte ello comporte detrimento alguno en la persecución por el Estado de otros fines legítimos de la misma.

⁸⁸⁷ Artículo 192.2 CP:

Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior.

⁸⁸⁸ Artículo 579.3 CP:

A los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

El referido ejercicio de fiscalización se va a ejercer a través de la medida de libertad vigilada⁸⁸⁹ cuya ejecución, como vimos *ut supra*, se lleva a cabo sin solución de continuidad, tras extinguirse, por cumplimiento, la pena de prisión.

Tal adopción, recupera la relación dualista entre pena y medida, entendiéndolas, en opinión de MAPELLI CAFFARENA, como dos realidades impermeables unidas secuencialmente y precedidas por la ejecución de la medida⁸⁹⁰.

⁸⁸⁹ LO 5/2010, de 22 de junio.

Preámbulo, IV:

Así, la libertad vigilada es una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente, objetivo que preside toda la reforma. Y que puede modificarse, ya en fase de ejecución, atendiendo a la evolución del sujeto y mediante un sencillo trámite que se caracteriza por un reforzamiento de la garantía de contradicción, que alcanza incluso a las víctimas que no sean parte en el proceso.

La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa. En estos casos, tal y como resulta del nuevo artículo 106.2, la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual (artículo 98.1). Es importante destacar que en la concreción del contenido de la libertad vigilada y en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, debidamente informado por los servicios penitenciarios, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado. Precisamente este último, por haber juzgado, conoce con mayor detalle determinadas circunstancias del caso concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto, que pueden resultar determinantes para la elección de la medida o medidas en que ha de concretarse la libertad vigilada. Su duración, en fin, se mantiene en general en un máximo de cinco años, que es el que establecía hasta ahora el Código para las medidas de seguridad no privativas de libertad que se refunden bajo el concepto de libertad vigilada, pero a ello se añade, ciertamente pensando en esta nueva modalidad postpenitenciaria, la posibilidad de que el propio Código Penal la extienda hasta los diez años (artículo 105.2), como, de hecho, esta misma Ley dispone para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo.

⁸⁹⁰ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 365-366.

Conviene recordar que, en el supuesto de un sujeto penalmente responsable, que además es criminalmente peligroso, pueden concurrir las dos consecuencias típicas del Derecho penal: por una lado, la pena adecuada a la medida de la culpabilidad, y, por otro, la medida de seguridad adecuada a su peligrosidad⁸⁹¹.

Una renuncia al sistema dualista, consistente en aplicar ambas consecuencias sucesivamente, se debe, en opinión de GRACIA MARTÍN, a criterios que nada tienen que ver con una doble valoración y punición inexistentes⁸⁹². Particularmente, son las exigencias del tratamiento y las aspiraciones a conseguir la resocialización mediante él, lo que aboga por la inconveniencia de la aplicación de ambos tipos de consecuencias de un modo total.

La ejecución, en primer lugar, de la pena, puede poner en peligro el éxito del tratamiento posterior de la medida; la ejecución de la pena, después de la medida, puede poner en peligro los éxitos del tratamiento. Por otro lado, aunque penas y medidas de seguridad son consecuencias jurídicas diferentes, que pueden y deben mantenerse nítidamente separadas, tanto en sus fundamentos como en sus fines específicos, no puede desconocerse, nos indica GRACIA MARTÍN en el lugar citado, que, entre ambas, no puede haber una oposición intransitable: mediante la pena, también se persigue la evitación de delitos futuros del autor; la ejecución de la medida, de hecho, representa un mal para el sometido a la misma.

Además, cuando se trata de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, unas y otras, apenas se distinguen en su ejecución. Estos aspectos comunes de hecho a penas y medidas permiten un intercambio entre ambas y su combinación; de ese modo, no impiden la superación de los problemas que plantea el sistema dualista de acumulación.

⁸⁹¹ Este es el caso de los semiimputables a quienes se aplique la correspondiente eximente incompleta cuando sean además, peligrosos criminalmente. Para GRACIA MARTÍN, la aplicación, simultáneamente, de la pena y de la medida de seguridad sería posible, teóricamente, sin que ello diera lugar ni a una infracción del principio *ne bis in idem*, ni a una doble punición. Vid. Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 184-186.

⁸⁹² Ibid.

Sobre tales bases, se idea el llamado *sistema vicarial*, que consiste, descrito de modo genérico, en la posibilidad de combinación de penas y medidas de seguridad, pero, de tal modo que, la medida, va a representar a la pena, con la consecuencia de que, el tiempo de medida que se cumpla, podrá ser computado en el de la pena⁸⁹³.

El art. 104 CP, especifica:

1. 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.

2. 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.

La regulación española de este supuesto de concurrencia de pena y medida, presenta las siguientes características:

Cuando las medidas impuestas no sean privativas de libertad, lo que sucederá bien cuando no puedan imponerse porque el sujeto no fue castigado con pena privativa de libertad, o, bien, porque se estime innecesaria (art. 104 CP en relación con arts. 101 a 103 CP), entonces, rige el sistema de acumulación, pudiéndose imponer íntegramente la pena y la medida que correspondan.

En caso de que la pena y la medida concurrentes sean privativas de libertad, entrará en aplicación el sistema vicarial previsto en el art. 99 CP, cuyos rasgos esenciales, son:

⁸⁹³ Artículo 99 CP:

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.

- a) El Juez o Tribunal, debe ordenar siempre el cumplimiento de la medida en primer lugar. El tiempo de cumplimiento de la medida se descontará del de la pena. Obviamente, esto, sólo sucederá si la duración de la medida cumplida es inferior a la de la pena impuesta pues, si iguala o supera a ésta, la pena quedará extinguida.
- b) En los casos en que, una vez alzada la medida, quede todavía un resto de pena por cumplir, el Juez dispone de dos posibilidades, según las circunstancias: primero, ordenar el cumplimiento de ese resto de pena; segundo, en el supuesto de que, tal cumplimiento, pudiera poner en peligro los efectos del tratamiento obtenidos con la medida, puede suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o bien, aplicar alguna de las medidas del art. 96.3 CP.

Con la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, se ha introducido en nuestro CP un supuesto de concurrencia de pena y medida que se realiza de acuerdo con el sistema dualista de acumulación, en el cual, la medida se aplica y ejecuta después del cumplimiento de la pena. Se trata del supuesto previsto en los arts. 98.1 CP⁸⁹⁴ y 106.2 CP, en que, al sujeto semiimputable y al plenamente imputable se le impone, además de la pena, la medida de libertad vigilada, en cuyo caso, el cumplimiento de ésta debe tener lugar con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Aunque, el nuevo texto del art. 98.1 CP no contempla la posibilidad de que, en dicha propuesta, el JVP puede recomendar que no se imponga la libertad vigilada, además de ser lógico, se puede derivar del contenido establecido en el art. 106.3 c) CP⁸⁹⁵. La libertad vigilada se cumple una vez extinguida la pena de prisión, luego durante el periodo de libertad condicional, las eventuales restricciones que se le impongan, son en el marco de regulación

⁸⁹⁴ Artículo 98.1 CP:

1. A los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

⁸⁹⁵ Artículo 106.3 c) CP:

Dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior se dé en el momento de concreción de las medidas que se regula en el número 2 del presente artículo.

de este beneficio⁸⁹⁶. Esta posibilidad, genera contradicciones difíciles de entender porque, si durante la libertad condicional las competencias las asume el JVP, con posterioridad, las recupera el Juez o Tribunal sentenciador.

Siguiendo la línea de obligatoriedad del art. 106.2 CP, también es de realización forzosa la imposición de la medida a tenor del art. 192.1 CP, que establece:

A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor, lo que, sumado a la estrecha relación entre su gravedad y el delito cometido, permite a MAPELLI CAFFARENA mantener la opinión de que se asemeja más a una pena accesoria que a una medida de seguridad⁸⁹⁷.

Lege ferenda debería existir conformidad en la decisión del último órgano judicial que condenó y que sea éste el que dictara los términos de la libertad vigilada, respetando siempre los puntos temporales máximos.

⁸⁹⁶ Arts. 90 y ss. CP.

⁸⁹⁷ En este punto, Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 365.

CAPÍTULO XII.

EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y SUS EFECTOS.

1. Naturaleza de los fundamentos de extinción.

Con la locución *causas de extinción de la responsabilidad criminal* aludimos a una serie de hipótesis que suprimen la obligación del sujeto (persona física o, en su caso, jurídica) de soportar su responsabilidad por la comisión de un hecho delictivo mediante el cumplimiento de una pena o de una medida de seguridad⁸⁹⁸. Dicha obligación tiene carácter abstracto mientras no se dicte una sentencia firme condenatoria, o concreto, después de pronunciada.

Las causas de extinción de la responsabilidad penal implican por ello, la renuncia del Estado a ejercitar su derecho a castigar tales conductas, bien no imponiendo una pena, bien no ejecutando o interrumpiendo la ejecución de la ya impuesta. Se diferencian de las *causas que eximen de la responsabilidad penal* en que, éstas, impiden la existencia de un elemento esencial del concepto de delito y, en consecuencia, de la responsabilidad penal misma, en tanto que, las causas de extinción de la responsabilidad, parten de la existencia previa de un delito con todos sus caracteres, incluidas, en su caso, la ausencia de excusas absolutorias y la presencia de condiciones objetivas de punibilidad, negando tan sólo, el ejercicio del *ius puniendi*. Por lo tanto, la responsabilidad penal, presupone la punibilidad del delito.

Además, seguimos a GRACIA MARTÍN-ALASTUEY DOBÓN, la presunta responsabilidad criminal del sujeto al que, por ser inimputable, se le impone una medida de seguridad no existe, porque, a pesar de que ha cometido un hecho delictivo, típico y antijurídico, falta la culpabilidad y la punibilidad.

En tal entorno, la expresión responsabilidad criminal del art. 130.7º., no está utilizada en su sentido material, sino impropio, porque, el inimputable está obligado al cumplimiento de la medida de seguridad impuesta y, en tal caso, de algún modo por su comportamiento antijurídico. Si la medida prescribe, cesa dicha obligación, supuesto que, el Estado, a renunciado a su derecho a remediarlo.

⁸⁹⁸ Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 147 y ss.

2. Causas de extinción.

Las causas de extinción de la responsabilidad penal son específicas circunstancias que sobrevienen después de cometida la infracción y anulan la acción penal o la ejecución de la pena⁸⁹⁹.

El Título VII del Libro I CP se refiere a la *Extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos*. En su Capítulo I se contienen las *causas que extinguen la responsabilidad criminal*. MIR PUIG advierte la utilización de una terminología unitaria para referirse al deber de someterse a las consecuencias penales del delito y a la obligación de responder civilmente del mismo⁹⁰⁰.

En efecto, se habla de *extinción de la responsabilidad penal* de la misma forma que en el Código Civil se regula la *extinción de las obligaciones* (Cap. IV del Tít. I del Libro IV CC). En ambos casos se entiende que deja de existir una obligación previamente contraída. Si, las eximentes previstas en los arts. 19 y 20 CP impiden el *nacimiento* mismo de la responsabilidad penal (la ley habla de *circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal*), las causas de extinción que ahora contemplamos ponen *punto final* al deber de responder penal o civilmente, que había existido hasta su concurrencia.

Las causas que extinguen la responsabilidad penal presuponen, pues, la comisión de un hecho punible, entendiendo por tal un hecho típicamente antijurídico y personalmente imputable en el que no concurre ninguna causa de exclusión de la punibilidad⁹⁰¹.

Entiende MAPELLI CAFFARENA que, mediante la extinción de la responsabilidad penal, cesan las consecuencia jurídico penales derivadas de cometer una infracción criminal y desaparecen la carga que las mismas conllevan, estimando que, la expresión no es la más indicada porque, en Derecho, se extinguen siempre obligaciones, derechos o deberes entre partes derivadas de un negocio jurídico por la acción del mismo derecho, como consecuencia de los presupuestos causales de la obligación⁹⁰².

⁸⁹⁹ Gerardo LANDROVE DÍAZ, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 135 y ss.

⁹⁰⁰ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 754 y ss.

⁹⁰¹ Ibid.

⁹⁰² Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 423 y ss.

Cuando hablamos, pues, de responsabilidad penal, no hay un negocio jurídico, ni el mismo recoge cláusulas extintivas, ni el Estado ni el delincuente se pueden entender partes parificadas que se distribuyen obligaciones, ni existen imposiciones que extinguir hasta tanto no recaiga sentencia condenatoria. El CP se refiere a la extinción de la responsabilidad criminal, expresión que no puede confundirse con la extinción de las consecuencias jurídicas del delito, sino que se refiere, exclusivamente, a la extinción de la penalidad⁹⁰³.

Medidas y penas son consecuencias de la responsabilidad criminal o responsabilidad por el crimen. Como parece lógico, la responsabilidad civil tiene sus propias causas de extinción, si bien, en algunos aspectos, se ve afectada por la extinción de la responsabilidad penal a la que va procesalmente adherida, de forma que, extinguiéndose ésta, el perjudicado tiene que interponer la demanda en la jurisdicción civil⁹⁰⁴.

Si concurre en el hecho alguna excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena (como el parentesco del art. 268 CP o la inviolabilidad del Jefe del Estado en el art. 56, 3º. CE), no nace ya la responsabilidad penal. Si falta una mera condición de procedibilidad no resulta afectada la presencia de un hecho punible, pero la responsabilidad penal no puede llegar a hacerse efectiva porque se niega la posibilidad de enjuiciamiento procesal del hecho. En cambio, las causas de extinción de la responsabilidad penal obedecen, al menos en parte, a razones materiales.

Las causas de extinción enumeradas en el art. 130 CP, son las siguientes:

1. La responsabilidad criminal se extingue:

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.

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

⁹⁰³ Para Borja MAPELLI CAFFARENA, la expresión *responsabilidad criminal* parece la más acertada si se pretende incluir causas que extinguen también las medidas de seguridad. Vid., *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 424.

⁹⁰⁴ STS 867/2002, de 29 de julio

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.

6°. Por la prescripción del delito.

7°. Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

Como discurre VAELLO ESQUERDO, la inclusión de las dos primeras causas parece una obviedad y no merece mayor atención, habida cuenta de que, en la primera, el ejercicio del *ius puniendi* es radicalmente imposible y, en la segunda, ya ha sido satisfecho en su integridad, por lo que resulta superflua su mención⁹⁰⁵.

Cosa distinta ocurre con las siguientes, por tratarse de supuestos en los que, a pesar de estar presentes los elementos que fundamentan la responsabilidad criminal y haberse cometido un delito, al autor del mismo no se le va a hacer efectiva dicha responsabilidad.

⁹⁰⁵ Esperanza VAELLO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 193 y ss.

A su vez, el núm. 2 de dicho precepto legal, aparte de no mencionar de forma expresa la disolución, llama la atención a la no exigencia de que, tales actividades, tengan carácter fraudulento. Quizá por ello, el legislador, prevé a continuación que el órgano judicial *podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica...*

2.1 La muerte del reo.

La referencia a la muerte del reo como causa de extinción de la responsabilidad penal es, en la actualidad, absolutamente innecesaria en nuestro Derecho penal, asistido por el principio de personalidad. Sólo desde una perspectiva histórica, conviene recordar que, en la España foral, son numerosos los casos de procesos seguidos contra difuntos o contra los parientes que sustituían a éste en su condición de penado, incluso, el diseño de penas cuyos destinatarios eran cadáveres, la exposición de los mismos en lugares públicos o su enterramiento fuera de los cementerios.

La muerte del sujeto del delito puede tener lugar antes o después de su condena. Se ha señalado, no obstante, que dicho sujeto no puede considerarse «reo» hasta que se le condena, por lo que la causa prevista en el nº 1 del art. 130 CP sólo sería aplicable a partir de dicho momento. Ahora bien, cabe interpretar que la muerte del posible reo extingue no sólo la acción penal, sino también la posible responsabilidad penal que pudiera haber nacido, si lo cometió, del hecho punible.

La muerte, extingue todas las penas y medidas de seguridad. El apartado 1.1º del art. 130 CP confirma la extinción de la responsabilidad penal por la muerte del reo como consecuencia del principio de personalidad de las penas, lo que alcanza a la responsabilidad civil, que sigue vigente, de la cuál serán responsables sus herederos⁹⁰⁶.

2.2 El cumplimiento de la condena.

La expresión condena, abarca técnicamente todas las consecuencias jurídicas del delito recogidas en la sentencia firme (penas, medidas, consecuencias accesorias y responsabilidad civil). En consecuencia, la extinción de la responsabilidad criminal no necesita del cumplimiento total de la condena, sino, exclusivamente, del cumplimiento de las penas, según el

⁹⁰⁶ Artículo 115 LECrim:

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.

presidido tenor del art. 130 CP, de lo que inferimos que, el legislador, al referirse a la condena, se remitía exclusivamente a las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias.

Tal extinción, como vimos *ut supra* de corte innecesario, no excluye la vigencia de los antecedentes penales.

El cumplimiento de las penas privativas de libertad no se alcanza con la obtención de la libertad condicional. Ésta constituye el último grado de la condena en el sistema de individualización previsto por la LOGP (art. 72,1). Durante su disfrute transcurre un tiempo que, según el art. 93 CP, falta al liberado para *cumplir su condena*.

Respecto a las medidas de seguridad y, en particular, de la libertad vigilada, introducida por LO 5/2010, de 22 de junio, art 96.3ª. CP, conforme a lo establecido en los arts. 97 y 98.1 de dicho Texto legal, mientras no sean cumplidas o cesadas por el Juez, no se extingue la responsabilidad penal.

2.3 La remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el art. 85.2 CP.

La LO 15/2003 incluyó entre las causas de extinción enumeradas por el art. 130 la de la *remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el art. 85.2 de este Código*. Se trata del supuesto en que, habiéndose decretado la suspensión de la ejecución de la pena, transcurre satisfactoriamente el plazo de suspensión y se obtiene la remisión definitiva (art. 85.2 CP).

Antes de mencionarse expresamente esta causa de extinción, la doctrina incluía este caso entre los de cumplimiento de la condena⁹⁰⁷, lo que suponía entender que para el *cumplimiento de la condena* no era necesario en caso de suspensión del *cumplimiento de la pena*.

Por lo tanto, según lo garantizado en el art. 130.1.3º. CP, se considera cumplida la pena y, por consiguiente, extinguida la responsabilidad penal cuando, conforme al art. 85.2 CP, haya transcurrido el plazo de suspensión de la ejecución de la pena sin que, el condenado, haya delinquido.

⁹⁰⁷ Por todos, Gerardo LANDROVE DÍAZ, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 126.

No debe extrañarnos que, la causa de extinción se refiera a la *remisión definitiva*, mientras que, el art. 85.2 CP, al que se remite, sólo menciona la remisión, lo que no debe concebirse como dos modelos de remisiones, sino que se ha pretendido destacar su carácter definitivo, motivo conductor de la reforma.

Para la extinción de la responsabilidad penal no es preciso que se haya cumplido la parte de la condena relativa a la responsabilidad civil ni a las costas. La extinción de la responsabilidad penal no excluye el decomiso, si se constata una situación patrimonial ilícita⁹⁰⁸.

2.4 El derecho de gracia.

Bajo este título, se congregan dos institutos, la amnistía y el indulto, que guardan concomitancias, si bien, en esencia, son diferentes. Para MAPELLI CAFFARENA, de ambos se puede predicar que son intromisiones del poder ejecutivo en la actividad jurisdiccional, reservada con carácter

⁹⁰⁸ Art. 127 CP:

1. *Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos 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. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.*

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

2. *En los casos en que la Ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.*

3. *Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.*

4. *El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo 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.*

5. *Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.*

exclusivo y excluyente para el poder judicial⁹⁰⁹.

Para GRACIA MARTÍN-ALASTUEY DOBÓN, así como la institución del Derecho de gracia no goza de general aplicación en la doctrina, pues se considera una reminiscencia de la gracia divina o como un aspecto del carisma del soberano, así como una excepción o negación del Estado de Derecho, diferente opinión les merece la administración del Derecho de gracia a través del indulto particular⁹¹⁰.

El asiento constitucional del Derecho de gracia se encuentra en el art. 64 CE, donde se recoge entre las competencias del Rey la de *ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales*. Más allá, en el art. 102.3 CE, se excluye de este beneficio al Presidente y demás miembros del Gobierno.

Ambos institutos se conceden con carácter irrevocable.

2.4.1 La amnistía.

La amnistía es una declaración general y abstracta, basada en razones políticas excepcionales, por medio de la cual, el poder público, renuncia a seguir puniendo determinadas conductas y extingue todos sus efectos en el ámbito penal.

Actualmente, nuestro CP no la recoge entre las causas de extinción de la responsabilidad penal ni tampoco es mencionada por la CE, silencio interpretado por la doctrina como reconocimiento implícito de que sería posible si así lo dispusiera una ley, si bien, teniendo cierta analogía con los indultos generales, se podría también interpretar que es inconstitucional.

La diferencia más destacada entre amnistía e indulto está en que, la primera, elimina el carácter antijurídico de la conducta y todos los efectos penales que, de la misma, pudieran esperarse; en cambio, el indulto, tiene efectos más reducidos, pues se limita a evitar, total o parcialmente, las consecuencias jurídicas del delito, dejando intacta la valoración jurídica de la conducta. Por esta razón, la amnistía es considerada una decisión política y, el indulto, judicial.

⁹⁰⁹ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 429 y ss.

⁹¹⁰ Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p.151.

2.4.2 El indulto.

Por indulto se entiende una declaración de clemencia concedida a una persona por medio de la cual se extingue en todo o en parte la pena que le fue impuesta o se le conmuta por una pena distinta.

El indulto puede extinguir también la responsabilidad penal (art. 130.1.4º. CP). Como hemos anticipado, es manifestación del llamado Derecho de gracia. Mediante el mismo, se ha venido manteniendo la posibilidad de intervención del Soberano o, en cualquier caso, del Poder Ejecutivo, en la esfera del *Ius puniendi*.

Así concebido, el Derecho de gracia constituye una manifestación histórica, en la cual, el Derecho penal, como su aplicación judicial, correspondía al Monarca. Porfía con tesón, en cambio, dicha facultad, con la separación de poderes propia del Estado de Derecho, en que corresponde al Poder Legislativo decidir cuándo procede y cuándo no la intervención del Derecho penal, y se reserva al Poder Judicial la aplicación de las normas en que ello se concreta⁹¹¹.

Es cierto que, como se ha aducido, la gracia puede, por una parte, resultar conveniente en determinados momentos para la política general de un país y, por otra parte, servir de correctivo de la ley aconsejado en el caso concreto por equidad o por razones político-criminales, tanto en el momento de imposición de la pena como durante su ejecución⁹¹².

Sin embargo, seguimos a MIR PUCH, ambas finalidades deberían compaginarse con la separación de poderes, reservándose la concesión general de la gracia y la valoración de su conveniencia política al Parlamento, y su ejercicio en casos concretos al Poder Judicial, con algún posible control por parte del Legislativo⁹¹³.

Como hemos avanzado, no es éste el criterio del Derecho vigente. Según el art. 62 i) de la CE, *corresponde al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales*. Pese a la exigencia de regulación legal y a la prohibición de indultos generales, el

⁹¹¹ En este sentido Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 950-953.

⁹¹² Tal es el parecer de José ANTÓN ONECA, en ANTÓN ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, I, 1949, 2ª. Edición, 1986, pp. 775 y ss.

⁹¹³ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 756 y ss.

ejercicio del derecho de gracia se atribuye al Rey. Sin embargo, el hecho de que sea el Gobierno quien decida la concesión del indulto, plantea problemas respecto del funcionamiento de nuestro sistema democrático basado en la división de poderes.

La normativa aplicable para el indulto sigue siendo la Ley de 18 de junio de 1870, *del ejercicio de la Gracia de Indulto*, modificada por Ley 1/1988; Orden de 10 de septiembre de 1993 del Ministerio de Justicia, por la que se dan instrucciones sobre la tramitación de solicitudes de indulto; art. 6 RD 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materias de Justicia e Interior; Disposición Adicional 29.2 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden Social; art. 666 de la LECrim, que lo regula como artículo de previo pronunciamiento.

El indulto de la pena principal, en el caso de que se hayan impuesto penas accesorias, llevará consigo el de éstas, sin necesidad de que se establezca expresamente, salvo cuando, las penas accesorias, consistieran en inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos. El indulto de penas pecuniarias, exime al indultado de pagar las cantidades aún no satisfechas, pero no implica la devolución de las ya pagadas, salvo que se diga expresamente. No exime del pago de la responsabilidad civil ni de las costas procesales.

La solicitud de indulto puede surgir del Tribunal sentenciador, Tribunal Supremo, Ministerio Fiscal, JVP, del Gobierno, del condenado, de sus familiares o de cualquier otra persona en su nombre (su abogado), sin necesidad de poder escrito que acredite su representación, mediante el envío de un escrito al Ministro de Justicia, en el que deberá constar toda la documentación relativa a la causa judicial y al penado. Conforme a las disposiciones transitorias núms. 3, 4 y 5 de la LO 5/2010, el indulto total o parcial, también puede solicitarse en los supuestos de revisión de sentencias, como consecuencia de la entrada en vigor de preceptos favorables al reo⁹¹⁴.

⁹¹⁴ Véase la STS 84/2003, de 27 de enero, respecto de la Disposición Transitoria 6ª.2 CP, acordando el indulto parcial, sobre la base de la nueva regulación, en un delito de malversación de caudales públicos.

No pueden ser indultados:

- a) Quienes estén siendo procesados criminalmente pero aún no hayan sido condenados por sentencia firme.
- b) Quienes no se encuentren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena.
- c) Los reincidentes en el mismo o en cualquier otro delito por el que hubiesen sido condenados por sentencia firme.
- d) El Presidente y los demás miembros del Gobierno.

Se exceptúan, sin embargo, los casos en que, a juicio del Tribunal sentenciador, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia. La denegación del indulto se comunicará al órgano sentenciador para su traslado a los interesados.

2.5 El perdón del ofendido.

Por lo que se refiere al perdón del ofendido, para GRACIA MARTÍN-ALASTUEY DOBÓN, posee un marcado trasfondo privatista que, históricamente, ha tenido un campo de aplicación más amplio que el actual⁹¹⁵.

Según el art. 130.5º. CP, el perdón del ofendido extingue la responsabilidad penal *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.

⁹¹⁵ Luis GRACIA MARTÍN (Coord.), María del Carmen ALASTUEY DOBÓN y otro, *LECCIONES...*, citado, p. 152.

El perdón del ofendido sólo es eficaz para extinguir la responsabilidad penal en los delitos privados, que requieran querrela del perjudicado y cuando, expresamente, se establezca su eficacia en el CP, a saber:

- a) Delitos contra la intimidad, el derecho a la imagen y la inviolabilidad del domicilio (art. 201.3 CP)⁹¹⁶.
- b) Delitos contra el honor (art. 215.3 CP)⁹¹⁷.
- c) Faltas perseguibles a instancia de parte (art. 639.3 CP)⁹¹⁸.

En los delitos semipúblicos, que requieren denuncia del perjudicado, CORCOY BIDASOLO-MIR PUIG⁹¹⁹ plantean si, otorgar eficacia de perdón a la retirada de la denuncia equivaldría a resucitar la eficacia de perdón de estos delitos. Supuestos:

- a) Delitos contra la libertad sexual⁹²⁰.
- b) Delito de abandono de familia⁹²¹.

Como observa VAELO ESQUERDO, se trata de un instituto controvertido, que, algunos, critican por no estar en consonancia con el carácter esencialmente público del *ius puniendi* y cuya eficacia se fundamenta, dada la naturaleza del bien jurídico ofendido, en que, el interés de castigar los hechos, es tanto o más importante para el particular que para el propio Estado⁹²².

⁹¹⁶ Vid. STS 1532/2000, de 9 de octubre, sobre descubrimiento y revelación de secretos.

⁹¹⁷ SAP Málaga, 3ª., de fecha 13 de junio de 2002, sobre injurias.

⁹¹⁸ SSAP Albacete, 1ª., de fecha 10 de diciembre de 2009, falta de injurias; Almería, 1ª., de fecha 7 de febrero de 2002, en falta de lesiones imprudentes.

⁹¹⁹ Mirentxu CORCOY BIDASOLO y Santiago MIR PUIG (Directores) y otros, *COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL. REFORMA LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 307.

⁹²⁰ STS 637/2002, de fecha 11 de abril.

⁹²¹ SAP Girona, 3ª., de fecha 19 de noviembre de 1999.

⁹²² Esperanza VAELO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 197.

El CP sienta la forma y limita el momento hasta el cual puede concederse, advirtiendo que se otorgará de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia⁹²³. Ahora bien, en el caso de infracciones contra personas necesitadas de una especial protección, el legislador adopta ciertas cautelas, promulgando el segundo párrafo del art. 130.5º. CP⁹²⁴.

En relación con el aspecto que estamos analizando, MAPELLI CAFFARENA afirma que, la expresión *perdón*, no es la más precisa pues, perdonar, es una también una actitud afectiva, por medio de la cual, una persona, deja de tener resentimiento contra otra que le ha producido un daño. El perdón (como el arrepentimiento espontáneo en las circunstancias atenuantes), es un sentimiento que pertenece al fuero íntimo de las personas y, por ello, ajeno al Derecho⁹²⁵.

El perdón sólo afecta a la responsabilidad penal que, el imputado, tiene con el sujeto que lo otorga, de manera que, siendo diversos los responsables o los ofendidos, el proceso penal deberá seguir su curso⁹²⁶. Sólo es válido aquel perdón que es irrevocable y tiene carácter absoluto respecto del imputado⁹²⁷.

Todas las exigencias precedentes, distancian esta causa de extinción de cualquier trazo de trato entre partes, por lo que se entiende que no se considere la posibilidad de que, el sujeto perdonado, pudiera renunciar al perdón que se le atribuye.

⁹²³ Para que el perdón sea eficaz debe ser otorgado de forma expresa, antes de que se haya dictado sentencia. En este sentido, SAP Valladolid, 2ª., de fecha 10 de febrero de 2003, respecto de una falta de lesiones por imprudencia en la que no se ha perdonado de forma expresa y se ha renunciado sólo parcialmente, y SAP de Cádiz, 8ª., de fecha 19 de octubre de 2000, respecto de falta de amenazas e injurias, considera que, reanudar temporalmente la vida en común, no puede interpretarse como concesión del perdón.

⁹²⁴ SAP Jaén, 1ª., de fecha 29 de junio de 2000, extinción de la responsabilidad penal de una falta de vejaciones por perdón otorgado por el representante legal del menor ofendido. En estos casos, el Juez o Tribunal, oído el Ministerio Fiscal, puede ordenar la continuación del procedimiento o el cumplimiento de la condena.

⁹²⁵ Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 434-435.

⁹²⁶ Artículo 107 LECrim:

La renuncia de la acción civil o de la penal no perjudicará más que al renunciante, pudiendo continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa, o ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere.

⁹²⁷ En algunas ocasiones, la jurisprudencia ha aceptado el perdón condicionado, si bien se trata más de promesas de perdón cuya relevancia jurídica sólo se ha producido cuando éste se hizo firme (STS de 28 de noviembre de 1967).

2.6 La prescripción.

Con la prescripción, institución no privativa del Derecho penal, sino común a todo el ordenamiento jurídico, completa el art. 130 CP las causas de extinción de la responsabilidad penal.

Siguiendo a RAGUÉS I VALLÉS, 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)⁹²⁸.

El fundamento de la prescripción se halla en parte vinculado a la falta de necesidad de la pena tras el transcurso de cierto tiempo (fundamento material), y en parte a las dificultades de prueba que determina el transcurso del tiempo (fundamento procesal)⁹²⁹.

Por lo que respecta a la base de la prescripción en general como institución jurídica presente en todos los sectores del ordenamiento jurídico, reside en la aceptación del hecho de que, el transcurso prolongado del tiempo termina provocando cambios inexorables en las relaciones, situaciones o pretensiones jurídicas.

En efecto, la prescripción sirve sobre todo a la seguridad jurídica, en la que encuentra una parte de su legitimación constitucional⁹³⁰, permitiendo a su vez, un desenvolvimiento dinámico del orden jurídico.

Ello influye en la desaparición de la necesidad de la pena, que en ambas clases de prescripción se produce, por lo demás, cuando se oscurece o apaga el recuerdo del delito y el sentimiento de alarma que en su día pudo producir, y el tiempo transcurrido ocultándose de la Justicia y con la amenaza pendiente de la pena parece ya suficiente castigo (todo ello puede hacer

⁹²⁸ Ramón RAGUÉS I VALLÉS, *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Colección Justicia Penal, Barcelona 2004, p. 16.

⁹²⁹ Vid. SSTC de fecha 18 de octubre de 1990; 14 de junio de 1991; 23 de marzo de 1995 y 22 de septiembre de 1995 y 14 de marzo de 2005, entre otras.

⁹³⁰ Artículo 9.3 CE:

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

innecesaria la prevención general), especialmente si el delincuente no ha vuelto a delinquir, tal vez demostrando una verdadera reinserción social, lo que eliminaría la necesidad de prevención especial⁹³¹.

La naturaleza de esta causa de extinción de la pena es también debatida, discutiendo 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 procesal⁹³². En España, la opinión mayoritaria, considera que tiene carácter sustantivo, al igual que en Italia⁹³³, interpretando, pues, que el CP, tipifica la prescripción del delito y de la pena. En Alemania, se decantan por su naturaleza eminentemente procesal, entendiendo que, la prescripción, hace referencia a la acción persecutoria y a la condena.

Pensamos que, efectivamente, se trata de una institución penal, dado que es posible advertir en ella una renuncia del Estado para ejercer su potestad cuando ha transcurrido un determinado lapso desde la comisión del delito, pero, doctrina y jurisprudencia mayoritarias consideran que, el fundamento de tal causa de extinción es mixto, sustantivo-procesal. Tanto es causa de extinción de la pena como impedimento procesal para su persecución.

A la vista de lo expuesto, la extinción de la responsabilidad penal se produce cuando, un hecho delictivo, no es perseguido dentro del espacio de tiempo comprendido entre el momento en que se produce su consumación (*dies a quo*) y el momento en que finaliza el cómputo del plazo correspondiente de prescripción (*dies ad quem*).

⁹³¹ Véase Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 759.

⁹³² Ramón RAGÚÉS I VALLÉS, *La prescripción...*, en el lugar citado, p. 69.

⁹³³ En contra, José CEREZO MIR, *CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL: INTRODUCCIÓN*, (I), 6ª. edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 225. Por otra parte, MORILLAS CUEVA defiende su naturaleza sustantiva, porque *supone una renuncia por parte del Estado al derecho de castigar basada en razones de política criminal aglutinadas por el transcurrir del tiempo, que incide en que aquél considere extinguida la responsabilidad criminal y, por consiguiente, el delito y la pena*". Vid. Lorenzo MORILLAS CUEVA, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*, Ley Penal, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 229 y ss. Cfr. También, del mismo autor, *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, 1980, p. 43.

2.6.1 Prescripción del delito y de la falta.

La prescripción del delito o de la falta, consiste en la extinción de toda posibilidad de valorar jurídico-penalmente los hechos, de atribuir responsabilidad criminal por los mismos, debido al transcurso de un plazo de tiempo determinado⁹³⁴.

Los plazos de prescripción de los delitos se establecen en función de la naturaleza y duración de las penas o de la naturaleza de la infracción. Según el art. 131.1 CP, los delitos prescriben:

A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años.

A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años.

A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10.

A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año.

La LO 5/2010, de 22 de junio, fijó el mismo plazo de prescripción para todos los delitos menos graves, situándolos en cinco años. Para GRACIA MARTÍN-ALASTUEY DOBÓN, el problema más importante para la apreciación de los efectos extintivos de la prescripción del delito se produce cuando, el plazo de prescripción señalado está en función de la duración de la pena⁹³⁵. Como el art. 131.1 CP se refiere a *la pena máxima señalada* (por la ley) *al delito*, ésta deberá estar comprendida en un marco penal.

A este respecto, básicamente se defienden en la doctrina dos posibles interpretaciones:

- a) Atender a las penas *abstractas señaladas* en la correspondiente figura del delito.

⁹³⁴ Luis GRACIA MARTÍN (Coord.), Carmen ALASTUEY DOBÓN y otro, *Lecciones...*, en el lugar indicado, pp. 153 y ss.

⁹³⁵ Luis GRACIA MARTÍN (Coord.), Carmen ALASTUEY DOBÓN y otro, *Lecciones...*, en el lugar indicado, pp. 154 y ss.

- b) Atender a las penas *concretas*, según el grado de realización, el grado de participación y, también, en ocasiones, según las circunstancias de eficacia extraordinaria (las que producen alteraciones en el grado de la pena). Incluso, sería posible concretar más en el marco penal, fijándolo según las reglas de las circunstancias atenuantes y agravantes comunes (en su mitad inferior, su mitad superior o en toda su extensión).

Por Acuerdo de la Junta General del TS de 29 de abril de 1997, la opinión mayoritaria fue que debía ser tenida en cuenta la pena en abstracto⁹³⁶.

Pero, también en la doctrina, encontramos partidarios de una semiconcreción que alcanzaría sólo a las formas imperfectas y a los grados de participación⁹³⁷.

Excepcionalmente, el art. 131.1 *in fine* establece el plazo de prescripción basado en la clase o naturaleza de la infracción. Se trata de la calumnia, la injuria, que prescriben al año. La razón para ello radica en que, la injuria y la calumnia son delitos privados en los que, la acción persecutoria, que es pública, pierde gran parte de su fuerza frente al resto de los delitos.

Finalmente, el art. 131.2 CP señala que, las faltas, prescriben a los seis meses, plazo que supone una ampliación con respecto a la anterior regulación, necesaria desde que, en nuestro ordenamiento jurídico, las infracciones administrativas leves prescriben, por regla general, a los seis meses⁹³⁸.

Según lo determinado en el art. 131.3 CP, *Cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción*. Por el contrario, nada se explicita para cuando la pena señalada por la ley sea *alternativa*. En este caso, aparentemente, la voluntad del legislador es que se compare la gravedad de las penas y, el tiempo de la prescripción, se refiera a la más grave.

⁹³⁶ Vid. SSTs de 2 de abril de 1997 y de 4 de marzo de 1999.

⁹³⁷ Entre otros, Lorenzo MORILLAS CUEVA, *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, op. cit., pp. 43 y ss.

⁹³⁸ Art. 132.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de RJAPPAC.

La LO 5/2010, de 22 de junio, fija y generaliza el criterio jurisprudencial de considerar que, en los supuestos, de concursos de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave, lo que tiene sentido sólo en supuestos de concurso ideal y medial de delitos y en los delitos conexas. En cambio, seguimos a GRACIA MARTÍN-ALASTUEY DOBÓN, carece de fundamento respecto al concurso real de delitos no conexas, por cuanto, el delito más grave, impediría la prescripción de los delitos menos graves cometidos con anterioridad aunque no guardaran relación con aquél⁹³⁹.

La excepción a la prescriptibilidad general de los delitos y de las penas la inauguró en 1995 el CP, que introdujo la importante excepción del genocidio; la LO 15/2003, añadió las de los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado: tales delitos *no prescribirán en ningún caso*⁹⁴⁰.

En efecto, la LO 5/2010, de 22 de junio, introduce la excepción para el último grupo de delitos, excluyendo de la imprescriptibilidad el delito del art. 614 CP⁹⁴¹ y engrosándole elenco de la imprescriptibilidad con los delitos de terrorismo que hayan ocasionado la muerte de una persona. Tanto los delitos mencionados como las penas impuestas por los mismos, no prescribirán en ningún caso (arts. 131.4 y 133.2 CP).

El art. 132.1 CP, señala el modo de computarse los plazos, partiendo de la regla general de que se inician desde el día en que se haya cometido la infracción punible (*dies a quo*). Mayoritariamente se interpreta que, si se trata de un delito de resultado, habrá que esperar a que se haya

⁹³⁹ Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 155 y ss.

⁹⁴⁰ Artículo 131.4 CP:

4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona.

⁹⁴¹ Artículo 614 CP:

El que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

producido éste, sin atender, pues, al momento de la actividad⁹⁴².

Por lo tanto, GRACIA MARTÍN-ALASTUEY DOBÓN discurren que, habría sido más apropiado, incluir una regla especial para establecer cuándo se entiende cometida la infracción en los delitos de resultado⁹⁴³. En definitiva, para contar los plazos de prescripción, habrá que atender al momento de producción del resultado, cuando éste concorra, mas, cuando no sea el caso, habrá que atender al momento en el que finalice la realización de la acción o en el que, la omisión, sea punible.

El art. 132.2 CP establece:

2.La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes: ...

La expresión *persona indiciariamente responsable del delito o falta*, ha sido introducida por LO 5/2010, en sustitución de *culpable*. El cambio obedece a que, cuando el Juez dirige el procedimiento contra alguien por primera vez, bien admitiendo a trámite una denuncia o querrela presentada contra él, bien acordando la incoación de diligencias previas contra el mismo, bien citándole a declarar como imputado, el destinatario de dichos posibles actos de dirección del procedimiento todavía no puede ser calificado como *culpable* del delito investigado⁹⁴⁴.

1ª. Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

⁹⁴² Esperanza VAELO ESQUERDO, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp.199-200.

⁹⁴³ Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 156 y ss.

⁹⁴⁴ Mirentxu CORCOY BIDASOLO y Santiago MIR PUIG, *COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL. REFORMA LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 314 y ss.

A diferencia de lo que sucede en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural -Italia, Suiza, Alemania, Portugal-, el legislador español no recurre al empleo de un catálogo cerrado de actos procesales de dirección del procedimiento contra el culpable, lo que provoca un considerable grado de inseguridad jurídica⁹⁴⁵.

2ª. No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Como ya hemos visto en el presente trabajo, la diferencia entre interrupción y suspensión consiste en que, la primera, impide el curso de la prescripción y anula el tiempo transcurrido para el cómputo de aquella, mientras que, la suspensión, paraliza ésta, pero no anula el tiempo ya transcurrido.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

De conformidad con lo indicado por el Consejo de Estado en su informe, la precedente redacción es incompleta, puesto que resulta obvio que, si se dicta una resolución *contra cualquier persona implicada en los hechos*, la aplicación retroactiva de la interrupción de la prescripción, sólo se producirá respecto de esa misma persona, pero no respecto del querrellado o del denunciado.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta,

⁹⁴⁵ La LO 5/2010, de 22 de junio, sobre este particular, acoge el criterio sobre interrupción de la prescripción del delito sostenido por la doctrina jurisprudencial sentada en las SSTC 63/2005, de 14 de marzo y 29/2008, de 20 de febrero.

recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3ª. A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.

Con carácter general, la persona habrá de estar directamente identificada en la resolución judicial, si bien, cuando se trate de una persona que pertenezca a una organización o forme parte de un grupo de personas a quienes se atribuya el hecho, podrá bastar que resulte determinable ulteriormente a través de la existencia previa de datos que permitan su posterior identificación definitiva.

Interrumpida la prescripción, se establecen como circunstancias que producen que el término comience a correr de nuevo, la paralización del procedimiento y su finalización sin condena. Por paralización del procedimiento demos entender toda inactividad de los órganos jurisdiccionales por razones distintas a las determinantes de la terminación del procedimiento sin pronunciamiento de fondo (archivo provisional), o a la provocada por la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad⁹⁴⁶.

Acabamos este apartado recordando que, la interrupción, deja sin efecto el tiempo de prescripción transcurrido, debiendo, en su caso, volver a computar todo el término por entero.

⁹⁴⁶ Asunto TS de fecha 30 de enero de 2007: *se rechaza aplicar la prescripción en los supuestos en que haya transcurrido el plazo durante la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad*; 645/2007, de fecha 16 de junio.

2.6.2 La prescripción de la pena.

La prescripción de la pena, tiene menor trascendencia práctica que la prescripción de la acción para perseguir el delito; si no resulta infrecuente que, los delitos queden sin persecución, más raro resulta que, una vez sentenciados, queden sin ejecución las penas⁹⁴⁷.

Supone la imposibilidad jurídica para hacer ejecutar la pena al condenado en virtud del transcurso de un plazo determinado de tiempo, desde que se impuso por sentencia firme o desde que se interrumpió su cumplimiento⁹⁴⁸.

El fundamento de la prescripción de la pena reside en la ineficacia o en la falta de necesidad preventivo-especial de la misma por el transcurso prolongado del tiempo, y, en todo caso, en el efecto oclusivo de éste. Los plazos de prescripción de las penas se establecen en función de la duración o de la naturaleza de la pena. Según el art. 133 CP:

1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

A los 30 años, las de prisión por más de 20 años.

A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20.

A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15.

A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10.

A los 10, las restantes penas graves.

A los cinco, las penas menos graves.

Al año, las penas leves.

2. Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán las penas impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieren causado la muerte de una persona.

⁹⁴⁷ Gerardo LANDROVE DÍAZ, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 145.

⁹⁴⁸ Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 159 y ss.

Los plazos mantienen, comúnmente, una duración superior a la que corresponde a la propia pena y, en general, superior a la perteneciente a la prescripción del delito (dado el mayor que ha de otorgarse a una sentencia condenatoria sobre la mera presunción de culpabilidad).

CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG consideran que, el texto del art. 133.1 CP, es confuso porque, en su primera parte, se refiere a la pena según su duración, lo que permite entender que, el elemento decisivo para la prescripción de la pena es la duración de la pena concretamente impuesta, mientras que la segunda parte del apartado, se refiere a las penas graves, menos graves y leves, lo que parece relacionar la prescripción de la pena con el marco penal abstracto del delito⁹⁴⁹.

En efecto, ambos criterios, no podrían coexistir dado que, la prescripción de la pena no responde a criterios diferentes en unos y otros supuestos⁹⁵⁰. Según la jurisprudencia mayoritaria, la pena que debe ser tomada en cuenta para el cómputo del plazo de prescripción no es la pena fijada en abstracto para el ilícito de que se trate, sino la específica impuesta en sentencia, ya que no es la pena en abstracto, sino la realmente impuesta, lo que pierde lo que pierde sentido por el transcurso del tiempo⁹⁵¹.

A tales efectos, en la determinación de la pena inferior en grado, la jurisprudencia mayoritaria entiende que la atenuación de una pena puede determinar su conversión de grave a menos grave, o de menos grave a leve⁹⁵².

Por el contrario, jurisprudencia minoritaria, entiende que, si el art 71.1 CP impide degradar el delito a falta, tampoco cabe degradar la pena menos grave a leve⁹⁵³. Con relación a la expresión *penas impuestas* se deduce que, en los supuestos de pluralidad de penas, el plazo de prescripción de cada una de ellas deberá computar por separado.

⁹⁴⁹ Mirentxu CORCOY BIDASOLO y Santiago MIR PUIG, *COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL. REFORMA LO 5/2010*, op. cit., pp. 316-317.

⁹⁵⁰ STS 845/99, de 29 de mayo.

⁹⁵¹ SSTs 921/01, de 23 de mayo; 845/99, de 29 de mayo; ATS 484/005, de 20 de enero; SSAP Madrid, 1ª., 449/10, de 24 de junio; Barcelona, 5ª., de 4 de noviembre de 2003.

⁹⁵² STS 394/04, de 18 de marzo; Acuerdo Junta Magistrados Secciones Penales AP Madrid de 11 de junio de 2010; SAP Madrid, 1ª., 449/10, de 24 de junio.

⁹⁵³ AAP Madrid, 2ª., 474/09, de 13 de julio.

Se discute si cabe o no la interrupción del plazo de prescripción de la pena. En sentido afirmativo se pronuncia la jurisprudencia mayoritaria, por considerar que, las reglas reguladoras de la interrupción de prescripción del delito, resultan aplicables por analogía a la prescripción de la pena, dada la identidad de fundamento de ambas instituciones⁹⁵⁴, y que, la actividad incidental propia de la fase de ejecución de la pena, tiene eficacia interruptora de la prescripción de la pena⁹⁵⁵.

En contra, la jurisprudencia minoritaria, entiende que, en el actual CP no cabe interrupción o suspensión del plazo de prescripción de la pena, pues nada dice de una eventual interrupción⁹⁵⁶.

El art. 133.2 CP, incorporado por LO 5/2010, de 22 de junio, declara la imprescriptibilidad de las penas impuestas por delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Como consecuencia de tal reformadora disposición legal, en correspondencia con lo previsto para la imprescriptibilidad de determinados delitos en el art. 131.4 CP, la regla de la imprescriptibilidad de la pena se amplía a los delitos impuestos por terrorismo, *si estos hubieras causado la muerte...etc.*

En consecuencia, la prescripción se contabiliza tanto cuando el Juez demora el cumplimiento de la condena como cuando el condenado la elude. Sin embargo, el plazo de prescripción de la pena y su cómputo, se determinan, bien desde la fecha en que la sentencia es firme, bien desde el momento en que se quebranta la condena, atendiendo a la duración de la pena impuesta que resta por cumplir.

Por el contrario, sólo si la pena se ejecuta inmediatamente después de producida la firmeza de la sentencia o si, el delincuente, ya está preso, y en ambos casos el cumplimiento de la condena tiene lugar sin solución de continuidad, no llega a nacer la prescripción de la pena.

⁹⁵⁴ SAP Las Palmas, 1ª., 477/03, de 24 de julio

⁹⁵⁵ STS 1505/99, de 1 de diciembre; SSAP Girona, 3ª., 195/10, de 20 de abril; Madrid, 7ª., 38/08, de 22 de enero; Madrid, 17ª., 596/06, de 13 de julio; Barcelona, 5ª., 23 de septiembre de 2004.

⁹⁵⁶ La interrupción del plazo de prescripción por medio de cualquier acto de dirección del procedimiento de ejecución de la pena contra el condenado daría lugar a analogía *in malam partem*, cuestión vedada en nuestro CP.

2.6.3 La prescripción de la medida de seguridad.

Expuesto su estudio en el Capítulo XI, subapartado 4.3 del presente trabajo, conviene recordar el tenor del art. 135 CP:

1. *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.*
2. *El tiempo de la prescripción se computará desde el día en que haya quedado firme la resolución en la que se impuso la medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse.*
3. *Si el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta.*

La doctrina mayoritaria entiende que, la medida de referencia para el cómputo del plazo de prescripción, no es la pena fijada en abstracto para el ilícito de que se trate, sino la específica impuesta en la sentencia, puesto que, lo que decae por el transcurso del tiempo, no es la medida en abstracto, sino la realmente impuesta.

A diferencia de lo que ocurre con la prescripción de la pena, el apartado 2 del art. 135 CP, no se refiere a los casos de quebrantamiento de la medida de seguridad. En tales supuestos, la doctrina aboga tres soluciones:

- a) Descartar la posibilidad de la prescripción de la medida una vez, ésta, ha empezado a cumplirse, con independencia de que, posteriormente, resulte o no quebrantada.
- b) Aplicar, analógicamente, la regla prevista en el art. 134 CP para las penas, de tal modo que, en los casos de quebrantamiento de la medida, la prescripción de la misma empiece a computarse de nuevo el día en que, el quebrantamiento se produce.
- c) Aceptar la prescripción de la medida a partir del quebrantamiento de ésta, aunque, computando el plazo conforme a los únicos momentos iniciales contemplados por el apartado 2 del art. 135 CP.

El apartado 3 de dicho precepto legal dispone que, cuando el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta. No se refiere, pues, a los casos

de cumplimiento simultáneo de penas y de medidas de seguridad, ya que, en éstos, la medida de seguridad, como hemos visto *ut supra*, debe ejecutarse en primer lugar.

En el caso de la prescripción de la medida de seguridad, la doctrina mayoritaria entiende que, tomando en consideración la naturaleza exclusivamente preventivo-especial de la medida, la función de su prescripción consiste en determinar durante cuánto tiempo se atribuirá validez al pronóstico de peligrosidad que sirve de base a la imposición.

2.6.4 Causas de extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La disolución no encubierta de la persona jurídica.

Con la reforma efectuada por LO 5/2010, de 22 de junio, se introduce, por primera vez en nuestra historia legislativa, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 31 bis CP. Se deroga, de este modo para el Derecho español el principio *Societas delinquere non potest*.

El nuevo modelo, supone reproducir en el ordenamiento jurídico español, la llamada Third Party Strategy (implicación político-criminal de la empresa en la evitación de la comisión de conductas delictivas que puedan favorecerle), presente en numerosos instrumentos jurídicos internacionales, en relación con determinados ámbitos.

Tales medios comunitarios, no obligan a una respuesta específicamente penal a la intervención de personas jurídicas en los ámbitos delictivos más preocupantes (corrupción en el sector privado y en las transacciones comerciales, pornografía y prostitución infantiles, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, etc.).

Sin embargo, no sólo se han ido endureciendo las recomendaciones sancionadoras, sino que, además, han surtido un efecto penalizador en un significativo número de países europeos, hasta hace poco ajenos a la tradicional responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los derechos de corte anglosajón.

No obstante, seguimos a CORCOY BIDASOLO-MIR PUIG, un importante sector de la doctrina considera que, desde un punto de vista político-criminal, la decisión adoptada por la LO 5/2010, es altamente problemática: unos, consideran que, el castigo penal de las personas jurídicas

se opone como mínimo a dos principios fundamentales del Derecho penal de un Estado democrático: el principio de culpabilidad y el principio de personalidad de las penas; además, elevados riesgos para los intereses de las empresas, entre los que se encuentra el reputacional que, una imputación penal, puede representar para la sociedad⁹⁵⁷.

La reforma de 2010, en opinión de GRACIA MARTÍN-ALASTUEY DOBÓN, hace suponer que, las causas de extinción de la responsabilidad penal preexistentes rigen también para ellas. Sin embargo, no lo son la muerte del reo (que presupone a la persona física) y la remisión definitiva de la pena (que presupone la suspensión de la pena privativa de libertad); por otro lado, el perdón del ofendido, no se contempla en ninguno de los delitos en los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El resto de las causas del art. 130.1 CP, por el contrario, pueden aplicarse tanto a las personas físicas como a las jurídicas⁹⁵⁸.

La LO 5/2010, de 22 de junio, no se ocupa tanto de aclarar lo anterior como de añadir una nueva regulación en se de causas de extinción de la responsabilidad criminal del art. 130 CP para evitar el peligro de que, la pena, pueda resultar ineficaz con motivo de la extinción de la persona jurídica por la vía de su modificación legal o de su disolución, estableciendo una serie de excepciones.

En el nuevo apartado 2, del art. 130 CP establece que *La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal*, contrariamente a lo que establece el CP con la muerte de la persona física, evitando su aplicación analógica.

Con esta cláusula, se pretende evitar que, las personas jurídicas condenadas extingan fraudulentamente la responsabilidad penal por medio de su disolución, sin que, expresamente, se establezca que, la disolución implica la extinción de la responsabilidad penal, cuestión implícita en el inciso segundo del apartado 2.

⁹⁵⁷ Mirentxu CORCOY BIDASOLO y Santiago MIR PUIG, *COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL. REFORMA LO 5/2010*, op. cit., pp.133 y ss.

⁹⁵⁸ Luis GRACIA MARTÍN (Coord.) y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., p. 162.

Por otra parte, se trasladará la responsabilidad criminal de la persona jurídica extinta *a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión.*

En los casos de transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica, *El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.*

En cambio, la disolución de la persona jurídica, aunque no se dice expresamente, sí extingue la responsabilidad penal, puesto que, en párrafo singular del art. 130.2 CP, el tenor del texto indica que, *No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.*

La disolución aparente o encubierta de la persona jurídica condenada se da, al probar que, tal persona jurídica, sigue con su actividad económica, exigiendo el precepto indicios tales como identidades, al menos en parte, de clientes, proveedores y empleados. En estos supuestos, se pueden suscitar un concurso de delitos con otros delitos patrimoniales o socioeconómicos, como el alzamiento de bienes (art. 258 CP).

Por lo expuesto, si la disolución de la persona jurídica no es encubierta ni aparente, extingue la responsabilidad penal de la misma.

3. Inscripción y cancelación de antecedentes delictivos.

3.1 Consideraciones de política criminal.

Sin ningún género de dudas, para cumplir el mandato constitucional del art. 25.2, 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 las disposiciones legales penitenciarias, parece lógico que, una vez cumplida la condena, o que, de cualquier otro modo, se extinga la responsabilidad criminal y sus efectos, se depongan inconvenientes que

puedan impedir la firmeza declarada por la CE⁹⁵⁹.

Por este motivo, el art. 73.2 de la LOGP, dispone también que, *los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica*. Sin que sirva de impedimento, la realidad es que, la pena, sigue produciendo efectos, incluso más allá de su cumplimiento⁹⁶⁰.

Los actuales antecedentes delictivos, anteriormente denominados penales, para dar entrada también a la medida de seguridad, pueden llegar a suponer un considerable gravamen para el ciudadano dado que, el no tenerlos es requisito que se exige para ingresar en la Administración, ejercer determinadas profesiones, obtener un permiso de residencia temporal, incluso, puede tener hasta consecuencias jurídico-penales⁹⁶¹.

El aspecto retributivo que, a pesar de todo, sigue estando presente en muchos de los pasajes del sistema de penas que hemos venido estudiando, desaparece, precisamente, seguimos a MAPELLI CAFFARENA, cuando podía jugar a favor del condenado⁹⁶². Si la pena es la justa medida con que una persona debe pagar la comisión de un delito, parece que, tras su debido cumplimiento, el Derecho, no sólo debe evitar la estigmatización del condenado, sino que, coherente con los postulados preventivos, debe hacer un esfuerzo por compensar el paso por una prisión.

Ni el CP de 1995, ni sus posteriores reformas han evitado la vigencia de los antecedentes extinguidos, en principio, debido a razones de orden y seguridad pública. Actualmente, permanecerán en una Sección dentro del Registro Central de Penados y Rebeldes a disposición de juzgados y tribunales⁹⁶³.

⁹⁵⁹ Recordemos a Luis ROCA AGAPITO, *EL SISTEMA DE SANCIONES EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL*, op. cit., pp. 643 y ss.

⁹⁶⁰ Sobre la jurisprudencia del TS acerca de la rehabilitación por cancelación de los antecedentes penales, vid. SSTS 641/07, de 28 de junio y 376/05, de 6 de abril.

⁹⁶¹ En efecto, la existencia de una previa condena, aunque se haya cumplido o se haya extinguido de otro modo la responsabilidad criminal, puede influir de diversas maneras en un posterior proceso penal.

⁹⁶² En tal sentido, Borja MAPELLI CAFFARENA, *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, op. cit., pp. 444 y ss.

⁹⁶³ Artículo 136.4 CP:

4. *Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley.*

La función de los antecedentes penales es doble. Por una parte, han de ser tenidos en cuenta en ulteriores aplicaciones de la ley penal o procesal penal. En primer lugar, permiten comprobar la concurrencia de la agravante de reincidencia en un delito posterior⁹⁶⁴. En segundo lugar, pueden impedir la suspensión de la ejecución de la pena⁹⁶⁵ o la sustitución de las penas privativas de libertad (art. 88 CP), a través, en este caso, del concepto de reo habitual (art. 94 CP). Por último, pueden determinar la denegación de la libertad provisional⁹⁶⁶. Por otra parte, los antecedentes delictivos, pueden

En todo caso, se librarán las que soliciten los Jueces o Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se da, esta última circunstancia.

⁹⁶⁴ Artículo 22.8ª. CP:

Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

⁹⁶⁵ Artículo 81.1ª. CP:

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.

⁹⁶⁶ Artículo 503 LECrim:

1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurran los siguientes requisitos:

1. Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección II del capítulo II del título III del libro I del Código Penal.

2. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

3. Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta Ley.

Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona imputada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1 de este apartado.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto. No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1 de este apartado.

2. También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1 y 2 del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1 del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

Artículo 504 LECrim:

1. La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.

2. Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en los párrafos a o c del apartado 1.3 o en el apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años.

Si fuere condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida.

3. Cuando la prisión provisional se hubiere acordado en virtud de lo previsto en el apartado 1.3.b del artículo anterior, su duración no podrá exceder de seis meses. No obstante, cuando se hubiere decretado la prisión incomunicada o el secreto del sumario, si antes del plazo establecido en el párrafo anterior se levantara la incomunicación o el secreto, el juez o tribunal habrá de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional.

4. La concesión de la libertad por el transcurso de los plazos máximos para la prisión provisional no impedirá que ésta se acuerde en el caso de que el imputado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del juez o tribunal.

5. Para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa. Se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia

impedir el acceso a un cargo público, la obtención de pasaportes, permisos de armas, etc., y su conocimiento por los particulares puede condicionar la concesión de un empleo⁹⁶⁷.

3.2 Inscripción.

Los antecedentes delictivos, constituyen un obstáculo para la reinserción social que postula el art. 25.2 Constitución. La Reforma de 1983 manifestó la voluntad de limitar su uso por la Sociedad. El art. 136.4 del presente CP, mantiene, en esencia, la misma redacción entonces introducida en el párrafo sexto del anterior art. 118 CP:

Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley. En todo caso, se librarán las que soliciten los Jueces y Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se da, esta última circunstancia.

Por más que, el reo, cumpla la pena impuesta o vea extinguida ésta por otra causa de las enumeradas en el art. 130 CP, sigue estando sometido a un efecto de la pena: los antecedentes delictivos. Éstos suponen la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes de la pena impuesta.

Según el art. 252 LECrim, los Tribunales remitirán directamente a dicho Registro, establecido en el Ministerio de Justicia, notas autorizadas de las sentencias firmes en las que se imponga alguna pena por delito, no de las faltas.

A su vez, el art. 253 de dicho texto legal dispone que, *El Tribunal que dicte sentencia firme condenatoria en cualquiera causa criminal, remitirá testimonio de la parte dispositiva de la misma al Juez de instrucción del lugar*

6. Cuando la medida de prisión provisional acordada exceda de las dos terceras partes de su duración máxima, el juez o tribunal que conozca de la causa y el ministerio fiscal comunicarán respectivamente esta circunstancia al presidente de la sala de gobierno y al fiscal-jefe del tribunal correspondiente, con la finalidad de que se adopten las medidas precisas para imprimir a las actuaciones la máxima celeridad. A estos efectos, la tramitación del procedimiento gozará de preferencia respecto de todos los demás.

⁹⁶⁷ Manuel GROSSO GALVÁN, *Los antecedentes delictivos: su cancelación tras la Ley de Reforma Urgente y Parcial del CP*, Documentación Jurídica, monograf. 1, vol. 1, 1983, pp. 267 y ss.

en que se hubiere formado el sumario.

Por otra parte, según el tenor del art. 254 LECrim, *Cada Juez de instrucción llevará un libro que se titulará Registro de penados. Las hojas de este libro serán numeradas, selladas y rubricadas por el Juez de instrucción y su Secretario de Gobierno. En dicho libro se extractarán las certificaciones expresadas en el artículo anterior.*

La Consulta de la Fiscalía General del Estado 2/1991, de 30 de abril, considera que no es imprescindible la anotación de la condena en los registros de los Juzgados, aun cuando el Juez puede ordenarla, siendo suficiente la anotación en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

3.3 Cancelación.

Con objeto de limitar los efectos negativos de los antecedentes penales para el condenado, la ley prevé que pueda obtener su cancelación. En el CP anterior esta cancelación se denominaba *rehabilitación*, término abandonado por el actual Código⁹⁶⁸.

La cancelación de antecedentes está regulada por RD 95/2009, de 06 de febrero, se puede solicitar por el condenado, que ha cumplido la pena y/o medida, a través de un formulario, acreditando su identidad, siendo conveniente adjuntar a tal pretensión, certificado, o copia compulsada, expedido por el Juzgado o Tribunal competente, donde consten las fechas de extinción o cumplimiento de CADA una de las penas impuestas.

El art. 136.1 CP preceptúa: *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.* Seguidamente, el núm. 2 del mismo precepto legal, establece las condiciones necesarias generales de la cancelación:

Para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables:

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

⁹⁶⁸ En orden a la rehabilitación por cancelación de antecedentes delictivos, vid. SSTS 641/07, de 28 de junio y 376//05, de 06 de abril.

económica del reo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso previsto en el artículo 125 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.

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.

A efectos de la cancelación de antecedentes, no se tienen en consideración las condenas por delitos que se cometieron antes de la fecha de los hechos por los que se solicita la cancelación⁹⁶⁹. Si se comete un nuevo delito durante el plazo de cancelación, se pierde el tiempo transcurrido y se computa el plazo una vez cumplida la segunda condena impuesta⁹⁷⁰.

El número 3 del mismo artículo, agrega que, *Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, 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.*

En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.

Para determinar la fecha inicial, de no constar otros datos, se fijará a partir de la fecha de la sentencia⁹⁷¹. En el hipotético caso de que no conste en la causa los datos necesarios para un correcto cómputo de los plazos, se toma en cuenta el lapso favorable al reo, en aplicación del principio *in dubio pro reo*⁹⁷².

⁹⁶⁹ Así, la STS 1568/99, de 29 de octubre.

⁹⁷⁰ En tal sentido, STS 255/05.

⁹⁷¹ Por significativas, ver SSTS 715/06, de 27 de junio y 824/04, de 29 de junio.

⁹⁷² Asimismo, SSTS 145/07, de 28 de febrero y 1270/04, de 08 de noviembre.

En el cálculo de los plazos, se aprecia el tiempo que, el condenado, ha estado en libertad provisional. De no constar la prisión preventiva, siendo habitual en la modalidad de infracción por la que ha sido condenado, se presume que ha existido⁹⁷³. No puede iniciarse el cómputo del plazo hasta que haya sido abonado todo el pago fraccionado pendiente de la pena de multa.

En los casos de suspensión de la ejecución de la condena, queda revocada la suspensión y, el plazo de cancelación, empezará a contarse desde el día siguiente a aquél en que se cumpla la pena. Cuando exista refundición de condenas, no se tiene en cuenta la extensión de la pena refundida sino la extensión de cada una de las penas impuestas en las sentencias⁹⁷⁴.

La cancelación de antecedentes resulta especialmente prominente para la aplicación, o no, de la agravante de reincidencia. Al igual que en el cómputo de los plazos, no puede interpretarse contra reo.

A su vez, el número 5, expresa su tenor del siguiente modo: *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.*

El RD 1879/1994, de 15 de septiembre, conviene un plazo de tres meses para la tramitación y resolución de los expedientes de cancelación de antecedentes penales iniciados a instancia de parte. En sentido inverso a lo preceptuado para el indulto, se establece el silencio positivo de la Administración, de forma que, transcurrido dicho plazo sin interrupciones, se podrá entender estimada la cancelación pretendida cuando no haya habido resolución expresa⁹⁷⁵.

⁹⁷³ En este sentido, STS 690/08, de 07 de noviembre.

⁹⁷⁴ Conózcase los contenidos de la STS 280/06, de 02 de marzo.

⁹⁷⁵ Aludimos a lo reiterado por Mirentxu CORCOY BIDASOLO y Santiago MIR PUIG, *COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL. REFORMA LO 5/2010*, op. cit., pp. 320-321.

4. Inscripción y cancelación de las medidas de seguridad.

Del mismo modo que pueden cancelarse las penas, también se cancelan las medidas de seguridad. El CP, en su art. 137, dispone que, *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.*

Sobre el particular de este apartado, formula MIR PUIG que no afecta a las consecuencias de la responsabilidad penal, en sentido estricto⁹⁷⁶.

⁹⁷⁶ Ibid.

CAPÍTULO XIII

RAZONES QUE SALVAGUARDAN EL RECURSO A LA PENA DE PRISIÓN.

1. Percepción general.

Como hemos descrito en el presente estudio, en el siglo XVIII, surge una nueva forma de penar y de entender los castigos: la prisión, como paradigma del conjunto de técnicas que impondrá una sociedad disciplinaria y las libertades que inaugura el pensamiento de las Luces.

Con la excepción la Escuela Clásica de Criminología, de la mano de Cesare BECCARIA y del filósofo utilitarista Jeremy BENTHAM, que propugnaban la transparencia en las prisiones, ningún pensador alude a dicha forma de castigo, citándola sólo, como medida preventiva anterior al juicio y a la pena. Por lo tanto, a estas alturas, deberíamos plantearnos descartar que, la prisión, constituya el proyecto penal de la Ilustración.

Es, en torno a la conceptualización del castigo, donde podemos practicar el pluralismo teórico, recogiendo de una forma crítica los principales referentes de los distintos ámbitos del pensamiento que creemos básicos para elaborar una historia socio-poli-estructural sustentada sobre un amplio y sólido pluralismo teórico.

2. Fundamentos sociológicos.

Para pensar en una sociología del castigo que no dependa de los avatares de la institución penitenciaria es necesario retomar el discurso de la Ilustración con las advertencias sobre las capacidades emancipatorias del proyecto ilustrado, que jamás se realizará. La pena, y su justificación, es el ámbito más claramente ejemplificado⁹⁷⁷.

⁹⁷⁷ Tal y como apuntamos en el Capítulo III del presente trabajo, tanto la idea de prevención del delito como la de retribución del castigo, vician al castigo y arrastran a sus justificaciones a las políticas de severidad penal. Es la propia justificación del castigo, la que nos lleva a tratar con más cautela el proyecto ilustrado.

Los sociólogos del Derecho⁹⁷⁸ y del castigo⁹⁷⁹ apenas insinúan nuevos abordajes a las viejas disquisiciones. Básicamente han sido dos las formas de ver la historia del castigo y del control social. Indirectamente mantienen cierta capacidad referencial, una en el campo del Derecho y otra en la de la historia social, entre otras cosas porque la producción de nuevos estudios históricos todavía no es en España excesivamente abultada y no ha llegado a renovarse del todo. Todavía.

En primer lugar⁹⁸⁰ hay una explicación *humano/pietista* del decurso de las instituciones de control y castigo que las presenta casi recortadas y separadas de la historia social, como resultado de una lógica interna de progreso y modernización, y de abandono de los impulsos vengativos y las prácticas crueles del *pasado oscuro*. El discurso valorativo, a veces muy cargado de anacronismos, destila *cultura de satisfacción* hacia el presente.

Supuestamente todo va a mejor pues, según creen observar en la evolución histórica, se ha ido imponiendo un criterio más humanizador conforme se progresaba: es el paso de las penas corporales a la pena privativa de libertad; y finalmente, el tránsito a las ventajas de la video-vigilancia para controlar y reducir las posibilidades de impunidad del malhechor⁹⁸¹.

⁹⁷⁸ Alessandro BARATTA (1933-2002), criminólogo y penalista italiano, formador de ideas en torno a la “criminología crítica”, señaló que, el sistema punitivo, produce más problemas de los que intenta resolver y que reprime conflictos en lugar de resolverlos. Sostuvo que, el sistema penal, por su estructura organizativa y su modo de funcionar, es absolutamente inadecuado para realizar las funciones socialmente útiles, es decir, aquellas que se encuentran en el centro de la ideología de la defensa social y de las teorías utilitarias de la pena. Entre otras obras, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal, Siglo XXI*.

⁹⁷⁹ David GARLAND (1955), es uno de los sociólogos más importante en el campo de la criminalidad y de la justicia penal. En *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005, pássim, analiza las transformaciones de diversas instituciones que han tenido lugar en lo que el autor denomina *modernidad tardía*, ubicándolas como elementos interactivos de un campo estructurado de control del delito y la justicia penal. Es el caso del papel que juegan en este escenario las políticas e instituciones tales como *la policía, las condenas judiciales, el castigo, la teoría criminológica, la filosofía penal, las políticas penales, la seguridad privada, la prevención del delito, el tratamiento de las víctimas*.

⁹⁸⁰ Seguimos a Pedro OLIVER OLMO, *CIENCIA HISTORIOGRÁFICA Y PLURALISMO TEÓRICO. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA LA HISTORIA DEL CONTROL Y EL CASTIGO EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO Y EN EL PRESENTE*. Apartado Teórico de la Propuesta Académica e Investigadora, <http://www.uclm.es/profesorado/polover/tem>. pp. 87-108.

⁹⁸¹ Entre otras medidas tecnológicas que se están experimentando actualmente para el cumplimiento de estos fines.

Al encarar las expresiones delincuenciales, esta perspectiva, que ha estado anclada en la tradición historicista del Derecho y de sus regresiones tras el Régimen del General FRANCO, obvia las causas porque parte de un criterio esencialista: siempre hubo delincuentes y siempre ha habido que castigarlos con instituciones que han ido mejorando y humanizando sus prácticas. Se trata de una óptica idealista que, siendo igualmente evolucionista, se encuentra en las antípodas del pensamiento que ha dado origen a la segunda gran perspectiva, la que el profesor Roberto BERGALLI denominó *económico-estructural*.

En la primera vemos la impronta de las sociologías liberales, de las evolucionistas de COMTE y SPENCER a las neoevolucionistas, el funcionalismo de PARSON y otros autores de las teorías de la modernización. En la segunda, muy impactada por la obra de FOUCAULT, resuena muy fuerte el eco del materialismo histórico, desde la Escuela de Frankfurt a la criminología crítica y la sociología penal, las teorías del control social punitivo y la defensa del garantismo penal. A su vez podríamos desagregar con autonomía algunas de estas disciplinas u ópticas que sin embargo se relacionan, porque lo hacen en la práctica o porque algunos autores las relacionan con propósitos de renovación analítica y explicativa.

2.1 La explicación humanitaria.

Respecto de la explicación humanitaria, aparte de alguna monografía aislada de estudios locales, los trabajos más relevantes provienen de la Historia del Derecho, destacando en España la obra del polimentado profesor Carlos GARCÍA VALDÉS. De esta forma de ver y representar podríamos sustraer enteramente nuestra reflexión historiográfica, porque lo que subyace no es otra cosa que una filosofía de la *eternidad penal*. Puro idealismo histórico.

Otra cosa bien distinta sería que nos apoyáramos en la Historia del Derecho y de las instituciones. Ha sido siempre una ineludible fuente de informaciones para una historia socio-estructural del control social y del castigo, de hecho es la tendencia más conocida en relación a la cárcel como objeto de estudio, la primera de todas, por tradición y por relevancia académica.

Verdaderamente ha permanecido muy arraigada en la Historia del Derecho y de las instituciones esa concepción idealista que relaciona la sucesión histórica de la formalidad legal e institucional de los distintos encarcelamientos y de la pena privativa de libertad, pero reflexiona muy poco acerca de los factores sociales y económicos del propio devenir histórico⁹⁸².

Cuando se analiza este tipo de visión historiográfica del devenir del control y el castigo se observa que en el fondo de unos planteamientos teóricos poco elaborados aparece cierta concepción weberiana que apela a la fuerza de las ideas (de las creencias y los estilos de vida) como componentes fundamentales del cambio socio-histórico, lo que más concretamente quedaría explicado por un supuesto *ethos* redentorista identitario y propio de la España católica muy distinto del pragmatismo protestante continental y del puritanismo anglosajón⁹⁸³.

Estos planteamientos deben mucho al viejo y nuevo evolucionismo sociológico. En efecto, y para regocijo de POPPER, el cual, precisamente en esto veía el menos imaginativo de los historicismos, lo que se puede desprender de esta perspectiva es que la historia humana sigue un modelo único, a pesar de que semejante postulado evolucionista está completamente superado en Filosofía de la Historia y, por supuesto, en Teoría de la Historiografía, y a pesar de que es difícilmente sostenible que haya *leyes generales de la historia* (si consideramos la historia en su globalidad).

⁹⁸² Además estudios muy aprovechables sobre instituciones de control, entre los que destaca todavía el de Manuel BALLBÉ MALLOL *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, también hay intentos serios de elaboración de una historia social de las instituciones: José Luis de las HERAS SANTOS, *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Universidad de Salamanca, 1994; una línea de investigación que debe mucho a la obra de historiadores del Derecho y de las instituciones como Francisco TOMÁS y VALIENTE, *Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los borbones*, Historia 16 (Extra VII), 1978; *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, 1990; *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (SS. XVI-XVIII)*, Madrid, 1992; *La tortura en España*, Ariel, Barcelona, 1994.

⁹⁸³ Carlos GARCÍA VALDÉS, (Dir.), *Historia de la prisión. Teorías economicistas*. Crítica (Curso de doctorado), Madrid, 1997. En diferentes capítulos de este libro los alumnos de doctorado del profesor Carlos GARCÍA VALDÉS desarrollan la tesis del propio maestro sobre el proceso histórico de humanización de la pena privativa de libertad. Se viene a decir que, con las evoluciones históricas generales, ganó terreno una especie de substancia redentorista que explicaría el temprano correccionalismo español: *Porque en España la peligrosidad, se dice, no desemboca, necesariamente, en la incorregibilidad, se tiene más fe en la recuperación del delincuente, lo que siempre ha calado hondo* (pp. 63, 129, 408).

Además, si el objeto cambiante es la humanidad entera, claro, en esa totalidad singular, cualquier aspecto humano –el tratamiento penal, por ejemplo evoluciona porque lo hace la totalidad. Se explica la historia del castigo así a pesar de la tremenda variedad de poblaciones humanas (desde tribus a comunidades locales y estados-nación) que han seguido caminos evolutivos muy diferentes.

Por lo demás, en sus versiones más toscas, ya podemos deducir igualmente que, en contra de cualquier evidencia historiográfica, el cambio es direccional y unilineal (sigue un modelo de trayectoria preestablecida), desde lo primitivo a lo desarrollado, de lo simple a lo complejo, de la dispersión a la agregación, de la homogeneidad a la diferenciación, del caso a la organización. Está claro que no existe un único modelo de cambio, al igual que existe una historia cambiante de la noción de progreso que conviene conocer para no caer en planteamientos rancios y absurdos.

Hay una gran variedad cualitativa de las sociedades: algunas son diferentes; no quiere decir que estén atrasadas, no al menos desde las posiciones del relativismo cultural que se enfrenta a las concepciones prejuiciosas de los etnocentrismos.

Con todo, lo más implícito de esta forma de explicar el devenir del castigo y de los instrumentos de control social es que sobreentienden que se trata de un despliegue de potencialidades inmanentes -en el caso del profesor GARCÍA VALDÉS potencialidades patrias muy específicas-, y que ese impulso hacia el cambio está dentro de la naturaleza de la sociedad humana porque se busca la autorrealización de un proceso gradual que siempre se va incrementando (aunque a veces ocurra con crisis, rupturas o acelerones).

Así se desdeñan los factores exógenos. Sin ir más lejos nuestro presente está asistiendo a su importancia (¿o acaso no han sido los ataques, por supuesto exógenos, del 11-S los que han desencadenado los trascendentes cambios en las políticas de control tanto en EEUU, a través de la *Patriot Act*, como en otros muchos países, algo que se está repitiendo en España tras el 11-M de 2004 y en Gran Bretaña después del 15-J de 2005?; ¿y no ha sido un factor exógeno –el de la guerra y la invasión- lo que más cambios ha producido últimamente en países como Afganistán e Irak e incluso en toda el área geoestratégica de Oriente Medio?).

No se trata de algo insólito. No es solamente (aunque también) la expresión de los cambios acelerados del presente. Se han documentado miles de regresiones y de crisis globales e incluso colapsos de civilizaciones como en Grecia, Roma, el imperio Maya, etcétera, con el impacto que todo eso tuvo en el resto de zonas colindantes.

Otra deducción lógica es la de los estadios necesarios, lo que al hablar de distintos modelos de castigo –como el que contempla castigos vergonzantes- suele provocar sentencias vulgares del tipo “están todavía en la Edad Media”. Se diría que la evolución penal pasa por estadios o fases objetivables (infancia, juventud, madurez...).

Sin embargo, se obvia algo muy importante y bastante generalizable: algunos estadios pueden omitirse o acelerarse por lo mismo que hemos dicho, por factores exógenos (conquista, colonización, dominación, etcétera), sin olvidar que los fenómenos migratorios favorecen el difusionismo y provocan alteraciones sobrevenidas en esas pautas de evolución social.

Además, el cambio evolutivo se considera espontáneo, involuntario, imperceptible. En algunas versiones es algo así como una fe estructuralista, o una confianza en el “ya llegará” de cualquier estadio superior de la evolución similar al crecimiento de los organismos, lo cual significa que se obvia la importancia del esfuerzo humano por cambiar, y no se considera algo que la evidencia historiográfica demuestra día a día: que hay cambios sociales inducidos conscientemente, y también cambios en el ordenamiento penal y en las técnicas de control, precisamente porque los promueven y ejecutan las instituciones políticas o porque son demandados o rechazados por los movimientos sociales.

Sin embargo, es esa concepción e idealista la que ve el cambio evolutivo como equivalente a progreso, a pesar del desmentido del pensamiento ecologista y de los hechos sangrientos del siglo XX o de estos primeros años del XXI, y más concretamente, por lo que nos toca, a pesar de lo mucho que ponen en entredicho la noción moderna de progreso las terribles regresiones que ilustran los campos de exterminio en el supuesto camino evolutivo humanizador de la cultura punitiva.

En definitiva, se diría que quienes hacen esta lectura de signo humano-pietista y ante todo idealista del devenir del castigo y la constitución de distintos aparatos de control social, además de demostrar una gran inopia voluntaria hacia la teoría historiográfica, han asumido de forma acrítica el décimo de los postulados perniciosos que TILLY dice que hemos heredado del siglo XIX: consiste en asumir que las formas legítimas (el Estado, por ejemplo) sirven a la integración y al control social, mientras que las formas ilegítimas coactivas y conflictuales surgen del cambio y del desorden, obviando que no pocas veces la coerción y la violencia institucional ejercida por el Estado y por sus funcionarios no se distinguen ni del crimen ni de la violencia social y llegan a quebrar el orden social⁹⁸⁴.

2.2 La perspectiva económico-estructural.

Podemos reducir o ampliar los contenidos y las aportaciones de esta perspectiva. Si la acotamos de acuerdo con sus orígenes vemos en ella la impronta del marxismo en varias disciplinas que se ocupan del campo de estudio relacionado con el control y el castigo pero también con la delincuencia entendida como expresión de conflicto social.

Ahora bien, la dinámica seguida por esta forma de ver ese campo de la realidad social o socio-histórica, diluye su tentación doctrinal y permite ampliar su campo relacionándose con otras aportaciones del pensamiento. Es aquí, aunque en nuestro caso se amplíe, donde mejor vemos la posibilidad de encontrar bases teóricas sólidas para una historiografía socio-estructural no determinista que tenga en cuenta un rosario de factores determinantes de la compleja transformación de las sociedades, sin ir más lejos: los socioculturales, los de la estructura social y económica, los que han sido referenciales para los discursos y las prácticas institucionales, y los que se estructuran en las prácticas participativas de los movimientos sociales y las acciones colectivas.

Con el rechazo del estructuralismo más abigarrado y desalmado, llegó también el repudio de la historia social que consideraba, por ir a lo concreto, que el análisis de las estructuras normativas del castigo no podía aislarse de los procesos socioeconómicos y socioculturales.

⁹⁸⁴ Charles TILLY (1929-2008), *Grandes estructuras, procesos amplios, comparaciones enormes*, Alianza, Madrid, 1991, pássim.

Justo SERNA ALONSO ha sido el historiador que más tempranamente adoptó la llamada *perspectiva económico-estructural*: se refiere a una lógica histórica del sistema disciplinario de encierro, pues la implantación de la prisión estaría en relación con los problemas derivados de la estructura productiva, en especial, del desempleo y las condiciones de trabajo: si con las revoluciones liberales se sanciona una reorganización social capitalista, el régimen penitenciario se conformaría como una de sus expresiones, *probablemente la más manifiesta y cruel*⁹⁸⁵.

Las consecuencias teóricas de ese planteamiento parecen superadas pero siguen siendo aprovechables. No hace falta que volvamos a matizar lo que ya hemos hecho en el capítulo anterior al analizar el desarrollo crítico de la historia social al compás de la crisis del marxismo y de otros grandes paradigmas. Lo cierto es que esta perspectiva económico-estructural nos ayuda a comprender lo que aporta el marxismo a las ciencias sociales que estudian las formas penales y de control. Otra cosa bien distinta es que ella misma haya tenido que evolucionar y que en realidad desde los años setenta del siglo XX sus planteamientos se vieran matizados y enriquecidos por la obra de FOUCAULT.

Los planteamientos marxistas del derecho fueron elaborados en su día por PASUKANIS, y los de la historia de la criminalidad, aunque relegados durante décadas, comenzaron a ser muy bien esbozados por RUSCHE y KIRCHHEIMER en los años treinta del siglo XX. Mucho más tarde, en la década de los setenta de dicho siglo, fueron rescatados por MELOSSI y PAVARINI buscando la relación de la penalidad con los modos de producción hasta el capitalismo.

Desde esos puntos de vista, el Derecho, es el armazón ético-jurídico de la penalidad, pero la pena reina en el capitalismo, la de prisión, habría nacido fuera del Derecho, según se extendía el modo de producción capitalista, con el objetivo convertir a los campesinos expulsados del campo en los obreros industriales que el sistema fabril necesitaba⁹⁸⁶.

⁹⁸⁵ Justo SERNA ALONSO, *Presos y pobres en la España del XIX: La determinación social de la marginación*, op. cit., p. 358.

⁹⁸⁶ Georg RUSCHE, Otto KIRCHHEIMER y otros, *Pena y estructura social*, 1984, Temis, Bogotá, 2004, pássim.

Esta visión empezó siendo un modelo teórico, el más coherente de los derivados del marxismo en este campo de estudio, pero en la práctica muy tempranamente en parte se *desmarxistizó* por el impacto de la obra de FOUCAULT, pues estos historiadores pronto empezaron a estudiar los discursos y las prácticas penales para entender la producción contemporánea de los poderes y los saberes penal-penitenciarios.

Vigilar y Castigar de FOUCAULT se apoya en RUSCHE y KIRCHEIMER pero para decir que, el sistema capitalista necesitó crear un poder microscópico con el que fijar a los hombres al modo de producción. Esa relación no era sólo económica. Se basaba en procesos simultáneos de producción de *disciplinas*, las que hacen que el ejercicio del poder sea menos costoso.

En la historiografía española del castigo con claras influencias foucaultianas destacan las obras de Pedro TRINIDAD, Pedro FRAILE y Horacio ROLDÁN⁹⁸⁷.

Por último, siguiendo las nuevas tendencias, las que en sociología penal ha desarrollado sobre todo David GARLAND, abriéndose a las aportaciones de la antropología cultural y de la historia sociocultural, los historiadores que han conocido esta perspectiva económico-estructural se están ahora apoyando en autores como Norbert ELIAS para analizar procesos de criminalización al tiempo que de civilización, una tesis que ha desarrollado Robert MUCHEMBLED⁹⁸⁸.

2.3 El campo de significados del control y el castigo.

Cuando optamos por visiones interdisciplinarias, en buena medida se nos hace necesario explicitar el uso crítico que hacemos de los conceptos comunes de las ciencias sociales, más aún cuando provienen de tratamientos y hasta de acuñaciones disciplinares diferentes a la nuestra.

⁹⁸⁷ Pedro FRAILE y PÉREZ DE MENDIGUREN, *Un espacio para castigar*, op. cit.; Horacio ROLDÁN BARBERO, *Historia de la prisión en España*, op. cit.; Pedro TRINIDAD FERNÁNDEZ, *La defensa de la sociedad: Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, op. cit., pássim.

⁹⁸⁸ Robert MUCHEMBLED, *L'invention de l'homme moderne. Sensibilités, moeurs et comportements collectifs sous l'Ancien Régime*, Fayard, París, 1988, pássim.

En verdad, nosotros realizamos una aplicación empírica e histórica de conceptos normalmente usados y muchos de ellos producidos por la sociología (como el de control social) o por las ciencias penales o incluso por la filosofía del derecho (como es el caso del castigo y la constitución de diferentes instituciones punitivas).

Aunque aquí nos aproximamos a historiar estos dos grandes conceptos, ambos componen un campo de significados mucho más amplio. Así, en nuestro propio campo semántico historiográfico manejamos: *control social, control social formal, control social informal, control punitivo, criminología crítica, criminología de la intolerancia, penalidad, prisionización, desviación, estigmatización, etiquetación, victimización, victimización secundaria, exclusión, segregación, procesos de legalización, procesos de criminalización, violencia estructural, violencia social, violencia institucional, violencia punitiva, violencia simbólica, integración-desintegración, interacción social, redes de poder, biopoder, etc.*

2.3.1 La noción de control social como castigo: perspectiva criminológica y jurídico penal.

En realidad, la aplicabilidad historiográfica de este concepto toma verdadero sentido cuando lo relacionamos con la problemática del castigo, mayormente porque *control social* no es una noción que se usara en épocas pasadas (y por lo tanto no aparece en las fuentes). Es un concepto creado por la Sociología. Tiene un armazón heurístico y su aplicación historiográfica sólo se entiende cuando se realiza la verificación histórico-empírica de su valor.

La historia del mismo, con ser importante para delimitar críticamente sus usos, si seguimos a KOSELLECK⁹⁸⁹ tiene menos capas y menos sedimentos que separar. Es más bien la historia de la relación y el conflicto entre algunas teorías recientes sobre el orden y el cambio social en las sociedades industriales, con los planteamientos sociológicos modernos (en principio sobre todo los de DURKHEIM) como telón de fondo de todas ellas⁹⁹⁰.

⁹⁸⁹ Reinhart KOSELLECK (1923-2006), teórico de la Historia y del lenguaje en el que la Historia se mueve, uno de los intelectuales alemanes que más y mejor hizo evolucionar la comprensión de la Historia durante la segunda mitad del siglo XX. *Historia y Hermenéutica*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1997, pássim.

⁹⁹⁰ Para ampliación de lo dicho, vid. Pedro OLIVER OLMO, *El concepto de control social en la historia social: estructuración del orden y respuestas al desorden*, *Historia Social*, núm. 51, 2005, pp. 73-91.

Se empezó definiendo el control social en términos de autorregulación social como resultado de la acción social informal y su interacción con el Estado. Pero hoy el concepto de control social se encuentra disociado: o es entendido como teoría y política del consenso social o como categoría analítica de las estructuras de dominación y las respuestas conflictuales en las relaciones sociales.

La razón de esa indefinición y disociación está en la propia historia del concepto sociológico. Surgió de la mano de la sociología norteamericana a principios del siglo XX, ante la preocupación por los efectos desintegradores del orden social que provocaban la expansión del capitalismo industrial y el imperialismo. Después, a mediados del siglo XX, tomaron el relevo las teorías funcionalistas norteamericanas de PARSONS y MERTON, así como a la Teoría de Sistemas de Niklas LUHMANN (más aún en Europa, donde se asumió con rapidez la noción de control social formal penal y punitivo).

Más tarde se desarrollaron otras perspectivas del control social más alternativas: las teorías de la desviación social de un E. H. SURHERLAND a las de la reacción social y el etiquetaje de LEMERT, MATZA, GOFFMAN, y las más radicales de la criminología crítica marxista y las teorías conflictuales (sin olvidar el impactante efecto del revisionismo radical de FOUCAULT).

Para determinados autores⁹⁹¹, el control social propicia el consenso o la represión y gestión del conflicto social. Efectivamente, cuando observamos otros tratamientos disciplinares, por ejemplo, los penológicos vemos que hay dos grandes visiones: la más idealista del “control social del consenso” y la que prefiere definirlo en términos materiales de “control jurídico-penal del Estado” (es decir, aquel que se ejerce principalmente en términos normativo-coactivos a través de agencias de control punitivo como los cuerpos policiales, la jurisdicción y la administración penales y las instituciones penitenciarias).

⁹⁹¹ Seguimos, por todos, a Pedro OLIVER OLMO Pedro OLIVER OLMO, *El concepto de control social en la historia social: estructuración del orden y respuestas al desorden*, op. cit., pp. 73-91.

Pues bien, es esta última perspectiva teórica la más coherente y útil para los planteamientos que ya hemos expuesto de la *nueva historia social*, pues conlleva la historicidad de la noción de control social punitivo, ya que asume la conflictividad de las relaciones sociales y entiende que los mecanismos de control social (y la propia acción del Estado en cuanto agencia humana desde arriba) responden a la realidad de las dominaciones políticas, las contradicciones económicas y los conflictos de clase en las sociedades modernas. Estas son las bases teóricas que planteamos en una historiografía socio-estructural del control y el castigo.

En cambio, y en consonancia con determinados autores para contribuir todavía más a la ambigüedad de los usos de este concepto, la óptica estructural-funcionalista del pensamiento penológico prefiere definir el control social como un sistema abarcador de todos los resortes que constituyen el orden social mismo, es decir, tanto los resortes y prácticas de socialización como los instrumentos formales de represión, desde la escuela a la familia o la comunidad, pasando por la opinión pública, los Tribunales, la policía o las cárceles⁹⁹².

De todas formas, lo que ha calado en la historiografía española es cierta óptica *radical* del control social que lo entiende siempre como expresión de mecanismos de coerción en las relaciones de poder y de clase a lo largo de los procesos de formación y desarrollo del capitalismo o en períodos históricos concretos (es decir, los postulados básicos y comunes de la criminología crítica).

Así se solapa el control social al castigo, lo cual no es del todo incorrecto si no se reduce su compleja significación al amplísimo campo de estudio de los controles sociales punitivos. Porque, en efecto, de la base teórico-conceptual del control social se deduce que es más pertinente aplicarla a *controles* punitivos concretos relacionando su nivel micro-sociológico con procesos de cambio social.

El resultado es normalmente rico para la historia social siempre que no se oriente exclusivamente en un sentido intra-institucionalista y se ubique en el devenir de esos mecanismos de control dentro de campos de interacción social inteligibles (como respuestas al desorden, ya sean crímenes

⁹⁹² José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, *La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*, <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA2015/diez15.htm>.

definidos como tales por las instancias de orden, como otro tipo de transgresiones y conflictos sociales, económicos, políticos o culturales).

Así pues, y encajando la vertiente informal de los controles sociales no como un riesgo de imprecisión sino como una posibilidad de riqueza explicativa), al concretarlo en el ámbito del control social punitivo, ni estudiamos el castigo en abstracto ni reducimos el objeto de estudio a instituciones aisladas del subsistema carcelario o de vigilancia y policía. Estudiamos los procesos de estructuración conflictiva del orden social y en ellos delimitamos la actuación de los sistemas de control social punitivo (o también la historia social de las instituciones de control punitivo).

Como ya se ha dicho, aunque quede mucho por hacer y prácticamente todo por redefinir desde la moderna teoría historiográfica, este tipo de estudios no son infrecuentes. Ni tampoco existe una única perspectiva. Por eso mismo habrá que conocerlas, sistematizar sus planteamientos, aprender y decidir qué se puede y conviene admitir para contar con un acendrado pluralismo teórico y qué otros enfoques y explicaciones no pueden tener cabida en la proyección de una historia socio-estructural del control y el castigo en la contemporaneidad y el tiempo presente.

2.3.2 La problemática clásica del castigo en el presente.

Cualquier historiador que quiera observar los campos trillados del castigo (o de su interacción con el del control social en cuanto que control punitivo, cuando quiera conocer e historiografiar este concepto), comprobará que ha de hacerlo en términos de problemática, o más bien, de decurso de una reflexión profundamente humana que no cesa.

¿Por qué castigamos y cómo producimos la legitimidad del castigo? ¿Cómo conceptualizar el hecho mismo de que unos hombres encierren o torturen y maten a otros hombres dentro de un cierto procedimiento judicial igualmente construido por prácticas y discursos? ¿Y qué campo de significado social y cultural envuelve en cada momento la práctica del castigo? ¿Qué, por qué y para qué se castiga? ¿Quién castiga y qué defiende al hacerlo?

Tales han sido las preguntas que se han hecho destacadas figuras del pensamiento occidental como John RAWLS⁹⁹³, al hablar de desobediencia al derecho punitivo, o Luigi FERRAJOLI⁹⁹⁴, al elaborar una teoría del garantismo penal⁹⁹⁵. Y, con esos y otros interrogantes, debe el historiador dar forma a sus objetos de estudio más concretos (aun cuando sean multiformes), ubicándolos en el devenir de los procesos de criminalización que se han desarrollado conforme se estructuraba o entraba en crisis un orden social dado.

A fin de cuentas el historiador ha de ser consciente de que el castigo, más que un objeto uniforme, ha devenido en una gran variedad de procesos sociales e instituciones legales y no legales, formales y no formales (desde la cárcel a la guillotina, la multa o la ejecución extra-judicial), que conviene considerar e interrelacionar.

Incluso si por necesidades de delimitación e identificación entendemos el castigo de una manera formal, o sea, como institución legal, debemos ser conscientes de que se asienta sobre lógicas informales sociales y culturales, lo cual convierte al castigo en una institución social y en un “artefacto cultural”⁹⁹⁶.

Por eso David GARLAND, aunque prefiere definir formalmente el castigo como una institución social (es decir, una estructura organizada y estable de prácticas sociales que de forma estable responde a necesidades y conflictos recurrentes), basa su “sociología del castigo” en el

⁹⁹³ John RAWLS (1921-2002), profesor de Filosofía Política en la Universidad de Harvard, considerado uno de los más importantes filósofos políticos del siglo XX. Su teoría política propone dos principios sobre los cuales basar la noción de justicia a partir de una posición original en el espíritu contractualista de los filósofos políticos clásicos. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 63 y ss.

⁹⁹⁴ Luigi FERRAJOLI (1940), jurista italiano, uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, teoría que desarrolló inicialmente en el ámbito del Derecho penal pero que considera, en general, un paradigma aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales. Se define como un iuspositivista crítico. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, 7ª. Edición, Madrid, 2005, pássim.

⁹⁹⁵ Simplemente estamos recordando el matiz teórico esencial que ha ido teniendo este concepto a lo largo de su historia. La exposición más detallada de esta problemática podemos estudiarla en Pedro OLIVER OLMO, *Cárcel y sociedad represora. La criminalización del castigo en Navarra (siglos XVI-XIX)*, Universidad del País Vasco, 2001. En todo caso volveremos sobre esta cuestión en el último apartado, cuando repasemos los principales referentes que proponemos para apoyar una historia socio-estructural del control y el castigo.

⁹⁹⁶ David GARLAND, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. México DF, Siglo XXI, 1999, pp. 36-37.

estudio de las sensibilidades sociales y las pautas culturales que explican la reacción penal contra las conductas que se consideran delictivas en cada sistema social.

En la historiografía del castigo encuentra GARLAND la lectura diacrónica que necesita para ver el cambio y no sólo las recurrencias y la sincronía. Pero lo intenta es explicar el contexto de la acción social y penal aprehendiendo la densidad cultural que lo conforma (en su doble vertiente de *cultura cognitiva* –la de las mentalidades, ideas o creencias y sus representaciones significativas-, y *cultura afectiva*, la de las distintas formas de producir y expresar sensibilidades y sentimientos)⁹⁹⁷.

Sobre la justicia y la penalidad (dos conceptos que desde ya mismo estamos ubicando en el campo de significados del castigo) han reflexionado tanto PLATÓN como ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS o MONTESQUIEU, ROUSSEAU, KANT, HEGEL, MARX y NIETZCHE o TOLSTOI además de DURKHEIM, WEBER o FREUD, por citar algunos de los más relevantes de entre otros muchos, sobre todo los ilustrados del continente y los utilitaristas anglosajones como SMITH o BENTHAM.

En general, cuando pensaron en *la cosa en sí*, en el castigo mismo como esencia aunque no como función finalista, pues admitieron que, si bien era socialmente necesario, debía ejercerse con fines o utilitaristas o retribucionistas, y siempre, prácticamente en todos los casos, relacionaron la práctica de las puciones con la problemática del gobierno y la organización social.

En realidad era una reflexión religiosa y laica sobre *el mal*. La pena era para HOBBS un mal racional muy útil porque aseguraba la obediencia social. Seguía en parte la estela iniciada por San Pablo en la *Carta a los Romanos*. Lo comenta RICOEUR al señalar que Pablo introduce la figura del magistrado en el cristianismo: frente a la Ley del Amor del *Sermón de la montaña* teoriza sobre el castigo terrenal y le otorga justificación (sancionada por Dios) por tratarse de una forma de devolver mal por mal “para mi bien”⁹⁹⁸.

⁹⁹⁷ Ibid., pp. 328-329.

⁹⁹⁸ Paul RICOEUR (1913-2005), *Historia y verdad*, Madrid, 1990, p. 219.

Mucho tiempo después Adam SMITH iba a presuponer un marco de felicidad (“el sencillo y obvio sistema de libertad natural”) en el que la supuesta paradoja demuestra que en realidad se ha de prohibir no ser libre conculcando las leyes. Aunque será la filosofía penal utilitarista de BENTHAM la que mejor va a defender la idea contractual de que la ley penal procura la felicidad de los hombres pues el castigo, aunque sea malo en sí mismo, es necesario para evitar “otro mal mayor”, el que infringe el delincuente a la voluntad general del cuerpo social, verdadero sujeto colectivo que no hace sino defenderse cuando castiga⁹⁹⁹.

En la práctica será la propuesta del *Panoptico* de BENTHAM la que más va a influir al menos para modelar el como sí del debate del liberalismo ya en el poder, con lo que se iniciaría la noción misma de *ciencia penitenciaria*¹⁰⁰⁰. Fue entonces cuando, según el criterio de FERRAJOLI, los políticos y los profesionales de la justicia cambiaron de una forma reaccionaria el discurso ilustrado sobre el castigo y convirtieron la pena privativa de libertad y la prisión como institución en las reinas de la penalidad liberal con un discurso supuestamente humanizador respecto de la prácticas de la tortura judicial y la pena capital propias del Antiguo Régimen¹⁰⁰¹.

¿Acaso no era esa la consecuencia lógica de la teoría del mal menor de BECCARIA y los filósofos liberales clásicos? Es una de las tesis que subyacen desde la contundente interpretación de FOUCAULT. Porque, efectivamente, no se trata de ver el castigo sólo por sus efectos negativos. Hay que verlo como una tecnología que se humaniza para castigar las *almas* de los reos –el cuerpo se hace cárcel del alma- dentro de una cadena de efectos positivos para la funcionalidad de las nuevas relaciones de poder¹⁰⁰².

Esa *dulzura penal* de la modernidad, la que representa la prisión frente a los castigos corporales del Antiguo Régimen, es un buen ejemplo de *microfísica del poder*, de *genealogía de la sociedad disciplinaria* y de la gestación de saberes y ciencias humanas que se van a ocupar de la relación entre el poder y las técnicas del cuerpo.

⁹⁹⁹ Enrique Eduardo MARÍ, *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Hachette, Buenos Aires, 1983, pp. 63-65.

¹⁰⁰⁰ Pedro FRAILE y PÉREZ DE MENDIGUREN, *Un espacio para castigar*, op. cit., p. 39.

¹⁰⁰¹ Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1998, pássim.

¹⁰⁰² Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI editores, Decimosexta reimpresión, Madrid, 2009, pp. 78 y ss.

Además, para FOUCAULT, con la extensión de las disciplinas a lo largo del siglo XIX pasamos a la época del control social marcada por el panoptismo¹⁰⁰³. En ese período fracasa la formalidad del castigo pero eso hace que paradójicamente sea funcional. Esa idea de fracaso es compartida por muchos historiadores críticos con FOUCAULT, para quien en el siglo XX podríamos hablar de un aumento del grado de problemática del castigo dado que subsisten pese a su auténtica disfuncionalidad social porque han asumido una vida propia independiente.

La problemática del castigo en realidad ha ido cambiando y siguiendo los nuevos caminos de las políticas de control. En estos primeros años del siglo XXI, tan marcados por las reacciones de emergencia penal que sobre todo están protagonizando los gobiernos norteamericano y británico tras los atentados terroristas de 2001 y 2005 en Nueva York y Londres, estamos asistiendo a una verdadera transición. Este proceso ya estaba sucediendo desde mucho antes de la irrupción de *Al Qaeda* en la política internacional y de la puesta en marcha de la política de *guerra preventiva y guerra contra el terror*.

En efecto, no pocos gobiernos de países occidentales ya habían pasado en las décadas de los ochenta y noventa de criticar a ir aboliendo las políticas asistenciales que dimanaban del viejo paradigma correccionalista y del principio rehabilitador de la pena privativa de libertad, o sea, esos valores que dieron pie a la puesta en marcha de controles preventivos socializadores y de tratamientos resocializadores (penitenciarios y post-penitenciarios), en algunos caso ambulatorios, que tantas polémicas suscitaban en la década de los sesenta y setenta¹⁰⁰⁴.

Y así, en los últimos años, otros planteamientos han ido extendido e implementando las políticas penales y la propia industria penitenciaria, al compás del desmantelamiento del *Estado Providencia* y del diseño de nuevas estrategias de control basadas en los principios de la *tolerancia cero*. Estaríamos asistiendo a una profunda transformación en la que se está haciendo hegemónica la cultura del control. Se comprende mejor estos cambios del presente si traemos al campo de análisis una historia socio-estructural del castigo moderno.

¹⁰⁰³ Michel FOUCAULT, *Dits et écrits II* (Dichos y escritos, vol. II), París, 1994, pássim.

¹⁰⁰⁴ Antes de la revolución conservadora en REAGAN y THATCHER.

2.3.3 Referentes teóricos para una perspectiva socio-estructural.

A la hora de historiografiar el castigo deberíamos poner en relación los referentes teóricos más importantes, los verdaderamente paradigmáticos. Y como ya se ha adelantado podemos encontrarlos en algunos análisis marxistas que siguen la estela de la Escuela de Frankfurt y en las obras de DURKHEIM y FOUCAULT, entre otros, a las que también conviene añadir por su importancia transversal la obra de WEBER y el enfoque culturalista de la teoría social del castigo formulada por David GARLAND.

Hay que ser conscientes de que, como teorías generales, la de MARX y DURKHEIM (además de la de FOUCAULT por inadmitir la teoría misma), son, en gran medida, incompatibles; pero asimismo no lo son tanto cuando desplazan sus análisis a campos de estudio más concretos, como el del castigo. Si se evitan los esencialismos filosóficos, se podrá asumir un pluralismo teórico que sirva a una perspectiva historiográfica socio-estructural.

Existe todo un repertorio de obras historiográficas que se han hecho clásicas, precisamente, porque han recogido y aplicado lo esencial de esos planteamientos teóricos paradigmáticos. Anticipemos las más importantes. Algunas ya han sido citadas, por ejemplo, las marxistas porque, con anterioridad, ya hablábamos del reflejo en España de la perspectiva económico-estructural: nos hemos referido a los estudios de RUSCHE y KIRCHEIMER en la década de 1930 y a los de MELOSSI y PAVARINI además de otros estudiosos, en la década de los setenta. Pero también conocemos el ejemplo historiográfico que mejor ha aplicado las tesis de Emile DURKHEIM, el de la obra de Kai ERIKSON¹⁰⁰⁵.

Si examinamos la perspectiva propiamente foucaultiana podemos observar la obra de autores como Michelle PERROT, G. WTIGTH, R. A. NYE, más una larga lista de medievalistas, modernistas y contemporáneos que han criticado o matizado al filósofo (desde STONE a SPIREMBURG, BEATTIE, LANGBEIN o P. O'BRIEN).

¹⁰⁰⁵ Kai ERIKSON (1931), sociólogo norteamericano, *Puritanos rebeldes: Un estudio de la Sociología de la Desviación*, Nueva York, 1966.

En DURKHEIM debemos valorar que, con él, se empezó a analizar la fenomenología del castigo y del delito en clave sociológica y no patológica, lo cual, en sí mismo, significó un verdadero varapalo para el positivismo criminológico y, como quiera que éste sigue reverberando en algunos planteamientos actuales, las tesis del sociólogo francés continúan siendo hasta cierto punto interesantes¹⁰⁰⁶.

En coherencia con su funcionalismo sociológico, sin él no se entenderían ni PARSON ni MERTON ni mucho menos LUHMANN, además de considerar normal y funcional el delito, encontró en la penalidad la clave para el análisis de la sociedad, pues representaba una forma privilegiada de funcionamiento de la *conciencia colectiva*, es decir, de las mentalidades y creencias¹⁰⁰⁷.

La concepción funcionalista del castigo va a influir mucho en las teorías del Derecho sobre la prevención general positiva y las sociologías del Control Social como socialización del consenso comunitario, porque la pena viene a cumplir la función de reforzamiento del orden constituido y la solidaridad social, un principio que parece negar los intereses de clase y de poder que conforman el Derecho y por lo tanto el control y la aplicación de la penalidad.

Un planteamiento que esencialmente no es válido para nuestra perspectiva de historia socio-estructural que analiza las relaciones de conflicto, lo cual no quiere decir que se desconsidere el estudio de las emociones y las sensibilidades colectivas como expresiones culturales que forman parte o interactúan con los sistemas de control y castigo. Por ejemplo, al describir la interconexión del gobierno y la población rompe cierta visión bipolarizadora entre controladores y controlados para introducir un tercer elemento, el de los observadores, un tercer actor que se moviliza y a veces provoca la acción punitiva.

Además, todo indica que DURKHEIM sigue siendo útil para la historiografía. No sólo por habernos dado la polémica significatividad del concepto de anomia (la que se produciría, precisamente, cuando las pautas de control y castigo no funcionan).

¹⁰⁰⁶ Emile DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*, Alianza, Madrid, 1988, pássim.

¹⁰⁰⁷ Emile DURKHEIM, *Dos leyes de la evolución penal*, Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales, núm. 13, Buenos Aires, 1999, pp. 71-90.

Lo cierto es que los historiadores que analizan los comportamientos colectivos como reacción a las violaciones de la ley siguen considerando las tesis de DURKHEIM, especialmente cuando usan la escala micro y estudian comunidades pequeñas en las que es detectable la fuerza constitutiva de las relaciones sociales de lo que él llamó la conciencia social¹⁰⁰⁸.

En cambio, para una perspectiva socio-estructural, no creemos válida la noción misma del castigo como liberación de energía anímica comunitaria, tesis que validó ERIKSON a propósito del fenómeno acaecido en Salem. Y, en todo caso, en sistemas sociales tan complejos como los de nuestra historia presente, los sentimientos colectivos son muy variados y muy contradictorios. En cierta medida estos planteamientos de DURKHEIM relativizan la evidente historicidad del castigo.

Es aprovechable siempre que reconsideremos el planteamiento durkheimiano de conciencia colectiva, reconociendo (como ya se ha hecho aquí) que las normas punitivas no sólo se explican por imposición del poder establecido o la moral rectora de una comunidad, y admitiendo de una forma no mecanicista que, en torno a ellas, se producen sentimientos sociales de adhesión (de alguna forma la sociedad mediática de hoy reproduce nuevos *rituales punitivos* que, aunque requieren nuevas categorías para nuevos análisis, por ejemplo las foucaultianas, no pueden desconsiderar las aportaciones de DURKHEIM al respecto de su funcionalidad).

Verdaderamente, ese funcionalismo durkheimiano está completamente ausente en los autores marxistas. El delito, expresa conflictos y problemas de la sociedad de clases y en cualquier caso no ayuda a conformar nada, puesto que es concebible una sociedad comunista en la que no habrá comportamientos delictivos.

MARX apenas contribuyó al campo de la penalidad, pero sí no pocos pensadores marxistas. No vamos a abundar mucho en esta aportación pues ya nos hemos referido a ella en el apartado anterior al hablar del Derecho de PASUKANIS y de la historiografía marxista del delito y del castigo que

¹⁰⁰⁸ Véanse como buenos ejemplos de la historiografía española: Tomás Antonio MANTECÓN MOVELLÁN, *La muerte de Antonia Isabel Sánchez. Tiranía y escándalo en una sociedad rural del norte español en el Antiguo Régimen*, Alcalá de Henares, 1997; José Carlos ENRIQUEZ FERNÁNDEZ, *Sexo, género, cultura y clase. Los rumores del placer en las Repúblicas de los Hombres Honrados de la Vizcaya tradicional*, Bilbao, 1995.

representan, por un lado RUSCHE y KIRCHHEIMER y, con mayor frescura, MELOSSI y PAVARINI¹⁰⁰⁹; y por otro, la de ROTHMAN, IGNATIEFF y otros historiadores que prefieren relacionar el castigo con las funciones represoras y controladoras del Estado.

La primera de estas tendencias marxistas, no sólo no ha contemplado el apoyo popular a las prácticas punitivas ni ha considerado el papel de las coyunturas políticas, sino que, más bien, ha adolecido de un determinismo que no considera esos otros factores que sobrepasan las relaciones de producción, por ejemplo, y tal y como han demostrado algunos de los autores de la segunda tendencia, el peso de las creencias religiosas en el surgimiento de las primeras experiencias penitenciarias norteamericanas¹⁰¹⁰.

Esta idea última, como hemos dicho, ya fue contemplada por los pioneros de la perspectiva económico-estructural, RUSCHE y KIRCHHEIMER, en los años treinta del siglo XX; pero, ciertamente, su tesis estructuralista fundamental vincula de una forma generalizable las formas penales con los modos de producción y el nivel de vida de la clase obrera, algo que la evidencia historiográfica ha demostrado que está sujeto a tremendas variaciones en sociedades que tienen sistemas penales similares¹⁰¹¹.

Con todo, si queremos desarrollar una perspectiva socio-estructural de la historia del castigo, a todas luces son aprovechables algunos de los postulados de ambas tendencias marxistas, por ejemplo, a la hora de analizar las funciones ideológicas del Derecho penal por cuanto se relacionan con el ocultamiento de una compleja combinación de intereses de clase y de represión de conflictos sociales, tal y como viene sosteniendo la criminología crítica y la sociología del control penal.

Además, “presuponer la división de clases –ha mantenido David GARLAND-, las estrategias de dominación y un Estado aliado con los intereses del bloque gobernante” son postulados que también sostienen WEBER, FOUCAULT y otros autores, lo que plantea la paradoja de que en

¹⁰⁰⁹ Son los autores más coherentes con la perspectiva económico-estructural, es decir, la que concibe el castigo supeditado a la evolución de los modos de producción.

¹⁰¹⁰ Véase la síntesis que hace Roger MATTHEWS sobre la historiografía de la prisión, *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Bellaterra ediciones, Barcelona, 2003, pp. 51-80.

¹⁰¹¹ Georg RUSCHE y Otto KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*, op. cit., pp. 1-5, 27-62 y 87-99.

realidad tales planteamientos teóricos marxistas no son esencialmente *marxistas*. Lo cual, claro está, tampoco les quita aplicabilidad y enjundia.

Ya se ha dicho que el impacto de la obra de FOUCAULT también se hizo notar en los análisis marxistas. En efecto, FOUCAULT conoce la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER pero, a diferencia de ellos interpreta que, el sistema capitalista, se desarrolló porque pudo crear un poder microscópico capaz de fijar a los hombres al modo de producción.

Tal relación no era necesariamente económica, obedecía a procesos múltiples y simultáneos de producción de unas formas de poder a las que él llama “disciplinas”, las que hacen que el ejercicio del poder sea menos costoso: el cambio de penalidad (del siglo XVIII al XIX) se explica por el ajuste del sistema judicial a un mecanismo de control y vigilancia integrado en un aparato de Estado centralizado; “pero también ha contribuido a ello la formación y el desarrollo de toda una serie de instituciones (para-penales y algunas veces no penales) que sirven de apoyo, de avanzadilla o de modelo al aparato principal”¹⁰¹².

Su planteamiento del origen de la prisión moderna como desaparición de la violencia contra los cuerpos que se ejercía en el Antiguo Régimen es una reflexión sobre la *genealogía de la sociedad disciplinaria* que en parte complementa lo que se ha dicho desde el marxismo. La historia del castigo es también la historia del gobierno porque es la historia de las relaciones de poder. En ese devenir fracasa la nueva institución del castigo; y, se malogra, porque no cumple las teorías de los reformadores, pero es eso, precisamente, lo que hace que, en la práctica, la prisión sea funcional.

No son pocas las objeciones y más aún las superaciones que se han hecho a los planteamientos de *Vigilar y Castigar*. Pedro OLIVER OLMO lo aborda¹⁰¹³, para recordar que, en las tesis del triunfo histórico de la prisión, no encontramos el hecho de la resistencia de los presos, precisamente, porque esa evidencia choca con la versión de FOUCAULT sobre la extensión y calado del proceso disciplinario. Ahora bien, sigue teniendo una enorme validez teórica la descripción foucaultiana del poder microscópico, más aún

¹⁰¹² Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, op. cit., pp. 60-61.

¹⁰¹³ Pedro OLIVER OLMO, *CIENCIA HISTORIOGRÁFICA Y PLURALISMO TEÓRICO. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA LA HISTORIA DEL CONTROL Y EL CASTIGO EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO Y EN EL PRESENTE. Apartado Teórico de la Propuesta Académica e Investigadora*, op. cit., pp. 87-108.

cuando se observan los espacios y las prácticas de control y castigo.

En estos términos, la nueva teorización del castigo en la historia contemporánea, y en el presente, está hoy más abierta que nunca a recibir las aportaciones de la Antropología cultural y de la nueva Historia cultural.

La penalidad se expresa culturalmente, no sólo con discursos y políticas definidas (que también), sino a través de las rutinas punitivas y de sus lenguajes, pues, es ahí, donde se crean los patrones de significado y las formas simbólicas que le dan sentido al castigo como institución social, como demostración fehaciente y práctica de las verdades penales oficiales y de las formas normalizadas de la relación social. O dicho de otra forma, como vino a decir FOUCAULT para apoyar su propia noción de poder: el castigo no sólo disciplina a la sociedad sino que ayuda a crearla¹⁰¹⁴.

Entender así lo penal, como una acción social y sociocultural o de significación cultural, introduce una nueva forma de mirar dentro de nuestro propio enfoque socio-estructural; porque, como ya se ha dicho, consideraría tanto la vertiente cognitiva de la cultura como la emotiva, y eso tiene otras derivaciones teóricas.

Todo ello, en fin, puede servir para asumir y construir un pluralismo teórico que sea coherente con la asunción de la existencia de una gran variedad de causas y de factores, de acciones y de estructuras que interactúan, en el devenir de los procesos sociales además de en las prácticas y en los significados culturales de las instituciones organizadas y fuertemente estructuradas como lo es la institución social del castigo¹⁰¹⁵.

Ésta puede ser la base teórica plural de una perspectiva socio-estructural de la historia del control y del castigo. Y acaso, también, de otros objetos historiográficos igual de multiformes.

¹⁰¹⁴ David GARLAND, *Castigo...*, citado, p. 320.

¹⁰¹⁵ Pedro OLIVER OLMO, *CIENCIA HISTORIOGRÁFICA Y PLURALISMO TEÓRICO. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA LA HISTORIA DEL CONTROL Y EL CASTIGO EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO Y EN EL PRESENTE. Apartado Teórico de la Propuesta Académica e Investigadora*, op. cit., pp. 87-108.

3. Fundamentos filosófico-jurídicos.

Como estamos viendo en el presente trabajo, la Ciencia Jurídica no constituye un espacio de reflexión independiente del resto de las Ciencias Sociales, pues, para comprender la realidad que el Derecho regula y evaluar sus efectos en la realidad social es necesario interrelacionar, el conocimiento de éste, con aquéllas.

El sistema jurídico que se sigue de las relaciones establecidas por los hombres que constituyen una sociedad fundamenta una parte de su eficacia en la posibilidad de condenar el infractor con una pena o castigo, para con ello paliar el desorden creado, a modo de ejemplo disuasorio y como modo de resarcimiento en la moral de los sujetos afectados en el derecho conculcado¹⁰¹⁶.

La legitimidad de la condena exige:

- a) Que sea aplicada por un hecho cierto.
- b) Que sea juzgada por un sujeto capaz.
- c) Que sea proporcionada.
- d) Que respete los Derechos Humanos Fundamentales.
- e) Que procure la reeducación y reinserción social del transgresor.

Todos estos aspectos deben iluminar el sistema jurídico de cada sociedad para que las relaciones de justicia no estén afectadas por el apasionamiento de la venganza, que para algunos, como hemos visto en los capítulos precedentes, históricamente se ha configurado como una fuente legal. La justicia debe procurar restituir el derecho conculcado pero sólo y hasta donde sea posible y sin que ello necesariamente suponga un perjuicio desproporcionado sobre el infractor, sobre todo, si no se es capaz de reparar físicamente el daño causado.

¹⁰¹⁶ Jorge BOTELLA (Dir.), *FILOSOFÍA DE LA PENA*, PAPELES PARA EL PROGRESO, núm. 23, Nov-Dic., 2005, p. 3.

La filosofía social del ámbito de la pena, se ha articulado desde la antigüedad sobre los aspectos apuntados anteriormente y que pueden formularse así:

- a) Para resarcir a una persona por la relación frustrada.
- b) En el juicio de la comunidad para recuperar a la persona apartándole temporalmente de la posibilidad de obrar el mal y de rehabilitarle moralmente.

La primera proposición responde al elemento más primitivo de justicia, el cual se aplica para quien transgrede el pacto implícito en una relación social. Al daño causado por el infractor le debe seguir una pena equivalente para que, al menos de modo ideal, la justicia quede restablecida. El afectado por el daño quedaría satisfecho, muy posiblemente sólo en su honor, por la aplicación de la pena al infractor. Sustancialmente esta aplicación sigue la sentencia conocida como *ojo por ojo y diente por diente*.

El segundo apunte indicado, como fuente filosófica de la legitimidad de la pena, sigue una concepción más moderna de la sociedad y se funda en que el objetivo de que la condena judicial debe procurar la recuperación social de la persona infractora para que no vuelve a delinquir y que, dado que el daño producido una gran parte de las veces, resulta un acto de consecuencias irreversibles, se resarza moralmente a la sociedad procurando que no pueda repetirse el mal. Ello se consigue mediante la pena de prisión, pero también con el trato humano que facilite la reconsideración psicológica del delincuente y los cauces de su reinserción social.

Estas dos vertientes de la filosofía social de la condena legal se encuentran en mayor o menor grado en todos los grupos sociales, aunque en la mentalidad de algunos siga primando la pasión de la venganza y en otros el valor de la misericordia. En el fondo, ello afecta a la más íntima estructura ética de la personalidad, y se reivindica una y otra postura como fuente fundamental del Derecho; sólo que, el segundo caso mira también al derecho del transgresor a ser ayudado a recuperar su propia estima en la condición moral de persona.

El reflejo social de la aplicación de la pena trasluce cuales son los sentimientos dominantes en un grupo social, y cuáles los principios de su moralidad. En pocas cosas como en el juicio sobre otras personas es donde emerge la medida de la mutua consideración.

Para muchos, el riesgo que se evita con la rigidez de la pena es consecuencia derivada de la dependencia de la actividad psicológica de una regla conductista, de modo que la forma de obrar del delincuente es lineal e irrecuperable y, por tanto, el delito, sólo se satisface con una condena, cuya contundencia de pena representa la mejor reparación moral.

Circunstancialmente, esta concepción olvida a los perjudicados, por cuanto, el efecto resocializador y reinsertador del delincuente redundaría, como no puede ser de otra forma, en beneficio de las personas damnificadas. De este modo, obtenidas las consecuencias rehabilitadoras, el transgresor no reincidiría ni se producirían víctimas.

3.1 Realidad social y ley.

La ordenación “del” bien común o la ordenación “al” bien común, que se consideran fundamento moral de toda ley, establecen un ligero matiz de distinción que, si bien gramaticalmente puede parecer irrelevante, en el espacio social soporta bastante diferencia.

La ley nace de la relación que forma una comunidad, que para su buen gobierno establece normas, a las que, cuando reviste de obligatoriedad, denomina leyes. Por tanto, la ley en el ámbito social, procede de la comunidad cuando la misma se reviste de formalidad en sus relaciones, lo que la sociología ha venido a denominar política. Las leyes regulan la acción política de los ciudadanos de una comunidad, sus obligaciones y derechos surgidos de las relaciones establecidas voluntariamente por el grupo para mejorar recíprocamente sus respectivos fines.

Considerar que cada individuo busca esencialmente como realización de su vida alcanzar la mayor proporción de bien es algo que no sólo lo advierte la Filosofía sino que, la tendencia o instinto natural, nos lo revela como a priori de la razón.

Lo primero que se conoce de cada cosa con la que entramos en relación es su noción de bien. El valor de lo exterior surgirá de una cuantificación del bien que proporciona. Mientras las cosas con las que se establece una relación no son sujetos sensibles al bien la apreciación por parte de un sujeto inteligible es según lo dicte su conciencia; el dilema surge cuando las relaciones se establecen entre personas, que también tienen como principal referencia de su acción el logro del bien, ya que, en este caso, la relación ha de satisfacer el valor de bien que, cada una de las partes, busca en la relación, surgiendo consecuentemente lo que llamamos bien común, o sea, el bien que satisface a todas las partes.

La ordenación del bien común será la constitución e institucionalización de las relaciones en que las partes afectadas asumen una distribución positiva de bien para todos los intervinientes. Para que este acuerdo quede constituido, desde la constatación de las partes de la protección de su bien, debe aplicarse desde la experiencia del bien colectivo o común, y debe modificarse si el proyecto no lo logra. El bien común sólo lo es si logra el bien efectivo para las partes; en caso contrario, sólo queda en la formulación de una teoría para conseguir un bien generalizado. Es el logro efectivo del bien común el que justifica la legitimidad del acuerdo, no éste quien legitime la fórmula del bien general.

Cuando se aborda la ley como orientación de la razón al bien común, el fundamento último de la legitimación de la ley se encuentra en que es ella, o sea, la norma, la que se constituye como vehículo para promocionar el bien. El fin se justifica en el medio que responde a una especulación racional de lo que es el bien según la mejor razón de los mismos que se le someten.

Se podría resumir contraponiendo si es la realidad la que necesita un cuadro legal que la ordene, o si habría que diseñar una realidad ajustada a un marco legal. El imperio de la ley sólo lo es cuando ordena relaciones capaces de generar bien desde la libertad de los partícipes. Si se diseña la ley desde formulaciones teóricas de lo que genera el bien, pero que no lo logra en la percepción de los sujetos pasivos sometidos a su imperio, es que existe una distorsión entre lo que es el bien esperado y el bien recibido. Se induce en ese caso a una fractura entre ley y sociedad.

Dotar a la sociedad de mecanismos vivos que adecúan periódicamente las leyes a la sociedad es lo que caracteriza a la sociedad moderna, a la que se incorpora la participación del pueblo en la definición de lo que tienen en común por bien, desde donde formulan las leyes, y porque éstas se someten al veredicto permanente de quienes pueden optar por reformarlas.

La tendencia de la nueva sociedad se dirige a que, las leyes, se adapten a la realidad social construida por los ciudadanos de cada generación, desde la premisa que sólo a ellos les corresponde libremente tomar en consideración lo que les recompensa como bien.

Es cierto que cuando las sociedades crecen, y los grupos sociales se hacen masa, el concepto de bien común consigue una gran dispersión, lo que, si no se aviene un consenso, se admite con el criterio de mayorías. Desde ese supuesto es evidente que la ley en su ajuste a la realidad social no satisfará a todos, porque la sociedad misma es una representación de las más variadas concepciones de vida.

Los fundamentos legales que conciben la ley como el medio de hacer a los hombres alcanzar el bien debido aunque no apetecido, confunden los principios elementales del orden social. Esas tendencias que se alejan de la realidad social por una convivencia ideal confunden las esferas de conciencia individual y el ordenamiento en libertad de los ciudadanos para progresar en el bien común. Los fundamentalismos legales se sustentan en considerar al ordenamiento al bien común como la prioridad de la ley, siendo este fin definido según parámetros de tradición constituidos sobre una supuesta conciencia comúnmente aceptada.

Para la Filosofía social, el Derecho es consecuencia de las relaciones del ser sociable y no su naturaleza. El ser se asocia por un fin que es el bien común y no porque exista una preestructura natural que lo determine a asociarse de un modo específico. El bien común, fin de la sociedad, es por tanto el fin del Derecho establecido en sus relaciones y como tal se puede considerar causa final del Derecho, pero no el Derecho en sí como causa o fuente de la sociedad.

No tendrían más relevancia estas disquisiciones si no fuera porque, el positivismo jurídico, tiende a establecerse paulatinamente como el fundamento de la sociedad. No es la sociedad posible porque existan leyes que la regulen, sino que existen leyes como consecuencia de lo que los hombres han venido a establecer como relaciones mutuas.

Esta objetivación del ciudadano como pleno agente de las relaciones que configuran un derecho deriva en la preeminencia de la libertad del grupo social para variar el Derecho. Evitar que el mismo encorsete la libertad del individuo o de la generación social debe regir los hábitos de interpretación del comportamiento social y no pretender restringir a los ciudadanos la libertad natural de modificar los modos de relación.

3.2 Violencia, ley y derecho.

Parece existir cierto consenso en que, uno de los elementos de la vida social es la autoridad y que, ésta, necesita unos criterios que permiten mantener la armonía social, de modo que no se destruya por la violencia. Tal sistema de regulación social se fundamenta en la justicia y el derecho, que, a la vez, se apoyan en unos criterios previos que son la condición de posibilidad de su misma existencia. Dichos criterios, se contienen en una palabra: ley.

El problema inicial radica en despojar a este término del matiz peyorativo y molesto que tiene ya que, a menudo, se concibe la ley como una prohibición o un constructo paralizante, una suerte de obstáculo para la libertad en manos de las instituciones judiciales y del poder, que impide la libre expresión espontánea de los hombres¹⁰¹⁷.

Pero interesa liberarnos de tal visión instrumentalista de la ley y descubrir que es la condición que hace posible la vida social y la conservación de la existencia humana, porque, la vida de los hombres, está rodeada de peligros y necesita de una protección. Además, la ley no es una coraza externa, sino que se encuentra en el corazón del cosmos y del hombre: la distinción natural entre lo bueno y lo malo, lo debido, etc., son señales de que, la realidad, tiene una legalidad.

¹⁰¹⁷ *La mentalidad que aún es dominante entiende que el derecho está constituido por el conjunto de leyes emanadas del Estado*, según Francisco CARPINTERO BENÍTEZ, *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, en Ricardo YEPES STORK y Javier ARANGUREN ECHEVARRÍA, *Fundamentos de Antropología*, op. cit., p. 225.

Para poder definir el concepto de violencia, es necesaria la comprensión de la denominación de agresión, ya que en su definición, la violencia aparece como el componente físico de esta. Por ello, vemos razonable ofrecer una definición del concepto de agresividad y agresión¹⁰¹⁸.

La agresividad es una emoción con una función adaptativa para todas las personas, se trata de un rasgo admirado en nuestra sociedad, de modo que solemos pensar que aquellas personas que trabajan duro para llegar a tener éxito, altamente motivados y ambiciosos, son personas agresivas que no llegarían hasta ahí sin esa euforia. A este tipo de agresión se denomina agresión prosocial. Cuando esta emoción no responde a su función adaptativa se considera agresión antisocial ya que, este tipo de agresión, origina dolor y sufrimiento en las personas¹⁰¹⁹.

La agresión, también se puede definir como la imposición de un estímulo aversivo, físico, verbal o gestual de una persona a otra. No es una actitud sino un comportamiento que refleja un compromiso con la intención de causar daños.

A lo largo de los años, se han identificado dos tipos básicos de agresión: agresión hostil y agresión instrumental. Ambos se distinguen en términos de sus reforzadores primarios, o en función de los objetivos que se persigan. Sin embargo, en ambos casos la intención es dañar a otro ser humano. En esencia, la agresión es primariamente un comportamiento aprendido que resulta de una interacción entre individuos con su medio social durante un tiempo. De lo contrario, el comportamiento no es agresión.

En las agresiones hostiles, el objetivo es causar una lesión. La intención es que, la víctima sufra, y el refuerzo es el dolor y el padecimiento causados. Este tipo de agresión va siempre acompañado de rabia por parte del agresor.

¹⁰¹⁸ Al respecto, Antonio HERNÁNDEZ MENDO, María Isabel MOLINA MACÍAS y Josefina MAÍZ RODRÍGUEZ, *Violencia y Deporte: revisión conceptual.*, EduPsykhé, Revista de Psicología y Psicopedagogía, 2003, 1. Introducción, pp.1 y ss..

¹⁰¹⁹ Vid. Antonio HERNÁNDEZ MENDO, Josefina MAÍZ RODRÍGUEZ y María Isabel MOLINA MACÍAS, *Debate conceptual abierto: violencia y deporte*, Revista Digital-Buenos Aires-Año 10, Número 70, Marzo 2004, 1. Introducción, pp. 1 y ss.

Las agresiones instrumentales también intentan dañar a su objeto. Sin embargo, la meta no es observar el sufrimiento de la víctima, pero sí recibir alguna otra recompensa externa (dinero, victoria, poder o prestigio). El agresor observa el acto como un medio para conseguir su meta primaria. Alcanzarla, refuerza el comportamiento agresivo.

La ley puede definirse como medida y orden del poder y de la fuerza. La violencia, por el contrario, es una fuerza sin ley, un poder sin medida que destruye las formas de las cosas e impide su plenitud. Si no se pone la noción de ley en contraposición con la de violencia, siendo ambas dos formas de expandirse la fuerza y el movimiento, es más fácil justificar o ser víctima de la fuerza bruta¹⁰²⁰ y de un proceso ciego, ante el que no cabe más que resignarse. Por el contrario, el nervio de la visión clásica, también de los estoicos, es: *el universo tiene una ley que lo rige*.

Al analizar las consecuencias jurídico políticas de la revolución en la teoría marxista y del fascismo, en la perspectiva del derecho de resistencia, el profesor NAVARRO AZNAR considera que, la violencia que acompaña al movimiento revolucionario, se suele legitimar sobre la base de su existencia como realidad innegable en el curso de la historia y como instancia que está por encima de la medida del valor de la ética individual, surgiendo, de este modo una justificación histórica, no jurídica, de la violencia¹⁰²¹.

En efecto, la revolución, exige, en la mayoría de los casos, el concurso de la violencia, pero, ésta, suele ser controlada por los dirigentes del movimiento revolucionario y, además, organizada transitoriamente con vistas a desaparecer radicalmente del horizonte jurídico-político y social una vez alcanzados los objetivos de sustitución o reforma profunda del sistema o forma de gobierno cuestionados.

¹⁰²⁰ Es ya un lugar común en Teoría del Derecho señalar que, el positivismo jurídico, carece de resortes para neutralizar la fuerza bruta: *Cuando el derecho se identifica con el contenido de las órdenes dictadas por los poderes del Estado, el ciudadano queda inerte...; la actividad jurídica se reduce a fuerza*, Francisco CARPINTERO BENÍTEZ, *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, en Ricardo YEPES STORK y Javier ARANGUREN ECHEVARRÍA, *Fundamentos de Antropología*, op. cit., p. 293.

¹⁰²¹ Argumentación mantenida por Fernando NAVARRO AZNAR, *DESOBEDIENCIA CIVIL Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA*, ediciones Myrtia, Murcia, 1990, pp. 25-32.

La violencia adquiere caracteres jurídicos propios que, aunque distintos de los sustentados por el ordenamiento jurídico estatal, tienden a la sustitución, en su momento, de estos últimos mediante una nueva instauración jurídico-política superadora de la anterior y de la propia y transitoria organización revolucionaria¹⁰²².

La autoridad sobre los hombres no pertenece a aquellos que tienen más fuerza o pretenden ser superiores, por nacimiento o ambición, sino a la ley que rige a todos. Si no hay justicia, las relaciones interpersonales desaparecen, puesto que, lo que acabará mandando será la fuerza de la violencia. Si hay justicia, y el derecho se funda en un discernimiento de lo justo, puede comenzar el diálogo y lo común. La primera forma de cultura es el derecho, y, su vigencia, significa superar la barbarie.

4. Fundamentos psicológicos.

La delimitación del término y la definición de la Psicología Criminológica, es una cuestión compleja, muy debatida. La mayoría de autores se han limitado o bien a repetir lo que otros han planteado sin ninguna reflexión o controversión adicional, sin ser exhaustivos y contentándose con definiciones demasiado simples y generales, o bien han construido su propia significación¹⁰²³ sin una reflexión previa ni construcción sintáctica de la misma¹⁰²⁴. Especialmente veremos las aportaciones más relevantes en el campo de la personalidad delictiva y los efectos psicológicos de la estancia en prisión.

¹⁰²² Ibid., p. 27.

¹⁰²³ Nos decantamos por el término Psicología Criminológica, si bien se le ha denominado Psicología Legal; Psicología Aplicada a los Tribunales; Psicología Jurídica; Psicología Forense; Psicología Social del Derecho; Psicología Judicial; Psicología y Ley; Psicología del Derecho y Psicología Criminológica. No obstante, ninguno de estos términos puede ser considerado un sinónimo, debido a que su etiología hace que cuando se consulte una definición para los mismos, el resultado sea que cada uno se refiera a un campo de conocimiento distinto y más limitado, y sin embargo, relacionado con la Psicología Jurídica. Vid. Carolina GUTIERREZ DE PIÑERES BOTERO, *Revisión sobre la definición de Psicología Jurídica, Diversitas: Perspectivas en Psicología*, vol.6, núm. 2, Bogotá Julio-Diciembre 2010, autora que sostiene como apropiado el término *Psicología Jurídica* en el artículo de investigación reseñado.

¹⁰²⁴ Vicente GARRIDO GENOVÉS, ha hecho un análisis de las dificultades epistemológicas, teóricas y metodológicas que trae para la Psicología Criminal la inexistencia de una falta de consenso sobre este tema. Vid., de entre sus obras, *PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGÍA*, 2ª. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 45-46 y *Qué es la psicología criminológica*, Biblioteca Nueva, SL, Madrid, 2005, p. 11.

4.1 Concepto de la personalidad en la ejecución penal.

En el procedimiento penal, la ejecución de penas y medidas de seguridad, encontramos abundantes pronósticos de personalidad. La apreciación de los indicios, y la valoración de las pruebas en el procedimiento, suponen constantemente decisiones sobre la credibilidad de la personalidad del sujeto encartado.

El dictamen sobre la culpabilidad y el juicio sobre la medida de la culpabilidad¹⁰²⁵ son, juntamente con el pronóstico sobre la medida de la pena, quienes orientan los juicios de la personalidad. Las disposiciones sobre los delitos y faltas, las personas responsables, las penas y medidas de seguridad y demás consecuencias de las infracciones penales, se hallan plenas de momentos que contienen juicios de personalidad y que, en su mayor parte y de manera simultánea, exigen predicciones que requieren estimar aspectos parciales de la futura conducta del condenado.

La personalidad es un constructo psicológico, con el que nos referimos al conjunto dinámico de características de una persona, excluyendo el compuesto de características físicas o genéticas que determinan a un individuo. Es su organización interior la que nos hace actuar de manera diferente ante una o varias circunstancias o el patrón de pensamientos, sentimientos y conducta que presenta una persona y que persiste a lo largo de toda su vida, a través de diferentes situaciones.

Si bien la anterior definición es, en ocasiones, negada o puesta en entredicho por quienes pretenden entender los comportamientos humanos a través de roles, procesos de interacción y casualidades en el sistema socio-cultural, la Psicología confirma casi sin excepciones tal descripción de la personalidad dirigida, también, a las variaciones intra-individuales.

En efecto, toda la trayectoria de nuestro Derecho penal, con su pretendida individualización y restricción de la pena, hasta la medida social realmente necesaria, pone de manifiesto el derecho de cada hombre a ser juzgado, no sólo sobre la base de unos hechos objetivos, sino de conformidad con el conjunto de sus características o cualidades originales más sobresalientes.

¹⁰²⁵ Dado que, nuestro actual concepto de culpabilidad, en su contenido dogmático, se asienta sobre la medida de la capacidad para actuar de otra manera y, con eso, por cierto no se identifica con un juicio psicológico al que, en parte, supera.

Así las cosas, el pronóstico de la personalidad, no es tarea para la cual, la mayoría de los juristas, hayan sido preparados y, de este modo, tanto el procedimiento penal, como la ejecución de las penas y medidas de seguridad, están impregnados de juicios sobre la personalidad efectuados sobre un conocimiento especulativo impropio.

A partir de este planteamiento, deberíamos preguntarnos qué opinión nos merece la ejecución de las consecuencias jurídicas del delito, en especial la pena de prisión, consideradas a la luz de la Psicología, lejos pues, de los periodos en que primaba el pensamiento retributivo, justificador de una tal práctica en el modo de discurrir del lego.

Si tal fuese el modo de pensar, no sería preciso recurrir a los conocimientos científicos, lo que hemos descartado de plano en este trabajo al abordar el régimen y el tratamiento penitenciarios, que surgen tras la aplicación de las nociones fundamentales de las ciencias psicológicas criminológicas y jurídico-sociales.

4.2 La teoría de la personalidad delictiva de EYSENCK.

La teoría de EYSENCK¹⁰²⁶ de la personalidad delictiva, tiene una clara fundamentación orgánica. Más concretamente, concede una gran relevancia al funcionamiento del sistema nervioso, formulando la hipótesis en 1964 con la publicación de su libro *Delincuencia y personalidad*, basada en

¹⁰²⁶ Hans Jürgen EYSENCK (1916-1997). Emigró a Inglaterra y allí desarrolló su labor como profesor de la Universidad de Londres y en el Maudsley Hospital. Fue uno de los psicólogos más prolíficos en la actualidad y representó fielmente a la tradición diferencialista inglesa. Defendió con vehemencia la aplicación de la metodología hipotético-deductiva al estudio de las diferencias individuales, así como el papel relevante de éstas en la Teoría Psicológica. Mediante la aplicación conjunta de las técnicas correlacionales y experimentales, intentó integrar diferentes modelos explicativos del comportamiento para la comprensión de las diferencias individuales. Sus principales áreas de trabajo fueron la personalidad y el temperamento (desde la tradición constitucionalista de las tipologías griegas), la Psicología clínica (sintetizando Psicología de los rasgos con Psicología del aprendizaje y terapia de conducta), la Psicopatología, la inteligencia, las actitudes, la conducta sexual, la Criminología, la genética de la conducta y los estudios sobre el hábito de fumar.

Su planteamiento, marcadamente psicobiológico, aproxima la Psicología a las Ciencias Naturales. Fue reacio a incorporar en sus modelos la Psicología cognitiva actual y mantuvo unas posiciones, en el plano de la comprensión de las capacidades cognitivas, muy cercanas a las de su maestro, SPEARMAN. Otra característica que destacó en EYSENCK, fue su capacidad de estimular trabajos punteros en otros investigadores, y combinar la tradición de la Psicología occidental europea y americana con la oriental proveniente de países como Rusia y Polonia.

Visitó frecuentemente España, donde fustigó a los psicoanalistas y a los que rehuían de la experimentación. Falleció en Londres.

dos elementos explicativos:

- a) El proceso de *adquisición de la conciencia moral* en los niños mediante condicionamiento de evitación. EYSENCK explica cómo aprenden los individuos a inhibir conductas de transgresión de las normas, a través de una secuencia en la cual combinan dos mecanismos: el *condicionamiento clásico aversivo* y el *reforzamiento negativo*.
- b) ¿Por qué difiere la gente en su capacidad para mostrar un comportamiento prosocial? Tras reconocer que deben tenerse en cuenta factores como la mayor permisividad de la sociedad actual (que fracasa a la hora de proporcionar adecuadas experiencias de condicionamiento) y la circunstancia de que, los padres y adultos que rodean al niño, pueden reforzra positivamente las conductas antisociales, EYSENCK, considera más relevante estimar las diferencias individuales en personalidad¹⁰²⁷.

En general, EYSENCK considera que, el delincuente, no llega a aprender una respuesta de ansiedad fuerte (que sería la respuesta condicionada) que le evite cometer el delito una vez que se halla frente a una situación tentadora (que sería el estímulo condicionado). La razón, hay que buscarla en que, el sistema de justicia, impide ese aprendizaje al dar respuestas blandas e inconsistentes cuando el joven empieza a delinquir. Es, en tales momentos, en los que resulta más importante la consistencia y certeza del castigo. Además, este fracaso en el condicionamiento, tiene como consecuencia la dificultad en el aprendizaje posterior de la conducta prosocial.

Una teoría de la delincuencia que guarda semejanza con la de EYSENCK es la teoría de las *tendencias delictivas heredadas*, de Sarnoff MEDNICK y colaboradores, la cual propone que, los sujetos más susceptibles a las influencias criminógenas, son aquéllos que poseen un sistema nervioso autónomo más lento para ser estimulado y para responder a los estímulos, lo cual propicia que aprendan con mayor lentitud a controlar sus comportamientos antisociales y, por lo tanto, tengan una mayor probabilidad de convertirse en delincuentes.

¹⁰²⁷ Tal y como señala Vicente GARRIDO GENOVÉS, *PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGÍA*, op. cit., pp.319 y ss.

En este sentido, considera MEDNICK que, la reducción de la ansiedad (que sigue de manera inmediata a la inhibición de la agresión), puede funcionar como un reforzador de esta abstención y producir el aprendizaje de la inhibición de las conductas agresivas.

De este modo, el rasgo de la personalidad más claramente asociado con la delincuencia es el de búsqueda de sensaciones, que comparte elementos del psicoticismo y de la extraversión.

Una interpretación plausible es que, una baja activación cortical, presente en algunos individuos, precipitaría que buscasen una mayor estimulación de tal manera que, esa búsqueda de sensaciones nuevas, estimulantes y fuertes, propiciaría un mayor número de conductas de riesgo, entre las cuales se hallan las delictivas.

Ahora bien, la teoría de EYSENCK, no debe ser ya el referente último en la investigación sobre variables de personalidad y delincuencia, ya que, en los últimos años, se ha desarrollado el conocimiento sobre esta relación, fundamentalmente, de la mano de dos variables: impulsividad y búsqueda de sensaciones.

4.3 Variables temperamentales de la personalidad.

Aunque algunos autores han considerado como semejantes temperamento y personalidad, un gran número de investigadores coinciden en establecer el temperamento como la parte nuclear y germinal de la personalidad. A diferencia de ésta, constituye el conjunto de diferencias individuales estables, de carácter emocional y heredado y presente desde el inicio de la vida.

Además de esta distinción tradicionalmente establecida, trabajos más recientes se han dedicado a analizar las características diferenciales del temperamento respecto de la personalidad y concluyen que temperamento y personalidad se presentan de forma más integrada tanto conceptual como empíricamente.

Hasta la fecha, no existe un claro consenso sobre cómo el temperamento evoluciona hacia la personalidad y cuáles son los mecanismos que los relacionan. Más allá de la polémica conceptual entre estos dos constructos, es bastante aceptado por buena parte de los autores que el temperamento constituye el punto de partida en el sistema reactivo del niño y,

por tanto, puede ser entendido como el precursor de su futura personalidad.

4.3.1 La impulsividad.

Podemos definir esta variable de la personalidad como toda manifestación o conducta inapropiada para el entorno, originada antes de tiempo, escasa de planificación y, habitualmente, con resultados desfavorables.

Para GARRIDO GENOVÉS, su relevancia en el estudio de la delincuencia parece innegable, ya que son muchos los autores que han citado la falta de autocontrol como una de las causas fundamentales del hecho antisocial, y, en especial, la incapacidad para resistir la tentación de realizar algo que se anticipa como placentero, pero que lo prohíben las leyes¹⁰²⁸.

Como hemos visto *ut supra*, una de las teorías más influyentes acerca de la personalidad criminal, la de EYSENCK, coloca como elemento central la impulsividad dentro del constructo psicoticismo.

Pero es Jeffrey Alan GRAY uno de los autores que más ha contribuido a iluminar la importancia de la impulsividad en relación con la delincuencia, el cual identificó la existencia en el cerebro de lo que denominó *sistema de inhibición conductual* (SIC), que se activa mediante impulsos asociados al miedo o a las situaciones en que no se recibe una recompensa esperada. Como resultado de la activación del SIC, se produce una experiencia de ansiedad y la inhibición de la conducta en curso.

Junto al SIC, GRAY, introdujo un *sistema de activación conductual* (SAC), ubicado en el hipotálamo, responsable de iniciar las conductas hacia una recompensa o iniciadas en situaciones que no están asociadas a la amenaza de un castigo. Precisamente, es el SAC, el apoyo biológico de la impulsividad, al igual que, el SIC, es el fundamento de la experiencia de ansiedad. Por lo tanto, las personas impulsivas, disponen de un SAC fuerte.

Por lo dicho, el delincuente desearía con gran energía obtener el beneficio ilícito de su delito (SAC débil) y experimentaría poca ansiedad ante la expectativa del castigo que ello podría llevar acarreado.

¹⁰²⁸ Vicente GARRIDO GENOVÉS y otros, *PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGÍA*, op. cit., p. 326.

4.3.2 La búsqueda de sensaciones.

El concepto de búsqueda de sensaciones fue desarrollado por ZUCKERMAN y otros (1979) y ha merecido una considerable atención desde su desarrollo original.

La búsqueda de sensaciones es un rasgo de personalidad que Marvin ZUCKERMAN (1979) considera como una necesidad de experimentar variadas y complejas sensaciones y el deseo de correr riesgos físicos y sociales, por el simple deseo de disfrutar de tales experiencias.

El término «búsqueda» hace referencia a que el rasgo a que nos estamos refiriendo se expresa de forma activa. Se utiliza el término de «sensación» en lugar de «estimulación» porque es el efecto sensorial de la estimulación externa la que cobra mayor importancia para definir su valor como refuerzo primario¹⁰²⁹.

El buscador de sensaciones elige los estímulos externos que maximizan sus sensaciones. Este término se utiliza también en contraste con el de «cognición», ya que no es posible equiparar la búsqueda de sensaciones con la curiosidad intelectual a nivel cognitivo, aunque ambos términos no sean incompatibles. Este último no es una expresión típica del rasgo definido por la búsqueda de sensaciones.

Tras investigar, CHICO LIBRÁN, las diferencias individuales que pudieran existir en el rasgo de búsqueda de sensaciones en función de la edad y del sexo, y si, los factores sociales y culturales, pueden jugar algún papel en las posibles diferencias individuales en esta dimensión, concluye que:

- a) Las diferencias sexuales en el rasgo de búsqueda de sensaciones parece que se puedan deber tanto a factores biológicos, como tradicionalmente se ha venido apuntando, como a factores de socialización.
- b) En cuanto a la edad, parece existir una relación negativa entre edad y búsqueda de sensaciones, aunque no de una forma claramente lineal, ya que, en la franja de los 20-29 años, se produce un ligero

¹⁰²⁹ Eliseo CHICO LIBRÁN, *Búsqueda de sensaciones*, Psicothema, 2000, Vol. 12, núm. 2, pp. 229-235.

aumento en las puntuaciones con respecto a las calificaciones de la franja anterior (17-19 años) para caer de forma notoria en la siguiente franja (30-40 años).

- c) Cabe pensar que, la subescala BE (Búsqueda de experiencias), no se relaciona con la variable edad ni con la variable sexo¹⁰³⁰.

4.3.3 La influencia de la personalidad en la intervención con delincuentes.

Las variables de la personalidad se erigen en protagonistas de importancia en el ámbito de la predicción, no sólo del comportamiento dentro de la prisión, sino del modo de conducirse en libertad, en términos de permisos interrumpidos o reincidencia/reingreso en prisión.

RODRÍGUEZ, LÓPEZ y ANDRÉS PUEYO, tras evaluar a 99 presos, con una media de internamiento de 9 años, observan que, determinadas variables de personalidad, se asocian significativamente con dos tipos de criterios. El primero, incluía conductas desadaptadas durante el tiempo de cumplimiento de la condena, es decir, incumplimiento de las normas en prisión, mientras que, el segundo, abarcó conductas de incumplimiento fuera de ella¹⁰³¹.

Observaron que, los delincuentes impulsivos, poco empáticos y agresivos/hostiles poseen mayor tendencia a quebrantar las normas de la prisión, mientras que, sólo la temeridad, se asoció al incumplimiento de las normas en libertad. Igualmente, a la hora de predecir quiénes, de entre los reclusos, plantearían más problemas de disciplina en la cárcel, el ser poco empático, agresivo, poco reflexivo (impulsivo) y necesitado de excitación (temerario), constituye el perfil más probable¹⁰³².

En conclusión, los efectos del ambiente son importantes y también lo son las disposiciones individuales, ambos convergen en la personalidad, de ahí que, ésta, sea tan esencial para la comprensión de la conducta individual de cada ser humano. Los delincuentes, no son una excepción.

¹⁰³⁰ Eliseo CHICO LIBRÁN, *Búsqueda de sensaciones*, op. cit. pp. 229-235.

¹⁰³¹ Antonio RODRÍGUEZ FORNELLS, José Manuel LÓPEZ CAPDEVILLA y Antonio ANDRÉS PUEYO, *Personalidad y comportamiento penitenciario*, Psicothema, 2002, Vol. 14, supl.

¹⁰³² Vicente GARRIDO GENOVÉS, *PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGÍA*, op. cit., pp. 330-331.

4.4 Trastornos de la personalidad, clasificaciones psiquiátricas y reacciones delictivas.

Para comprender correctamente los conceptos actuales de *personalidad anormal*, *trastorno de la personalidad*, *personalidad psicopática* o *psicopatía* (en sentido estricto), resulta necesario enfrentarse al problema desde una doble perspectiva: la histórica, que nos ha de mostrar qué es lo que se entiende por psicopatía en el devenir de la Psiquiatría como ciencia, y la psicopatológica, que nos señalará las transiciones entre las personalidades normales, las anormales y las psicopáticas¹⁰³³.

La psicopatía estuvo presente en la historia desde la Antigüedad, aunque la conceptualización es más reciente, pero, ya en Babilonia, aparece la preocupación por las personalidades anormales, que se separan conductualmente del resto pero que no cabían en las categorías de cuerdo o loco.

En 1809 el francés Philippe PINEL, describió el concepto de "manía sin delirio" para designar un patrón de conducta caracterizado por la falta de remordimientos y la ausencia completa de restricciones. Más adelante, en 1835 J.C. PRITCHARD define la "locura moral", una forma de perturbación mental en que no parece haber una lesión en funcionamiento intelectual y cuya patología se manifiesta en el ámbito de los sentimientos, el temperamento o los hábitos. La siguiente portación básica es la de Cesare LOMBROSO que, en 1876, propone como entidad nosológica al "criminal nato"¹⁰³⁴.

Pero, el concepto moderno de psicopatía, se establece a partir de la obra de J. L. KOCH que, en 1891, propone el término "inferioridad psicopática" y lo define como "todas las irregularidades mentales, sean congénitas o adquiridas". Aclara que, estas inferioridades, congénitas no tienen cura posible e incluye en ellas el Trastorno de Personalidad Antisocial (TPAS) y Trastorno Límite de Personalidad (TPL) como los clasifica el DSM-IV. Dentro de esta línea de pensamiento se produce una etiquetación de estos pacientes y se asocia el "trastorno" a una incapacidad de asimilación o

¹⁰³³ Juan Antonio GISBERT CALABUIG y otros, *Trastornos de la personalidad*, en *Medicina legal y toxicología*, 6ª. edición, Masson, Barcelona, 2005, pp. 1185 y ss.

¹⁰³⁴ La obra de LOMBROSO, resulta clave para la psiquiatría forense, desde el momento en que se describe, desde la perspectiva psicopatológica, la figura del "criminal" unida al concepto etiológico de lo congénito ("nato").

carencia de voluntad de acatar las “leyes naturales... posiblemente debido a un fracaso congénito en su capacidad de adaptación al entorno social”.

Es así como llegamos hasta Kurt SCHNEIDER, quien escribe, en 1923, *Las personalidades psicopáticas*, y deja entrever las primeras consideraciones de que no todos los delincuentes serían psicópatas, ni todos los psicópatas serían delincuentes en el estricto sentido de la palabra. Schneider plantea que estos sujetos de “cabeza caliente” a menudo crean problemas sociales por matrimonios disfuncionales, su falta de preocupación por sus hijos y sus actos delictuales. Es decir, amplía el rango de acción y elimina el juicio moral. Sin embargo, las clasificaciones de SCHNEIDER, incluirían trastornos que en el presente constituyen entidades nosológicas diferenciadas, entre ellos varios de los trastornos de personalidad del DSM-IV (Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales).

Desde la perspectiva psicopatológica, hay que hacer referencia al concepto de personalidad¹⁰³⁵, sus rasgos y al de su patología, de los más problemáticos en psicología.

En efecto, SCHNAIDER, distingue entre los siguientes tipos clínicos de psicópatas: hipertímicos, depresivos, lábiles de humor, explosivos, desalmados, necesitados de estimulación ajena, inseguros de sí mismos, fanáticos, asténicos y abúlicos.

El DSM-IV-TR de la Asociación Psiquiátrica Americana, admite los siguientes trastornos de la personalidad en el adulto: paranoide, esquizoide, esquizotípico, antisocial, limítrofe (*borderline*), histriónico, narcisista, evitativo o por evitación, por dependencia, obsesivo-compulsivo y no especificados (que incluyen los tipos mixtos de la anterior clasificación del DSM-III-R de 1987).

En este dominio, la CIE-10¹⁰³⁶ de la Organización Mundial de la Salud, comprende los siguientes tipos: paranoide, esquizoide, disocial, impulsivo, histriónico, anancástico (u obsesivo-compulsivo), ansioso (o evitativo) y dependiente. También incluye categorías residuales, como “otros”, “no especificados” y “mixto”.

¹⁰³⁵ Estudiado en el subapartado 4.2 del presente capítulo.

¹⁰³⁶ Acrónimo de la *Clasificación internacional de enfermedades, décima versión* correspondiente a la versión en español de la (en inglés) *ICD*, siglas de *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*) y determina la clasificación y codificación de las enfermedades y una amplia variedad de signos, síntomas, hallazgos anormales, denuncias, circunstancias sociales y causas externas de daños y/o enfermedades.

El desequilibrio mental propio de los trastornos de la personalidad, cuyas variedades acabamos de enunciar, se traduce tan pronto en actos delictivos aislados como en tendencias criminales propiamente dichas. Tal inestabilidad se co0mplica, además, a menudo, con desviaciones y perversiones instintivas que traen, como consecuencia, una mayor gravedad de sus actos antisociales¹⁰³⁷.

El psicópata es un delincuente en potencia por su propia naturaleza. Ahora bien, no todos los psicópatas llegan a delinquir ni, sus delitos, son siempre iguales. Cuando el psicópata delinque, lo que es frecuente, sus delitos tienen unos caracteres especiales, comunes a todos ellos, dada la naturaleza propia de su personalidad, cuyos rasgos fueron destacados por Karl BIRNBAUM¹⁰³⁸.

Desde el punto de vista de su delictividad, los trastornos de la personalidad como grupo tienen unas características criminológicas definidas, opuestas a las de la psicosis. Las psicopatías duran lo que la vida del sujeto y dan lugar a situaciones delictivas comprensibles, incluso esperadas y previsibles. Frecuentemente dotados de cualidades brillantes, aunque superficiales, se hallan en condiciones favorables de ser engañados fácilmente si se halagan sus tendencias.

Los distintos tipos de trastornos de la personalidad tienen una afinidad propia para especiales variedades delictivas. Los anancásticos, asténicos, ansiosos y depresivos, ofrecen escasa o nula peligrosidad. Ésta, resalta, en cambio, en los disociales o desalmados, paranoides, abúlicos e hipertímicos. La peligrosidad de los histriónicos, no se manifiesta tan sólo en la mentira patológica, sino también en delitos más activos. La participación de los psicópatas en los delitos contra la propiedad, en su sentido ordinario, es escasa. Finalmente, el delito sexual más frecuentemente cometido por las personalidades psicopáticas es el exhibicionismo¹⁰³⁹.

¹⁰³⁷ Juan Antonio GISBERT CALABUIG y otros, *Trastornos de la personalidad*, en *Medicina legal y toxicología*, op. cit., p. 1190.

¹⁰³⁸ Karl BIRNBAUM (1878-1950), centró sus investigaciones en la Psiquiatría clínica, la Psicología criminal y la Psicopatología.

¹⁰³⁹ Vid. ponencia de José VELASCO ESCASSI y Bonifacio PIGA SÁNCHEZ-MORATE, en el V Congreso Nacional de Neuropsiquiatría, en Juan Antonio GISBERT CALABUIG y otros, *ibid.*

5. Delincuencia y sistema penal.

La atención hacia el delito materializada en una alarmante expansión e internacionalización del Derecho penal, lo ha convertido de hecho en el instrumento recurrible por excelencia, pese a las dificultades de esta Ciencia para cumplir sus funciones en la lucha frente a la delincuencia. En este sentido, persiste el desacuerdo en sectores de la doctrina penal en torno a si las penas, y con ellas el Derecho penal, constituyen el medio más adecuado para enfrentarse al comportamiento delictivo.

Los representantes de la dogmática penal partidarios del recrudecimiento de la pena privativa de libertad parecen desconocer que, a pesar de todas las sanciones penales aplicadas hasta el momento, la cuota de reincidencia delictiva permanece extraordinariamente alta. En efecto, se afirma que, la variable de reacción social, caracterizada por el aumento indiscriminado del rigor penal, sólo conduce a un sobredimensionamiento del Sistema penal, sin la correspondiente reducción del fenómeno criminal.

Los principales mecanismos formales que utiliza el Estado para el control de la delincuencia son la policía, los tribunales de justicia y las prisiones. Para GARRIDO GENOVÉS, en términos estrictamente económicos, es probable que, los gastos de represión y control de la delincuencia común, sean superiores a las pérdidas materiales causadas por ella¹⁰⁴⁰.

5.1 Breve referencia al sistema penitenciario en España.

La ubicación de los establecimientos es fijada por la Administración Penitenciaria, dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procura que cada provincia que es competencia de la Administración General del Estado (todas menos Cataluña, que tienen las competencias transferidas) cuente con el número suficiente de establecimientos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de las personas en prisión¹⁰⁴¹.

En la actualidad, los centros penitenciarios están concebidos arquitectónicamente con una tipología modular que posibilita crear espacios que faciliten la vida diaria en la prisión, y respondan a la doble función de lugar de custodia y espacio favorecedor de la rehabilitación. Están confi-

¹⁰⁴⁰ Vicente GARRIDO GENOVÉS, *PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGÍA*, op. cit., pp. 777 y ss.

¹⁰⁴¹ Gobierno de España. Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

gurados, pues, según fuentes del Ministerio del Interior, para ser instrumentos eficaces para la educación y reinserción de los internos, al tiempo que garantizan su seguridad y el cumplimiento de las penas.

La tipología de los Centros Tipo se formaliza sobre la base de una estructura urbana modular en la que se integran edificios, calles y plazas. Su ordenación está basada en la definición de diversos anillos concéntricos de seguridad alrededor de un recinto interior, identificado como Urbanización Interior.

En función del uso de los edificios, se pueden clasificar:

- a) Edificios externos. Son los utilizados por personas no internas: Control de Accesos, Oficinas y Cuerpo de Guardia y Jefatura de Servicios y Comunicaciones.
- b) Edificios de servicios. Son los empleados por internos de forma no continuada: Cocinas, Talleres Productivos y Deportivo- Cultural.
- c) Edificios con presencia permanente de internos. Módulos Polivalentes, Módulos Residenciales, Módulo de Régimen Cerrado, Enfermería e Ingresos, Salidas y Tránsitos.

La Sociedad de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios (SIEP SA), que es la compañía estatal encargada del diseño, planificación y ejecución de las nuevas instituciones penitenciarias, ha desarrollado este modelo tipo de cárcel que ha servido de base para la construcción de modernas instalaciones.

En cualquier centro, los propios internos se hacen cargo de la gestión de la panadería, la lavandería, el economato o del servicio de limpieza, bajo la fórmula de talleres productivos.

Esta nueva planificación, proporciona a los centros de edificios que albergan los servicios generales comunes, así como amplios espacios polivalentes de uso común que se utilizan tanto para talleres de trabajo como para aulas de formación. También están dotados de espacios para la asistencia sanitaria y de lugares de comunicación con la familia.

Mediante la diferenciación de zonas, residencial, central de equipamientos, de trabajo y perimetral, se garantizan altos niveles de seguridad y eficiencia, pero también la mejor habitabilidad posible para el desarrollo integral de las personas, mediante actividades culturales, educativas, deportivas o laborales.

Los centros están dotados con tecnología de seguridad de alto nivel, así como con sistemas de provisión de servicios y energías renovables. En la actualidad, el conjunto del sistema penitenciario español está integrado por 87 centros penitenciarios que dependen, menos los de Cataluña, del Ministerio del Interior.

5.2 Violencia y prisiones. Evolución de las tasas de encarcelamiento.

La violencia puede manifestarse dentro de las cárceles en forma de agresiones directas de unos internos a otros, de agresiones directas a los funcionarios, de daños a las instalaciones, de toma de rehenes, de introducción, fabricación y posesión de objetos para el ataque, y de autoagresiones y suicidios.

La media de ocupación de los centros de internamiento en España es del 140 por ciento, si bien en algunos casos esta cifra supera el 300%. Los centros-tipo están diseñados para albergar a 1.008 presos. Sin embargo, lo habitual es que acojan a más de 1.700.

No se libran de estas deficiencias las cárceles más antiguas o las de menor capacidad. De hecho, la tasa de hacinamiento más alta, según los datos facilitados por ACAIP, se registra en el Centro Penitenciario de Ceuta, con 80 plazas y 287 internos, es decir, que está al 358,75% de su capacidad.

El sindicato CSI-CSIF ha denunciado en un comunicado que “esta situación no se ha dado nunca en la historia moderna de las prisiones españolas. Son niveles de hacinamiento rayando a los que padecen los centros penitenciarios sudamericanos¹⁰⁴²”.

¹⁰⁴² Periódico *El Imparcial*, jueves, 25 de noviembre de 2010.

Al problema de la masificación, únicamente superado por Chipre e Italia, hay que añadir otro no menos importante como es la escasez de funcionarios. Si bien las cifras oficiales apuntan a 20.000 empleados públicos, sólo 12.000 se dedican a vigilancia y custodia, lo que sitúa la ratio en un funcionario por cada 150 internos.

En los últimos años, el número de presos ha pasado de los 33.035 de 1990 a los 70.695. En este contexto, la norma de un preso por celda no deja de ser una utopía en España.

En el caso de Cataluña, Comunidad Autónoma donde el sistema penitenciario no es gestionado por la Administración General del Estado, pueden llegar a concentrarse hasta seis internos en las celdas de diez metros cuadrados de la prisión modelo de Barcelona, mientras que, en la de Tarragona, en celdas de ocho metros cuadrados hay hasta cuatro reclusos.

La población reclusa llegó a crecer cada día una media de 130 internos, si bien, el número de presos en las cárceles de España descendió en 2011, por segundo año consecutivo, hasta situarse en los 70.695 enumerados, lo que supone un 4,6 por ciento menos que en el año anterior¹⁰⁴³.

Según los datos de Instituciones Penitenciarias, departamento dependiente del Ministerio del Interior, el porcentaje de presos extranjeros se redujo durante el año 2011 en relación con el anterior, en 8 décimas, al pasar del 35,6 al 34,8 por ciento. De esta forma, las cárceles españolas albergaban a finales de 2011 un total de 24.524 presos nacidos fuera de España.

Por comunidades autónomas Andalucía es la que tiene más reclusos con 16.174 (15.069 hombres y 1.105 mujeres), seguida de Cataluña con 10.497 (9.759 hombres y 738 mujeres), Madrid con 9.503 (8.364 y 1.139) y la Comunidad Valenciana con un total de 7.397 (6.834 y 563, respectivamente).

Las comunidades autónomas han reclamado la construcción de 11 nuevos centros, cuya ejecución podría demorarse entre 6 y 8 años al no estar redactados los proyectos y no contar aún con presupuesto¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴³ Referencia que ofrece la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

¹⁰⁴⁴ Según confirmaciones de la Asociación Profesional de Funcionarios de Prisiones.

Con carácter general, por la institución del Defensor del Pueblo, se tramita una investigación a fin de conocer las inauguraciones de nuevas infraestructuras penitenciarias de diversa índole en la totalidad del territorio nacional. En esta investigación se ha informado de que han sido inaugurados los siguientes centros: Unidad de Madres de Madrid, CIS de Valladolid y el Centro Penitenciario de Murcia II, manteniéndose abierta la investigación, entre otros aspectos, para que informen sobre los motivos de las demoras en los plazos previstos de inauguraciones.

La propia secretaria general de Instituciones Penitenciarias, Mercedes GALLIZO, alertó en la Comisión de Interior del Congreso de que las “sucesivas reformas penales y la aprobación de nuevas leyes en relación con la violencia de género y la seguridad vial” han derivado en un aumento de la población reclusa. Una circunstancia que apunta a la necesidad de ampliar el “Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios 2005-2012 para incrementar tanto las celdas de régimen ordinario como las de régimen abierto”.

En este sentido, la señora GALLIZO llegó a plantear la posibilidad de no recurrir a la prisión, especialmente en el caso de penas de corta duración, aprovechando los adelantos tecnológicos que permiten la restricción de la libertad sin necesidad de internamiento.

A juicio de la directora del Observatorio para la Delincuencia, Elisa GARCÍA, el alto número de presos internos no se correlaciona con un aumento del número de incidentes e intentos de motín o fuga, sino todo lo contrario. Se afirma que, este hecho, puede deberse a que el clima mediterráneo y las prisiones abiertas que posee el sistema, no dan lugar a que se generen problemas. Además, “la existencia de un sistema de premios y beneficios, está garantizando el buen comportamiento de los presos”.

Pero, lejos de la imagen estereotipada que se puede formar la población, a través de la visualización de series televisivas, la realidad de la vida carcelaria, desde el punto de vista explicativo, no impide identificar los siguientes factores relacionados con la violencia dentro de las cárceles:

- a) Conocimiento de la vida adquirido por las circunstancias o situaciones violentas vividas en la familia y en su entorno social, que se transmuta en extorsiones, robos, amenazas y actitudes contrarias al natural modo de proceder.

- b) La masificación, la adicción a las drogas¹⁰⁴⁵, la escasez de información sobre los respectivos procedimientos, la dejación sin efecto de tantos y tantos objetivos, la nostalgia,...
- c) Las amenazas y presiones, con objeto de obtener, de la Administración o de otros internos, condiciones más favorables, ganancias anticipadas, drogas, extorsiones,...
- d) Los cacheos con desnudo integral.
- e) Los dilatados períodos de traslados de los internos de un centro a otro (hasta de un mes) para asistir a un juzgado en otra provincia, o la falta de información adecuada que sufren los familiares de los reclusos sobre las vías existentes para entrevistarse con los profesionales de los centros penitenciarios (trabajadores sociales, educadores, etc.) son otros de los temas clásicos, aunque también, los efectos de compartir celda, los módulos de respeto, o la situación de las mujeres con niños en prisión, entre otros temas.
- f) Las manifestaciones de daño físico causadas voluntariamente a sí mismo, a fin de exigir insistentemente un deseo. En efecto, las complicaciones en el proceso judicial o en las condiciones de encarcelamiento, aparecen relacionadas con conductas de autolesión, a las que el interno recurriría como forma de llamar la atención.

El riesgo de suicidio en prisión constituye uno de los temas a tener en cuenta en el diseño de políticas penitenciarias ya que las tasas de suicidios suelen ser superiores a las que se dan entre la población general. De acuerdo con lo estudiado en el párrafo anterior, las conductas de suicidio parecen ser más frecuentes en internos jóvenes, varones, en quienes tienen problemas de toxicomanía y con historia de psicopatología previa, pero no con depresión.

¹⁰⁴⁵ La reacción adversa a las drogas es la primera causa de muerte en prisión por causas no naturales. Los últimos datos facilitados por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias ponen de manifiesto que en el año 2009, 47 personas fallecieron por este motivo en las prisiones gestionadas por esa Administración y, durante el año 2010, fueron 16 los fallecidos en prisiones de Cataluña.

La institución del Defensor del Pueblo dispone de los datos correspondientes a los suicidios consumados y en grado de tentativa que han tenido lugar durante 2010 en centros dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: de los 56 casos de tentativa de suicidio, 36 tuvieron lugar mediante ahorcamiento; 13 por cortes; 1 por golpes; 1 por incendio; otro por precipitación, y cuatro por ingestión. Los suicidios consumados durante ese año ascendieron a 23, todos ellos por ahorcamiento. Atendiendo a la edad: 5 tenían entre 26 y 30 años; 6 de 31 a 40; 10 de 41 a 60, y 2 eran mayores de 60 años. De los intentados: 1 era mayor de 18 y menor de 20 años; 14 tenían entre 21 y 25 años; 11 de 26 a 30; 20 de 31 a 40 años, y 10 de 41 a 60 años de edad.

Atendiendo a la situación penitenciaria de las 23 personas que consumaron suicidio, 7 se encontraban en situación de prisión preventiva, 1 internado judicial y el resto penados, de los cuales 1 estaba en régimen abierto y los 14 restantes en régimen ordinario o cerrado. Por lo que respecta a los intentos de suicidio, 18 se encontraban en situación de prisión preventiva, 3 internados judiciales y el resto penados, de los cuales 1 estaba en régimen abierto y los 34 restantes en régimen ordinario o cerrado.

Si se considera la tipología delictiva, se aprecia que 2 de las personas que se suicidaron en centros dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, estaban en prisión por delitos contra la libertad sexual; 9 por delitos contra las personas; 4 contra la propiedad; 3 contra la salud pública; 1 por delito cometido en el ámbito familiar, y 4 por otros delitos. En lo que atañe a las tentativas de suicidio se observa que 6 de estas personas estaban en prisión por delitos contra la libertad sexual; 15 por delitos contra las personas; 24 contra la propiedad; 5 contra la salud pública; 4 delitos cometidos en el ámbito familiar, y 2 por otros delitos.

En resumen, el número de suicidios acaecidos durante el año 2010 representa una mejora respecto de los datos correspondientes a 2009. No obstante, resulta muy llamativo que, a ninguno de los 23 internos que consumaron suicidio durante el año 2010, le fue detectada su situación como de riesgo, y, en consecuencia, no estuvieron sometidos a las medidas contempladas en el Programa de Prevención de Suicidios. Circunstancia que, evidentemente, refleja la necesidad de realizar nuevos esfuerzos para agotar las posibilidades de mejora de este instrumento de intervención en su faceta

predictiva¹⁰⁴⁶.

5.3 Efectos psicológicos de la estancia en prisión: la prisionización.

Aunque la privación de libertad parece la consecuencia más obvia del encarcelamiento, éste amplía desmesuradamente su radio de acción sobre otras muchas dimensiones de la propia persona presa y sobre muchas más personas que ésta misma¹⁰⁴⁷.

La cárcel supone un sistema total. Funciona de manera autónoma con sus propias normas, sus diferentes roles, patrones de comportamiento, sistemas y códigos de comunicación, estilos de vida, su propia economía sumergida, sus grupos de presión, sus agentes de control formales e informales, el llamado “código del recluso”...

Al proceso de incorporación y paulatina adaptación a este peculiar hábitat alternativo, CLEMMER lo llamó *prisionización* y GOFFMANN *enculturación*. Consiste básicamente en la progresiva asunción por parte de la persona privada de libertad de una nueva forma de vida, en el aprendizaje de nuevas habilidades y consistencias comportamentales.

En efecto, la actividad del preso es una lucha por la supervivencia, en un intento continuo de adaptarse. Puede ser más o menos acelerado, más o menos efectivo según el tiempo ininterrumpido que la persona permanezca en la cárcel, el tipo de actividades de *desprisionización* que desarrolle en ella, su historia de vida, personalidad y la permeabilidad que mantenga con el exterior. En todo caso, la prisionización tiene efectos negativos para la resocialización difícilmente evitables con el tratamiento.

Toda esta realidad, va provocando el proceso de *prisionización*, que acaba por hacer mella en la persona del recluso. No se trata por tanto de que la persona presa presente unos especiales rasgos o unos perfiles predeterminados: más bien se trata de que el proceso de inadaptación social primero, y el de prisionización después generan la aparición de determinadas consistencias comportamentales.

¹⁰⁴⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2011 y debates en las Cortes Generales*.

¹⁰⁴⁷ Seguimos a José Luis SEGOVIA BERNABÉ, *Consecuencias de la prisionización*, artículo consultado en http://www.juntadeandalucia.es/averroes/iesalfonso_romero_barcojo/actividades_tic/, p. 1.

Entre los efectos más destacables de la *prisionización*, se encontrarían los siguientes:

- a) Desproporción reactiva: cuestiones que en otro contexto carecerían de importancia son vivenciadas con una desproporcionada resonancia emocional y cognitiva.
- b) Dualidad adaptativa: o se produce una autoafirmación agresiva (con fuerte hostilidad hacia todo lo que provenga de “la autoridad”) o la sumisión frente a la institución como vía adaptativa. Entre estos dos extremos, oscilan las formas de adaptación del preso a la cárcel (la permanente elección de extremos que caracteriza la vida del inadaptado).
- c) Sensación del hoy: si no puede controlar su presente, mucho menos su futuro. Tanto por la extremada primariedad de su comportamiento como por la imprevisible dirección de su vida en la cárcel, se deja llevar por un vivir sólo el presente desde el fatalismo, la ausencia de introspección, planificación y análisis de consecuencias.
- d) Síndrome amotivacional: no se deja interesar por nada, está cerrado a la novedad, cada vez más encapsulado en un mundo interior que trata de defenderse de las emociones con una aparente dureza emocional cerrada a influjos externos. Delega su responsabilidad y creatividad en el entorno institucional del que “depende”.
- e) Baja estima de sí mismo: impotencia, sentimiento de inferioridad que le hace situarse con “envidia” agresiva hacia los “pringaos” normalizados. Es difícilmente capaz de definirse desde sus potencialidades, pero lo hace desde sus carencias y necesidades¹⁰⁴⁸.
- f) En el caso de los extranjeros, debe sumarse como consecuencia durante el cumplimiento de la condena que, las posibilidades de obtener permisos, clasificación en tercer grado o libertad condicional anticipada disminuyen espectacularmente pues, obviamente, carecen de arraigo en nuestro país (muchos fueron

¹⁰⁴⁸ José Luis SEGOVIA BERNABÉ, *Consecuencias...*, en el lugar indicado, pp. 9 y 10.

detenidos en la misma frontera) y, el destino final, es la expulsión una vez liquidada la condena (doble sanción: penal y administrativa).

Los estudios que ponen en relación la estancia en prisión de los sujetos con su conducta posterior, se han circunscrito al análisis de la variable *reincidencia*, sugiriendo, las investigaciones iniciales de los años 40 y 50 del siglo XX, una concordancia directamente proporcional entre *prisionización* y *reincidencia*, cuestión puesta en duda recientemente¹⁰⁴⁹, dado que, la ulterior recaída de los sujetos vendría asociada a características personales y conductuales de los mismos, o con las del ambiente a los que, éstos, retornan.

En efecto, bastantes de los rasgos analizados anteriormente se mantienen fuera, siendo preciso un tiempo de reajuste y normalización, de adaptación, en suma, a la vida en libertad. Esta, con frecuencia, no les es tan fácil como soñaban y al poco, tras la euforia inicial y las “vacaciones”, viene la decepción.

Los tres primeros meses de libertad son especialmente delicados (paradójicamente los meses en los que normalmente no se ha percibido ninguna prestación por parte de la administración). En ellos aparecen cuadros psicossomáticos caracterizados por la ansiedad, el insomnio, problemas de concentración, miedo a ser detenido.

Quedan ciertos hábitos que dificultan las relaciones. Un sentimiento de desconfianza generalizado. La proyección sobre todo lo que represente cierta autoridad (el “encargado” de obra, por ejemplo) del mundo penitenciario y las figuras allí vividas como represivas o las dificultades para una cierta autodisciplina personal, “ahora que nadie me manda”

Ya en libertad, la poca práctica de auto-gestión y de responsabilidad será una de las “consistencias actitudinales” desarrolladas en la prisión que más le van a perturbar para aprovechar las pocas oportunidades que se le ofrezcan. Sin preparación alguna pasa de la cárcel, donde se le dice todo lo que tiene que hacer, cómo hacerlo y dónde hacerlo; ahora ha de tomar sus propias decisiones, ponderar las consecuencias, pensar alternativas, planificar su vida en su sistema por completo distinto del penitenciario.

¹⁰⁴⁹ Vicente GARRIDO GENOVÉS, *PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGÍA*, op. cit., p. 802.

5.4 La reincidencia de los encarcelados.

El fenómeno de la reincidencia en el delito siempre es controvertido e incluso polémico, ya que el delincuente reincidente, o multirreincidente, siempre es punto de atención social e informativo, llegando a causar en ocasiones alarma social.

El recorrido hacia la reinserción no empieza el día en que se libera un preso, sino el día en que es detenido. Un programa coordinado de prevención de la reincidencia debe tomar en cuenta las necesidades individuales de los reclusos y abarcar la vivienda, el empleo, la formación profesional, el acceso a la asistencia médica (sobre todo si existen problemas relacionados con la droga) las relaciones familiares y sociales, así como otros factores importantes tales como la administración de sus bienes y patrimonio personales.

Todas estas acciones se pueden implementar individualmente y personalizarse según las necesidades y especificidades del área local en cuestión, o incluirse en un enfoque integrado y global. Si bien es cierto que requieren recursos humanos y económicos significativos, también muestran los más prometedores resultados en cuanto a prevención de la reincidencia.

Estos aspectos se ven acrecentados en tiempos de crisis, como el actual, y con mucha frecuencia se convierte en noticia de interés informativo¹⁰⁵⁰. El aumento de ciertos tipos de delitos, como son especialmente los cometidos contra la propiedad y contra las personas, hacen que el estudio de las políticas criminales sea un factor de gran importancia.

Así como, en diferentes países, existe una larga tradición en el estudio de la reincidencia en el delito, GARRIDO GENOVÉS estima que, en España, éste, ha sido un aspecto criminológico descuidado durante décadas¹⁰⁵¹.

El 26 SEP 12, se presentó en la sede del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, el primer estudio realizado en nuestro país, acerca de la eficacia de las predicciones sobre peligrosidad y reincidencia que tienen los Informes Psicológicos, realizados a penados por delitos graves por los Psicólogos Forenses de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

¹⁰⁵⁰ Universidad Europea Miguel de Cervantes, VI Jornadas de Criminología, *Jornada sobre investigación y reincidencia en el delito*, 26 ABR 2012.

¹⁰⁵¹ Vicente GARRIDO GENOVÉS, *PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGÍA*, op. cit., p. 803.

Este trabajo, realizado por la Psicóloga Forense de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid, María del Rocío GÓMEZ HERMOSO¹⁰⁵² demuestra que, los Informes Psicológicos Forenses, detectan en un 94% los casos de peligrosidad y reincidencia de los penados por delitos graves: agresores sexuales, abusadores sexuales a menores, asesinos, homicidas y maltratadores.

La investigación se ha realizado estudiando la totalidad de los 150 expedientes en los que se había emitido un Informe Psicológico Forense a petición de los Magistrados-Jueces de Vigilancia Penitenciaria de Madrid, de cara a conceder entre el año 2003 y 2006, una situación de libertad (permisos ordinarios de salida, progresiones a tercer grado y libertad condicional), a penados cuya tipología delictiva era: agresores sexuales (37), agresores de género (36), homicidas (31), asesinos (23), abusadores sexuales a menores (16) y detenciones ilegales (7). Posteriormente se comprobó si los penados incluidos en el estudio habían reincidido, cuándo y con qué tipología delictiva, entre 2003 y julio de 2012.

GÓMEZ HERMOSO destaca que, el 88% de los penados no vuelven a delinquir y del 12% restante que reincide lo hacen en delitos de violencia de género con el 22,2%, seguido a mucha distancia homicidio y abuso sexual a menor en torno al 12%. Además detecta que, de 150 Informes Psicológicos Forenses, 92 fueron desfavorables y 58 fueron favorables. De los 58 favorables sólo 3 reincidieron, uno con un delito de estafa, otro un delito contra la salud pública y otro, un robo con intimidación. Luego la sensibilidad para discriminar o detectar reincidencia en delitos graves es del 94%.

Los datos de este primer Informe reflejan la eficacia de los Informes Psicológicos Forenses a la hora de discriminar la reincidencia de delincuentes condenados por delitos graves y muy graves. Estos Informes pueden contribuir a reducir a un 44% las reincidencias.

Durante los últimos veinticinco años, las ciudades integrantes del Foro Europeo para la Seguridad Urbana (European Forum for Urban Security - Efus), se han dedicado a elaborar políticas de seguridad holísticas e integradoras, abordando todos los niveles de prevención¹⁰⁵³.

¹⁰⁵² Psicóloga Forense del Grupo de Expertos del Tribunal Internacional Penal de la Haya.

¹⁰⁵³ Foro Europeo para la Seguridad Urbana, *Prevención de la reincidencia: herramientas de formación para actores locales*, Efus, París, 2012, pp. 6 y ss.

Como tal, la rehabilitación de los delincuentes y la prevención de la reincidencia constituyen aspectos integrantes de toda política local de seguridad. Si bien los sistemas estatales de justicia penal desempeñan un papel preponderante en la decisión y la aplicación de sanciones, las ciudades tienen una función importante que desempeñar, proponiendo alternativas y medidas de apoyo comunitarias, y también buscando cómo satisfacer, de forma equilibrada, las necesidades del individuo y de la comunidad, de la víctima y también del delincuente.

La Policía Local de Valencia diseñó un programa de formación con el objeto de ofrecer soluciones locales a problemas globales, en cooperación con otros protagonistas locales como las autoridades carcelarias, los servicios judiciales, educativos y sociales. Se decidió centrarse en los reclusos excarcelados, específicamente en el grupo de penados que deben realizar una parte de su condena realizando trabajos en beneficio de la comunidad, siendo monitorizada su incorporación a la comunidad por los servicios sociales penitenciarios junto a agentes de la Policía Local.

El otro grupo de trabajo fue la juventud en general, especialmente en aquéllos que han podido cometer ya alguna infracción previa. El objetivo es trabajar la prevención terciaria en este colectivo para evitar la reincidencia incluso cuando no haya habido una pena de prisión, por ejemplo en el caso de infracciones de tránsito, actos vandálicos y daños u otras infracciones menores.

Se impartieron dos series de sesiones de formación. La primera, destinada únicamente a los oficiales de policía, estuvo dedicada a «formar a los agentes de policía para acabar con la reincidencia». Fueron invitados veinticinco participantes, en su mayoría oficiales de la escala superior (la PLV es una institución muy grande con muchas funciones y áreas de competencia diferentes, y con una plantilla de unas 1700 personas). La segunda sesión, dirigida a la policía comunitaria, persiguió el objetivo de formar a los futuros formadores.

Otra sesión, llamada «Diseñar programas eficaces para la prevención de la reincidencia y la violencia en la juventud», reunió a 214 participantes. Esta sesión interdisciplinaria estaba destinada a todos los protagonistas locales involucrados en la prevención de la reincidencia y se centró en el diseño de actividades eficaces y la adquisición de competencias para prevenir la reincidencia.

La duración total del programa de formación fue de 40 horas: 16 para los oficiales de policía y 24 para el público más amplio, dividido en cuatro sesiones de dos días cada una (con dos sesiones por público objetivo). Los cursos fueron dictados por especialistas en distintas áreas, como expertos europeos, asistentes sociales, criminólogos, etc.

El programa incluyó presentaciones de los programas comunitarios de la Policía Local de Valencia para la mediación y prevención. Se enfocó principalmente en los programas de «Trabajos en beneficio de la comunidad». Finalmente, se creó un curso interdisciplinario para la plataforma de aprendizaje virtual Webpol de dicha Policía Local¹⁰⁵⁴.

Jake CRONIN, un analista de políticas del Instituto de Política Pública de la Facultad de Asuntos Públicos Truman, en la Universidad de Missouri, estudió informes del Departamento de Correccionales de Missouri y encontró que, los presos que obtenían su título secundario para adultos (GED), en las cárceles de Missouri, tenían significativamente más posibilidades de encontrar un empleo tras su estancia en prisión, y menos probabilidades de reincidir, que los presos que no lo conseguían. CRONIN encontró el salto máximo en porcentajes reducidos de reincidencia, más del 33 por ciento, cuando observó a los presos que obtuvieron el GED y consiguieron un empleo a tiempo completo tras su liberación.

CRONIN afirmó que, el empleo, demuestra ser el “predictor más fuerte del no regreso a la cárcel que hemos encontrado”. En efecto, aquellos que gozan de un empleo a tiempo completo, tienen muchas menos posibilidades de regresar a la cárcel que presos similares desempleados. Los porcentajes de reincidencia fueron reducidos casi a la mitad para los ex presos con un trabajo a tiempo completo comparado con presos similares que eran presos desempleados.

¹⁰⁵⁴ WebPOL es la herramienta utilizada como plataforma de aprendizaje virtual por la Policía Local de Valencia.

A su vez, PEREZ y REDONDO determinan que, la reincidencia no muestra relación con la magnitud del tiempo pasado en prisión ni con la intensidad de la carrera delictiva, en la versión dicotómica (valoración jurídica del sujeto como reincidente/no reincidente) en la que ésta fue medida. Mientras que sí apareció relacionada con las variables de personalidad (excepto la «autoestima») y con la conducta penitenciaria¹⁰⁵⁵.

Así las cosas, la relación encontrada entre la comisión de faltas penitenciarias y una mayor reincidencia posterior debe ser sometida a una mayor profundización.

El comportamiento manifestado por los sujetos en la prisión no puede ser considerado, sin más, un factor marginal en su pronóstico posterior, tal y como a veces se ha pretendido desde posturas de «idealismo penal/penitenciario». Antes bien, la interacción del individuo con el contexto prisión está afectando gran parte de su comportamiento.

Sin embargo, en el polo opuesto, PEREZ y REDONDO, nos invitan a ser precavidos para no concluir que, la mera consideración de las faltas disciplinarias pueda, *per se*, informarnos suficientemente, ni de lejos, para poder llevar a cabo un pronóstico fiable sobre la conducta futura de los encarcelados¹⁰⁵⁶.

Otros muchos niveles de interacción de los internos con otros internos, con el personal penitenciario, y con su contexto exterior, deberán ser debidamente considerados para obtener esta información.

5.5 Objeto del encarcelamiento: retribución/rehabilitación.

Existen dos posiciones esenciales sobre la finalidad del encarcelamiento¹⁰⁵⁷. La primera, la encarnarían quienes sostienen que, meter a alguien en la cárcel, es una medida represiva e intimidatoria de los delincuentes, que se justifica y agota en sí misma. Estamos, pues, ante un planteamiento retribucionista. Una segunda postura, es la de quienes

¹⁰⁵⁵ Elena PEREZ FERNÁNDEZ y Santiago REDONDO ILLESCAS, *EFFECTOS PSICOLÓGICOS DE LA ESTANCIA EN PRISIÓN*, Papeles del Psicólogo, núm. 48, febrero, 1991.

¹⁰⁵⁶ Elena PEREZ FERNÁNDEZ y Santiago REDONDO ILLESCAS, *EFFECTOS PSICOLÓGICOS DE LA ESTANCIA EN PRISIÓN*, op. cit.

¹⁰⁵⁷ Santiago REDONDO ILLESCAS, “*Algunas razones por las que vale la pena seguir manteniendo el ideal de la rehabilitación en las prisiones*”, *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Iñaki RIVERA BEIRAS (Coord.), Bosch, Barcelona, 1994, en Vicente GARRIDO GENOVÉS y otros, *PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGÍA*, op. cit., pp. 804-807.

consideran que, la vertiente retribucionista, no es suficiente; que, ya, surante el encarcelamiento (y posteriormente) debería trabajarse activamente para prevenir la futura delincuencia. Nos referimos a ésta perspectiva como la concepción rehabilitadora.

Ambas disposiciones han convivido en la praxis penal y se han rebatido, operando de modo pendular: a un periodo de predominio retribucionista, le ha seguido otro de concepción rehabilitadora, y a la inversa.

Se afirma que, las prisiones, tienen una contradicción ontológica: no puede prepararse a los delincuentes para la vida en libertad desde la privación de libertad. En efecto, las prisiones no son el lugar más adecuado para llevar a cabo procesos de inserción que deben producirse fuera de sus muros, en la comunidad social.

Las penas privativas de libertad, evidentemente, suponen un castigo que se impone a quienes han delinquido; en este sentido, no fueron concebidas por la doctrina penal, ni aplicadas por los tribunales, como instrumentos rehabilitadores. El fin rehabilitador, ha sido solapado, de modo forzado, a una realidad previa que no se cuestiona: el carácter retributivo de las penas, proporcional al daño causado por el infractor.

Que, las prisiones, no sean un lugar ideal para educar a las personas o preparar su reinserción, no significa que, la estancia en prisión, no constituya una ocasión propicia para instruir a los encarcelados, ayudarles a redefinir sus vínculos familiares y sociales más favorables para su futuro. Más allá de demagogias fáciles, la prisión sí que puede preparar para la vida en libertad, pese a la privación de ésta.

A juicio de GARRIDO GENOVÉS, una serie de razones justifica y hace necesario mantener el “ideal de rehabilitación” en las prisiones. En primer lugar, por favorecer una paulatina humanización de las instituciones penitenciarias¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁸ Cada movimiento del péndulo en dirección a la rehabilitación, ha nacido de la disconformidad con el *statu quo* carcelario y ha supuesto un impulso para mejorar las cosas: trato a los encarcelados, condiciones de higiene de las prisiones, salubridad de los edificios, aumento de los servicios y personal destinados a tareas educativas y sociales, etc.

Pero, además, el ideal de la rehabilitación, ha propiciado también la investigación criminológica: sólo una perspectiva que cree en la capacidad humana para cambiar y mejorar se interesa por indagar en los factores vinculados a la delincuencia. En otras palabras, muchos de los conocimientos aportados por los criminólogos, ilustran la perspectiva posibilista y esperanzada.

Una tercera razón por la que se cree necesario que, el ideal de rehabilitación, forme parte del funcionamiento de las prisiones está relacionado con una de las finalidades fundamentales de la política criminal: la evitación o reducción de las futuras acciones delictivas.

Esta disposición nos lleva a plantear si, las medidas y programas rehabilitadores actuales son más efectivos que la mera justicia retributiva, es decir, que el simple “encarcelamiento justo”. La respuesta es globalmente afirmativa, al ejercer estos programas un efecto muy favorable sobre los encarcelados que los siguen y sobre el funcionamiento de las propias prisiones.

Como precisa REDONDO ILLESCAS, en España, la re-emergencia del “ideal rehabilitador” no es mérito exclusivo de la psicología y los psicólogos, sino que muchos otros profesionales, como criminólogos, pedagogos, maestros, educadores y trabajadores sociales, han participado muy activamente para su reimplantación¹⁰⁵⁹.

También han jugado un papel importante muchos “voluntarios” que trabajan con ilusión en las prisiones y plantean una perspectiva optimista y esperanzada sobre los encarcelados. Sin embargo, a la psicología y a los psicólogos corresponde el mérito legítimo de haber desarrollado y estructurado, en gran medida a partir de teorías y conocimientos psicológicos, la mayor parte de la tecnología social necesaria para hacer operativo “el ideal de la rehabilitación”.

Se pregunta REDONDO si deben endurecerse, las penas de prisión, o aplicarse programas de rehabilitación; si, las penas, deben tener un mero contenido punitivo o debe favorecerse el régimen abierto; si, sólo hay que aplicar programas con los delincuentes, o debe incluirse también a las

¹⁰⁵⁹ Santiago REDONDO ILLESCAS, *PSICOLOGÍA PENITENCIARIA APLICADA: LOS PROGRAMAS DE REHABILITACIÓN EN EUROPA*, Ponencia en las I Jornadas de Tratamiento Penitenciario (Peñíscola, octubre 2000), p. 3.

víctimas; y, fundamentalmente, ¿dónde debe realizarse todo esto: en la cárcel o en la comunidad?

El posicionamiento en cualquiera de los lados, aparentemente antagónicos, de estas controversias parece negar el lado contrario de las mismas. Sin embargo, todas estas cuestiones, en las que suelen tomar partido los diversos operadores del sistema de justicia penal, sólo producen una gran confusión y la frecuente incomprensión entre los interlocutores cuando se decantan entre aparentes, pero falsos, planteamientos dicotómicos.

En su opinión ello es debido a la existencia, a la hora de reflexionar y posicionarse sobre la justicia penal, de debates cruzados en al menos tres dimensiones diferentes:

Primeramente hallamos una dimensión simbólica sobre el significado preferente que se confiere al castigo penal. En ella los ciudadanos (y los profesionales) se decantan o bien por el realce del castigo (generalmente, la prisión) como prioridad para los infractores de la ley penal, o bien por medidas de mayor contenido social, en que las propias víctimas (programas de relación con las víctimas, por ejemplo, mediación o reparación) o la sociedad en su conjunto (programas en beneficio de la comunidad) puedan jugar un papel educativo-social sobre los delincuentes.

El debate aquí posee, esencialmente, un carácter moral y político, y tiene que ver con la consideración de si los ciudadanos que quiebran la ley deben ser meramente castigados y encerrados o si, por el contrario, debe avanzarse hacia medidas sociales más blandas que puedan lograr, a su vez, parecidos efectos disuasorios.

Una segunda magnitud, también de carácter jurídico-penal, concierne a la valoración del contexto más adecuado para la aplicación de las penas, especialmente las penas privativas de libertad. ¿Cuál es el tipo de prisión más conveniente: los centros cerrados o los abiertos? ¿Y por qué no avanzar hasta la ejecución de medidas, como los arrestos, en el seno de la propia comunidad -por ejemplo, en el domicilio del sujeto, empleando para ello controles mecánicos como las pulseras electrónicas?

Para REDONDO, el posicionamiento social y político en estas dos primeras dimensiones guarda estrecha relación con dos factores principales: el nivel de violencia -real o simbólicamente construida- que hay en una determinada sociedad y su grado de desarrollo social y democrático. Su hipótesis (no alejada de una propuesta ya realizada en 1764 por Cesare Beccaria) es que, a mayor violencia y menor desarrollo social, más duras serán las medidas penales utilizadas y más estricto su cumplimiento; y viceversa, a menor violencia y mayor grado de civilización, más suaves y comunitarias serán las medidas penales aplicadas.

El tercer aspecto a debate tiene un cariz técnico, y se refiere a la efectividad de las técnicas aplicadas con los delincuentes. Más concretamente, el grado en que las distintas técnicas y programas utilizados logran reducir la reincidencia futura de los sujetos tratados.

Existe un gradiente¹⁰⁶⁰ de efectividad que va desde el mero internamiento en prisión (que no reduce la reincidencia o incluso la aumenta), pasando por los programas informativos, educativos, formativos, y psicoterapéuticos (que obtienen reducciones promedio de reincidencia de en torno al 12-21%), hasta los programas de orientación conductual y cognitivo-conductual, o de enseñanza de habilidades de vida, (que logran reducir la reincidencia hasta un 27%). La dimensión tipo de técnica, o programa utilizado, hace referencia a qué es lo que en realidad se hace con los delincuentes mientras cumplen una condena, a qué iniciativas o enseñanzas se les ofrecen.

Esta dimensión técnica, que calibra la efectividad de cada técnica aplicada, es en buena medida independiente de las dimensiones previas. Lo importante aquí es lo que se hace y no dónde se hace.

Retomando, ahora en términos de efectividad, alguna de la preguntas previas, podemos plantearnos, como con frecuencia se hace: ¿Qué tipo de prisión es más efectiva: la abierta o la cerrada? ¿Qué tiene mayor eficacia para la reinserción: la privación de libertad o los trabajos en beneficio de la comunidad?

¹⁰⁶⁰ Razón entre la variación del valor de una magnitud en dos puntos próximos y la distancia que los separa.

A la luz de nuestros actuales conocimientos sobre efectividad, podemos afirmar con rotundidad que, si el criterio considerado es su virtualidad rehabilitadora, ni la prisión cerrada ni la abierta, en sí mismas, rehabilitan a nadie; ni la privación de libertad ni los trabajos en beneficio de la comunidad reducen *per se* la reincidencia.

Con independencia de otros vaticinios, el debate de la efectividad tiene que ver prioritariamente, afirma REDONDO, con los contenidos educativos aplicados a los delincuentes y no con las dimensiones simbólicas atribuidas al castigo, o los lugares de ejecución de las medidas penales. Si no se hace nada más, es una quimera esperar que las prisiones (sean cerradas, semiabiertas o abiertas), tengan virtualidades terapéuticas. Y, contrariamente a ello, si se trabaja con los delincuentes de manera sistemática e intensiva, mediante programas que han mostrado efectividad, pueden obtenerse buenos resultados en diferentes contextos penales.

Es evidente, que, cuanto más abiertos y comunitarios sean los contextos en que tales programas se lleven a cabo mayores serán las oportunidades para que los sujetos puedan poner en práctica de manera real las nuevas habilidades aprendidas.

Los actuales conocimientos sobre efectividad nos indican que existen técnicas y programas de alta efectividad, entre los que especialmente se encuentran aquéllos que desarrollan las competencias y habilidades sociales de los delincuentes. La lección para el futuro es que tales programas, y otros semejantes, deben ser aplicados de la manera más amplia e intensiva posible en el marco de cualesquiera medidas penales y contextos en donde éstas se apliquen a los delincuentes.

Como se colige de lo anterior, el ideal de la rehabilitación, tiene amplias implicaciones positivas para la perspectiva sobre el futuro de las personas inmersas en la cuestión carcelaria (presos, funcionarios, agentes sociales, etc). Este ideal, confiere a las prisiones las ansias necesarias para la reforma cotidiana de su funcionamiento; para emprender acciones positivas; para imaginar e inventar situaciones mejores y ponerlas en práctica; para abrir las puertas de las cárceles, más que para cerrarlas.

Creemos que, la identificación de estas dimensiones, discursivas puede ayudar a clarificar y resolver muchos de los ficticios debates que se libran en el campo de la psicología penitenciaria y disciplinas afines.

6. Fundamentos político-jurídicos y criminológicos.

Hasta el momento, hemos podido apreciar que existen diferencias considerables en los modos de ver y apreciar la amenaza penal, dado que, la mayoría de las investigaciones realizadas sobre los fines de la pena, se han ocupado casi, exclusivamente, de uno de ellos: la prevención de la reincidencia de los individuos ya condenados.

Si convenimos con humildad que, pese a los progresos realizados, nuestros conocimientos sobre este particular son rudimentarios y limitados, dado que no existe ninguna prueba científica del valor intimidante de la pena, descubriremos que, la investigación criminológica, se enfrenta a serios problemas de orden metodológico al abordar el tema objeto de nuestro estudio.

La evaluación empírica de una teoría consiste en comprobar en qué medida se confirman sus postulados, o no, de acuerdo con la propia realidad. Así, para las teorías de la disuasión, se trataría de verificar si se cumplen sus previsiones teóricas principales que argumentan que, la imposición de penas, disuadirá a los delincuentes de cometer nuevos delitos (prevención especial) y prevendrá la delincuencia del conjunto de la ciudadanía (prevención general). En definitiva, se trataría conocer si es cierto que, la aplicación de penas como consecuencia de los delitos, logra reducir la delincuencia¹⁰⁶¹.

Pese a la larga historia de aplicación de sistemas penales disuasorios, existen pocos estudios empíricos que hayan tenido como objetivo verificar si, la aplicación de penas más estrictas o de mayor duración, supone una reducción de los delitos¹⁰⁶². Sorprende que, la doctrina del Derecho penal nunca haya intentado verificar sus postulados básicos pues, en honor a la verdad, los pocos estudios que existen, han sido realizados por psicólogos, sociólogos y criminólogos, mientras que, los penalistas, han circunscrito su actividad a crear, interpretar y aplicar las leyes, sin tomar en consideración sus efectos.

¹⁰⁶¹ Así se expresa Rosemay BARBERET HAVACANT, *La prevención general y especial*, Cuadernos de Derecho Judicial (*La Criminología aplicada*), XV, 1997, pp. 117-147.

¹⁰⁶² Como desarrollan Vicente GARRIDO GENOVÉS y otros, *PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGÍA*, op. cit., pp. 188 y ss.

Entramos pues, en uno de los objetivos de la Criminología: comprobar qué efectos producen las penas de diversa duración sobre el comportamiento de los delincuentes. GARRIDO GENOVÉS se pregunta si afecta a la reincidencia el imponer penas más largas o más cortas; si, se observan diferencias entre el comportamiento posterior de reclusos que han estado seis meses en la cárcel y aquéllos que han cumplido dos años; si, a las personas con disposición a delinquir, les afecta el riesgo de la detención y si, les influye más una pena de dos años de prisión que otra de seis meses¹⁰⁶³.

No obstante lo anterior, el Estado precisa del sistema penal, para prevenir o restaurar la paz social, si bien, como veíamos en los fundamentos filosófico-jurídicos, compatibilizándolo como instrumento de resolución de conflictos y no como justificación de autoconstatación normativa¹⁰⁶⁴.

6.1 La opción del castigo.

Como afirma el jurista y filósofo Roberto GARGARELLA, penar implica elegir. Elegir razones para el castigo, elegir qué conductas castigar, elegir a quiénes castigar, elegir de qué modo castigar. Es decir, no castigamos porque existen razones objetivas –un deber ser reconocido por todos- que nos conmina a hacerlo, sino que lo hacemos luego de haber tomado muchas decisiones previas, cada una de las cuales puede ser más o menos racional, más o menos razonable¹⁰⁶⁵.

Ante todo, nos encontramos con una elección referida a las razones generales por las cuales castigar. La política punitiva estatal se vincula con una de entre dos razones posibles: se castiga con el objeto de desalentar a otros a cometer un delito semejante, o se castiga como forma de reprochar al autor del ilícito por el acto que ha cometido, infringiéndole un daño proporcional al causado. Cualquiera de estas dos justificaciones generales de la política punitiva plantea problemas teóricos de difícil solución (el potencial castigo de inocentes que parece amparar el primer criterio; los rasgos de “venganza respaldada por el Estado,” que parecen propios del segundo criterio).

¹⁰⁶³ Ibid.

¹⁰⁶⁴ En este sentido, Josep María TAMARIT SUMALLA, *Sistema de sanciones y política criminal: un estudio de Derecho comparado europeo*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 09-06, 2007, p. 2.

¹⁰⁶⁵ Cfr. Roberto GARGARELLA, (Coord.), *Elegir y castigar*, SEMINARIO DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y FILOSOFÍA POLÍTICA, 20/07/ 07, pássim.

La elección que debe realizarse tiene que ver con los hechos que van a ser castigados. Es claro que los hechos delictivos no vienen prefijados por la naturaleza: somos nosotros, o nuestros representantes, los encargados de definir cuáles conductas vamos a considerar como merecedoras de reproche. Si elegimos ampliarlas, entonces, resulta obvio, tendremos más y más personas bajo el control de nuestro sistema penal (lo que significa, habitualmente, más y más personas presas).

Según estudios comparativos, en los Estados Unidos hay más de 762 personas presas por cada 100.000 habitantes (en la ex Unión Soviética había más de 620). Mientras tanto, en Canadá y en casi todos los países de Europa Occidental, la cifra no sobrepasa, o sobrepasa apenas, la de 100 personas. ¿Qué es lo que implican estas diferencias extraordinarias? ¿Significa, acaso, que en los Estados Unidos se cometen 7 veces más delitos que en Europa? Sin duda que no. ¿Significa, más bien, que el sistema policial en los Estados Unidos es 7 veces más eficiente que, digamos, el de Canadá? Nada parece indicarlo. Más bien, dicha diferencia descomunal parece tener que ver, al menos en un grado significativo, con la decisión de penar (y penar con la cárcel) a una mayor diversidad de conductas. Es decir, en buena medida, tenemos el número de presos –alto o bajo- que decidimos tener.

Otra opción se refiere a las personas susceptibles de ser castigados. Ocurre que, toda sociedad, suele carecer de la capacidad material requerida para perseguir y sancionar la mayoría de las conductas definidas como objeto de castigo. A resultas de tales dificultades materiales sucede que, en los hechos, lo queramos admitir o no, y de modo más o menos transparente, se toman decisiones sobre cómo utilizar los limitados medios coercitivos a disposición del Estado. Esta nueva selección implica que, los controles formales, se concentren en la persecución de ciertos delitos y ciertos grupos, dejando impunes otros.

6.2 Legitimación de la pena de prisión.

De lo tratado hasta este momento y, desde la perspectiva historiográfica se colige que, el sistema penal, no está exento de las influencias ideológicas que, la aplicación de la pena, representa para los fines del Estado. Nos encontramos ante la aplicación legítima del objetivo punitivo inserto en los presupuestos de la política criminal.

El Derecho penal requiere de una justificación muy consistente para la aplicación de las sanciones previstas, con la coherencia propia de las garantías constitucionales, que el ordenamiento propone, para un tiempo y un lugar determinados. Pero, la legitimidad, a nuestro parecer, sólo puede provenir de un positivismo crítico en el que se dé la interrelación de los poderes del Estado, porque, el ejercicio de la pena de prisión, da poder a quien la mantiene y aplica.

No cabe duda, seguimos al profesor MORILLAS CUEVA, de que la pena, y dentro de ella la de privación de libertad, ha sido y es el instrumento más demandado y utilizado por una sociedad donde parece que crecen los peligros, hasta convertirse en una sociedad de riesgo, y donde las reacciones a determinadas convicciones generalmente asentadas en premisas mediáticas son la de exigir una más intensa y rígida lucha contra la criminalidad que inevitablemente camina hacia una intensificación de los medios de reacción punitivos¹⁰⁶⁶.

Como hemos visto en los fundamentos historiográficos, sociológicos y filosófico-jurídicos que anteceden, las preguntas sobre el sentido, necesidad y justificación de la pena de prisión, son el latido permanente que nos conduce a la afirmación, nada pacífica, de su necesidad para mantener la estabilidad social. Dicho lo cual, es imperioso determinar su adecuación a la medida de la culpabilidad, si bien, a nuestro entender, como solución de situaciones en las que concurren delitos con gran calado de injusto y culpa.

No pretendemos examinar las variadísimas hipótesis del sistema de penas vigente en el Código Penal de 1995, dado que, la analítica preliminar que nos interesa, se formuló en los capítulos antepuestos, pero sí procede valorar, si cabe brevemente, el acierto y la congruencia en lo referente al límite mínimo de la pena, expresado en el artículo 36 de dicho texto legal, modificado por LO 5/2010, de 22 de junio:

¹⁰⁶⁶ Vid., con mayor profundidad, Lorenzo MORILLAS CUEVA, *DERECHO PENITENCIARIO II. VALORACIÓN POLÍTICO CRIMINAL SOBRE EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 17, 2003, pássim.

1. *La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis 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.

2. *Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.*

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

- a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.*
- b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.*
- c) Delitos del artículo 183.*
- d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.*

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, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.

Por lo que respecta a la regulación, ya estudiada, de la pena de prisión, las antorchas que iluminan su cumplimiento, parten de los arts. 15 y 25 CE, debiendo recordar que, su art. 25.2 contiene *un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos*¹⁰⁶⁷ *y aquel precepto no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad*¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁷ ATC 15/1984.

¹⁰⁶⁸ ATC 780/1986.

Como vimos *ut supra* al abordar su desarrollo, tal regulación se encuentra, fundamentalmente, en los arts. 36 y 90-93 CP, la LOGP, el RP, el RD 419/2011, de 25 de marzo y el RD 840/2011, de 17 de junio.

Aunque con algunas paradojas y limitaciones, lo sitúa en vanguardia de las corrientes doctrinales y político-criminales más modernas, si bien todavía se aprecia la excesiva utilización de las penas privativas de libertad, especialmente de la de prisión.

6.3 Razones para una correcta ejecución de la pena de prisión.

La concepción final pasa por recordar que, los contenidos concretos de las normas de ejecución de la pena de prisión, son precedidos de principios diversos como las fases de conminación legal y de determinación judicial de la misma; ambas comparten fines preventivo-generales y preventivo-especiales.

Tal y como afirma MORILLAS CUEVA, los fines preventivos se encaminan en el ciclo ejecutivo primordialmente hacia la prevención especial, aunque sin anular efectos preventivo-generales, como pueden ser los producidos por una ejecución efectiva, que vuelve a ratificar la conminación legal para el resto de los ciudadanos¹⁰⁶⁹.

Circunscribiéndonos a la pena de prisión, toda la materia referida a su ejecución se encuentra presidida por un principio vertebral: el de subsidiaridad de la pena que conlleve una privación de libertad. En el plano ejecutivo, tal exordio, precisa que sólo quepa acudir a la ejecución de la pena de prisión impuesta en la sentencia cuando no exista un remedio jurídico que, con un nivel de injerencia menor en el contexto vital del sancionado, permita obtener una cumplida satisfacción de las exigencias de adecuación de la respuesta a la significación antijurídica del hecho cometido, protección idónea de las víctimas y factible reintegración comunitaria del penado.

¹⁰⁶⁹ Vid., Lorenzo MORILLAS CUEVA, *DERECHO PENITENCIARIO II. VALORACIÓN POLÍTICO CRIMINAL SOBRE EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL*, op. cit., pássim.

Conforme al principio de subsidiaridad de la pena, el Juez, debe proceder a la inejecución de la pena de prisión cuando, los objetivos que se acaban de señalar, no pueden ser adecuadamente satisfechos con la imposición de algunos de los sustitutivos penales previstos en la legislación¹⁰⁷⁰.

En esta etapa de la pena se entremezclan los Jueces y la Administración Penitenciaria. Definir netamente las competencias de ambas instituciones, evitaría confusiones y permitiría el adecuado equilibrio entre ambas potestades. Este necesario balance, dentro del más estricto principio de legalidad, haría posible una mayor garantía de la ejecución.

La figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria constituye una de las novedades de la Ley Orgánica General Penitenciaria y fue creada para dar cumplimiento a los artículos 25.2 y 117.3 de la CE. Esta opción, radicada en el orden jurisdiccional penal, asume el control de la ejecución de las penas de prisión y fiscaliza la actividad de la Administración Penitenciaria, a fin de preservar el estatuto jurídico de los penados¹⁰⁷¹. Tal iniciativa fue ratificada por

¹⁰⁷⁰ Así lo apuntaba, entre otros autores, Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *EL JUEZ EN LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD*, op. cit., p. 9.

¹⁰⁷¹ Artículo 76 LOGP:

1. *El Juez de vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.*

2. *Corresponde especialmente al Juez de vigilancia:*

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.

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 la 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 aquellos.

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.

el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰⁷², extendiéndose su potestad a la ejecución de las medidas de seguridad.

A nuestro entender, dada la adecuación de sus competencias a las materias propias de su jurisdicción, no se suele dar la especialización de dicha Autoridad en las ciencias criminológicas, cuestión fundamental para tan sensible cometido. Junto a lo anterior, el necesario apoyo de personas expertas en el estudio de las causas y circunstancias de los delitos¹⁰⁷³, el tratamiento adecuado para su prevención y la personalidad de los delincuentes, entre otras disciplinas de la conducta, con objeto de colonizar las instituciones, son factores necesarios para una correcta aplicación de la pena de prisión.

Dicho lo anterior, es conveniente recordar que, el JVP, carece de competencias jurisdiccionales únicas en la ejecución de la pena de prisión, pues radican, en el Tribunal sentenciador, cuestiones tan cardinales, entre otras, como la inejecución de la pena privativa de libertad, por su suspensión o sustitución; la acumulación de las penas; la aprobación de la liquidación de condena a instancias de la Administración Penitenciaria; la facultad de informar en los indultos y el licenciamiento definitivo.

En lo tocante a la Administración Penitenciaria, no están precisadas con claridad sus prerrogativas y las facultades del Juzgado de Vigilancia. La interpretación del artículo 76.2 g¹⁰⁷⁴ y 77¹⁰⁷⁵ de la Ley Orgánica

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.

¹⁰⁷² Artículo 94 LOGP:

1. En cada provincia, y dentro del orden jurisdiccional penal, habrá uno o varios juzgados de vigilancia penitenciaria, que tendrán las funciones jurisdiccionales 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.

2. Podrán establecerse juzgados de vigilancia penitenciaria que extiendan su jurisdicción a dos o más provincias de la misma Comunidades Autónomas.

3. También podrán crearse juzgados de vigilancia penitenciaria cuya jurisdicción no se extienda a toda la Provincia.

¹⁰⁷³ ¿Por qué no los egresados superiores de Criminología?

¹⁰⁷⁴ Artículo 76.2 LOGP:

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 aquellos.

¹⁰⁷⁵ Artículo 77 LOGP:

General Penitenciaria, originan explicaciones encontradas respecto a la probable adopción jurisdiccional, durante el lapso de una petición o queja, de medidas que afecten a los servicios y actividades desempeñados en el Centro Penitenciario.

La carencia de una ordenación legal del procedimiento a seguir ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, trae a capítulo en el plano judicial, la implementación de los criterios que permitan hacer efectivo el derecho a un proceso con garantías. Además, se diversifica la competencia judicial examinadora de las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, invocando conceptos jurídicos imprecisos como la ejecución penal y el régimen penitenciario¹⁰⁷⁶.

Otra circunstancia mejorable, en lo concerniente al plano procedimental, es la negación a las víctimas, de la legitimación activa para instar la revisión de las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo concerniente a la ejecución de la pena de prisión y, a la Administración Penitenciaria, para demandar la fiscalización de las resoluciones del mentado Juez referidas al régimen y tratamiento penitenciario.

Insistimos en la formación interdisciplinar del JVP, reiterando su especialización en las materias criminológicas, victimológicas y de las ciencias sociales concomitantes así como la adjudicación a dichos servidores de gabinetes técnicos de apoyo integrados por los profesionales del ramo a los que hemos aludido en el presente subapartado.

6.4 Imposición de la pena: la falacia de la peligrosidad.

Para lograr las orientaciones constitucionales de reeducación y reinserción social, la condena impuesta debe ser la menos restrictiva. No es objeto del presente trabajo acudir a las plausibles justificaciones legislativas y académicas; sólo afirmar que desistimos de la venganza. El empleo de la pena de prisión debe estar presidido por la moderación a fin de que, los principios utilitarios y humanitarios que justifican su aplicación no excedan los objetivos

Los Jueces de vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.

¹⁰⁷⁶ Los recursos referidos a la ejecución penal se residen en el Juez o Tribunal sentenciador y, los recursos tocantes al régimen penitenciario, se atribuyen a la Audiencia Provincial de la demarcación territorial en que se ubique el Centro Penitenciario.

resocializadores y deriven en saña.

Pero, dicho lo anterior, hemos de reconocer las dificultades existentes por la insuficiencia de alternativas a la pena de prisión, especialmente, a las condenas de larga duración. Como hemos apuntado, el uso racional del castigo, requiere la comprobación práctica de su eficiencia, ya que las consecuencias sociales son frecuentemente contrarias a lo que podemos percibir.

Uno de los criterios valorados por la autoridad sentenciadora en el momento de dictar resolución de prisión es el de la peligrosidad del sujeto; otro, el factor de reincidencia. En puridad criminológica, hemos de reconocer que, ambos elementos, están alejados de la posibilidad de predicción de conductas delictivas dado que, el impulso de distinción entre los peligrosos y los no peligrosos, carece de rigor científico¹⁰⁷⁷. En idéntico sentido nos pronunciamos respecto al constructo riesgo.

A nuestro juicio, *ab initio*, los indicadores para determinar una pena de prisión, podrían ser:

- a) Historial delictivo.
- b) Grado de participación en los hechos.
- c) Comisión del mismo tipo de delito.
- d) Número de delitos.
- e) Reiteración.
- f) Actos antisociales y conductas causantes de daños.
- g) Brutalidad, saña, empleo de armas u objetos.
- h) Alarma social.
- i) Posibilidad de que vuelva a delinquir.

¹⁰⁷⁷ No obstante, la peligrosidad, goza de gran predicamento, si bien es una razón dudosa generadora de agravios.

6.5 Referencia crítica a la prisión provisional.

Como ya avanzamos en el CAPÍTULO II, subapartado 1.3.4 del presente trabajo, la prisión provisional plantea determinados problemas. Distinguido sector de la doctrina aboga tanto por su desaparición como por la correcta aplicación de la pena de prisión¹⁰⁷⁸.

Conforme al artículo 96 de la CE¹⁰⁷⁹, la presencia de la prisión provisional puede ser contraria al principio de presunción de inocencia consagrado en el ordenamiento normativo¹⁰⁸⁰. Las tesis que la considerar una medida cautelar, son manifiestamente endebles, dado que se trata, en puridad, de una injustificada pena anticipada.

Nos parece que, si el objetivo es asegurar los planteamientos indiciarios, la privación de libertad debe circunscribirse al tiempo estrictamente necesario para la recogida de pruebas. Si el propósito es asegurar la presencia del inculcado, su ejercicio al derecho de defensa, evitar el riesgo de fuga y vistas en ausencia, debemos exigir a los poderes del Estado, la necesaria y eficaz celeridad para la tramitación del proceso.

7. Cuestiones de política criminal en la reforma prevista del CP.

Con objeto de adecuar nuestro CP a los delitos del siglo XXI, el Ministerio de Justicia de España ha decidido incluir, en la reforma de dicho texto legal, la pena de prisión permanente revisable¹⁰⁸¹. Evidentemente, nos

¹⁰⁷⁸ Entre otros, Gerardo LANDROVE DÍAZ, *Prisión y substitutivos penales*, en *EL NUEVO DERECHO PENAL ESPAÑOL. ESTUDIOS PENALES EN MEMORIA DEL PROFESOR JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ*, Fermín MORALES PRATS (Coord.) y Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2001.

¹⁰⁷⁹ Artículo 96 CE:

1. *Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.*

2. *Para la denuncia de los Tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.*

¹⁰⁸⁰ Artículo 11.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

¹⁰⁸¹ El Consejo Fiscal, en su reunión del mes de diciembre de 2012, se mostró crítico pero no puso pegas a la constitucionalidad de la prisión permanente revisable y la custodia de seguridad. La Fiscalía se muestra muy exigente con la reforma del CP, al haber detectado muchos defectos en la redacción del anteproyecto, que ha sido calificado de “inconcreto” y “excesivamente genérico” al regular estas dos novedosas figuras. Por lo que respecta a la prisión permanente revisable, los fiscales acordaron reclamar, al Ministerio de Justicia, una regulación integral y más específica.

hallamos ante una decisión de tremendo calado, con la que el Ejecutivo pretende, de una parte, recobrar la confianza de su electorado y, por la otra, compensar el sentir general de la opinión pública, preocupada por los últimos crímenes de menores y su castigo.

Si bien la reclusión perenne está admitida por los Tribunales Internacionales de Naciones Unidas, y, en concreto, por la Corte Penal Internacional, la cadena perpetua no se acopla a la CE. Se introduce la duración indefinida de la pena de cárcel para terrorismo, magnicidio (el Rey, el Príncipe Heredero y contras jefes de Estado extranjeros), crimen contra la humanidad, asesinato de menores de 16 años o de discapacitados y asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual.

Dicho texto¹⁰⁸², también endurece el castigo a los violadores múltiples, que responderán por cada agresión sexual y no por el conjunto, a la vez que implanta la custodia de seguridad, con la que, el penado que siga siendo peligroso, continuará bajo control judicial, aunque haya cumplido la condena, condena que estará sujeta a revisión, pero no antes de haber permanecido entre los veinticinco y treinta y cinco años en la cárcel.

Tal determinación gubernamental, garantiza, a juicio de la Cartera de Justicia, la constitucionalidad de la pena por dos razones: porque está limitada a los delitos más graves y porque, el delincuente, verá examinada su permanencia en la cárcel en función de si está o no rehabilitándose¹⁰⁸³. Mas no está del todo claro que, una pena definida como permanente, quepa pacíficamente en la CE.

El CP español se ha ido vigorizando por la sucesivas reformas, las cuales han apuntado a penas más altas, lo que se opone a lo observado en este trabajo en el que no proponemos la abolición de la prisión, por las razones expuestas y que vincularemos a las observaciones conclusivas, y a la evolución tendente a limitar y ajustar los tiempos máximos y mínimos de estancia real en la prisión.

Calificaron de poco claro el anteproyecto, pues se refiere a esta nueva pena de cárcel de forma “dispersa”.

¹⁰⁸² Presentado por el Ministro de Justicia el viernes, 14 de septiembre de 2012.

¹⁰⁸³ A criterio de los proponentes, la prisión permanente revisable, es la que mejor se acomoda al principio de reinserción, como objetivo de la pena puesto que, si el malhechor evoluciona favorablemente, podrá ser excarcelado; de lo contrario, seguirá en prisión.

Cabe señalar que, tanto el portavoz de la asociación Jueces para la Democracia, Joaquim BOSCH GRAU como la presidenta de la Unión Progresista de Fiscales, María MORETÓ MATOSAS, coinciden en que, la reforma del CP es populista, castiga a los desfavorecidos y la protesta social y, quizá, sea inconstitucional¹⁰⁸⁴.

Apuntan, ambos juristas que, el objetivo de las condenas, es la reinserción. Para BOSCH, con el endurecimiento de la desobediencia a la autoridad (aunque las medidas más duras se han descartado finalmente), el Gobierno pretende criminalizar determinadas formas de protesta. A juicio de MORETÓ, el cambio hará que, la gente, tema manifestarse. Ambos reprobaron las nuevas penas por el delito de hurto.

Las críticas, no son compartidas por el portavoz de la conservadora y mayoritaria Asociación de Fiscales, Antonio ROMA VALDÉS, quien considera que hay que esperar a ver la *letra pequeña*.

En opinión de BAJO FERNÁNDEZ, la insistente crítica, por inconstitucional, a la pena de prisión permanente revisable, carece de fundamento. La CE ordena a la Administración que, en la ejecución de las penas privativas de libertad, no pretenda otra finalidad que la reinserción o la redución del condenado, mas no le obliga a conseguirlo. Ese objetivo, puede subsistir en la prisión permanente, cuando es revisable¹⁰⁸⁵.

Aunque el Texto Articulado del nuevo CP, todavía, debe ser concluido, el resultado de sus enunciados parece duro, considerando que, España, es uno de los países con mayor tasa de población reclusa de Europa¹⁰⁸⁶. Elegimos algunas de las principales novedades anunciadas, entre las que podríamos distinguir:

¹⁰⁸⁴ Periódico EL PAÍS, sábado, 15 de septiembre de 2012, p. 12.

¹⁰⁸⁵ Miguel BAJO FERNÁNDEZ, *Tan conservadora como progresista*, Análisis de la reforma del CP, diario ABC, sábado, 15 de septiembre de 2012, p. 19.

¹⁰⁸⁶ Mientras que la media de estancia, en Europa, se aproxima a los diez meses, la de España, alcanza el doble.

7.1 Marco de Parte General.

7.1.1 Prisión permanente revisable.

La prisión permanente revisable es sólo una de las propuestas del comité de expertos encargado de diseñar las líneas generales de reforma del CP, aprobadas por el Consejo de Ministros en fecha 14 de septiembre de 2012. El anteproyecto, sobre el que, el Ministerio de Justicia trabaja ya, pretende realizar en el texto punitivo *cambios profundos con vocación de estabilidad* y que adapten la legislación penal a las exigencias del siglo XXI, según expresiones del Ministro del ramo.

La imposición de la pena de prisión permanente revisable, que se aplica en varios países de nuestro entorno y ha sido avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como hemos avanzado, supondrá el cumplimiento íntegro de la pena durante un determinado número de años de cárcel (25-35, según el número y tipo de delito cometido) y, transcurrido ese tiempo, el Tribunal revisará la condena.

Su revisión es una decisión exclusivamente judicial, no administrativa. Se hará cada dos años y cuando la reclame el reo, el cual, si no cumple los requisitos para su excarcelación, podrá permanecer privado de libertad por tiempo indefinido¹⁰⁸⁷. El CP, pues, no fijará un periodo máximo de cumplimiento, que, en la actualidad, es de 40 años para los delitos más graves.

Esta propuesta, no impedirá en ningún caso al reo, su derecho a progresar de grado, o el acceso a la libertad condicional, opciones que le permiten mantener las expectativas de reinserción y con las que, tal reforma, pretende salvar las dudas surgidas en determinados sectores sobre la constitucionalidad de esta nueva pena.

7.1.2 Custodia de seguridad.

La segunda de las importantes novedades de la propuesta de reforma del CP es la custodia de seguridad¹⁰⁸⁸. Se trata de una medida (sic) privativa de libertad, destinada a las personas que han sido condenadas por

¹⁰⁸⁷ Se suscita el interrogante de quién decide si, el preso, está rehabilitado. El señor Ministro de Justicia, manifestó que *el Tribunal sentenciador*. Sin embargo, fuentes de su Departamento, matizaron que, esta cuestión, se halla en estudio, aunque, en todo caso, será un tribunal colegiado, no el JVP. Caso contrario, si, el reo, no se rehabilita, y, por lo tanto, su condena no es revisada, estaría toda su vida en prisión.

¹⁰⁸⁸ Existe en países como Alemania, Reino Unido, Francia, Suiza, Austria o Dinamarca.

delitos especialmente graves¹⁰⁸⁹.

Su duración será, como máximo, de diez años y quedará fijada en la misma sentencia en la que se establezca la pena; su aplicación, comenzará una vez que, el reo, haya cumplido la condena y siempre que, el Tribunal, considere que sigue siendo peligroso. La custodia de seguridad quedará revocada de forma inmediata cuando desaparezcan las circunstancias que determinaron su imposición.

Tal disposición, se aplicará a los condenados por delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la libertad e indemnidad sexual, delitos cometidos con violencia o intimidación, contra la comunidad internacional, terrorismo o tráfico de drogas.

Dos son los supuestos: los reos que, una vez cumplida la condena, reincidan y aquellas personas que resulten condenadas por primera vez por varios de los delitos anteriormente citados. Si bien nos hallamos ante una medida de seguridad y no ante una pena, la custodia de seguridad, en la práctica, puede significar un añadido de 10 años más de prisión (o de internamiento en algún tipo de centro) a un preso que haya cumplido ya su condena.

A diferencia de la prisión permanente revisable (obligatoria para los delitos en los que está pensada), la custodia de seguridad será discrecional: el Tribunal, podrá dictarla o no¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁹ Tampoco plantea dudas su encaje constitucional a la mayoría de miembros del Consejo Fiscal, pero sí acuerdan sugerir varias mejoras en la redacción “con el fin de evitar que su aplicación genere inseguridad jurídica”. Entienden que “hace falta establecer muchas garantías” para no vulnerar los derechos del justiciable. Entre los defectos detectados por los fiscales, se halla la generalidad de los requisitos, lo que puede dar lugar a casos en los que, la custodia de seguridad, resulte “desproporcionada”. También se propone la necesidad de concretar qué Juez debe revisar la aplicación de esta medida, incluso, la de reformar la legislación penitenciaria para establecer en qué centros se va a cumplir el internamiento o qué técnicos tendrán que valorar la evolución del preso.

¹⁰⁹⁰ Habrá dos supuestos: para los delitos más graves, la custodia de seguridad podrá dictarse en la primera condena; para el resto, habrá que esperar a que, el delincuente, reincida para aplicarle tal medida, potestativa del Juez, en la segunda condena.

7.1.3 Libertad vigilada.

Prevista en el actual CP para delitos sexuales y de terrorismo, ahora se amplía a los delitos patrimoniales, robos o delitos violentos (con resultado de lesiones). Radica en que, el preso, una vez cumplida su condena en prisión y puesto en libertad, debe someterse a control o vigilancia judicial (con distintos mecanismos, como la obligación de presentarse en el juzgado o la colocación de dispositivos electrónicos), durante un plazo de 10 años. Debe imponerse, también, en el momento de dictar la sentencia y puede ser revisada y retirada.

Al igual que la custodia de seguridad, la libertad vigilada, es una medida de seguridad basada en pronósticos de peligrosidad, no en hechos, si bien, la predicción, se hace sobre una situación objetiva previa.

7.1.4 Libertad condicional.

La libertad condicional pasará a ser regulada como una suspensión de la pena. Si, el condenado reincide, podrá ser devuelto a prisión para que siga cumpliendo desde el momento en que, la pena, quedó en suspenso.

Por otra parte, los condenados por primera vez a penas de hasta tres años, que muestren una conducta irreprochable, tendrán más fácil acceder a la libertad condicional, pudiendo hacerlo a mitad de la condena, frente a los dos tercios actuales.

7.2 Marco de Parte Especial.

7.2.1 Detención ilegal con desaparición de la víctima.

La modificación de la regulación del delito de detención ilegal con desaparición, otra de las transformaciones que se preparan, comportará la misma pena que corresponde al homicidio en aquellos casos en que, el acusado, no diga dónde está la víctima. Se sancionará con penas de entre 10 y 15 años de prisión.

Se regulan dos supuestos agravados: cuando la víctima es menor de edad y cuando esté presente un móvil sexual en la comisión del delito. Además, se suprime la figura del delito continuado para hechos de naturaleza sexual, lo que supondrá un aumento de la pena. A partir de su aprobación, tendrá la consideración de asesinato el homicidio cometido para facilitar otros delitos o para evitar ser descubierto.

Para BAJO FERNÁNDEZ, recuperar la equiparación con el delito de homicidio de los supuestos de detención ilegal en los que, el delincuente, no da razón del paradero de la persona detenida, es una medida conservadora. Significa que, en el fondo de esta disposición, subyace la presunción de que, el autor de la detención, ha producido la muerte de la víctima. Esta suposición legal no es, a su juicio, criticable porque, lo que no se permite en el proceso penal, son las presunciones del juez. El legislador, puede hacer valoraciones presuntivas para describir el comportamiento delictivo, lo que no es censurable si, la conducta, queda claramente descrita¹⁰⁹¹.

7.2.2 Los hurtos.

Mención especial merece la falta de hurto, que se convertirá en delito leve de hurto, y que castigará las sustracciones que no alcancen los 1.000 euros. Los multirreincidentes, serán castigados a penas de hasta cuatro años de cárcel.

7.2.3 Delitos contra el orden público.

El nuevo CP castigará con penas de 3 meses a un año de prisión o multa, la difusión de mensajes que inciten a la comisión de delitos o a la alteración del orden público, pero no aquellos que, simplemente, convoquen movilizaciones.

A falta de conocer los términos exactos del anteproyecto de CP, de lo avanzado por los responsables ministeriales se conoce que sí se crea un delito específico (y nuevo), para la convocatoria de protestas violentas, por Internet o por cualquier otro medio de difusión, siempre y cuando incluya la incitación expresa a cometer actos violentos¹⁰⁹².

Inmersa en este nuevo panorama resulta la actuación de colectivos. La alteración de la paz pública en grupo, o, cuando el reo, esté amparado por una colectividad, será castigada con pena de uno a seis años. Fundamentalmente, lo que cambia, es el límite máximo para esa sanción, pero, como se mantiene la pena mínima en un año, de hecho, se sigue permitiendo que sea el juez quien decida si, tal persona, debe, o no, ingresar efectivamente en prisión.

¹⁰⁹¹ Miguel BAJO FERNÁNDEZ, *Tan conservadora como progresista*, op. cit., p. 19.

¹⁰⁹² Suponemos que, quien haga un llamamiento en las redes sociales para acudir a una protesta, no podrá ser sancionado (aunque después se produzcan alteraciones del orden), a no ser que haya incitado a los demás a la comisión de algún delito o reforzado su decisión previa de llevarlo a cabo.

7.2.4 Incendios.

Se endurecen las penas: hasta seis años de cárcel. Si los incendios afectan a espacios naturales protegidos, podrá llegar a nueve. Estos delitos ya no serán juzgados por un Jurado Popular.

7.2.5 Matrimonio forzado.

Será delito y se penará hasta con tres años de prisión obligar a contraer matrimonio bajo intimidación.

7.2.6 Hostigamiento.

Se castigarán con hasta dos años de prisión, los actos reiterados de acecho (llamadas telefónicas continuas), aunque no se produzca violencia.

7.2.7 Racismo y xenofobia.

Serán delito la incitación al odio o la violencia contra las minorías por razones de raza, ideología, religión o etnia y la producción o distribución de materiales para iniciar esas conductas.

7.2.8 Prostitución y pornografía infantil.

Cualquier acto sexual, con menores de 13 años de edad, será delito. Se penará con hasta tres años de prisión, obligar a niños de esa edad a presenciar actos sexuales. Serán pornografía infantil, las imágenes de menores en actos sexuales, aunque sea un montaje.

7.2.9 Ocultación de bienes.

Se considerará delito la ocultación de bienes para obstaculizar la ejecución de una sentencia.

7.2.10 Imágenes íntimas.

Se penará con hasta un año de prisión, la difusión no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas, aunque se obtengan con el consentimiento de la víctima.

7.2.11 Multirreincidencia.

Si hurto y robo se cometen por bandas organizadas, se impondrán entre uno y cuatro años de prisión.

7.2.12 Esterilización.

Ya no será delito la practicada a personas que carezcan de

aptitud para dar su consentimiento. Se realizará con autorización del juez.

7.2.13 Comiso ampliado.

Se amplía el catálogo de delitos a cuyos autores se podrá decomisar los bienes procedentes de actividades similares a las castigadas en sentencia, pero cometidas antes. A terrorismo y crimen organizado, se añaden tráfico de drogas, abuso de menores, prostitución o blanqueo.

El anteproyecto de reforma del CP, aprobado en fecha 11 OCT 12, será remitido para cumplir el trámite de informe al Consejo de Estado y al Consejo General del Poder Judicial.

7.2.14 Supresión de las faltas.

La reforma del CP pretende también contribuir a la agilización de la Administración de Justicia mediante la supresión de las faltas. Sólo se mantendrán las más graves, que se reconvertirán en delitos leves castigados con pena de multa.

Las demás, o desaparecen o, bien, se sancionarán como infracciones administrativas, perseguidas por la vía civil o mediante la aplicación de la LO 1/1992, de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Otras, como el hurto por valor inferior a 1.000 euros, se convertirán en delito leve y se castigarán con penas de multa.

CAPÍTULO XIV.

OBSERVACIONES CONCLUSIVAS.

I. La dinámica histórica.

Del alba al ocaso, el examen de las consecuencias jurídicas del delito, de su ejecución y de las circunstancias que las relacionan es cuestión abierta que, desde siempre, ha estado sobre el papel y en el campo de las decisiones políticas.

Antes del siglo XIV, la prisión fue utilizada en diferentes culturas para custodiar a quienes esperaban ser juzgados o para aquellos que iban a ser sometidos a tormentos. Ya Domicio ULPIANO¹⁰⁹³ afirmó que, la cárcel no se destinaba al castigo, sino *ad continendos homines, non ad puniendos*. Es decir, que, en la mayor parte de la historia de la humanidad, las penas privaron de numerosos bienes como la vida, la integridad física, el honor, el patrimonio, pero no de la libertad por sí sola. De ésta, se privaba para cumplir otro fin.

El sistema de penas de la Edad Media se basaba en la pena de muerte y en las corporales; faltaban las penas privativas de libertad, haciendo abstracción de algunos supuestos especiales. En consonancia con esto, no había, en la práctica, ejecución de una pena privativa de libertad. Así, pues, para la historia de su ejecución, junto a las casas de corrección, existía la llamada *carcer* (a la que se condenó durante el siglo XVII), que se cumplía en las torres de las ciudades, sótanos y recintos semejantes.

En la antigüedad, el predominio de carácter privado del Derecho penal motivó la aplicación tardía de la pena de prisión, entre otras de las razones expuestas en el presente trabajo, debido a que, durante un largo periodo histórico, hubo esclavos y siervos, por lo que, el control, correspondía a sus amos. Entendían que, castigarlos con una pena de privación de libertad (que de alguna manera estaban desposeídos), dejaba a los señores el trabajo de los vasallos.

Respecto a los hombres libres, al ser la venganza privada, se preferían las penas que compensaran el daño económicamente, una satisfacción por medio del instinto de venganza o la muerte, por lo que no se aplicó en mucho

¹⁰⁹³ Domicio ULPIANO (170?-228), jurista romano de origen fenicio, *magister libellorum*, tutor, consejero y prefecto del pretorio del emperador Alejandro Severo. Definió la justicia como la continua y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que merece. Cfr. *Digesto*, XLVIII, XIX, 8, 9.

tiempo como pena propiamente dicha.

A fines del siglo XVI, con causas como la lenta formación de una Ciencia Jurídica y de un estrato competente de juristas; la aparición del pensamiento humanista; el cristianismo, transformado en la evolución de la reforma y la contrarreforma; los estados de necesidad, como consecuencia de la situación económica del campesinado, y otros muchos factores, llevaron a la gradual limitación de la pena de muerte y de las corporales. Por otra parte, empezó el periodo histórico caracterizado por las *casas de corrección*, establecimientos que no debemos confundir con los presidios, los cuales existieron hasta la segunda mitad del siglo XX.

Con el advenimiento del Estado moderno y el Derecho penal público, la nueva realidad económica y social (desempleo, mendicidad, prostitución y grandes masas de inmigración), consecuencia del mercantilismo, había que ordenarla. Si se establecían penas pecuniarias, los *clientes* del Derecho penal, no podían pagarlas, por lo que se implementó la pena de prisión, aprovechando a su vez el resultado del trabajo que realizaban los penados para mitigar las necesidades económicas del Estado.

Fundamentado por el pensamiento de la Ilustración, esta corriente descubrió en la privación de libertad, un castigo racional y ajustado a las necesidades de un sistema penal más humano, basado en la proporcionalidad del delito y de su expiación. Es el origen de los sistemas punitivos liberales del siglo XIX, cuyo asiento es la pena privativa de libertad.

En efecto, el debate sobre las respuestas al nuevo escenario de violencia social que sufre el mundo contemporáneo, presenta dificultades que impiden avanzar de una manera constructiva. Este desarrollo lento, constituye un grave problema ya que, una de las características del nuevo contexto, es el enorme retraso de los poderes públicos para comprender y afrontar el aumento de la violencia y la criminalidad.

Una de las principales razones que explican esta situación es la polarización entre dos tipos de respuestas: por un lado, aquellas que ponen el acento en la acción coercitiva, principalmente gubernamental y, por el otro, las que enfatizan los aspectos preventivos, independientemente de las condiciones existentes. La evidencia demuestra que ninguna de estas estrategias alcanza resultados importantes y que, cuando los obtienen, constituyen apenas una contención parcial o un mero paliativo.

Con la intención de abandonar esta polarización entre la mano dura y las políticas centradas en la prevención, determinados sectores, han propuesto una estrategia que descansa en la integralidad. De acuerdo con estas concepciones, la característica central de una alternativa progresista estaría relacionada con una política global de seguridad que, partiendo de un diagnóstico riguroso y compartido, permitiera mejorar el reparto de tareas entre los distintos poderes y, de este modo, lograr un mayor equilibrio en el funcionamiento del sistema penal: Judicatura, Ministerio Público, Sistema Penal y Sistema Penitenciario.

Sin embargo, con frecuencia observamos que detrás del frontispicio de la completud siguen desarrollándose perspectivas parciales o segmentadas. O, por el contrario, que, para lograr tal armonía, es necesario un esfuerzo que algunas veces choca con lo «políticamente correcto». Esto, que puede apreciarse en los distintos elementos que conforman una política de seguridad, se hace particularmente evidente en el Sistema Penal, cuyo conjunto carece, en España, de una verdadera política criminológica capaz de orientar los recursos y aunar las sinergias de las instituciones.

Las acciones que se ubican en un espacio intermedio entre los niveles básicos de prevención y la actuación coercitiva parecen dar buenos resultados; es decir, las políticas que se denominan de contención (o de prevención secundaria, por seguir las definiciones de la Organización Mundial de la Salud). Se trata de propiciar acciones de control o disuasorias en las etapas iniciales de los procesos violentos o delincuenciales. El papel que desempeñan los municipios y otros organismos públicos locales es fundamental.

La desjudicialización de determinados conflictos, e incluso ciertos episodios de violencia, no ha permitido que, la facultad legislativa, se constituya en instrumento eficaz de la política del Estado en materia de seguridad pública, estableciendo estrategias verdaderamente integrales para evitar el incremento de la impunidad sin elevar las tasas de judicialidad y de penalidad.

En el ámbito de lo que científicamente podemos saber, el recurso a la pena de prisión, deviene en una formalística penalización sin peso que satura los centros penitenciarios y produce, como efecto inmediato, el aumento de la violencia. Por lo tanto, incumplen, las prisiones, la función constitucional de reeducar y reinsertar a los penados y, como hemos analizado, se erigen en verdaderos centros de aprendizaje de la criminalidad.

Desde sus principios, la eficacia de las prisiones fue objeto de importantes debates. En una época en que la problemática era castigar al delincuente, la privación de libertad se revelaba como la técnica coercitiva más adecuada y menos atroz que la tortura.

Si la estrategia exhaustiva contra el delito y la delincuencia debe partir de un diagnóstico adecuado, que contemple los matices y las particularidades de cada situación, y debe dejar de lado la falsa dicotomía entre coerción y prevención, desde el punto de vista penal y penitenciario, es necesario evitar la judicialización de cualquier conflicto o acto de violencia, que solo conduce a desbordar al Poder Judicial y a agravar el problema de la masificación en las cárceles, cuando la solución puede encontrarse en las instituciones, que rindiesen adecuada respuesta con anterioridad.

El Derecho penitenciario español, proviene del utilitarismo penal, de un diseño y puesta en práctica militar durante siglos. Sus fundamentos de penalidad, y con ello las perspectivas y posibilidades de reforma, se han mostrado históricamente cambiantes, evolucionando desde direcciones con la mayor trascendencia como la utilitaria (penas de galeras, minas de Almadén, presidios africanos, navales e industriales), hacia criterios y modos de ejecución que hoy contemplamos de superior eficiencia y humanidad, estructuralmente más cercanos a las concepciones actuales (principios clasificadores, régimen progresivo y de individualización de las condenas).

Las disposiciones penitenciarias españolas de la etapa decimonónica fueron muy avanzadas y, en muchos casos, superiores a las foráneas, si bien adolecieron de una mínima vigencia práctica, siendo constante la característica castrense en el ámbito presidial.

Nuestros organismos penales y penitenciarios, complementarios, deben responder, junto a las corporaciones de socialización, a las realidades de los centros penitenciarios: La masificación, las denuncias por malos tratos, los fallecimientos por suicidios u otras causas, el tratamiento prestado a los presos con enfermedades en estado terminal, la atención a los internos drogodependientes, los problemas planteados por las mujeres internas con hijos menores de edad en prisión, las condiciones higiénico-sanitarias de los centros,...

II. El paso de la selva al jardín.

La reflexión sobre las insuficiencias de las teorías de la pena, recomienda implementar los debates sobre las facultades sancionadoras del Estado así como la eficacia de sus preceptos constitucionales en lo tocante a la reeducación y reinserción social, a nuestro juicio, ineficaces.

La profunda metamorfosis humana entre el bien y el mal nos debe llevar, en nuestro caso, a perfilar aspectos constitucionales, legislativos y de política criminal. Sirva de ejemplo, tan pertinente, el artículo 25.2 de la CE. Porque, ¿demandan los penados la reeducación y reinserción o, por el contrario, se rebelan cuando se les exigen *apariencias culturales* para maniobrar el rechazo frontal que les provoca su estancia en prisión? ¿Ignora el Estado de Derecho que, la libertad humana, debe presidir el proceso de transformación mediático y formal de la convivencia?

Es muy endeble pretender que, sobre la base de una codificación al margen de lo real, la ejecución de las consecuencias jurídicas del delito, el régimen y el tratamiento penitenciarios, aporten modificaciones conductuales en los internos cuya voluntad, *ab initio*, no es tal. Estamos perdiendo el tiempo y el dinero de los contribuyentes¹⁰⁹⁴, y atribuyendo, a la pena de prisión, unas funciones claramente impropias.

Los críticos de la pena de prisión, han manifestado los inconvenientes, sombras y carencias de los centros penitenciarios. La realidad es que, las propuestas, no ofrecen alternativas plausibles para los condenados a dicha sanción.

Pese a que la moderna ciencia del Derecho penal se ha decantado por hacer de la pena una enseñanza (una socialización) la actual situación penal es más bien decimonónica (donde la pena se establecía para alejar a los individuos peligrosos de la sociedad: de ahí la pena de muerte o la cadena perpetua) al persistir las cárceles y centros penitenciarios, que más bien enseñan al preso a ser un delincuente.

Resulta un peligro no desdeñable, la penalización excesiva de la vida en sociedad. La variante jurídico penal de respuesta ante el crimen no debe entronizarse como la más favorecida a la hora de garantizar la anhelada

¹⁰⁹⁴ El mantenimiento de un preso, en España, supone un gasto periódico aproximado de 40.000 euros, cantidad que asciende, anualmente, a un total de 2.828 millones de euros.

pacificación social; precisamente por ser un recurso violento y dañoso se recomienda que sea usado solo como *ultima ratio*.

Lo expresado precedentemente no debe interpretarse como una negación absoluta del Derecho penal, sería imposible prescindir de este mecanismo regulador de la conducta humana, pues su ausencia generaría sin lugar a dudas incertidumbres en determinados comportamientos generadores de conductas lesivas para la comunidad. Siendo así, la existencia de las leyes penales y de sus mecanismos de aplicación aportan en la práctica un relativo orden social.

Es laudable la inclusión en el CP de 1995 de penas como la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, pero, la posible solución, es otra: la creación de centros de terapia social, donde efectivamente se reinserte al preso en la sociedad y no se le margine¹⁰⁹⁵.

III. El marco legal previsor de la ejecución penal.

La observación del Derecho positivo español muestra que, aun entendida como castigo o retribución, la pena se orienta a una labor preventiva de defensa de bienes jurídicos. Veamos algunas de las razones:

En primer lugar, la protección de bienes jurídico-penales es fragmentaria. Así, no se castigan todos los ataques que producen una determinada lesión en dichos bienes jurídicos, sino sólo las modalidades más peligrosas a los mismos. Ello no parece responder a un criterio de Justicia (estudiamos que, en las teorías absolutas, la pena respondía a exigencias incondicionales o absolutas derivadas de este valor), sino a la finalidad de prevenir los ataques según su peligrosidad.

Inmediatamente después, el fundamento de la mayor parte de las *agravantes* reside en el empleo de medios de comisión, de situaciones objetivas (mayor peligrosidad, mayores facilidades para obtener la impunidad) y subjetivas (actuar por motivos racistas, ser reincidente), si bien, el CP vigente, ha circunscrito el número de tales circunstancias, perfeccionando de este modo su regulación.

¹⁰⁹⁵ A nuestro entender *lege ferenda* para la reforma penitenciaria.

Seguidamente, el CP contiene instituciones en las que la pena no está orientada a satisfacer las exigencias de Justicia. En este título se ubica *la extinción de la responsabilidad penal por obra de la prescripción del delito o de la pena, del indulto y del perdón del ofendido* en ciertos delitos (art 130.3, 4, 5, 6); la existencia de delitos cuya persecución se hace depender de la voluntad del agraviado o de quien lo sustituya legalmente, exigiéndose su *previa denuncia* (algunos delitos contra la libertad e indemnidad sexual) o incluso una *previa querrela* (delitos de calumnia e injuria); la existencia de «condiciones objetivas de punibilidad» o «excusas absolutorias» basadas en puras razones de oportunidad y no de Justicia (arts. 268, 480 y 606).

En resumen, la mayoría de la doctrina se adhiere a la interpretación que atribuye a la pena, conforme se ha expuesto, fines distintos según el momento o fase de que se trate (vid. Teorías mixtas o unitarias). Tal es la interpretación que proponemos en esta tesis.

IV. Medidas reformadoras desde la experiencia de los errores o deficiencias observados. Principios de solución.

Las predicciones sobre el comportamiento humano apoyadas en principios preventivos nos llevan a plantear de forma muy cuidadosa la determinación de imponer la pena de prisión, dado que, los fundamentos de la peligrosidad y de la reincidencia, no constituyen principios que amparen el peso de la resolución judicial, haciéndola quedar en la estacada.

España, recreamos la realidad, posee la más alta tasa de población reclusa de los países de nuestro entorno. Los niveles de ocupación se incrementan constantemente. Los esfuerzos para la reforma de la legislación penal han sido muchos, si bien baldíos, por lo que a resultados toca.

No obstante, en la actualidad, la Ciencia penal sigue trabajando para encontrar una legislación punitiva que sepa dar respuesta eficaz a los fines que plantea, especialmente, a los ya citados propósitos constitucionales de la pena. En aras de utilizar convenientemente el recurso a la pena de prisión y siendo conscientes de que, las medidas fáciles suelen ser inversas a su eficiencia, proponemos:

1. Legislación que potencie y faculte la figura del JVP, para entender y resolver todos los aspectos que afecten a la ejecución de la pena de prisión y sirva de modelo jurídico para la creación de juzgados de reinserción social, puesto que fue creada con el propósito de salvaguardar los derechos de los internos, a fin de ofrecer un mecanismo de control jurisdiccional de la actividad penitenciaria en contra de la arbitrariedad en determinadas actuaciones del poder ejecutivo.

En términos generales, al JVP se le atribuye el papel de resolver, en sede judicial, cuantas cuestiones puedan plantearse en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad, asumiendo así las funciones que de otra forma corresponderían al tribunal sentenciador. Las facultades que corresponden al JVP quedan recogidas en el artículo 76 de la LO 1/1979.

Como resultante de la aplicación de tal principio, la creación de juzgados de tratamiento, especialmente dedicados a la gestión de adictos al alcohol y a otras sustancias psicotrópicas, o al control de personas responsables de actos de violencia doméstica. El auge de estos juzgados en los países angloamericanos se debe a la relación interpersonal creada entre el Juez y el ofensor, situación que instala al primero en excelente posición para convertirse en mediador del proceso rehabilitador. En este sentido, un sistema penal que conste de un solo juez resulta más aconsejable que otro en el que las decisiones se adopten de manera colegiada.

2. Sabido que, la finalidad de la pena de prisión se degrada cuando de la misma se hace uso pre-procesal habitual (prisión provisional), suplantando los límites de la prevención general y especial, privativos de la pena, sugerimos que, su imposición, se circunscriba a los supuestos objetivos mínimos de inseguridad (criminales violentos y reincidentes).

Debido a esto, las nuevas tendencias sobre la ejecución de las penas deben combinar diversos fines para que sean a la vez sancionadoras de un comportamiento prohibido y sirvan a la reeducación del infractor para su reinserción social. La rehabilitación descansa sobre la noción preventiva de la futura comisión de delitos, por las personas ya condenadas, a través de un cambio en el comportamiento de los individuos.

En estas condiciones, la implementación de programas para acceder a una educación básica, profesional y superior que permita a los internos un proyecto de vida futura dentro de la sociedad de la que fueron expulsados por transgredir sus normas y su ingreso en el mercado de trabajo, con los mismos méritos que cualquier otro ciudadano, facilitaría oportunidades de ganancias honradas, mientras que, la previsión de recaída en el delito, disminuiría.

3. Circunscribir la prisión a los autores de hechos sancionados con penas graves. Desde la perspectiva temporal:

3.1 Respecto a las penas privativas de libertad excesivamente largas, entendemos que, el combate no se gana sólo instituyendo unos límites máximos, sino que es necesario que, el legislador, aplicando los principios de intervención mínima y proporcionalidad, les atribuya a dichos topes, un tratamiento excepcional en la parte especial. En idéntico sentido, deben existir instrumentos por medio de los cuales, el penado, pueda ir reduciendo la duración de la condena, según avanza su cumplimiento. Tradicionalmente, se ha empleado para ello el sistema progresivo, actualmente denominado *de individualización científica*, cuyo último periodo es la libertad condicional. A ésta se le ha añadido un conjunto de institutos penitenciarios que adelantan el momento de la excarcelación.

3.2 En lo tocante a las penas privativas de libertad de corta duración, a nuestro juicio, la solución podría consistir, en descubrir para dichas penas, al menos, un modelo de ejecución y un lugar de cumplimiento distintos al régimen común de las prisiones, proposición que ha favorecido, en los últimos tiempos, que cobren fuerza los lugares propios en ciertos países, tales como los centros de detención o de reinserción social. Con esta orientación, en Estados Unidos, se ha experimentado la *Shock-probación*, que consiste en una combinación de breves impactos por medio del internamiento con una puesta en libertad fijada desde el principio bajo supervisión asistencial (*short, sharp shock*). En idéntico sentido, Italia, cuenta con la semi-detención, por espacio de diez horas y la libertad controlada.

4. Segregar, de los centros penitenciarios, a los enfermos mentales que, por su discapacidad, no hayan sido declarados imputables, así como a los que se encuentren en fase terminal e infecciosos y a las madres de menores de edad, creando centros específicos fuera de la prisión.

La orientación de nuestro punto anterior, vivificaría un Derecho terapéutico integrador de las perspectivas multidisciplinarias que hemos indicado en el marco general del presente trabajo, haciendo lo necesario para modificar las normas y metodologías jurídicas que procurasen efectos rehabilitadores y terapéuticos, con especial protección de los derechos establecidos en la legislación vigente.

La rehabilitación para la reinserción es una cuestión sobre la que la Administración penitenciaria ha que seguir trabajando, mejorando tanto en el tratamiento de los internos como en el adiestramiento especializado de los funcionarios. Pues tan importante es la infraestructura de la que deben disponer los centros penitenciarios como la cualificación del personal que ha de llevar a buen término esa restitución a la que colabora en su totalidad.

5. Actualizar la legislación relativa a los internos extranjeros con expulsión autorizada o sustituciones de pena. Tras el análisis efectuado acerca de los objetivos perseguidos con la regulación de la expulsión prevista en el art. 89 del CP a la vista de lo plasmado en las Exposiciones de Motivos de los Anteproyectos de Ley de reforma del citado precepto, así como las Exposiciones de Motivos de las Leyes Orgánicas que operaron las sucesivas modificaciones en el mismo y, finalmente, después de realizar un estudio exegético de esta figura jurídica, estamos en condiciones de desentrañar cuáles de estos argumentos han resultado falaces y si se han conseguido los fines anunciados con la regulación actual, siendo esquematizados en los siguientes puntos:

5.1 El argumento esgrimido en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en virtud del cual, con la expulsión “se trata de evitar que haya extranjeros que delinquen con el único fin de asegurar su permanencia en España a través del correspondiente proceso penal”, no viene respaldado por ningún estudio (o, cuanto menos, no lo hemos hallado en la fecha de cierre de este trabajo) que tenga base empírica para confirmar, en términos cuantitativos y cualitativos, que efectivamente, hay un número significativo de súbditos extranjeros que delinquen con la

única finalidad de permanecer en España. Además, el recurso a la expulsión como sustitutivo de la pena, no parece que cumpla la finalidad pretendida por la LO 11/2003, toda vez que la LO 7/1985 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, ya preveía la medida de expulsión administrativa como alternativa al proceso penal en su conjunto.

- 5.2 Por lo que respecta a la finalidad de reducir el número de internos extranjeros en los centros penitenciarios y, con ello, el coste económico que genera este colectivo para Instituciones Penitenciarias¹⁰⁹⁶, tampoco existe estudio empírico verificador de que, la expulsión masiva de extranjeros sin residencia legal en España, vaya a disminuir las cifras de internos extranjeros, sino todo lo contrario, como exponíamos en el apartado núm. 2 del presente capítulo.
- 5.3 En cuanto a la justificación de la expulsión de extranjeros sin residencia legal, basada, por una parte, en que este colectivo tiene un peor pronóstico de reinserción y, de otra, en motivos de seguridad nacional, no podemos sino criticar lo apresurado de esta afirmación, la cual presume que, los extranjeros sin residencia legal son los más peligrosos, precisamente por la situación de exclusión social en la que se encuentran. Pues bien, a la vista de la última reforma acaecida en el art. 89 CP, más que centrarse en el pronóstico de reinserción de los extranjeros sin residencia legal en España, lo que se infiere del texto del precepto penal tras el análisis de su *iter legislativo*, es la voluntad de vetar a este colectivo de una evaluación de su peligrosidad criminal. Ejemplo de ello es la obligatoriedad, con carácter general, en la aplicación de la expulsión sustitutiva sin dar audiencia al penado, así como el automatismo en su aplicación.
- 5.4 Conviene destacar, en medio de todo este proceso, el papel que ha desempeñado la jurisprudencia del TS en su intento de introducir equidad y proporcionalidad en la aplicación del art. 89 CP, impidiendo que el carácter excepcional de la materia conllevara una distorsión del orden jurídico. Junto a la labor del

¹⁰⁹⁶ Vid. en este sentido, José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al Anteproyecto de Código penal de 1992* (II), op. cit., p. 92 y el AAP de Cádiz núm. 86/2005, de 18 de mayo.

TS, la Fiscalía General del Estado fijó las directrices de intervención del Ministerio Fiscal en sus actuaciones ante los tribunales y respecto a los extranjeros incurso en causas penales. Son representativas las Consultas 5/1987, 2/1990, 12/1997 y 1/2000; las Instrucciones 6/1991, 2/2001, 4/2001, 2/2002, 3/2003 y 6/2004, y La Circulares 1/1994, 3/2001, 1/2002 y 2/2006, que contienen pronunciamientos de interés sobre la naturaleza de la expulsión, su ámbito de aplicación, contenidos y efectos, orientando mediante sus instrucciones la actuación del Ministerio Fiscal en su condición de defensor de la legalidad en el ámbito penal.

5.5 No puede decirse lo mismo de la sesgada, en este ámbito, Jurisprudencia Constitucional, aun cuando estamos ante una normativa cuya aplicación directa podría suscitar y, de hecho, ha suscitado cuestiones de inconstitucionalidad en relación con la supuesta vulneración del principio de igualdad (art. 14, en relación con el art. 17.1, ambos de la CE)¹⁰⁹⁷, así como la postura mantenida por el TC en STC 19/1988, de 16 de febrero, Fj 9, *inter alia*, contraria a la vinculación de la expulsión a los fines de reeducación y resocialización propios de las sanciones en el orden penal, basándose en la distinción entre medidas de seguridad privativas de libertad y no privativas de libertad entre las cuales se encuentra la expulsión.

5.6 La reforma introducida por la LO 5/2010 en el ámbito de la expulsión sustitutiva mejora el precepto en cuanto a la exigencia del trámite de audiencia que recoge en toda su extensión, la amplitud en el lapso de prohibición de regreso a España, que ahora es de cinco a diez años, así como de la posibilidad de que sean de aplicación los beneficios de la suspensión y la sustitución generales, cuando la expulsión no pueda llevarse a efecto. Ahora bien, no resuelve las cuestiones que se consideran polémicas y que han sido tratadas en este trabajo, como ahora, la naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva, la automaticidad en la aplicación del precepto y la acumulación de sanciones a que

¹⁰⁹⁷ En este sentido, Borja MAPELLI CAFFARENA, *La Población Reclusa Extranjera en el Sistema Penitenciario Español*, op. cit., p. 109, considera que la institución de la expulsión sustitutiva casa mal con la declaración constituticonal de reconocimiento a los extranjeros de las libertades públicas (art. 13 CE), entre las que se encuentra el derecho a la igualdad.

puede dar lugar la expulsión tardía, una vez iniciado el cumplimiento de la pena de prisión impuesta o tras el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena o la clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario.

- 5.7 Cabe poner de manifiesto, por otro lado, que la LO 2/2009 pierde de nuevo la oportunidad de mejorar la situación de los extranjeros incurso en un procedimiento administrativo y penal de expulsión, persistiendo en la legislación los inconvenientes analizados en el cuerpo del presente estudio. Así las cosas, se vaticina, trágicamente, que la reforma del Reglamento 1162/2009 de 10 de julio, cuyo texto definitivo fue aprobado en el Consejo de Ministros de 15 de abril de 2011, y sobre el cual la Comisión permanente del Consejo de Estado en sesión celebrada el 7 de abril de 2011 emitió el Dictamen 515/2011, también desaprovechará la oportunidad de aclarar algunos de estos aspectos.
- 5.8 Desde nuestro enfoque, la expulsión sustitutiva tiene la misma finalidad que la expulsión administrativa, sin que implique un plus de efecto preventivo, por el hecho de que venga regulada en el texto punitivo. No se trata, de un sustitutivo penal, pues, de ser así, debería considerarse anticipadamente con los mismos requisitos que los previstos en los arts. 80 a 88 CP, esto es, para penas privativas de libertad no superiores a dos años.
- 5.9 Sin descartar de la regulación actual la posibilidad de que los súbditos extranjeros que así lo deseen, puedan cumplir las penas privativas de libertad en su país de origen, sería conveniente arbitrar mecanismos para favorecer la verdadera integración social en España de los extranjeros que han delinquido, mediante la firma de los oportunos convenios de traslado y el establecimiento de políticas públicas de reciprocidad, que garanticen que el penado no va a ser objeto de tortura ni tratos inhumanos o degradantes en su país de origen, así como el cumplimiento en condiciones adecuadas, de la pena privativa de libertad.

5.10 Por otra parte, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la jurisprudencia menor de las Audiencias provinciales analizada, así como el criterio seguido por la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2006, sería conveniente modificar la expresión “extranjero no residente legalmente en España”, por la de “extranjero en situación irregular”, así como articular un sistema de descuento para quien haya cumplido parcialmente la prohibición de entrada en el país tras la orden de expulsión.

6. Mayor utilización de la pena de localización permanente combinada con la aplicación de medios telemáticos, así como el principio de flexibilización en la clasificación del artículo 100.2 del RP. Como argumentos favorables a los sistemas de vigilancia electrónica, distinguimos especialmente que:

6.1 Las medidas de vigilancia telemática evitan el ingreso en prisión, tanto de los internos en régimen ordinario como en régimen abierto y de infractores no peligrosos que no hayan cometido delitos graves.

6.2 Facilitan también que se cumpla la condena en el entorno familiar y social, evitando la desestructuración familiar.

6.3 Permiten, además, que el penado continúe su vida laboral y pueda atender así a la indemnización de la víctima.

6.4 La persona sometida a control telemático no sufre los efectos desocializadores del internamiento en prisión.

7. Incremento de los supuestos de aplicación de las alternativas como la multa, indemnizaciones para las víctimas, contribuciones a un fondo de atención a las personas necesitadas, suspensión de la ejecución de la pena, la sustitución por otra y el trabajo en beneficio de la comunidad, cuando los hechos objeto de reproche merezcan la calificación de menos grave y leve.

8. Permisos de salida, régimen abierto y libertad condicional, al objeto de favorecer los principios de reeducación y reinserción acordes con el respeto a la dignidad humana, implementando el seguimiento y apoyo a los presos tras la excarcelación, así como estudios sobre la percepción social del

delincuente. Tales decisiones, ayudarán a una mejora de las estrategias de reinserción social.

9. Profundizar en el conocimiento de la personalidad de los internos como vía de detección de aquellas personas privadas de libertad con tendencias autolíticas no apreciadas mediante el Programa de Prevención de Suicidios vigente. Al tiempo, a los servicios centrales les corresponde continuar estudiando con profundidad cada suicidio ocurrido o que pueda tener lugar, con la finalidad de disponer de elementos de análisis y conclusiones que den explicación a la circunstancia antes señalada, de que ninguno de los 23 internos suicidados durante el año 2010, según datos del Defensor del Pueblo, generara en su momento la activación del plan de intervención específico existente.

10. La pena de prisión no debe ser el fin para los problemas que plantean determinadas conductas delictivas en una sociedad compleja. Debemos armonizar la política criminal y la política social, desde principios rehabilitadores activos que favorezcan el establecimiento de las condiciones idóneas para la ejecución de la pena de prisión, reduciendo su aplicación a los delitos dolosos que interesen a los bienes jurídicos más importantes para las personas.

V. Sobreabundancia de controversias: toma de posición.

La determinación del horizonte en el que se otea una solución a todo lo que inmediatamente precede, nos lleva a precisar la índole de la prevención especial positiva como finalidad de la pena privativa de libertad que mayor aceptación ha tenido dentro de la doctrina que hemos estudiado.

A través de la pena de prisión, se pretende reintegrar a la sociedad al infractor resocializado. Si efectuamos una reflexión conspectiva, tal aceptación no es del todo pacífica, como hemos visto, por las insuficiencias que presenta nuestro sistema penitenciario, encargado de la ejecución de esta sanción penal, además de los conflictos en las fundamentaciones teórico-éticas de la resocialización.

Este ideal resocializador, desde nuestro punto de vista, tal y como está concebido, aleja al penado de tal objetivo. Urge, en consecuencia, en primer término, aliviar los efectos desocializadores que hoy en día produce la prisión, haciendo efectivas las disposiciones normativas que sobre ejecución penal existen.

No hemos tratado de oponernos a la visión objetiva de la delincuencia ni a la necesidad de darle respuestas apropiadas, abarcando la penal y la penitenciaria, sino de comprender sus orígenes y fundamentos, sus cambios y consecuencias. No debemos confundir la intolerancia y la preocupación por la transgresión con el incremento del propio crimen.

Iniciemos el debate sobre los orígenes de la criminalidad entendiendo que, la acción delictiva, no es producto único de una voluntad individual y autónoma, sino de múltiples causas y factores que se entrecruzan (socialización transgresora, desestructuración familiar, violencia, estado de necesidad, escasa estabilidad, exclusión) y por tanto demandan mejoras que contemplen una pluralidad de acciones destinadas a su prevención y tratamiento.

Las intervenciones policiales, judiciales y penitenciarias pueden causar, a veces, mayor detrimento que el que tratan de reparar. Reclamamos la vuelta a la Sociología para evitar que el debate sobre la delincuencia se convierta en un triste espectáculo audiovisual, de tilde electoralista, en detrimento de la política criminal del poder del Estado.

Dicho objetivo, no obstante, no puede obtenerse sin la participación activa de toda nuestra sociedad, que, asumiendo la realidad, incorpore en su interior a los infractores de la norma que hayan cumplido su sanción, sin apartarlos ni segregarlos. Sólo así se podrán disminuir los altos índices de reincidencia delictiva.

Sin duda alguna, fijar posición respecto a talantes tan debatidos en la dogmática jurídico-penal resulta en extremo complicado y arriesgado. Creemos entender que, la solución a los temas abordados, no puede encontrarse en el rechazo total del retribucionismo y la adopción plena de la prevención, o viceversa. Nos decantamos por una visión multi-dimensional del asunto para dar una mejor respuesta a situaciones especiales frente a las cuales se han expresado otros autores de diversa manera.

De lo que precede se insinúa claramente que, la retribución, en ningún caso, debe considerarse como función exclusiva de la pena dada su carencia de sentido práctico para la sociedad, que no puede suprimir de su espacio a la persona antisocial o inadaptada. Si no se aborda un cambio de actitud en el penado el único efecto de utilidad social que se consigue es sosegar, por muy breve tiempo, a los ciudadanos inquietados por el crimen, ofreciéndoles la

percepción de mayor protección frente a futuras agresiones a la pacífica convivencia.

VI. Una y recta constante.

Constatábamos al principio del presente trabajo¹⁰⁹⁸ que, la libertad, permite al hombre alcanzar su máxima grandeza, pero también es la condición que puede posibilitar su mayor degradación. A guisa de epílogo abundamos, por supuesto desde nuestra respetuosa posición analítica, en que los científicos de las Ciencias Jurídicas, Criminológicas y Penitenciarias, así como los responsables de las instituciones del Estado, yerran, cuando perfilan la reforma, dicho sea en su significación positiva, de elementos estructurales opuestos al valor fundamental de la libertad.

Creemos inviable la eliminación de la pena de prisión de nuestro catálogo punitivo, pues constituye el eje central de nuestro sistema penal. La cuestión clave, para su eficacia, como hemos visto, es su correcta ejecución, pero, y es importante significarlo, como última justificación del principio de la protección social.

Fundamentada en estos principios básicos, la estabilidad de las cosas, es un delgado hilo que varía en función de las aspiraciones sociales, las evoluciones económicas, políticas o éticas. Por lo mismo, nuestro objetivo consiste en buscar el punto de equilibrio, ese centro de gravedad, que obedece a una ley fundamentalísima: el ejercicio de la libertad humana y de la dignidad de la persona, asentado en el positivo equilibrio de conciliar dichas prerrogativas y los parámetros constitucionales vigentes en un Estado Social y Democrático de Derecho.

¹⁰⁹⁸ CAPÍTULO I, apartado 1, subapartado 1.2.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

ALARCÓN MOHEDANO, I. y VIDAL DE MARTÍN SANZ, L., estudio separata de la revista *Otrosí*, febrero, 1999.

ALIGHIERI, D., *La Divina Comedia*, traducción de Luis MARTÍNEZ DE MERLO, Cátedra, Madrid, 1996.

ALONSO DE ESCAMILLA, A., *Clasificación de interno en tercer grado por razones humanitarias* (Comentario al Auto de 19 de Abril de 2004, del JCVP), en *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1985.

ÁLVAREZ URÍA, F., *Miserables y locos. Medicina mental y orden social en la España del siglo XX*, Tusquets, Barcelona, 1983.

ANDRÉS LASO, A., *VEINTICINCO AÑOS DE LA APROBACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/1979, GENERAL PENITENCIARIA*, Revista Jurídica de Castilla y León, número 5, enero 2005.

ANTÓN ONECA, J., en ANTÓN ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal, I*, 1949, 2ª. Edición, 1986.

ARIAS SENSO, M., *Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 08-07-04*, en *Diario La Ley XXVI*, núm. 6160, enero de 2005.

ARISTÓTELES, *Ética Eufemia*, Gredos, Madrid, 1995.

ARRIBAS LÓPEZ, E., *Reflexiones entorno a los fines de la pena y a los regímenes de la pena de prisión*, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 77, 2004.

ASCH, S., *Psicología Social*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1962.

AYO FERNÁNDEZ, M., *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

BACIGALUPO SAGGESE, S., “Artículo 31” en *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978.

BAJO FERNÁNDEZ, M., *De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981.

BAJO FERNÁNDEZ, M., *Tan conservadora como progresista*, Análisis de la reforma del Código Penal, diario ABC, sábado, 15 de septiembre de 2012.

BALLBÉ MALLOL, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812- 1983)*, Alianza Editorial, Madrid, 1983.

BANDURA, A.: *A social learning analysis*, NJ: Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1973.

BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Siglo XXI.

BARBERET HAVICAN, R., *La prevención general y especial*, Cuadernos de Derecho Judicial, XV, 1997.

BENTHAM, J., *Introducción a los principios de moral y legislación*, www.benthamlinks.com y <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k93974k>.

BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, (edición bilingüe, español-italiano, al cuidado de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ), editorial TROTTA, S.A, Madrid, 2011.

BELTRÁN NÚÑEZ, A., *El cumplimiento de la pena de prisión*, en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*, de María CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ (Coord.), Librería Bosch, Barcelona, 2005.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros, *CURSO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL*, Ediciones Experiencia SL, 2ª. edición adaptada a la reforma 2010 del CP, Barcelona, 2010.

BERISTAÍN IPIÑA, A., *Medidas penales en el Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, Reus, Madrid, 1974.

BERISTAÍN IPIÑA, A., *Crisis del Derecho represivo*, Edicusa, Madrid, 1977.

BOLDOVA PASAMAR, M. A. y otros, *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, 4ª. Edición, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2012.

BOTELLA, J., *FILOSOFÍA DE LA PENA*, PAPELES PARA EL PROGRESO, núm. 23, Nov-Dic., 2005.

BRACON, H., *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni angliae* (1250-1256).

BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

BUENO ARÚS, F., *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003.

BURILLO ALBACETE, F. J., “*EL NACIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD*”, EDERSA, Madrid, 1999.

CABRERA CABRERA, P. J., *Cárcel y exclusión social*, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 35, 2002.

CARBONELL MATEU, J. C., *REFLEXIONES SOBRE AL ABUSO DEL DERECHO PENAL Y LA BANALIZACIÓN DE LA LEGALIDAD*, *Revista de Ciencias Penales*, 2000-uclm.es.

CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.

CASANOVA AGUILAR, I., *DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES PÚBLICAS*, Explicaciones Posgrado en Ciencia Penal y Criminología, Máster en Derecho Penitenciario, Universidad de Murcia, bienio 2007-2009.

CASANOVA, G. G., *Historia de mi vida*, Gran Enciclopedia Cervantina, edición digital de Carlos ALVAR (director), Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2008.

CASCIARO RAMÍREZ, J. M. y otros, *SAGRADA BIBLIA. ANTIGUO TESTAMENTO*, Génesis 4, 17-24, 3ª. edición, Eunsa, Pamplona, 2010.

CEREZO MIR, J., *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993.

CEREZO MIR, J., *CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL: INTRODUCCIÓN*, (I), 6ª. edición, Tecnos, Madrid, 1998

CERVELLÓ DONDERIS, V., *DERECHO PENITENCIARIO*, 2ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CID MOLINÉ, J., “Derecho a la reinserción social (consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)”, en *Jueces para la Democracia*, nº 32, 1998.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *Instituciones de Derecho penal español*, CESEJ, Madrid, 2004.

COQUILLAT VICENTE, A., *La suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad en la reforma del Código Penal (LO 5/2010 de 22 de junio)*, en www.tirantonline/doctrina, Valencia, 2010.

CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores) y otros, *COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL. REFORMA LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CÓRDOBA RODA, J., *La pena y sus fines en la Constitución española de 1978*, en *Papers. Revista de Sociología*, núm.13, 1980.

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 2003 VII. Legislatura Núm. 245. Presidencia de la Excm. Sra. Dña. Luisa Fernanda RUDÍ ÚBEDA. Sesión plenaria núm. 236 celebrada el jueves, día 10-04-03.

CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 2011.

CHICO LIBRÁN, E., *Búsqueda de sensaciones*, Psicothema, 2000, Vol. 12, núm. 2.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *INFORMES, ESTUDIOS Y DOCUMENTOS. SITUACIÓN PENITENCIARIA EN ESPAÑA*, Madrid, 1988.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2007*, Palacio del Congreso de los Diputados, 25 de septiembre de 2008.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2011 y debates en las Cortes Generales*, 12 de abril de 2012.

DE LA CUESTA AZURMENDI, J. L., *FORMAS SUSTITUTIVAS DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995*, en J. I. ECHANO BASALDÚA (Coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002.

DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, 1999.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, Madrid, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*, <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA2015/diez15.htm>.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, ed. Trotta, Madrid, 2003.

DÍEZ RIPOLLES, J. L., *EL NUEVO MODELO PENAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, artículos RECPC 06-03, 2004.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Prisiones de empresa, reformatorios privados. Dos estudios de política penitenciaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DOSTOIEVSKI, F. M., *Memorias de la casa muerta*, 2ª. edición, DEBOLSILLO, Barcelona, 2010.

DURKHEIM, E., *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*, Alianza, Madrid, 1988.

DURKHEIM, E., *Dos leyes de la evolución penal*, Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales, núm. 13, Buenos Aires, 1999.

ECHEBURÚA ODRIUZOLA, E. y DE CORRAL GARGALLO, P.: *Manual de violencia familiar*, Siglo XXI, Madrid, 1998

ENRIQUEZ FERNÁNDEZ, J. C., *Sexo, género, cultura y clase. Los rumores del placer en las Repúblicas de los Hombres Honrados de la Vizcaya tradicional*. Bilbao, 1995.

ERIKSON, K., *Puritanos rebeldes: Un estudio de la Sociología de la Desviación*, Nueva York, 1966.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., *Derecho penitenciario y extranjería*, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 23, marzo 2010.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, F., Magdalena de San Jerónimo, *Razón y forma de la Galera y Casa Real, que el Rey nuestro Señor manda hazer en estos Reynos para castigo de las mugeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otras semeiantes*.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, 7ª. Edición, Madrid, 2005.

FERRI, E., *Sociología Criminal, Socialismo y Ciencia Positiva, La Escuela de Criminología Positiva, y Sociología Criminal*, Anales de Jurisprudencia, Méjico, 2009.

FEUERBACH, P.J.A., *Kaspar Hauser. Un delito contra el alma del hombre*, edición Rota Tiva, Barcelona, 1977.

Foro Europeo para la Seguridad Urbana, *Prevención de la reincidencia: herramientas de formación para actores locales*, Efus, París, 2012.

FOUCAULT, M., *Dits et écrits II (Dichos y escritos, vol. II)*, París, 1994.

FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo XXI editores, Decimosexta reimpresión, Madrid, 2009.

FRAILE Y PÉREZ DE MENDIGUREN, P., *Un espacio para castigar*, Serbal, Barcelona, 1987.

FREUD, S., *Obras completas, Psicología de las masas y análisis del yo*, Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 2009.

GARCÍA CUADRADO, A.M., *Sistema Constitucional de Derechos y Libertades*, Editorial Club Universitario, Alicante, 1997.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Manual de Criminología (Introducción y teorías de la criminalidad)*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La prevención del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 5ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL*, 4ª. Edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.), *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica (Curso de doctorado)*, Madrid, 1997.

GARCÍA VALDÉS, C., *El desarrollo del Sistema Penitenciario en España. Historia de una transición*, Revista de Estudios Penitenciarios, núm. 249, 2002.

GARGARELLA, Roberto (Coord.), *Elegir y castigar*, SEMINARIO DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y FILOSOFÍA POLÍTICA, 20 jul 07.

GARLAND, D., *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. México DF, Siglo XXI, 1999.

GARLAND, D., *La cultura del control*, Plaza, Barcelona, 2005.

GARRIDO GENOVÉS, V., STENGELAND, P. y REDONDO ILLESCAS, S., *PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGÍA*, 2ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

GARRIDO GENOVÉS, V., *Qué es la psicología criminológica*, Biblioteca Nueva, SL, Madrid, 2005.

GISBERT CALABUIG, J. A. y otros, *Trastornos de la personalidad*, en *Medicina legal y toxicología*, 6ª. edición, Masson, Barcelona, 2005.

GÓMEZ TOMILLO, M. *Comentarios al Código Penal*, 1ª. edición, Lex Nova, Valladolid, 2010.

GONZÁLEZ BLANQUÉ, C., *El control electrónico en el sistema penal*, tesis doctoral.

GOLDSMITH, O., *El vicario de Wakefield*, Ediciones Rialp, Madrid, 2004.

GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en nombre de otro en el Derecho Penal*, T. I, Zaragoza, 1985.

GRACIA MARTÍN, L., *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, Actualidad Penal, 39, 1993.

GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M.A. y ALASTUEY DOBÓN, M.C., *LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, 4ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

GRACIANO, G., *Concordia discordantium canonum*, Juan Javier DEL GRANADO RIVERO, *Un libro de Derecho del siglo XVI para el siglo XXI*, Codex, Buenos Aires, 2008.

GROSSO GALVÁN, M., *Los antecedentes delictivos: su cancelación tras la Ley de Reforma Urgente y Parcial del CP*, Documentación Jurídica, monográf. 1, vol. 1, 1983.

GUTIERREZ DE PIÑERES BOTERO, C., *Revisión sobre la definición de Psicología Jurídica*, *Diversitas: Perspectivas en Psicología*, vol. 6, núm. 2, Bogotá, Julio-Diciembre 2010.

HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del espíritu, La Constitución de Alemania, Ciencia de la lógica, Enciclopedia de las ciencias filosóficas y Elementos de la Filosofía del derecho*, Encyclopaedia Britannica, edición digital, 1994.

HERAS SANTOS, J. L., *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Universidad de Salamanca, 1994.

HERNÁNDEZ MENDO, A., MOLINA MACÍAS, M. I. y MAÍZ RODRÍGUEZ, J., *Violencia y Deporte: revisión conceptual.*, *EduPsykhé*, 2003.

HERNÁNDEZ MENDO, A., MAÍZ RODRÍGUEZ, J. y MOLINA MACÍAS, M.I., *Debate conceptual abierto: violencia y deporte*, Revista Digital-Buenos Aires-Año 10.Número 70. Marzo 2004.

IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T.IV, Civitas, Madrid, 1996.

JAÉN VALLEJO, M., *Las reformas del Código penal (2002-2003)*, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 06-r2, www.criminet.ugr.es/recpc, 2004.

JORGE BARREIRO, A., *El sistema de sanciones en el Código penal español de 1995*, ADPCP Vol. XLIX, II, 1996.

JORGE BARREIRO, A., “Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, 23, 2000.

JUSTINIANO I, *Digesto*.

KANT, I., *Meditaciones sobre la verdadera estimación de las fuerzas vivas, Historia general de la naturaleza y teoría del cielo, Crítica de la razón pura, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Principios metafísicos de la ciencia natural*.

KOSELLECK, R. y otros, *Historia y Hermenéutica*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1997.

KURY, H., “*Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?*”, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

LANDROVE DÍAZ, G., *Prisión y sustitutivos penales*, en *EL NUEVO DERECHO PENAL ESPAÑOL: ESTUDIOS PENALES EN MEMORIA DEL PROFESOR JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ*, Fermín MORALES PRATS (Coord.) y Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2001.

LANDROVE DÍAZ, G., *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.

LANDROVE DÍAZ, G., *EL NUEVO DERECHO PENAL*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

LE TOURNEAU, D., *EL DERECHO DE LA IGLESIA, Iniciación al Derecho Canónico*, Rialp, 3ª edición, Madrid, 1997.

LINDE PANIAGUA E., *CONSTITUCIÓN Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*, CIVITAS, Madrid, 1999.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Les penes privatives de drets*, en *Les penes en el Codi Penal de 1995*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1ª Edición, marzo de 1999.

LÓPEZ PEREGRÍN, C., *¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?*, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 1, 2003, <http://www.criminologia.net>

LUZÓN CUESTA, J. M., *REFLEXIONES SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD*, discurso leído el día 16 de noviembre de 2001 en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia en la sesión inaugural del Curso Académico 2001-2002.

LUZÓN PEÑA, D., COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*. Madrid, 2010.

MANTECÓN MOVELLÁN, T. A., *La muerte de Antonia Isabel Sánchez. Tiranía y escándalo en una sociedad rural del norte español en el Antiguo Régimen*, Alcalá de Henares, 1997.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Arresto menor en el domicilio (art. 85 del Código Penal)*, CLP t. V vol. 1 (1985).

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios al Anteproyecto de Código penal de 1992 (II)*, en *Actualidad Penal*, 1992-1.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, *La Población Reclusa Extranjera en el Sistema Penitenciario Español*, en *Cárcel, Inmigración y Sistema Penal*, Buenos Aires, 2008.

MAPELLI CAFFARENA, B., *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, 5ª. Ed., Aránzadi, S.A., Navarra, 2011.

MARÍ, E. E., *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Hachette, Buenos Aires, 1983.

MARÍAS AGUILERA, J., *Antropología metafísica*, Revista de Occidente, Madrid, 1993.

MARTÍNEZ-GÓMEZ MARTÍNEZ, A., *La integración lingüística en las instituciones penitenciarias españolas y europeas*, Universidad de Alicante, estudio desarrollado en el marco del Programa Nacional de Profesorado Universitario del Ministerio de Ciencia e Innovación.

MATTHEWS, R., *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Bellaterra ediciones, Barcelona, 2003.

MAZA MARTÍN, J. M., *Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal*, en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal* (Dir. POZA CISNEROS), CGPJ, Madrid, 1996.

MILLAN-PUELLES, A., *La libre afirmación de nuestro ser*, Rialp, Madrid, 1993.

MIR PUIG, S., *INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL*, 2ª. Edición, editorial Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª. Edición, Reppertor, Barcelona, 2008.

MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, Barcelona, 2011.

MOLINA BLÁZQUEZ, M. C. (Coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*, Librería Bosch, Barcelona, 2005.

MOLINS RAICH, M., *Análisis de las medidas accesorias previstas en el artículo 129 del Código penal. Reflexiones a la luz del principio de personalidad de las penas*, Revista de Ciencias Penales, vol.2, 1,1999.

MONCLÚS MASÓ, M., *La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta*, en *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 94 (34), agosto de 2001.

MORILLAS CUEVA, L., *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, 1980.

MORILLAS CUEVA, L., *Prisión y Estado Social y Democrático de Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 14, 1987.

MORILLAS CUEVA, L., *ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL RÉGIMEN PENITENCIARIO*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 2 extraordinario, Octubre 1989. II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras.

MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991.

MORILLAS CUEVA, L., *“Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español”*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 17, 2003.

MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*, Ley Penal, Dykinson, Madrid, 2004.

MORILLAS CUEVA, L., *Alternativas a la pena de prisión*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 22, 2006.

MUCHEMBLED, R., *L'invention de l'homme moderne. Sensibilités, mœurs et comportements collectifs sous l'Ancien Régime*, Fayard, París, 1988.

MULLER-DIETZ, H., *Strafvollzugsrecht*, Berlín, 1978, en Vicenta CERVELLÓ DONDERIS, *DERECHO PENITENCIARIO*, 2ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia.

MUÑOZ BRUNET, A., *Evolución histórica y legislativa de la libertad condicional en España*, Universidad Autónoma de Barcelona, Tesina dirigida por el Profesor Rafael REBOLLO VARGAS.

MUÑOZ CONDE, F., *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

NAVARRO AZNAR, F., *DESOBEDIENCIA CIVIL Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA*, ediciones Myrtia, Murcia, 1990.

NAVARRO VILLANUEVA, C., *La reducción de los beneficios penitenciarios en la legislación vigente*, en CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOÁN, E. (Coords.) (et al.): *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997.

OLIVER OLMO, P., *HISTORIA Y REINVENCIÓN DEL UTILITARISMO PUNITIVO*, artículo consultado en <http://www.uclm.es>.

OLIVER OLMO, P., *CIENCIA HISTORIOGRÁFICA Y PLURALISMO TEÓRICO. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA LA HISTORIA DEL CONTROL Y EL CASTIGO EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO Y EN EL PRESENTE. Apartado Teórico de la Propuesta Académica e Investigadora*, <http://www.uclm.es/profesorado/polover/tem>.

OLIVER OLMO, P., *Cárcel y sociedad represora. La criminalización del castigo en Navarra (siglos XVI-XIX)*, Universidad del País Vasco, 2001.

OLIVER OLMO, P., *El concepto de control social en la historia social: estructuración del orden y respuestas al desorden*, Historia Social, núm. 51, 2005.

ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, 2ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

OTERO GONZÁLEZ, P., *Monitorización electrónica en el ámbito penitenciario*, icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 74, mayo-agosto 2008.

PARÉS GALLÉS, R., *Ejecución de penas mediante control electrónico: presente y futuro*, Revista del Poder Judicial nº 46. Segundo trimestre 1.997.

PEREZ DE HERRERA, C., *Discursos del amparo de los legítimos pobres*, Luis Sánchez, Madrid, 1598.

PEREZ FERNÁNDEZ, E. y REDONDO ILLESCAS, S., *EFFECTOS PSICOLÓGICOS DE LA ESTANCIA EN PRISIÓN*, Papeles del Psicólogo, núm. 48, febrero, 1991.

PEREZ MANZANO, M., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Actualidad Penal, 2, 1995.

Periódico *El Imparcial*, jueves, 25 de noviembre de 2010.

Periódico EL PAÍS, sábado 15 de septiembre de 2012.

PERIS RIERA, J. M., *Capítulo III: De las formas sustitutivas de la ejecución de la pena privativa de libertad. Introducción*, en Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal, T. III*, Madrid, 2000.

PERIS RIERA, J. M. y MADRID CONESA, F., *Art. 89*, en Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.): *Comentarios al código Penal, Tomo III*. Madrid, 2000.

PLATÓN, *Leyes*, introducción, traducción y notas a cargo de José Manuel PABÓN Y SUÁREZ DE URBINA y Manuel FERNÁNDEZ GALEANO, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

PIÑA HOMS, R., *OBRA DISPERSA. Corona de Aragón. América Hispana*, Govern de les Illes Balears, 1ª. Edición, Palma de Mallorca, abril 2007.

POLO BARRENA, L., “La libertad posible”, en *Nuestro Tiempo*, 1973.

POLO BARRENA, L., *Quién es el hombre*, Rialp, Madrid, 1991.

POPPER, K. R., *La miseria del historicismo*, Alianza, Madrid, 2002.

QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *EL NUEVO DERECHO PENAL ESPAÑOL. ESTUDIOS PENALES EN MEMORIA DEL PROFESOR JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ*, Aranzadi, Navarra, 2001.

QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Aranzadi, 4ª. edición, Navarra, 2010.

RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y Privación de libertad*, Dykinson, S.L., Madrid, 1999.

RAGUÉS I VALLÉS, R., *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Colección Justicia Penal, Barcelona, 2004.

RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2006.

REDONDO ILLESCAS, S. y GARRIDO GENOVÉS, V., *Diez años de intervención en las prisiones españolas*, Delincuencia, 1991.

REDONDO ILLESCAS, S., *PSICOLOGÍA PENITENCIARIA APLICADA: LOS PROGRAMAS DE REHABILITACIÓN EN EUROPA*, Ponencia en las I Jornadas de Tratamiento Penitenciario (Pescola, octubre 2000).

RICOEUR, P., *Historia y verdad*, Madrid, 1990.

RIVERA BEIRAS, I., *LA CÁRCEL Y EL SISTEMA PENAL (EN ESPAÑA Y EN EUROPA)*, Observatorio del sistema Penal y de los Derechos Humanos de la universidad de Barcelona, www.pensamientopenal.com.ar/reforma.

RODRÍGUEZ BALADO, E., *La intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión de extranjeros: autorización de la expulsión administrativa y autorización sustitutiva*, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 26, 2011.

RODRÍGUEZ FORNELLS, A., LÓPEZ CAPDEVILLA, J. M. y ANDRÉS PUEYO, A., *Personalidad y comportamiento penitenciario*, *Psicothema*, 2002, Vol. 14, supl.

ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión en España*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1988.

ROXIN, C., *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976.

ROXIN, C., *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, traducción, introducción y notas de Francisco MUÑOZ CONDE, Reus S.A., Madrid, 1981.

RUBIO LARA, P. A., *Explicaciones sobre la dimensión auténtica del sistema penal como práctica de control social*, Universidad de Murcia, Posgrado en Ciencia Penal y Criminología, Master en Derecho Penitenciario, bienio 2007-2009.

RUBIO LARA, P. A., *Las Medidas de Seguridad tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de Junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y Jurisprudenciales. Problemas y Soluciones*, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 25, Navarra, 2011.

RUSCHE, G., KIRCHEIMER, O. y otros, *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 2002.

SALVA y MUNAR, M. y SAINZ DE BARANDA, P., *Fray Juan de San Jerónimo, Memorias*, Patrimonio Nacional. Servicio de Publicaciones, Madrid, 1984.

SAN JERONIMO, M., *Razón y forma de la Galera y Casa Real, que el Rey nuestro Señor manda hazer en estos Reynos para castigo de las mugeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otras semeiantes*, Francisco FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, Valladolid, 1608.

SANZ DELGADO, E., *La reforma introducida por la “regresiva” Ley orgánica 7/2003 ¿Una vuelta al siglo XIX?*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, Tomo Extraordinario II, 2004.

SANZ MORÁN, A. J. y SANZ MORÁN, J. A., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, S.A, Valladolid, 2003.

SCMIDHÄUSER, E., citado por Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, 3ª. Edición, Madrid, 2003.

SECODANT, Ch. L. de, *Cartas Persas, El Espíritu de las leyes y Defensa del Espíritu de las leyes*.

SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *Consecuencias de la prisionización*, art. consultado en http://www.juntadeandalucia.es/averroes/iesalfonso_romero_barco/actividades_tic/trabajos.

SERNA ALONSO, J., *Presos y pobres en la España del XIX: La determinación social de la marginación*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1988.

SIERRA RODRÍGUEZ, J., *Manual de Políticas Públicas Penitenciarias*, Máster Universitario en Criminología Aplicada a la Ejecución de Penas, Universidad de Murcia, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el derecho español*, en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, (B. Schünemann y J. de Figueiredo Días, coords., Bosch, Barcelona, 1995).

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *EL RETORNO DE LA INOCUIZACIÓN. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

SOSPEDRA NAVAS, F.J., (Coord.) y otros, *PRÁCTICA DEL PROCESO PENAL*, Volumen II, Thomson-Civitas, 2ª. Edición, Madrid, 2005.

SPAEMANN, R., *Felicidad y benevolencia*, Rialp, Madrid, 1991.

SPAEMANN, R. *Ética: cuestiones fundamentales* (5ª ed.), EUNSA, Pamplona, 1998.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., *ELJUEZ EN LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, ISSN 1695-0194, núm. 7, 2005.

TAMARIT SUMALLA, J.M. y GARCÍA ALBERO, R., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

TAMARIT SUMALLA, J. M., *Sistema de sanciones y política criminal: un estudio de Derecho comparado europeo. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2007, núm. 09-06.

TÉLLEZ AGUILERA, A., *La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia*, en *Diario La Ley*, núm. 5837, de 14 de agosto de 2003

TERRADILLOS BASOCO, J., “*Código penal-leyes penales especiales. Diez cuestiones sobre una tensión no resuelta*”, en “La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo (Homenaje al prof. Dr. D. José CEREZO MIR)”, Madrid, Tecnos, 2002.

TIEDEMANN, K., *El nuevo Código Penal español y el espíritu codificador*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

TILLY, Ch., *Grandes estructuras, procesos amplios, comparaciones enormes*, Alianza, Madrid, 1991.

TOLEDO Y UBIETO, O. de y otros, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

TOMÁS y VALIENTE, F., “Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los borbones”, *Historia 16* (Extra VII), 1978.

TOMÁS y VALIENTE, F., *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, 1990.

TOMÁS y VALIENTE, F., *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (S. XVIXVIII)*, Madrid, 1992.

TOMÁS y VALIENTE, F., *La tortura en España*, Ariel, Barcelona, 1994.

TORRENTE ROBLES, D., *Desviación y delito*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

TRINIDAD FERNÁNDEZ, P., *La defensa de la sociedad: Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Alianza Editorial, Madrid, 1991.

UNESCO, *Historia de la Humanidad*, Editorial Planeta, Barcelona 1979.

VAELLO ESQUERDO. E., *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*, 3ª. Edición, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2010.

VICENTE ARREGUI, J. de-CHOZA ARMENTA, J., *Filosofía del hombre*, ICF-Rialp, Madrid, 1993.

VICENTE MARTÍNEZ, R. de, *Vademécum de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VILLALAÍN BLANCO, J. D. y otros, *La reforma de la Justicia Penal*, Law, 1997.

WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, Parte General, 3ª. edición, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1987.

www.acaip.info.

YEPES STORK, R. y ARANGUREN ECHEVARRÍA, J., *Fundamentos de Antropología*, EUNSA, Pamplona, 2003.

ZAFFARONI, E. R., *En torno de la cuestión penal*, ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005.

ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal*, 3ª. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., PÉREZ ALONSO, E. J. y otros, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª. edición, Valencia, 2004 .