

Manual de Introducción al Derecho Penal

COORDINADOR: JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ

PRÓLOGO: GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO



Derecho Penal
y Procesal Penal

Autores

Silvina Bacigalupo Saggese	Mario Maraver Gómez
Miguel Bajo Fernández	Blanca Mendoza Buergo
Gonzalo J. Basso	Fernando Molina Fernández
Manuel Cancio Meliá	Enrique Peñaranda Ramos
Julio Díaz-Maroto y Villarejo	Mercedes Pérez Manzano
Yamila Fakhouri Gómez	Laura Pozuelo Pérez
Juan Antonio Lascuraín Sánchez	Daniel Rodríguez Horcajo

MANUAL DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuellar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Vicente Gimeno Sendra, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia; director de la Sección de Derecho Procesal Penal.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo López-Barja de Quiroga, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo; director de la Sección de Derecho Penal y Procesal Penal Militar.

MANUAL DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

COORDINADOR: JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ

PRÓLOGO: GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2019

Primera edición: octubre de 2019



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<http://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 043-19-219-6 (edición en papel)
043-19-220-9 (edición en línea, PDF)
043-19-221-4 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2591-2

Depósito legal: M-30753-2019

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

En recuerdo de Miguel Bajo Fernández

ÍNDICE

	Páginas
PRESENTACIÓN. Gonzalo Rodríguez Mourullo	21
AUTORES	23
ABREVIATURAS	25
CAPÍTULO I. EL DERECHO PENAL: CONCEPTO. <i>Miguel Bajo Fernández y Juan Antonio Lascuráin Sánchez</i>	27
1. Concepto, contenido y función del Derecho Penal	27
1.1 Concepto	27
1.2 Contenido	29
1.3 Función	33
1.4 El estudio del Derecho Penal	36
2. Posición del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico	36
2.1 El Derecho Penal como Derecho público	36
2.2 Relación con otras ramas jurídicas	38
3. La formación histórica del Derecho Penal español	40
3.1 Antiguo régimen y codificación	40
3.2 Código Penal de 1995	43
Lecturas recomendadas	45
Cuestiones	45

CAPÍTULO II. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL (I). EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL.	
<i>Juan Antonio Lascurain Sánchez y Yamila Fakhouri Gómez</i>	
<i>(epígrafes 2.3.1 y 2.3.3)</i>	
	47
1. Principios limitadores y legitimadores del <i>ius puniendi</i> estatal	47
1.1 La diversidad de ordenamientos penales	47
1.2 Los principios penales	48
1.3 Principios del ordenamiento penal español	50
2. El principio de legalidad	53
2.1 Fundamento	53
2.2 Ámbito	54
2.3 Garantías	54
2.3.1 La norma penal ha de tener rango de ley	54
2.3.2 La norma penal ha de ser precisa	57
2.3.3 La norma penal ha de ser vinculante para los jueces	58
2.3.4 La norma penal ha de ser irretroactiva	62
3. Las fuentes del Derecho Penal español	63
3.1 La reserva absoluta de ley	63
3.2 ¿Qué ley?	64
3.3 ¿Otras fuentes?	65
Lecturas recomendadas	67
Cuestiones	68
CAPÍTULO III. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL (II). <i>Manuel</i>	
<i>Cancio Meliá –I a 4– y Mercedes Pérez Manzano –5–</i>	
	69
1. Introducción	69
2. El principio del hecho	71
2.1 Definición e implicaciones	71
2.2 Contramodelo: Derecho Penal de autor	72
2.3 Campos de tensión	73
3. El principio de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos	73
3.1 Concepto y definiciones	73
3.2 Campos de tensión	75
3.2.1 Derecho Penal y moral: Bienes jurídicos	75

	Páginas
3.2.2 Derecho Penal y política: Derecho Penal simbólico y sentimientos colectivos	76
3.2.3 Derecho Penal y autonomía: Autolesión y paternalismo	77
3.2.4 Derecho Penal y estructura social: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto	78
3.3 Críticas a la teoría del bien jurídico	79
3.4 Alguna conclusión	79
4. Intervención mínima y proporcionalidad	80
4.1 Concepto y definiciones: Fragmentariedad, subsidiariedad y proporcionalidad	80
4.2 Proporcionalidad	81
4.3 Práctica de la intervención mínima: Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador	82
4.3.1 Diferenciación	82
4.3.2 Confusión	83
5. El principio <i>non bis in idem</i>	84
5.1 Concepto	84
5.2 Reconocimiento legal y jurisprudencial	86
5.3 Fundamento de la prohibición	87
5.4 Requisitos: La triple identidad	87
5.5 El alcance de la reiteración prohibida	88
Lecturas recomendadas	89
Cuestiones	89
CAPÍTULO IV. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL (III). Mercedes Pérez Manzano -1 a 4- y Manuel Cancio Meliá -5-	
1. El principio de culpabilidad	92
1.1 Enunciado	92
1.2 Garantías inherentes al principio de culpabilidad	93
1.2.1 Responsabilidad personal por el hecho	93
1.2.2 Responsabilidad subjetiva	95
1.3 Fundamento	97
2. El principio de igualdad	98
2.1 Enunciado y manifestaciones	98

2.2	La igualdad penal en la jurisprudencia constitucional	100
2.2.1	La igualdad ante la ley penal	100
2.2.2	La igualdad en la aplicación de la ley	103
3.	El principio de humanidad de las penas	104
3.1	Penas inhumanas por su naturaleza	104
3.2	Penas inhumanas por su magnitud	106
3.3	Penas inhumanas por su forma de ejecución	108
4.	El mandato constitucional de reeducación y reinserción social	109
5.	Tendencias actuales de política criminal	111
5.1	Introducción	111
5.2	Descripción: La expansión del Derecho Penal y sus causas	112
5.3	Bases para una valoración: Derecho Penal simbólico, «Derecho Penal» del enemigo y prevención fáctica	115
	Lecturas recomendadas	116
	Cuestiones	117
 CAPÍTULO V. VIGENCIA TEMPORAL DE LA LEY PENAL. <i>Mario Maraver Gómez</i>		119
1.	Entrada en vigor y derogación de la ley penal	119
2.	El principio general de irretroactividad de la ley penal	121
3.	La retroactividad de la ley penal favorable	122
3.1	Reconocimiento y fundamentación	122
3.2	Determinación de la ley penal favorable	125
3.3	Alcance de la retroactividad	126
3.4	Particularidades	127
3.4.1	Leyes en <i>vacatio</i>	127
3.4.2	Leyes intermedias	127
3.4.3	Leyes temporales	128
3.4.4	Leyes que complementan las normas penales en blanco	131
3.4.5	Leyes sobre responsabilidad civil derivada del delito	131
3.4.6	Leyes procesales	132
3.4.7	Cambios jurisprudenciales	133
4.	Momento de la comisión del delito	134
4.1	La teoría diferenciadora o de la valoración jurídica	134

	Páginas
4.2 Supuestos particulares	135
4.2.1 Delitos integrados por una pluralidad de actos	135
4.2.2 Delitos continuados	136
4.2.3 Delitos permanentes	136
Lecturas recomendadas	137
Cuestiones	137
CAPÍTULO VI. VIGENCIA ESPACIAL DE LA LEY PENAL. <i>Fernando Molina Fernández</i>	139
1. Introducción	139
2. Principio de territorialidad	140
2.1 Introducción	140
2.2. Concepto jurídico de territorio	140
2.2.1 Tierra firme y aguas interiores	141
2.2.2 Mar territorial	141
2.2.3 Espacio aéreo	141
2.2.4 Otros espacios: Embajadas y bases militares de utilización conjunta	142
2.2.5 Buques y aeronaves	142
3. Lugar de comisión del delito	144
3.1 Problema: Comisión de uno o varios delitos conexos en distintos países	144
3.2 Solución: La valoración conjunta del hecho	145
4. La ultraterritorialidad de la ley penal	146
4.1 Principio personal	147
4.2 Principio real o de protección de intereses	147
4.3 Principio de justicia penal universal	148
4.3.1 Finalidad y ámbito de aplicación	148
4.3.2 Requisitos: La polémica en torno al punto de conexión con intereses españoles	150
4.3.3 Delitos afectados por el principio universal	152
5. La Corte Penal Internacional. Otros tribunales penales internacionales ...	153
5.1 Introducción	153
5.2 Tribunales internacionales y tribunales mixtos para conflictos singulares	154

5.3 La Corte Penal Internacional	155
5.3.1 Competencia	156
5.3.2 Principios	157
5.3.3 Penas aplicables	158
5.3.4 Procedimientos	158
Lecturas recomendadas	159
Cuestiones	159
CAPÍTULO VII. LA PENA: NOCIONES GENERALES. <i>Enrique Peña-randa Ramos y Gonzalo J. Basso</i>	
1. La pena: Concepto y fundamento	161
1.1 Concepto de pena	161
1.2 Fundamento de la pena	164
2. Los fines de la pena	165
2.1 Teorías absolutas o de la retribución	166
2.2 Teorías relativas o preventivas	169
2.2.1 Teorías de la prevención general	170
2.2.2 Teorías de la prevención especial	179
2.3 Teorías mixtas o de la unión y teorías unificadas de la pena	185
2.4 Los fines de la pena en el Derecho español	187
3. Sistema y clasificación legal de las penas en el Código Penal español	188
Lecturas recomendadas	189
Cuestiones	190
CAPÍTULO VIII. CLASES DE PENAS. <i>Laura Pozuelo Pérez, -1 a 3- y Silvina Bacigalupo Saggese, -4-</i>	
1. Las penas privativas de libertad	192
1.1 La pena de prisión permanente revisable	192
1.2 La pena de prisión	192
1.3 Otras penas privativas de libertad	193
1.3.1 La pena de localización permanente	193

1.3.2	La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa	193
1.4	Rasgos generales del sistema penitenciario español	195
2.	Las penas privativas de derechos	196
2.1	Inhabilitación absoluta, inhabilitación especial y suspensión	198
2.1.1	La inhabilitación absoluta	198
2.1.2	La inhabilitación especial para empleo o cargo público	199
2.1.3	La inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo	199
2.1.4	La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio	199
2.1.5	La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento	200
2.1.6	Suspensión de empleo o cargo público	201
2.2	Trabajos en beneficio de la comunidad	201
2.3	Otras penas privativas de derechos	203
2.3.1	Privación de la patria potestad	203
2.3.2	Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores	203
2.3.3	Privación del derecho a la tenencia y porte de armas	203
2.3.4	Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos	204
2.3.5	Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez	204
3.	La pena de multa: el sistema de días-multa y la multa proporcional ...	205
3.1	El sistema de días-multa	206
3.2	La multa proporcional	207
4.	Penas aplicables a personas jurídicas y entes colectivos	208
4.1	Introducción	208
4.2	Las penas aplicables a las personas jurídicas	208
4.3	Medidas cautelares	211
	Lecturas recomendadas	211
	Cuestiones	212

CAPÍTULO IX. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA, LAS INSTITUCIONES INDIVIDUALIZADORAS Y LOS SUSTITUTIVOS DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. <i>Fernando Molina Fernández –1– y Blanca Mendoza Buergo –2–</i>		213
1.	La determinación de la pena	214
1.1	Instrumentos técnicos para la determinación de la pena	215
1.1.1	Marco básico de pena	215
1.1.2	Determinación de la pena superior e inferior en grado	215
1.1.3	División de la pena en dos mitades	218
1.2	Reglas de determinación de la pena	219
1.2.1	Determinación del marco abstracto de pena en la parte especial	219
1.2.2	Determinación del marco concreto de pena	219
	A) Determinación de la pena atendiendo al grado de ejecución del delito	220
	B) Determinación de la pena atendiendo al grado de participación en el delito	220
	C) Determinación de la pena atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes	221
	D) Excepciones al régimen general de determinación de la pena	223
	E) Reglas de determinación de la pena en los concursos de delitos	224
1.2.3	Determinación judicial de la pena concreta en sentencia	228
1.2.4	Determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas	229
2.	Las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad ...	230
2.1	La individualización de la pena y las alternativas a las penas largas y cortas de privación de libertad	230
2.2	Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 80 y ss. CP)	231
2.2.1	Régimen ordinario (art. 80.1 CP)	232
2.2.2	Régimen especial para sujetos dependientes de sustancias (art. 80.5 CP)	236
2.2.3	Régimen extraordinario por razones humanitarias (art. 80.4 CP) ...	237
2.2.4	Régimen excepcional (art. 80.3 CP)	238

2.2.5 Suspensión de la ejecución de la pena en los delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social y el fraude de subvenciones (art. 308 bis)	239
2.3 La expulsión de extranjeros	239
2.4 La libertad condicional	242
2.4.1 Régimen ordinario (art. 90.1 CP)	244
2.4.2 Régimen privilegiado (art. 90.2 CP)	246
2.4.3 Régimen excepcional (art. 90.3 CP)	247
2.4.4 Régimen extraordinario por razones humanitarias (art. 91 CP) ...	247
2.4.5 La libertad condicional o suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable (art. 92 CP)	248
Lecturas recomendadas	249
Cuestiones	250
CAPÍTULO X. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO. <i>Silvina Bacigalupo Saggese</i>	
1. Las consecuencias accesorias del delito	254
1.1 Introducción	254
1.2 El decomiso	254
1.2.1 Modalidades de decomiso	255
— Decomiso directo de efectos y ganancias del delito (art. 127 CP)	255
— Decomiso ampliado de los bienes o ganancias del delito (art. 127 bis CP)	256
— Decomiso de los bienes o ganancias del delito sin sentencia (art. 127 ter CP)	257
— Decomiso de los bienes o ganancias por actividad delictiva previa y continuada (art. 127 quinquies y sexies CP)	257
— Decomiso de bienes de terceros (art. 124 quáter)	258
— Decomiso como embargo preventivo (art. 127 octies) ...	259
1.3 Medidas aplicables a empresas, organizaciones, grupos o entidades sin personalidad jurídica	259
1.4 Toma de muestras biológicas para la obtención de identificadores de ADN	260

2.	La extinción de la responsabilidad penal	261
2.1	Concepto	261
2.2	Las causas de extinción de la responsabilidad penal de personas físicas	261
2.2.1	La muerte del reo	261
2.2.2	Cumplimiento de la condena	261
2.2.3	Remisión definitiva de la pena	262
2.2.4	Indulto	262
2.2.5	Perdón del ofendido	263
2.2.6	Prescripción del delito	263
2.2.7	Prescripción de la pena o medida de seguridad	264
2.3	Las causas de extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	264
3.	La responsabilidad civil derivada del delito	265
3.1	Concepto	265
3.2	Acumulación de la pretensión civil al procedimiento penal y los requisitos para su ejercicio	265
3.3	Requisitos materiales y procesales de la responsabilidad civil <i>ex delicto</i>	266
	Lecturas recomendadas	266
	Cuestiones	266
CAPÍTULO XI. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. <i>Daniel Rodríguez Horcajo</i>		267
1.	Concepto, fundamento y fines	267
1.1	Concepto	267
1.2	Fundamento	268
1.3	Fines	270
2.	Garantías aplicables a las medidas de seguridad	271
3.	Presupuestos de imposición de las medidas de seguridad	273
4.	Clases de medidas de seguridad	276
4.1	Medidas de seguridad privativas de libertad	276
4.2	Medidas de seguridad no privativas de libertad	278
4.3	Especial referencia a la libertad vigilada	279
5.	Ejecución de las medidas de seguridad	282

	Páginas
6 Relaciones entre pena y medida de seguridad: sistemas monista, dualista y vicarial	283
6.1 Sistema monista	283
6.2 Sistema dualista (rígido y flexible –vicarial–)	284
Lecturas recomendadas	286
Cuestiones	286
CAPÍTULO XII. DERECHO PENAL DEL MENOR. <i>Julio Díaz-Maroto y Villarejo</i>	289
1. La responsabilidad penal del menor en el derecho español. Introducción ...	290
1.1 Ley de Responsabilidad penal de los menores	290
1.2 Ámbito de aplicación de la LRPM	292
1.3 Competencia	294
2. Medidas aplicables a los menores	294
2.1 Las medidas privativas de libertad	296
2.1.1 Los internamientos	296
2.1.2 Permanencia de fin de semana	298
2.2 Las medidas no privativas de libertad con orientación educativa ...	299
2.2.1 El tratamiento ambulatorio	299
2.2.2 La asistencia a un centro de día	299
2.2.3 La libertad vigilada	300
2.2.4 La convivencia con otra persona, familia o grupo educativo ..	301
2.2.5 Las prestaciones en beneficio de la comunidad	302
2.2.6 La realización de tareas socio-educativas	303
2.2.7 La amonestación	303
2.3 Las medidas no privativas de libertad complementarias de las medidas con orientación educativa	304
2.3.1 La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez	304
2.3.2 La privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas ...	304
2.3.3 La inhabilitación absoluta	304

3. Las medidas cautelares	305
4. Mayoría de edad	306
5. La conciliación y la reparación del daño	306
6. Reglas especiales sobre la responsabilidad civil	307
6.1 Incoación y legitimación	308
6.2 Extensión de la responsabilidad civil	309
6.3 Procedimiento, sentencia y recursos	309
Lecturas recomendadas	309
Cuestiones	310

PRESENTACIÓN

En este libro los autores han apostado por la brevedad y la síntesis, una senda que solo les está permitido transitar a quienes, como es el caso, poseen un dominio absoluto de la materia a exponer. Lo fácil es hoy engrosar las exposiciones con el ingente material que proporciona la informática. Brevedad y síntesis, sin merma alguna del rigor científico y la claridad expositiva. Todo ello orientado a facilitar a los alumnos la comprensión de los temas y principios generales de la actual dogmática penal, expuestos a través de las doce lecciones que componen este Manual, que, por todo ello, se convierte en un instrumento pedagógico inigualable, sin dejar de ofrecer una panorámica fiable de los grandes temas de la dogmática penal de hoy a cualquiera que sienta interés por conocer el estado de la misma.

Celebro, pues, la aparición de este nuevo libro y felicito vivamente a sus autores. Nada más lejos de mi ánimo que traspasar los límites de brevedad que, acorde con el contexto del libro, he trazado para esta presentación, pero no me resisto a decir todavía dos palabras sobre los autores.

Hace ya algunos años en el transcurso de una conversación mantenida con Sosa Wagner, con destino a su libro «Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez Maestros» (Madrid, 2009), me preguntó «¿Cuál es su relación con los discípulos a quienes ha formado y ha ayudado a ingresar en los escalafones universitarios?», y mi respuesta fue: «Mi relación actual con mis discípulos es inmejorable y también en este sentido me siento muy afortunado. Digo siempre que tengo ocasión, por oral y por escrito, que lo mejor que me pasó en mi vida universitaria fue el encuentro con mis discípulos, un grupo que une a su excepcional capacidad intelectual las más altas cualidades humanas».

Años después sigo diciendo lo mismo y continúo disfrutando de su amistad, que es la más hermosa de las amistades, por limpia y desinteresada, porque a estas alturas ni ellos la necesitan ni yo podría ofrecerles ayuda alguna. Pero esta profunda amistad que nos une desde hace tantos años no me impide decir la verdad y la verdad que en estos momentos quiero transmitir a los lectores de este libro es que sus autores son los mejores penalistas españoles de su generación.

Y, si tuviese que buscar algún apoyo para sostener mi parecer, ninguno más autorizado que la opinión del Profesor Gimbernat. A propósito de la excelencia que adornaba a Miguel Bajo, cuya reciente desaparición tanto dolor nos causó y a cuya memoria dedican sus compañeros el presente libro, escribió el Profesor Gimbernat: «Un penalista de una excelencia –como la que se alberga en el Departamento de Derecho Penal de esta Universidad (sc UAM)– que difícilmente encuentra equivalente entre los que cultivan la ciencia penal en otras Universidades de España o de Latinoamérica».

Conozco bien la valía de todos los jóvenes que se han ido incorporando al grupo, algunos de los cuales aparecen ya, con todo merecimiento, como autores de este Manual, y me produce una enorme satisfacción comprobar que con ellos el futuro de la excelencia está asegurado.

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO
Catedrático Emérito de la UAM

AUTORES

- BACIGALUPO SAGGESE, S.: Capítulos VIII.4 y X;
BAJO FERNÁNDEZ, M.: Capítulo I;
BASSO, G. J.: Capítulo VII;
CANCIO MELIÁ, M.: Capítulos III.1 a 4 y IV.5;
DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: Capítulo XII;
FAKHOURI GÓMEZ, Y.: Capítulo II, 2.3.1 y 2.3.3;
LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: Capítulos I y II;
MARAVER GÓMEZ, M.: Capítulo V;
MENDOZA BUERGO, B.: Capítulo IX.2;
MOLINA FERNANDEZ, F.: Capítulos VI y IX.1;
PEÑARANDA RAMOS, E.: Capítulo VII;
PÉREZ MANZANO, M.: Capítulos III.5 y IV.1 a 4;
POZUELO PÉREZ, L.: Capítulos VIII.1 a 3;
RODRÍGUEZ HORCAJO, D.: Capítulo XI

ABREVIATURAS

AA. VV.	autores varios
art.	artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
dir.	director
ed.	edición/editor
FD	fundamento de Derecho
FJ	fundamento jurídico
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEP	Ley de Extradición Pasiva
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRPM	Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
LV	libertad vigilada
n.	nota
n.m.	número marginal
núm.	número
p.	página
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial

■ MANUAL DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SJP	Sentencia del Juzgado de lo Penal
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
V.	véase
vol.	volumen

CAPÍTULO I

EL DERECHO PENAL: CONCEPTO

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid
JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *Concepto, contenido y función del Derecho Penal:* 1.1 Concepto. 1.2 Contenido. 1.3 Función. 1.4 El estudio del Derecho Penal.–2. *Posición del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico.* 2.1 El Derecho Penal como Derecho público. 2.2 Relación con otras ramas jurídicas.–3. *La formación histórica del Derecho Penal español.* 3.1 Antiguo régimen y codificación. 3.2 Código Penal de 1995. *Lecturas recomendadas. Cuestiones.*

1. CONCEPTO, CONTENIDO Y FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

1.1 **Concepto**

Nada hay más lógico que iniciar el estudio de una materia preguntándose por la esencia de la misma. La primera pregunta de este manual de introducción al Derecho Penal es, pues, la relativa al concepto de Derecho Penal: ¿qué es el Derecho Penal?

Seguro que el lector tiene una respuesta intuitiva al respecto. Relacionamos el Derecho Penal con los homicidios, las violaciones, los robos, los incendios intencionados, las defraudaciones fiscales graves, la corrupción pública

mediante sobornos. En la calle, en los hogares, en los medios de comunicación se habla de Derecho Penal cuando se trata de que el Estado, a través de los jueces, castigue a alguien por un comportamiento gravemente lesivo para otro o para la sociedad: de que reaccione frente a hechos que consideramos intolerables porque atentan contra los valores esenciales que informan nuestra convivencia.

Si de la intuición pasamos al lenguaje, y si el lenguaje sirve para decir lo que dice, tendremos algo que nos diría Perogrullo: que el Derecho Penal es Derecho y es penal. Que es Derecho significa que es un conjunto coordinado (un sistema) de reglas (normas) relativas a la conducta humana. El adjetivo «penal», por su parte, alude al contenido de esas reglas: al tipo de conductas al que se refieren. Se trata de conductas que llevan aparejada una pena, que no es otra cosa que un castigo grave. El Derecho Penal trata pues de las conductas gravemente castigadas: de las conductas que quien ostenta el poder considera, desde su perspectiva valorativa, como las más nocivas, las más lesivas para la sociedad. Y que por lo tanto pretende reprimir: primero, prohibiéndolas, y después, castigando al que se salta la prohibición.

Este es el contenido más obvio del Derecho Penal. Pero el Estado, a través del Derecho Penal, no solo impone penas tras la constatación de un delito, sino que también impone medidas de seguridad a quien realiza una conducta gravemente nociva que no es propiamente un delito porque su agente era incapaz de comprender la ilicitud de lo que hacía o de controlar su comportamiento. Si un sujeto mata a otro y lo mata, por ejemplo, porque padece de una grave alteración psíquica que le impide conocer el alcance de sus actos serán los jueces de lo penal los que en aplicación del Código Penal le impongan, no una pena, no un castigo como respuesta a una infracción, sino una medida de seguridad que con base en la demostrada peligrosidad del sujeto trate de evitar que vuelva a incurrir en una conducta similar¹.

En su momento veremos cómo desde hace algunos años las medidas de seguridad se pueden también imponer en algunos casos a sujetos imputables para su cumplimiento subsiguiente a una pena.

A partir de la reflexión anterior podemos convenir, con Rodríguez Mourullo, que el Derecho Penal es el sistema de normas jurídicas «que a determinadas conductas previstas como delitos asocian penas o medidas de seguridad».

¹ V. Capítulo XI.1.

En la medida en la que trata de evitar ciertos comportamientos, el Derecho Penal es un medio de control social, como también lo son la familia, la escuela o las religiones, las reglas sociales o las reglas morales. Lo que caracteriza el Derecho Penal como forma de control social es que está altamente formalizado. Esto significa que sus reglas y su modo de actuar, lo prohibido y sancionado, los modos de sanción y su aplicación práctica, se manifiestan con precisión a través de ciertos cauces formales y solo a través de ellos. Un segundo rasgo del Derecho Penal como medio de control es su contundencia: la gravedad de los instrumentos de los que se vale. Es precisamente la dureza de la pena (piénsese significativamente en la pena de prisión) la que hace que por razones de proporcionalidad en los ordenamientos democráticos ese control se dirija solo a evitar los comportamientos más nocivos: a conseguir un orden social mínimo, la protección de los intereses o bienes elementales de la vida social. El Derecho Penal democrático tiene así carácter fragmentario porque no protege todos los bienes ni contra todo ataque. Y tiene también carácter de *ultima ratio*: el último recurso que esgrime el Ordenamiento contra el infractor.

En ocasiones la expresión «Derecho Penal» no se refiere al sistema (objetivo) de normas sino a la potestad (subjectiva) del Estado para penar. Este *ius puniendi* se encuentra en los Estados democráticos limitado por aquel sistema (*ius poenale*).

1.2 Contenido

Nuestra segunda pregunta es por el contenido del Derecho Penal. Y su respuesta ya está anunciada en nuestra definición del Derecho Penal como conjunto organizado de normas que contienen una pena o una medida de seguridad como respuesta a un delito o a un estado de probada peligrosidad criminal. Norma, pena, medida de seguridad, delito, peligrosidad: veamos estos conceptos.

A) El concepto de norma responde de nuevo a nuestras intuiciones semánticas: una norma es un modelo de conducta que tenemos que seguir. Así, Lumia define la norma jurídica como una regla de comportamiento cuya observancia viene impuesta a los destinatarios. Y Rodríguez Mourullo afirma que la norma es la expresión de una regla de conducta y la afirmación de una fuerza dispuesta a hacer valer dicha regla.

Lo propio de la norma penal sería, como ya se ha indicado, que la regla de conducta es una regla muy importante para la vida social –esencial para los intereses de las personas y para el modelo de organización social– y que la imposición de esa regla se hace con contundencia: amenazando con una pena,

con un castigo grave para quien quiebre la regla. Toda norma penal consta así de dos elementos: un modelo de comportamiento (o un precepto, o un supuesto jurídico: el delito) y un tratamiento afflictivo que el ordenamiento jurídico liga a la no observancia del modelo de comportamiento (la sanción, o la consecuencia jurídica: la pena). En el artículo 138 CP [«El que matare a otro será castigado (...) con la pena de prisión de diez a quince años»] el precepto es «no mates» y la sanción, la pena de prisión de diez a quince años.

Procede precisar que el concepto de norma no coincide con el de enunciado legal. En rigor, la norma es un mensaje prescriptivo –se prescribe u ordena algo– que se expresa con palabras y esas palabras están en uno o varios artículos o enunciados legales. Existen enunciados legales que no contienen una norma, ni un precepto, ni una sanción, sino afirmaciones que sirven para complementar o delimitar el alcance de una norma. Serían algo así como una parte accesoria de la norma. Léase, por ejemplo, el artículo 239 CP, que define el concepto de llaves falsas en cuanto integrante del delito de robo con fuerza en las cosas, o el artículo 7 CP, que especifica en qué momento ha de entenderse cometido un delito de cara a seleccionar cuál es la norma aplicable. Existen también enunciados legales dedicados a expresar solo el precepto de una norma penal (el artículo 248 CP define qué es una estafa) o solo su sanción (el artículo 249 CP contiene la pena prevista para la estafa).

Los enunciados legales, como el artículo 138 CP antes transcrito, suelen en realidad contener dos normas: la que ya conocemos como norma inicial o primaria, dirigida al ciudadano, señalándole una regla de conducta y amenazándole con una sanción; y otra norma, secundaria, que en realidad es la única expresa [«El que matare (...) será castigado (...)»] dirigida al juez, señalándole un modelo de conducta: «si alguien mata, condénale a una pena de prisión de entre diez y quince años». ¿Dónde está entonces la sanción de esta norma? ¿Qué le pasa al juez que debiendo hacerlo no condena? Dependiendo de los casos será sancionado disciplinariamente (y esa sanción se prevé en la Ley Orgánica del Poder Judicial) o penalmente, como autor de un delito de prevaricación (arts. 404 y ss. CP).

Este doble mensaje normativo implícito en cada norma penal no existe en las normas que describen estados peligrosos y asocian a los mismos medidas de seguridad. A quien por su grave alteración psíquica es incapaz de entender el mensaje normativo primario no le dirigimos en realidad tal mensaje, cosa que sería inútil. En estos casos, la norma se dirige solo al juez penal: «si alguien es peligroso y demuestra su peligrosidad con la comisión de un hecho gravemente lesivo, adopte una medida de seguridad para corregir esa peligrosidad y para impedir que se convierta en lesiva de los bienes e intereses de otros». El individuo peligroso no es destinatario de la norma, sino objeto de la misma.

Merece la pena detenerse un poco más en la cuestión de los destinatarios de la norma, de a quién se dirige su prohibición o mandato y la amenaza en la que consiste la pena. En cuanto norma primaria, en cuanto norma de conducta, la norma se dirige, en principio, a todos los ciudadanos. Aquí hay que hacer sin embargo alguna restricción –de ahí la cautela «en principio»–. Por pura lógica de utilidad, porque carecería de sentido otra cosa, sus destinatarios finales son solo los ciudadanos que puedan comprenderla y seguirla. No se dirige, por ejemplo, a los niños o a quienes debido a un grave trastorno mental sean incapaces de comprenderla. Una segunda restricción consiste en que ciertos delitos (delitos especiales) solo pueden ser cometidos por ciertas personas, sea porque solo ellos pueden fácticamente realizar la conducta delictiva, sea porque esta solo es suficientemente grave si la realizan ellos. En estos casos solo a ellos se dirige la norma: la prevaricación judicial, por ejemplo, solo la pueden cometer los jueces. De hecho el tipo no dice «el que dictare sentencia injusta», sino «el juez o magistrado que dictare sentencia (...) injusta» (art. 446 CP).

En realidad, si bien se mira, también en los delitos especiales cabe sostener que todos somos destinatarios de la norma. Por un lado, porque a partir de esas normas especiales, dirigidas solo a algunos, se construyen otras normas, dirigidas a todos, que prohíben colaborar en el delito de aquellos. Por otro lado, porque todos somos destinatarios indirectos de la misma: no solo para condicionar directamente nuestro comportamiento sino también para transmitirnos cuál es el comportamiento esperable de los demás. La norma penal, con su propia existencia, con la afirmación de una regla social de comportamiento y con la amenaza de la pena para consolidarla –con la transmisión de la idea de que el Estado está dispuesto a hacerla cumplir– comunica a todos los ciudadanos que estamos ante un elemento fundamental del sistema –por ejemplo, la integridad de los jueces, su sujeción exclusiva a la ley en sus decisiones– y que dicho elemento está vigente: que todos podemos confiar en que los jueces sean honestos a la vista, entre otras cosas, de lo que les puede suceder si no lo son.

En este sentido, las normas penales afianzan las expectativas de los ciudadanos y constituyen, por tanto, un sistema de comunicación. Así, cualquier miembro de la sociedad puede esperar que yo me comporte conforme a la norma mientras que, a la inversa, yo puedo esperar lo mismo del resto de integrantes de esa comunidad. En el caso de que esta expectativa de conducta se vea defraudada a partir de la infracción de la norma, puedo tener asimismo la expectativa de que se aplicará una sanción. En el plano comunicativo, el sistema declara, de este modo, su validez. Estas normas tienen, por tanto, un carácter contrafáctico: el hecho de que se incumplan no niega su vigencia

B) El delito es una de las formas en que se manifiesta la infracción jurídica: una de las formas de incumplimiento de los preceptos contenidos en las normas de Derecho. Pero no todo incumplimiento constituye delito sino solo los determinados en las leyes penales. El criterio que sigue la ley para distinguir el delito de otra infracción jurídica es el grado de intolerabilidad de la misma. Los delitos son las infracciones que se presentan como más intolerables para una convivencia ordenada.

Una prolongada e intensa reflexión sobre los elementos que ha de reunir todo hecho delictivo a partir de ciertos valores ha dado lugar a la definición analítica del delito como acción típica, antijurídica y culpable. Al estudio de esta definición y sus implicaciones se dedica la teoría jurídica del delito. Para la comprensión de la presente Introducción baste con señalar muy sumariamente que un delito ha de ser una acción en el sentido de comportamiento humano, externo y voluntario. Que además tal acción ha de ser típica; esto es: descrita como posiblemente delictiva en un enunciado legal. Ha de ser además antijurídica: socialmente lesiva o nociva (injusta) y por ello contraria a Derecho. Y finalmente ha de ser culpable: tal conducta negativa le es personalmente reprochable a su autor o, dicho en términos menos clásicos, es el fruto del uso normal de su libertad, de su autonomía personal. En realidad, la afirmación de que se ha cometido un delito es el fruto de dos juicios fundamentales: se ha producido una conducta gravemente lesiva; su autor es culpable, cabe responsabilizarle de la misma

C) A toda infracción jurídica le corresponde una sanción. La sanción que se deriva de la comisión de un delito se denomina pena². Existen también otros tipos de sanciones (civiles, administrativas, laborales, etc.). Lo que caracteriza a la pena como sanción es, en primer lugar, su energía, ya que afecta a los bienes jurídicos personales más apreciados (la libertad si la pena es de prisión; el patrimonio si la pena es de multa; la posibilidad de trabajar si la pena es de inhabilitación profesional) y ya que por otras razones es peculiarmente incisiva para su destinatario (genera antecedentes penales, suscita reproche social). La pena, en segundo lugar, al menos en los ordenamientos democráticos, la imponen los órganos judiciales tras un proceso formal y garantista.

D) Como ya se ha advertido, el Derecho Penal no se ocupa solo de los delitos y de las penas, sino que a él pertenecen también las normas que asignan medidas de seguridad a personas que han demostrado peligrosidad criminal con la realización de una conducta gravemente lesiva.

² V. Capítulo VII.1.

La medida de seguridad no pretende ser un mal ni un castigo³. Piénsese, por ejemplo, en la medida de internamiento en un centro psiquiátrico. Es un tratamiento para conjurar la probable comisión futura de hechos delictivos. La diferenciación con las penas ha sido objeto de polémica y sobre ello trataremos en otro lugar. Conviene aquí precisar algunas características. La medida de seguridad está en función de la peligrosidad del sujeto. Se impone porque el sujeto es peligroso; porque cabe afirmar la posibilidad próxima de que cometa una nueva infracción penal. Por el contrario, la pena se impone en función de la culpabilidad del autor por el hecho cometido, sin influir relevante-mente en ese juicio la probabilidad que constituye la peligrosidad. La medida de seguridad tiene como finalidad evitar que el sujeto incurra en una nueva infracción, mientras que la pena parte de la realización culpable de un hecho lesivo. En frase gráfica, aunque necesitada de matices, se ha dicho que la pena mira sobre todo al pasado y la medida de seguridad al futuro. La pena se impone porque el autor ha decidido realizar el comportamiento contrario a la norma penal y se mide por ese grado de culpabilidad. La medida de seguridad se impone porque sobre el autor de un hecho lesivo pesa el juicio de pronóstico de futura comisión de nuevos hechos delictivos; su dimensión depende de esa predicción.

E) Forman también parte del Derecho Penal otras consecuencias del delito que no son ni penas ni medidas de seguridad. El Código Penal las denomina «consecuencias accesorias»⁴ y son: el decomiso de los efectos que provengan del delito cometido y los bienes, medios o instrumentos con los que se haya ejecutado y las ganancias provenientes del mismo (arts. 127 y ss. CP); las sanciones a entes colectivos que no son personas jurídicas (art. 129 CP); y, para los condenados a ciertos delitos graves, la toma de muestras biológicas, la realización de análisis de ADN y la inscripción de sus resultados en bases policiales (art. 129 bis CP).

1.3 Función

Tercera pregunta: ¿para qué sirve el Derecho Penal?; ¿cuál es su función social?

La respuesta ya se ha avanzado: evitar cierto tipo de conductas, prohibiéndolas, o, más raramente, imponer ciertos comportamientos, ordenándolos.

³ V. Capítulo XI.1.1.

⁴ V. Capítulo X.1.

Naturalmente que estas prohibiciones y mandatos no se establecen porque sí, sino por la nocividad de su alternativa. Se prohíbe matar porque matar es lesivo, y esa lesividad la expresamos a través del bien menoscabado por la conducta prohibida. Se prohíbe matar porque matar lesiona la vida, que es así el bien jurídico protegido por la norma.

La función del Derecho Penal es así la protección de bienes, que por ello o porque ya estuvieran protegidos de otra forma por el ordenamiento jurídico son bienes jurídicos. La pregunta sería ahora por la de qué bienes puede o debe proteger el Derecho Penal. Esa pregunta no puede responderse sin acudir al criterio de justicia, de legitimidad, que inspira el ordenamiento. Si se trata de un ordenamiento democrático se protegerán bienes coherentes con tal modelo de convivencia. Por de pronto, tales bienes los decidirán los representantes del pueblo, el Parlamento, que a su vez quedará sujeto a la coherencia con los valores y bienes constitucionales. Un Parlamento democrático no puede proteger el honor de las personas a costa de la libertad de expresión en materias de interés público; o no puede proteger solo la vida de ciertas personas; o no puede proteger la pureza de la raza prohibiendo los matrimonios interraciales; o no puede castigar la homosexualidad o las prácticas homosexuales. Este tipo de problemas se estudiará en el principio de lesividad⁵, que modernamente se ubica dentro del principio de proporcionalidad penal.

Los bienes jurídicos pueden aparecer en la vida real de las más diferentes formas (H. Welzel): como objeto psicofísico (la vida, la integridad física), o espiritual-ideal (el honor), o como estado real (la paz del hogar), o como relación social (el matrimonio), o como relación jurídica (la propiedad), o como conducta de un tercero (deber de fidelidad del funcionario público, protegido frente al cohecho). La suma de los bienes jurídicos constituye el orden social creado y protegido por el Derecho. Es necesario advertir que el bien jurídico es algo objetivo que reside en las cosas. No es el ordenamiento jurídico quien crea los intereses sino la vida. La tutela jurídica transforma los intereses de la vida en intereses jurídicamente protegidos y, así, en bienes jurídicos (Rodríguez Mourullo).

¿Para qué más sirve el Derecho Penal? Lo mejor quizás para responder a esta pregunta sea el pensar qué sucedería si no existiera el Derecho Penal. Qué pasaría por ejemplo si no se castigaran las agresiones sexuales. El primer efecto, ya lo sabemos, sería que se producirían más agresiones y que el bien jurídico «libertad sexual» estaría más desprotegido. Esta desprotección provocaría al menos dos nuevos efectos nocivos. El primero sería el de que las víctimas, ante la falta de respuesta estatal, tratarían de tomarse la justicia por su mano. Y también podría suceder que los órganos de poder, ante la falta de un recurso racional y formalizado como el Derecho Penal, reaccionaran arbitrariamente, castigando espontáneamente a los que atentan

⁵ V. Capítulo III.3.

contra los bienes de otros. De ahí que podamos apreciar que el Derecho Penal, con su función protectora formalizada, sirve para eliminar la venganza privada, las reacciones violentas informales por parte de la sociedad, y para hacer limitada y previsible la reacción estatal ante las conductas gravemente disvaliosas de los ciudadanos.

Por seguir con nuestro ejemplo, la impunidad de las agresiones sexuales provocaría además alarma social con cada una de ellas e inseguridad en las relaciones sociales en las que pudiera estar implicada la libertad sexual (los ciudadanos y, en este caso, sobre todo las ciudadanas tomarían severas prevenciones en sus contactos sociales). Un benéfico y perseguido fin del Derecho Penal es tanto calmar la alarma social que generaría la desprotección de ciertos bienes, la debilidad de ciertas prohibiciones éticas esenciales, como posibilitar seguridad en el disfrute de los bienes jurídicos. Un delito, un hecho gravemente disvalioso, genera siempre alarma y preocupación. Esta alarma es sin embargo menor si se sabe que el hecho estaba radicalmente prohibido, que el delincuente está siendo perseguido con medios abundantes por el poder público, y que es probable que sea detenido y condenado, y que todo ello sirve para la prevención de conductas similares. La alarma es menor si los ciudadanos saben que la norma que prohíbe las violaciones sigue *de facto* en vigor. El Derecho Penal tiene en este sentido un efecto tranquilizador, de pacificación social, de consolidación de las esenciales expectativas normativas (Jakobs).

Una cuestión cercana pero distinta a la de la función del Derecho Penal es la de la función de la pena como instrumento del Derecho Penal: la cuestión de cómo consigue la pena que no se produzcan las conductas prohibidas –o de que se produzcan las mandadas por la norma penal– y de que por lo tanto pueda el Derecho Penal alcanzar su finalidad de protección de bienes jurídicos. Aunque esta cuestión será extensamente tratada en la lección 7⁶, debe ahora apuntarse que la pena funciona como el contenido de una amenaza condicional: se anuncia un mal (la pena) que recaerá sobre el sujeto que quiebre la prohibición penal (que cometa el delito). Se persigue con ello intimidar a los destinatarios de la norma para evitar que delincan. A este efecto de prevención de la pena se le llama prevención general negativa. Esta amenaza sirve también para consolidar la opción de los ciudadanos que mayoritariamente piensan que lo justo y razonable es abstenerse de delinquir (prevención general positiva). Junto a estos efectos generales de la pena, hacia todos los ciudadanos, están los que despliega especialmente la pena hacia el sujeto que ya ha delinquido cuando se le impone la misma: el efecto intimidatorio sobre él será peculiar, y, si se trata de una pena de prisión, procurará durante su cumplimiento un estrecho control sobre el mismo (prevención especial negativa). Más allá de este control deberá hacersele al preso una propuesta de diálogo y de formación dirigidas a su resocialización (art. 25.2 CE; prevención especial positiva).

⁶ V. Capítulo VII.2.

1.4 El estudio del Derecho Penal

Existen dos maneras básicas de estudiar el Derecho Penal. A la primera se le denomina con el poco intuitivo nombre de Dogmática Jurídico-Penal. Analiza lo que el Derecho Penal es, lo que sus normas dicen, cómo se interpretan, a qué casos se aplican. La norma es un dogma que no se cuestiona, sino que se trata de conocer. Distinto es el enfoque de la Política Criminal, que no es sino una rama de la política que se refiere al ordenamiento penal. Quien adopta este punto de vista se pregunta cómo debería ser las normas penales para que la sociedad esté organizada del mejor modo posible.

Estos dos enfoques deben ser distinguidos. El alumno puede estudiar el delito de aborto consentido por la gestante desde una perspectiva dogmática –qué conductas se penan y cómo– o desde una perspectiva política –hasta dónde y cómo debería actuar el Derecho Penal en este ámbito–. Estas dos perspectivas del ser y del deber ser están no obstante frecuentemente imbricadas. Si el precepto admite interpretaciones diversas –admite que el área de comportamientos delictivos sea uno u otro, mayor o menor–, podrán ser consideraciones de deber ser– de cómo debería ser la norma para ser la más justa posible –las que decanten finalmente su ser en cuanto ser más adecuado, la manera en que el precepto debe ser entendido.

Se discute, por ejemplo, si constituye un delito de conducción de un vehículo de motor «sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción» (art. 384, pfo. 2.º CP) la conducción de un vehículo con un permiso o licencia para vehículos de inferior categoría. Algunos autores que postulan que esta conducta no es delictiva lo hacen por razones de deber ser: puesto que este delito no debería existir, porque se trata de una infracción insuficientemente grave para recurrir a las penas en lugar de a las sanciones administrativas, su interpretación debe ser restrictiva, porque si no se daría lugar a penas excesivas.

La Criminología por su parte no es en sentido estricto una ciencia jurídica. No estudia la norma sino el delito como conducta: más en general analiza los factores que explican las conductas socialmente desviadas.

2. POSICIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

2.1 El Derecho Penal como Derecho público

Se suelen dividir los sectores del Derecho en dos grandes ramas: Derecho Privado y Derecho Público, en división «oscura, difícil y compleja» (Díez Pi-

cazo). El Derecho Privado se encarga de regular las relaciones entre los particulares. Pertenecen al Derecho Privado el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, por ejemplo. El Derecho Público se encarga de regular las relaciones jurídicas relativas al Estado: la organización de la Administración y de los servicios públicos, las relaciones de trabajo de los funcionarios o la recaudación de impuestos, por ejemplo.

El Derecho Penal es Derecho Público. De un lado, porque el objetivo de tutela del Derecho Penal (los bienes jurídicos) tiene carácter directamente comunitario, afectando a la colectividad organizada en Estado. Cuando un sujeto comete un delito no está solo lesionando el bien de la víctima, sino el interés general de la sociedad en la preservación de ciertos bienes y valores. A todos nos interesa que se castigue al homicida, y no solo a la familia de la víctima. A todos nos interesa que se castigue al violador, porque ello constituye el mecanismo de que haya menos violaciones. El Derecho Penal, más que una relación entre dos particulares, sujeto activo y sujeto pasivo del delito, disciplina una relación entre el Estado y el autor del delito.

Tan es así que procesalmente, salvo excepciones (como, por ejemplo, las injurias, las lesiones imprudentes o los delitos societarios), no es necesario que la denuncia para la investigación del delito parta de la víctima y que haya una acusación sostenida por la víctima, sino que puede partir del Ministerio Fiscal como representante de la sociedad o de cualquier ciudadano (acusación popular). Cualquiera puede solicitar de los Tribunales la persecución de un delito, hacerlo incluso contra la opinión de la víctima, y hacerlo hasta el punto de constituirse en parte en el proceso, sosteniendo la acusación. Es más: quienes conozcan que se ha cometido un delito están obligados a denunciarlo (arts. 259 y 264 LECrim.) y las autoridades correspondientes están obligadas a perseguirlo (art. 262 LECrim.). Aún más: en principio, salvo excepciones (como, por ejemplo, los delitos contra la intimidad o los daños imprudentes), el perdón del ofendido por el delito es irrelevante para la responsabilidad penal (art. 130.1.5.º CP). Repárese en la diferencia que existe con la regulación de las relaciones privadas: si el inquilino no paga el alquiler de su piso solo el arrendador puede denunciarle; además podrá perdonarle y renunciar a su acción en cualquier momento.

No solo sucede que el delito no es un mero conflicto entre particulares. Sucede también que la resolución del conflicto pasa necesariamente por el Estado, que es el que pena. El Derecho Penal regula uno de los modos en el que el Estado administra el monopolio de la violencia: regula una actividad pública. La sanción penal solo pueden aplicarla órganos públicos (los tribunales), que actúan investidos de *ius imperii*, en el ejercicio de la soberanía del Estado.

2.2 Relación con otras ramas jurídicas

A) En lo relativo a las relaciones del Derecho Penal con las restantes ramas jurídicas, algún sector doctrinal ha sostenido que el Derecho Penal en sentido amplio comprende: Derecho Penal material (normas que definen delitos y penas), Derecho Penal procesal (normas que disciplinan la actividad jurisdiccional penal) y Derecho Penal de ejecución (normas que se ocupan de la ejecución de las sanciones privativas de libertad). Es notorio sin embargo que estamos ante tres ramas jurídicas diferentes. El Derecho Penal material define los delitos y sus penas. El Derecho procesal regula la actividad jurisdiccional, fijando los presupuestos, forma y efectos de los actos (procesales) que tienen como fin la aplicación al caso concreto de las fórmulas abstractas y generales del Derecho Penal. De ahí que al Derecho Penal se le llame Derecho sustantivo y al procesal Derecho adjetivo, formal o procesal.

El Derecho Penal define conductas merecedoras de penas y describe la sanción. El Procesal trata del procedimiento a seguir para la imposición de la pena a un caso y a un autor concreto. De ahí que los conceptos procesales (acción, recurso, teoría de la prueba) y los principios procesales (inmediatez, oralidad, escritura, contradicción etc.) sean distintos a los del Derecho Penal sustantivo o material. Ello sin embargo no impide que algunas leyes tengan cierto carácter intermedio (las que regulan el indulto o la prescripción).

A pesar de ser órdenes jurídicos distintos, sus puntos de contacto son abundantes y explican que en un tiempo se considerasen partes de una misma disciplina. En efecto, la eficacia del Derecho Penal depende del procedimiento criminal. La intensidad y rapidez en la persecución del delito y una buena regulación del sistema de prueba influyen en la eficacia o practicabilidad de las normas del Derecho Penal material. La propia regulación del Derecho Penal sustantivo está notablemente influida por condiciones de tipo procesal. Por ejemplo, las dificultades de prueba explican en ocasiones textos legales difusos, no estrictamente respetuosos con el principio de legalidad (el delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP, por ejemplo) o de culpabilidad (el delito de autoadoctrinamiento terrorista del art. 575.2 CP, por ejemplo).

Sobre la ejecución de las penas trata fundamentalmente el Derecho penitenciario (Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y su reglamento) que regula la ejecución de las penas privativas de libertad. Las instituciones penitenciarias abarcan tanto a los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, como a la retención y custodia de detenidos y presos provisionales. La regulación de las sanciones privativas de libertad tiene que cumplir el mandato constitucional de perseguir el fin primordial de la

reeducación y la reinserción social del sujeto. El Derecho penitenciario es una parte, aunque la más importante, del Derecho Penal de ejecución referido al cumplimiento del fallo de las sentencias condenatorias. En dicho fallo condenatorio pueden encontrarse mandatos de ejecución de penas o medidas, disposiciones sobre el pago de la pena de multa y resoluciones sobre el pago de las costas del proceso.

B) Con el Derecho Administrativo sancionador guarda el Derecho Penal unas peculiares relaciones que es necesario desentrañar. A partir de la Constitución Española de 1978, la potestad administrativa sancionadora (artículos 9, 25 y 106 CE), al igual que la potestad punitiva de los jueces y tribunales, forma parte de un genérico *ius puniendi* del Estado, que es único, aunque luego se manifieste de dos formas distintas. Ambos sectores, Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal se ocupan esencialmente de lo mismo –de describir y prohibir conductas socialmente nocivas– y esencialmente del mismo modo –tratan de evitar tales conductas amenazando con sanciones a sus agentes e imponiéndolas efectivamente–.

Es opinión dominante que la diferencia entre el delito y la infracción administrativa, es decir, entre ilícito penal y el ilícito administrativo, no es cualitativa, sino cuantitativa. El delito constituye una conducta irregular más grave ante la que se reacciona con una sanción más grave, la pena. Esta diferenciación cuantitativa conduce a formas distintas de administración de las sanciones: más garantistas las penales, más ágiles las administrativas. Se entiende por ilícito administrativo la infracción castigada por órganos administrativos, en virtud de la facultad gubernativa o disciplinaria de la Administración y conforme a una reglamentación procesal procedimental administrativa. Por el contrario, estaremos en presencia de un ilícito penal si la infracción está castigada con una pena de las previstas en el Código Penal y aplicada por los tribunales de justicia en virtud del *ius puniendi* del Estado y conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La indiferencia ontológica entre los injustos administrativos y los penales constituye jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo y reconocido igualmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 21 de febrero de 1984, caso *Oztürk*), haciendo también hincapié en la necesidad de que ambos injustos estén abarcados por las mismas garantías básicas. Así, al no darse una distinción sustancial, en ambos Derechos sancionadores rigen «con ciertos matices» (STC 18/1981) los mismos principios básicos de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad e igualdad⁷.

⁷ V. Capítulo IV.4.3.

C) El Derecho Civil va de la mano del Derecho Penal en cuanto que regula las indemnizaciones que proceden para reparar el daño que causa el delito. Cuando una persona comete un delito queda sometido a dos tipos de responsabilidades o consecuencias: las penales, el castigo, que tiene un fin preventivo, para que en el futuro no se emprendan comportamientos similares; las civiles, que tratan de reparar el daño causado, de dejar las cosas, en lo posible, como antes del delito⁸.

Si A hurta a B su billete de tren de 100 euros y este pierde el tren y deja de dar una conferencia por la que le iban a pagar 600 euros, responderá penalmente por su hurto (hurto leve: art. 234.2 CP) y sufrirá una pena de multa. Además, responderá civilmente y deberá abonar a la víctima una indemnización de al menos 700 euros.

3. LA FORMACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL

3.1 Antiguo régimen y codificación

A) Se aplica la denominación Derecho Penal del Antiguo Régimen al sistema jurídico penal vigente en Europa anterior a la codificación decimonónica. Desde nuestra perspectiva actual de justicia el sistema se caracterizaba por la crueldad de las penas y por la arbitrariedad en su aplicación, y porque la legislación era prolija y confusa.

Seguían vigentes las Partidas del Rey Alfonso X el Sabio con otros fueros y normas de diverso rango, lo que obligó a diversas recopilaciones normativas (como la Novísima Recopilación de 1806). Las penas no tenían otra función que la intimidación. Se cita como ejemplo en este sentido la Pragmática de Felipe V de 23 febrero 1734, conforme a la cual se castigaba con la pena de muerte el tercer hurto cometido en el término de la Corte. La pena de prisión carecía de la preeminencia que reviste hoy, puesto que persistían las penas infamantes, las corporales y la de muerte, que se ejecutaba, desde las Partidas, de manera distinta según el grado del delito o según la categoría del autor. En general, las Partidas castigaban más crudamente al siervo que al libre, al hombre villano que al hidalgo, etc. El proceso penal, por su parte, no respondía a las garantías actuales de oralidad, publicidad, contradicción, presunción de inocencia y sujeción estricta del juez a la ley penal. Se obtenían las confesiones mediante la tortura, el reo desconocía el contenido de la acusación, y regía el modelo inquisitivo de instrucción penal. Sin vigencia del principio de culpabilidad, la responsabilidad penal podía trascender también a los parientes. Regía además el arbitrio judicial, de

⁸ V. Capítulo X.3.

modo que los jueces podían incluso aplicar penas distintas a las previstas en las normas (lo que en ocasiones permitía cierta benevolencia, como la de eludir la pena de mutilación).

Contra esta situación surgió el movimiento intelectual de la Ilustración, germen del pensamiento penal liberal, destacando las aportaciones de Beccaria (1764, «De los delitos y las penas»), Howard (1777, «Estado de las prisiones en Inglaterra») y, entre nosotros, Lardizábal, a quien el Consejo de Castilla encargó una recopilación o codificación que no llegó a buen término, pero que dio lugar al «Discurso sobre las penas» (1782), lo que le valió el sobrenombre del Beccaria español.

Ya en época de Carlos III se comenzó a legislar conforme al nuevo pensamiento ilustrado, precediendo a la Constitución de Cádiz de 1812, que abolió el tormento, los azotes, la horca infamante y la confiscación.

Bajo la influencia de la Enciclopedia francesa («o Diccionario razonado de las ciencias, las artes y los oficios»), el utilitarismo de Bentham y cierta tradición española se proyecta un Código Penal, que sería el de 1822, al estilo de la codificación francesa. Una comisión, cuyo miembro más influyente fue Calatrava, preparó el proyecto, que aprobaron las Cortes, se promulgó el 9 de julio de 1822 y entró en vigor el 1 de enero de 1823.

Pero el llamado trienio constitucional agoniza. Ante la intervención de las conservadoras monarquías europeas, las Cortes huyen, arrastrando al rey, a Sevilla y Cádiz. El 1 octubre de 1823 tras la liberación de Fernando VII por la intervención del absolutismo europeo («Los Cien Mil Hijos de San Luis»), el rey absoluto anula todos los actos del trienio y se vuelve al sistema anterior, hasta 1848.

B) Con la muerte de Fernando VII (1833) y la llegada al poder de los liberales se pretende volver a un Código como el de 1822 (la Constitución de 1812 vuelve a entrar en vigor hasta la Constitución de 1837). Desde 1843 trabaja una comisión (en la que está Pacheco) que da lugar al Código de 1848. Es un Código rigorista, pero también liberal, como lo acredita, por ejemplo, que los actos preparatorios del delito (previos a su ejecución) se castiguen solo en un número limitado de delitos (aspecto este que se reforma en 1850, en el marco de una modificación del Código que acentúa algunos de sus rasgos más autoritarios en materia de orden público).

C) Soplan vientos distintos con la Constitución liberal de 1869, el destierro de Prim y el advenimiento de la I República y, en consecuencia, el 30 agosto 1870 aprueban las Cortes Constituyentes como «ley provisional» el nuevo Código Penal de 1870 (que duraría cerca de sesenta años). Aunque sigue el sistema y técnica del Código Penal de 1848, influyen en él nuevas concepciones, como el concepto retributivo de la pena (influencia sin duda de la

Escuela Clásica) y la responsabilidad por el hecho. De ascendencia marcadamente liberal, reduce la pena de los actos preparatorios de nuevo a limitados delitos.

D) El Código Penal de 1928 es un extraño producto en la evolución de la codificación penal española. Obediente al pensamiento vigente en la dictadura del General Primo de Rivera, es respuesta legal a la escuela denominada Defensa Social, conservadora y represiva. Incorporó, sin embargo, ciertas innovaciones, como cierta responsabilidad de las personas jurídicas, algunas indudablemente positivas, como el sistema dualista de penas y medidas de seguridad y las definiciones del delito, la omisión o la relación de causalidad.

E) El Código Penal de 1932 (obra de una Comisión en la que formaban parte Jiménez de Asúa, Antón Oneca y Alcalá Zamora) es respuesta a la Constitución de la II República. Moderniza el ordenamiento penal humanizando las penas y suprimiendo el delito de duelo o el privilegio del uxoricida, el delito de disparo de arma de fuego, la transmisión al heredero de las multas, la pena de muerte y la responsabilidad penal subsidiaria por impago de responsabilidad civil y costas. El sistema dualista (penas y medidas de seguridad) se confirma con la Ley de Vagos y Maleantes de 1933.

El uxoricidio consistía en la muerte de la mujer o de su amante por parte del marido cuando los sorprendía en flagrante adulterio, conducta que se castigaba únicamente con la pena de destierro. Este increíble privilegio se reincorporó al ordenamiento en 1944 y permaneció en el Código Penal hasta la reforma de 1963.

F) El Código Penal de 1944 (con importantes reformas que dieron lugar al Texto revisado de 1963 y al Texto refundido de 1973) estuvo vigente durante toda la dictadura franquista y, con importantes reformas, durante parte del vigente sistema constitucional, hasta el actual de 1995. Fue un código de signo claramente autoritario, correspondiente al régimen del que surgía y cuyos valores morales trataba de apuntalar (su exposición de motivos señalaba la aspiración a «la eficaz sanción de la Ley para los que se aparten de las reglas de moralidad y rectitud, que son norma de toda sociedad iluminada en su marcha a través de los caminos de la Historia por los reparadores principios del cristianismo y el sentido católico de la vida»; por ejemplo, constituía delito la pertenencia a partidos políticos o «cualquier género de propaganda anticonceptiva»). Restableció la pena de muerte y mantuvo la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 (luego sustituida por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación So-

cial de 1970) que, producto de la República, fue sin embargo útil a los designios de la dictadura.

3.2 Código Penal de 1995

El vigente Código Penal de 1995 aparece tras repetidas modificaciones del anterior Código de 1973 para adaptarse a las exigencias de la Constitución de 1978. En el camino perecieron otros intentos, patrocinados por distintos ministros de Justicia: en 1980 con la extinta UCD, y con gobiernos del PSOE en 1983, en 1992 y en 1994.

En el haber del nuevo código, que recoge las reformas previas de 1983 y 1989 al Código Penal de 1973, ha de tenerse en cuenta, entre otros aspectos, la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual, antes concebidos desde la protección de «la honestidad», una mayor protección de la Hacienda Pública, los nuevos delitos urbanísticos o la despenalización de la eutanasia pasiva. El nuevo sistema de penas es más real, suprimido el generoso sistema de redención de penas por el trabajo; más justo en lo que se refiere a la multa (con el sistema de días-multa, que adapta la multa a los recursos económicos del penado)⁹ y a la previsión de penas menos afflictivas, como los trabajos en beneficio de la comunidad¹⁰ o la localización permanente¹¹; y más preocupado por la resocialización del penado, a través de instituciones que inciden en la pena de prisión, y que ahora se introducen o se amplían, como su suspensión, su sustitución por otras penas o su acortamiento en la fase final de cumplimiento (libertad condicional)¹². En materia de medidas de seguridad, se refiere solo a las medidas de seguridad posdelictivas, imponibles solo tras la comisión de un hecho gravemente lesivo, y no también a las predelictivas, previstas en Ley de Peligrosidad.

El Código Penal de 1995 resulta sorprendentemente represivo. Lo prueba el que, contrastado con el Código Penal de 1973 –cuando hay que optar por aplicar uno u otro¹³, por revisión de penas en cumplimiento o por enjuiciamiento de hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del de 1995–, casi siempre, conforme a la práctica forense, resulta el de 1973 más favorable al reo.

⁹ V. Capítulo VIII.3.1.

¹⁰ V. Capítulo VIII.2.2.

¹¹ V. Capítulo VIII.1.3.1.

¹² V. Capítulo IX.2.4.

¹³ V. Capítulo II.2.

El Código Penal de 1995 es el fruto de un momento histórico en el que confluyen tendencias diferentes en cuanto a la política de lo penal. Si, por un lado, es heredero tanto del rechazo al Derecho Penal de la Dictadura como de las corrientes garantistas y de limitación de la pena que se fueron intensificando en la segunda mitad del siglo xx, por otro lado, acusa otras tendencias opuestas, favorecedoras del expansionismo penal al calor de los sentimientos de inseguridad propios de nuestra moderna sociedad del riesgo y de una legislación penal concebida fundamentalmente desde la posición de la víctima.

Particular importancia tiene la reciente reforma contenida en la LO 1/2015, que ha entrado en vigor el 1 de julio. Si ya en el año 2003 se había elevado el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad a cuarenta años, que pueden llegar a ser «íntegros y efectivos» (arts. 78 CP), cercano a la cadena perpetua, en el 2015 se introduce la denominada «prisión permanente revisable», que es una pena de prisión «permanente» y en tal sentido de por vida, pero revisable en función de la peligrosidad del sujeto a partir de los veinticinco años de prisión (veintiocho, treinta o treinta y cinco en ciertos supuestos). Tras su entrada en vigor todos los entonces grupos de oposición parlamentaria presentaron un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que está aún pendiente de resolución. La reforma de 2015 incluye también la desaparición de las faltas (infracciones penales más leves que el delito), que en parte se convierten en infracción administrativa o en delito leve, y regula con mayor precisión la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en el Código Penal en el año 2010.

El Código Penal de 1995 ha sido reformado nada menos que en 32 ocasiones, en volatilidad criticable en un sector del ordenamiento que por razones de seguridad jurídica exige cierta estabilidad. Especialmente amplias fueron las reformas del Código realizadas por las Leyes Orgánicas 7/2003, 5/2010 y 1/2015. Uno de los factores que ha provocado este afán reformador es la creciente sujeción de España a convenios internacionales en los que los Estados pactan la persecución de determinados delitos y el modo de hacerlo. Acuerdos de este tipo se han producido, por ejemplo, en materia de tortura, trata de seres humanos, explotación sexual de menores, esclavitud, racismo, terrorismo, criminalidad organizada, medio ambiente, falsificación de moneda, blanqueo, terrorismo, corrupción, drogas, tráfico de armas o piratería. Una singular modalidad de este fenómeno, a medio camino de la federalización, es el que supone la pertenencia de España a la Unión Europea. Son muchas las materias en las que mediante Directivas la Unión está imponiendo reformas penales en los ordenamientos de los Estados miembros¹⁴. Debe también subra-

¹⁴ V. Capítulo II.3.3

yarse la adhesión de España al Estatuto de Roma, por el que se establece la Corte Penal Internacional, lo que supone el reconocimiento de unas normas penales internacionales que regulan directamente determinados delitos gravísimos y los someten a la jurisdicción de un tribunal internacional¹⁵.

LECTURAS RECOMENDADAS

- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal* (Cerasa), Madrid, 2012 (5.ª ed.), pp. 43 a 169.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Penas y administraciones», en AA. VV. (Dir. Suárez López y otros), *Estudios penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. H. C. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid (Dykinson), 2018, pp. 353 a 368.
- LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal*. Parte general, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016 (3.ª ed.), pp. 1 a 17, 29 a 49.
- MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires (B de f), 2001 (2.ª ed.), pp. 88 a 92; 163 a 209.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General* (Civitas), Madrid, 1977, pp. 11 a 49.
- SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid (Edisofer), 2011 (3.ª ed.), pp. 1 a 109.

CUESTIONES

1. ¿Se ocupa el Derecho Penal solo de las normas que establecen delitos y penas?
2. ¿Cuál es la diferencia entre la norma primaria y la norma secundaria?
3. ¿En qué se diferencia la pena de la medida de seguridad?
4. Exponga brevemente cuál es la función del Derecho Penal.
5. A comete un robo y es detenido. El juez decreta su ingreso en prisión provisional para evitar su fuga. Tras permanecer seis meses en tal situación es juzgado y condenado a tres años de prisión y a que indemnice a su víctima con la cantidad de doce mil euros. Indique cuál o cuáles de las tres consecuencias jurídicas sufridas por el autor del robo tiene naturaleza penal (son penas).

¹⁵ V. Capítulo VI.5.3.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL (I). EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Madrid

YAMILA FAKHOURI GÓMEZ

Profesora de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia)

(Epígrafes 2.3.1 y 2.3.3)

SUMARIO: 1. *Principios limitadores y legitimadores del ius puniendi estatal.* 1.1 La diversidad de ordenamientos penales. 1.2 Los principios penales. 1.3 Principios del ordenamiento penal español.—2. *El principio de legalidad.* 2.1 Fundamento. 2.2 Ámbito. 2.3 Garantías. 2.3.1 La norma penal ha de tener rango de ley. A) La reserva absoluta de ley. B) Las normas penales en blanco. C) El concepto de ley. 2.3.2 La norma penal ha de ser precisa. 2.3.3 La norma penal ha de ser vinculante para los jueces. A) La garantía de tipicidad. B) La interpretación de la ley penal. 2.3.4 La norma penal ha de ser irretroactiva. 2.4 El principio de legalidad y las medidas de seguridad. 3. *Las fuentes del Derecho Penal español.* 3.1 La reserva absoluta de ley. 3.2 ¿Qué ley? 3.3 ¿Otras fuentes? *Lecturas recomendadas. Cuestiones.*

1. PRINCIPIOS LIMITADORES Y LEGITIMADORES DEL *IUS PUNIENDI* ESTATAL

1.1 La diversidad de ordenamientos penales

En la primera lección se ha expuesto qué es el Derecho Penal y para qué sirve. Es un sistema de normas que trata de prevenir que los ciudadanos realicen conduc-

tas gravemente lesivas y que lo hace a través de dos estrategias: prohibiendo tales conductas y amenazando al infractor con una pena –con un castigo: con infligirle un mal importante–, u ordenando a los jueces penales que impongan una medida de seguridad a los sujetos peligrosos que realicen aquellas conductas lesivas.

Va de suyo que las maneras de configurar un ordenamiento penal son muy diversas. El poder correspondiente –como veremos, el legislativo en los Estados democráticos– puede elegir como penas unas privaciones u otras y puede considerar delictivas unas conductas u otras.

Más allá de las diferencias en los delitos y en las penas entre los diversos ordenamientos penales, lo que el Derecho Penal histórico y comparado muestra también son diferencias básicas en la manera de concebir el propio mecanismo penal: por ejemplo, quién decide qué es delictivo y qué pena se impone, qué grado de precisión han de poseer las normas que contemplan delitos y penas, qué límites cuantitativos o cualitativos tiene la pena, o qué requisitos subjetivos ha de reunir un sujeto para poder ser penado. Verbigracia: que las normas penales emanen del Parlamento, o que sean precisas en la descripción de la conducta que sea delictiva, o que sancionen solo al autor de la infracción, son algunos de los rasgos que hacen que las normas penales sean legítimas desde un criterio democrático de legitimación, pero no características esenciales de una norma para poder ser catalogada como norma penal.

Son muchos los ordenamientos penales posibles. La opción por uno, su concreta conformación, va a depender de los valores imperantes en el ordenamiento jurídico en general. Esto sucede, claro, con cualquier otro sector del Derecho, pero lo hace de una manera especialmente intensa cuando de lo que se trata es de administrar la pena. Con las normas penales el poder del Estado expresa lo que le parece especialmente mal y con qué mal está dispuesto a evitarlo. Expresa las conductas intolerables y escoge cómo y con cuánta de la violencia que monopoliza pretende prevenirlas.

El Derecho Penal del Antiguo Régimen que describíamos en la lección anterior¹ es Derecho Penal, por mucho que hoy, por no responder a valores democráticos, nos parezca injusto.

1.2 Los principios penales

En esta lección segunda vamos a exponer cuáles son los principios que vertebran nuestro ordenamiento penal y a analizar el primero de ellos, el principio de legalidad. En las dos lecciones siguientes se expondrán el resto de los principios.

¹ Capítulo I.3.1.A.

La palabra «principio» no aparecía en el apartado anterior, que se refería a los valores. Valores y principios están estrechamente relacionados. Los principios son normas básicas del ordenamiento jurídico que se inspiran en los valores y que los encauzan hacia las concretas reglas del mismo. Nos indican por ello si es valiosa una norma desde la perspectiva de un determinado valor, o cuán valiosa es o, en su caso, si es intolerablemente disvaliosa.

Piénsese en el mandato de precisión o determinación de las normas penales, que es un postulado derivado del principio de legalidad que apela a la redacción precisa y concreta de los enunciados penales: a que quede claro qué conductas son delito y con qué penas se castiga a sus autores². Constituye una directriz derivada del valor de la seguridad jurídica y del valor de la democracia entendida como autoría parlamentaria de las normas penales. Un precepto penal puede ser más o menos concreto y cuanto más lo sea más seguridad jurídica aportará. Si es difuso en exceso, el ciudadano destinatario del mismo no sabrá en qué supuestos podrá terminar encarcelado, y no será el Parlamento, sino el juez, el que acabe definiendo qué es delito y qué no.

En la medida en la que miden o establecen los valores de una regla penal los principios actúan como principios de legitimación o justificación de esa regla. En la medida en que los principios demarcan también un mínimo de valor que la regla ha de observar, actúan como principios de limitación del *ius puniendi* (esto es, de la facultad del Estado de penar; en definitiva, del Derecho Penal): la falta de observancia del principio determinará la exclusión, por inconstitucionalidad, de las reglas penales.

Algunos principios son un tipo peculiar de normas que consisten en «mandatos de optimización» (R. Alexy): ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible. Son, por una parte, más difusos que las reglas –que las normas con las que operamos habitualmente; por ejemplo, «prohibido matar»– y, por otra, en cuanto a su cumplimiento, no demandan una respuesta de todo o nada, de sí o no, sino que exigen una respuesta graduada. Siguiendo el ejemplo antes propuesto: no se trata de preguntarnos si un determinado precepto es determinado o indeterminado, sino de preguntarnos cuán determinado es, cuán respetuoso es con el mandato de determinación. Sucede también que el nivel de determinación puede ser intolerablemente bajo, que no supera un cierto mínimo de precisión. Es entonces cuando afirmamos que el precepto es contrario al principio –y por ello que es inconstitucional–. Estos principios funcionan así como normas de virtud –evalúan la regla en su adecuación a un determinado valor–, pero también como normas de exclusión –expulsan del sistema las reglas que no se ajustan mínimamente a tal valor–.

² V. *infra* 2.3.2.

Que un precepto penal no maximice un determinado valor puede deberse a la preservación de otros bienes y valores. Siguiendo con el ejemplo del mandato de determinación, el legislador puede optar por agravar un determinado delito por el uso de «armas u otros medios igualmente peligrosos» (arts. 180.1.5.^a, 242.3 CP) en lugar de hacer una relación cerrada de armas y objetos peligrosos para posibilitar que el juez pueda ponderar en cada caso si concurre un mayor desvalor en la conducta: «*para facilitar la adaptación de la norma a la realidad*» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7). Si el precepto hablara de «pistolas, escopetas, cuchillos y hachas», despejaría la incógnita de si debe agravarse el delito por el uso de un lápiz afilado, o de una jeringuilla, o de un vehículo de motor, pero impediría la agravación cuando el agresor utilizara una metralleta.

Otros principios tienen estructura de reglas: se observan o no se observan, y solo si se observan se preserva el valor que los inspira. Eso sucede por ejemplo con el principio de personalidad de las penas, que señala que solo podrá penarse al autor del delito y no por lo tanto a terceros.

Los principios establecen así qué se puede hacer con el Derecho Penal y cuándo el ordenamiento penal es mejor o peor desde la perspectiva valorativa del ordenamiento. Qué normas se pueden generar y cómo se pueden interpretar. En ese sentido los principios demarcan la política respecto al Derecho Penal. Son principios de política criminal.

1.3 Principios del ordenamiento penal español

Los principios que rigen nuestro ordenamiento penal los impone explícita o implícitamente la Constitución; son los propios de un Estado social y democrático de Derecho. Se derivan de sus valores; en esencia: seguridad, participación y pluralismo políticos, libertad (autonomía personal), igualdad y dignidad de la persona.

En el contenido conjunto de tales principios existe en lo esencial acuerdo doctrinal y jurisprudencial, aunque la manera de expresar tal contenido diverja tanto en la denominación de los principios como el contenido que corresponde a cada uno.

En esta Introducción al Derecho Penal los principios fundamentales de nuestro ordenamiento penal se exponen del siguiente modo:

A) El principio de legalidad³ es un principio predominantemente formal que se sustenta principalmente en los valores de seguridad y de democracia, entendida como autoría parlamentaria de la norma. Sostiene en esencia

³ V. *infra* 2.

que no puede pensarse a nadie sin previo aviso de que la pena es una consecuencia jurídica prevista para su comportamiento y que la cuestión relativa a qué comportamientos deben pensarse y cómo deben pensarse es una cuestión de la organización colectiva tan trascendente que solo deberán decidirla los representantes directos de los ciudadanos.

Su formulación clásica es *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* y exige que solo una ley, previa al hecho que se juzga y precisa en su descripción, pueda establecer delitos y penas. Y, para no dejar escapar por la ventana lo que tanto costó introducir por la puerta, requiere también que el juez esté estrictamente vinculado a la ley.

B) La norma penal recorta la autonomía personal mediante una prohibición de comportamiento –por ejemplo, respecto al hurto, «no te apoderes de las cosas muebles ajenas con ánimo de lucro»– y sanciona su infracción normalmente con la prisión –en el hurto: de seis a dieciocho meses de prisión si la cuantía de lo sustraído es superior a los cuatrocientos euros (art. 234.1 CP)–: con la privación de la manifestación más elemental de la libertad, la ambulatoria, la de poder moverse en el espacio. Esta técnica jurídica de ordenación de la convivencia, de control social, es así muy incisiva desde la perspectiva del valor esencial de la libertad, de la autonomía personal.

Es por ello por lo que el legislador solo debe utilizarla para prevenir –para evitar mediante la amenaza de una pena– conductas realmente lesivas (principio de lesividad⁴) para bienes legítimos (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos⁵). Y es por ello por lo que solo debe recurrir a una pena determinada si no es posible aquella prevención mediante el recurso a una pena más leve, o a una sanción no penal, o a una medida no sancionadora (principio de intervención mínima⁶). Y es por ello, en fin, por lo que no es legítimo sacrificar más libertad que la que se preserva: por lo que la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho penado (principio de proporcionalidad⁷). Como dice la expresión popular, no deben matarse las moscas a cañonazos.

De los principios anteriores deriva un postulado elemental de justicia: si un sujeto ha resultado ya penado por su conducta lesiva, carece de justificación que vuelva a ser penado con el mismo fundamento por el mismo comportamiento (principio *ne bis in idem*⁸).

⁴ V. Capítulo III.3.

⁵ V. Capítulo III.3.

⁶ V. Capítulo III.4.

⁷ V. Capítulo III.4.

⁸ V. Capítulo III.5.

C) Por mucho que ello pudiera ser útil para la prevención de delitos, no podemos sancionar a la madre del terrorista por el delito cometido por su hijo. Y tampoco al sujeto que dañó el valioso tapiz del museo con un repentino, imprevisible e incontrolable vómito. Nos lo impide el valor de la dignidad de la persona que es el que, en esencia, informa el principio de culpabilidad⁹.

Según este principio solo podrá penarse al autor de una conducta lesiva si realizó la misma en el uso normal de su libertad. Para que alguien pueda ser penado es necesario que haya realizado un hecho injusto y que tal realización le sea personalmente atribuible o, dicho con una formulación más clásica, personalmente reprochable. No lo será, desde luego, si era imprevisible la consecuencia de su conducta en función de la cual se le pena –no debe castigarse como homicidio el leve empujón que depara un resbalón, la caída del empujado y el desafortunado golpe en la nuca con el bordillo de la acera–, o si carecía de las condiciones psíquicas necesarias para dominar su comportamiento o para comprender el sentido del mismo, o si no podía conocer la ilicitud de su hecho, o si dadas las circunstancias excepcionales concurrentes resultaba inexigible una conducta adecuada a Derecho –un sujeto informa bajo amenaza de tortura del paradero de una persona a la que los interrogadores quieren matar–.

También consecuente sobre todo al valor de la dignidad de la persona, pero también a los de seguridad y libertad –solo debe sancionarse aquello que puede ser prevenido, solo las conductas evitables–, es el principio del hecho¹⁰: la imposición de una pena a un sujeto solo puede ser consecuencia de un concreto hecho suyo. No de una manera de ser o de un rasgo de la personalidad y tampoco de un pensamiento no exteriorizado.

D) A partir del valor de la igualdad, el principio de igualdad¹¹ veda que se puedan establecer diferenciaciones irrazonables en la punición de una conducta en función de quién la realice o de quién sea el sujeto pasivo de la misma.

E) Consecuente con el valor de la dignidad de la persona y con su derecho a la integridad moral, el artículo 15 de la Constitución prohíbe la imposición de penas inhumanas o degradantes¹². Y también inspirado en tales valores, y quizás en el de igualdad, y también expreso en la Ley Fundamental (art. 25.2 CE), es el mandato de resocialización¹³, de orientación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad «hacia la reeducación y reinserción social»; mandato este de especial trascendencia para el Derecho

⁹ V. Capítulo IV.1.

¹⁰ V. Capítulo III.2.

¹¹ V. Capítulo IV.2.

¹² V. Capítulo IV.3.

¹³ V. Capítulo IV.4.

Penitenciario, para el cómo de la ejecución de la pena, pero con incidencia también en el Derecho Penal, en la cuestión de qué penas resultan legítimas, como lo demuestra el hecho de que se haya impugnado ante el Tribunal Constitucional la nueva pena de prisión permanente revisable por la vulneración, entre otros, de este principio.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

2.1 Fundamento

En el apartado anterior se definía el principio de legalidad. Recordemos lo que exige: ningún comportamiento puede ser considerado como delictivo, ni puede imponerse a su autor pena alguna en virtud del mismo, si una ley no lo ha dispuesto así con precisión y con anterioridad a su realización.

La pregunta ahora es por la razón de este límite: por los valores que están detrás del principio y que el mismo trata de preservar. ¿Por qué no puede un juez castigar hoy un hecho gravemente lesivo que no estaba considerado como delito en el momento de ser realizado y por lo tanto con una visión ya anticuada de la justicia? ¿Por qué no penar la difusión consentida de vídeos íntimos (art. 197.7 CP) o las relaciones sexuales consentidas con una persona de quince años (art. 183.1 CP) realizadas antes del 1 de julio de 2015, fecha en que pasaron a considerarse delictivas?

Ya se ha apuntado que las razones para responder «no» a estas preguntas son dos: la preservación de los valores de la seguridad y la democracia.

La seguridad jurídica consiste en que el ciudadano pueda saber cuáles son las consecuencias jurídicas de sus actos. Tal seguridad tiene un especial valor si estas consecuencias son penales: si consisten en la privación de libertad, en una inhabilitación profesional, en una fuerte multa. El ciudadano debe poder saber en qué circunstancias puede el Estado entrometerse en su vida castigándole severamente.

Cuando se habla de la democracia como coinspiradora del principio de legalidad se hace referencia a quién puede decir qué conducta es delictiva y qué pena merece su agente. Y algo tan importante como las sanciones graves, con su componente de reproche social y con su posible contenido de privación de libertad, no lo puede decidir la policía, ni el Gobierno, ni siquiera los jueces. Deben decidirlo los representantes directos del pueblo y deben hacerlo a través del debate detenido y formal que procura la ley.

2.2 **Ámbito**

Hasta ahora nos hemos referido al delito y a la pena como materias en las que rige el principio de legalidad. Esto es así porque este es un libro de Derecho Penal material o sustantivo y también porque es en estas dos materias esenciales –qué es delito y qué pena se impone a su autor– en las que imperan con todo su rigor los postulados o garantías del principio de legalidad. También lo hace en relación con las medidas de seguridad imponibles como consecuencia de la realización de un hecho delictivo (arts. 1.2 y 2.1 CP).

Pero las normas penales han de administrarse judicialmente y las penas han de ejecutarse –piénsese sobre todo en las de prisión–. Y también estas dos actividades, cruciales asimismo para los intereses de los ciudadanos, han de venir rodeadas por las garantías que se derivan de los valores de nuestro sistema. Y en lo que ahora importa, que es el principio de legalidad, debe subrayarse que el mismo, con sus peculiaridades y de un modo menos estricto, rige también en el Derecho Procesal Penal y en el Derecho Penitenciario.

Forman parte de las garantías del proceso penal el de la predeterminación legal del juez y el de la sujeción del proceso a las leyes procesales: «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» (art. 3.1 CP). Y «[t]ampoco 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» (art. 3.2 CP).

2.3 **Garantías**

El principio de legalidad tiene por contenido cuatro garantías o subprincipios: la norma penal ha de tener rango de ley, ha de ser precisa, ha de vincular al juez y no puede aplicarse retroactivamente.

2.3.1 LA NORMA PENAL HA DE TENER RANGO DE LEY

A) *La reserva absoluta de ley*

Se ha dicho ya que definir qué es delito y asignar las penas que han de imponerse a los que lo cometen es algo tan importante en una sociedad que solo deben hacerlo los representantes directos del pueblo, esto es, las Cortes

Generales. El Derecho Penal es así una materia cuya regulación está reservada a la ley (reserva absoluta de ley), que es el modo de normar de las Cortes y, en principio, solo a ellas permitido.

Aquí podría acabar la explicación de esta garantía si no fuera por los problemas que suscita el carácter absoluto de la reserva y el propio concepto de ley. Veámoslos.

B) *Las normas penales en blanco*

Si el término «absoluta» lo interpretamos en un sentido absoluto, valga el juego de palabras, ello supondría que las leyes penales tendrían que delimitar todas las circunstancias que condicionan la responsabilidad penal, sin participación de otras normas sin rango de ley –e incluso sin margen de apreciación interpretativa por parte de los jueces–. Esto no solo es semánticamente imposible, sino que acabaría siendo inconveniente. En general, porque generaría unos códigos penales extensísimos, aburridos y difícilmente comprensibles. En particular, porque en algunos ámbitos, caracterizados por su carácter cambiante y por ser de riesgo en buena medida permitido, la regulación penal de cada detalle que configura lo permitido –«está prohibido verter al río más de 0,3 gramos por litro de la sustancia X»– anquilosaría el delito, que por su propia reserva de ley no podría variar con la agilidad que exigirían los conocimientos técnicos –en el ejemplo anterior, pasar de 0,3 a 0,35–. Piénsese, como en los ejemplos propuestos, en los delitos contra el medio ambiente, en los que por razones de utilidad social se permite cierto grado de contaminación, que se especifica para cada ámbito y para cada agente contaminante a través de normas de ágil elaboración, como son los decretos y las órdenes ministeriales.

Es por ello por lo que el Tribunal Constitucional ha afirmado que la reserva de ley en materia penal «no se extiende a todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos y que legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo» (STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2).

Y es por ello por lo que no se opone al principio de legalidad el que el precepto penal tenga remisiones a otras normas sin rango de ley (como hacen, por ejemplo, los artículos 316 y 325.1 CP).

Naturalmente que esta técnica, a la que suele denominarse de «norma penal en blanco», debe tener sus límites. Piénsese en que su problema desde la perspectiva de la reserva de ley es que una parte de la conducta queda sin des-

cribir, y que se delega tal descripción en otras normas que no tienen por qué ser leyes ni con ello provenir del Parlamento. Su problema es que se desvanece la autoría legislativa de la norma penal que tanto hemos enfatizado. Por ello ha de tratarse de un recurso con tres limitaciones, como se ha encargado de señalar el propio Tribunal Constitucional en numerosas sentencias. La primera es que no se acceda a él caprichosamente, sino que responda a las necesidades de regulación penal que antes se expresaban: precisión final de lo penalmente prohibido y adaptación a un contexto cambiante. La segunda es que se trate de un apoyo en otras normas más ágiles y más precisas, pero no de una delegación en las mismas de la definición del delito. Por ello el enunciado penal inicial ha de contener ya «el núcleo esencial de la prohibición» (STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3). Y la tercera es que se satisfaga la exigencia de certeza, es decir, que la conducta delictiva quede suficientemente precisada con la norma de complemento. Igualmente ha señalado, ahora en relación con el principio de igualdad, que, a pesar de que las Comunidades Autónomas no tienen competencias en materia penal, sus normas son susceptibles de complementar el tipo penal siempre y cuando respeten las garantías recogidas en el art. 25.1 de la Constitución y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable a otras partes del territorio (STC 120/1998, de 15 de junio).

La norma penal en blanco se define como aquella que necesita ser complementada por otra norma para la obtención de la formulación acabada de su significado. Para algunos autores existiría una norma penal en blanco siempre que se produjera una remisión a otra norma del ordenamiento, con independencia de su ubicación (norma penal o extrapenal) o de su rango (legal o extralegal). Otro sector de la doctrina propugna un concepto estricto de norma penal en blanco en concordancia con la concepción originaria de esta clase de normas de Binding y en atención a las normas que plantean verdaderos problemas de legitimación. Desde esta perspectiva, únicamente se incluirían en esta categoría aquellas normas penales que remiten a una norma que no tiene rango de ley.

Los problemas de principio de legalidad que plantean las normas penales remisivas son los mismos que plantean los elementos normativos de los tipos penales, que son elementos que requieren del apoyo de una norma jurídica o social para conocer su contenido, como por ejemplo sucede con el elemento «menor de edad», o con la «ajenidad» que se exige a la cosa mueble para que pueda ser objeto de hurto (art. 234 CP). Como puede verse se trata en realidad de remisiones implícitas y por ello mismo, al igual que con las normas penales en blanco, debe exigirse al legislador que utilice elementos normativos solo cuando sea necesario para sus finalidades de protección, solo cuando su conte-

nido sea cognoscible con facilidad, y solo cuando su papel sea accesorio dentro de la descripción del delito.

Especialmente difícil era el caso enjuiciado por la STC 24/2004, de 24 de febrero, acerca de si era conforme con el principio de legalidad el artículo 563 CP en cuanto sanciona «la tenencia de armas prohibidas».

C) *El concepto de ley*

La segunda cuestión difícil de este postulado es la de qué entendemos a sus efectos por «ley». Si solo la norma que merece formalmente tal nombre y que se elabora enteramente en el Parlamento (la reserva de ley sería así una reserva de procedimiento parlamentario) o si cabe también la norma con rango de ley en la que el Gobierno tiene un papel importante (Decreto Legislativo) o incluso protagonista (Decreto-ley).

Como después se verá¹⁴, la opción de nuestra Constitución, su manera de entender la reserva de ley en materia penal a través de los límites materiales del Decreto-ley y del Decreto Legislativo, es excluir el Derecho Penal del ámbito del primero y posibilitar una intervención del segundo muy limitada en lo penal.

2.3.2 LA NORMA PENAL HA DE SER PRECISA

Para los valores esenciales de seguridad y de democracia a los que sirve el principio de legalidad no serviría de mucho con que nos conformásemos con que las normas penales fueran leyes. Si esas leyes son imprecisas a la hora de describir los delitos o las penas resultará que los ciudadanos se sentirán inseguros respecto a una cuestión tan importante como es la de por qué tipo de conductas pueden ser penados o en qué medida pueden serlo. Y sucederá también que terminará siendo el juez el que haga lo que debía haber hecho el legislador, que es determinar qué es delictivo o qué pena corresponde al delito cometido. Por ello un segundo postulado del principio de legalidad lo constituye el mandato de determinación: exige al legislador que los delitos y las penas no sean indeterminados; que los describa con precisión.

Como paradigma de indeterminación piénsese en una ley del Parlamento que estableciera que «el que realice un hecho gravemente disvalioso será castiga-

¹⁴ V. *infra* 3.2.

do con la pena que el juez establezca». Sin ir tan lejos merece reflexión el tipo que sanciona a «los que mediante engaño o abuso de necesidad [...] limitaren el ejercicio de la libertad sindical» (art. 315.1 CP), o el que lo hace a los que «usurpen el estado civil de otro» (art. 401 CP). En relación con la pena repárese en la que se asigna a los promotores de una sedición militar: de «dos a quince años de prisión» (art. 91, primer párrafo CP Militar).

Al legislador no siempre le va a ser fácil observar este mandato. Por una parte, porque el lenguaje, que es su instrumental descriptivo, es siempre vago en alguna medida. Por otra parte porque un excesivo celo en la determinación, la exhaustividad en la descripción, puede acarrear inconvenientes importantes para los fines de protección del Derecho Penal: el precepto penal puede ser demasiado extenso y farragoso y con ello, poco comunicativo; además, como vimos con el ejemplo de la agravante de la utilización de armas, la excesiva concreción (la relación de las armas) supone el riesgo de dejarse en el tintero, fuera del tipo penal, supuestos que deberían estar incluidos conforme a la intención protectora que guiaba la norma.

Sin embargo, el que las normas estén condenadas a adolecer de cierta imprecisión y el que ello sea en ocasiones incluso conveniente, no obsta a la ideas centrales del mandato de determinación de que el legislador «debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos» (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7), y de que la indeterminación ha de tener límites.

El Tribunal Constitucional ha operado con el criterio de la determinabilidad como límite negativo. No serían inaceptables los conceptos jurídicos indeterminados pero determinables «en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia» (STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1).

2.3.3 LA NORMA PENAL HA DE SER VINCULANTE PARA LOS JUECES

A) *La garantía de tipicidad*

De nada serviría a los objetivos de seguridad y de autoría parlamentaria que persigue esencialmente el principio de legalidad el que las normas penales fueran rigurosamente legales y exquisitamente determinadas si los jueces penales pudieran desconocerlas a la hora de aplicarlas o las tomaran como una simple guía aproximativa de lo que puede ser justamente sancionado. Por ello el principio incluye entre sus postulados el del carácter vinculante de las leyes penales, que incluye la prohibición de analogía *in malam partem* (en contra del

reo): no solo no puede el juez penal considerar delito lo que no está previsto como tal en la ley, ni contemplar tampoco agravaciones alegales, sino que ni siquiera puede el juez penal penar o agravar una conducta que no está descrita como punible o agravable en la norma penal pero que es parecida, análoga en su desvalor, a las que sí lo están. A esta manifestación del principio de legalidad, recogida en el artículo 4 CP, se le denomina también garantía de tipicidad: la pena requiere que la conducta penada sea típica, que sea subsumible en un tipo penal: en la descripción legal de conducta delictiva.

No cabrá penar como autor de un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años (art. 183.1 CP) a quien mantenga relaciones sexuales consentidas con un joven de diecisiete años, por mucho que se trate de una persona especialmente inmadura física y psicológicamente para su edad. Será asimismo un supuesto de analogía prohibida la sanción como autor de robo con fuerza en las cosas a quien se haya apoderado de un coche tras romper su ventanilla, pero sin emplear fuerza alguna para acceder al lugar donde el mismo se encontraba, que es lo que exige el artículo 237 CP.

Mientras que el mandato de legalidad (II.3.1) es un mandato a los demás poderes públicos —«no normas: en materia penal solo puede normar el Parlamento»— y el mandato de determinación (II.3.2) lo es al legislador —«legisla con precisión»—, el que ahora analizamos es un mandato a los jueces —«aplica la ley»—.

B) *La interpretación de la ley penal*

a) Interpretación y creación judicial.

Teniendo en cuenta algo que ya se ha advertido, que toda ley penal es más o menos indeterminada, deberá ser objeto de precisión judicial, de interpretación. La interpretación es, por tanto, una actividad necesaria que sirve a la determinación del sentido así como del contenido de los preceptos penales, siempre dentro de su sentido literal posible.

En atención al intérprete, se distingue entre la interpretación doctrinal, que sería la que llevan a cabo los estudiosos del Derecho Penal; la judicial, que es la que realiza el aplicador del derecho (juez) para la resolución de un caso concreto —si tal interpretación emana del Tribunal Supremo y resulta lo bastante reiterada para sentar jurisprudencia recibe el nombre de interpretación jurisprudencial—; y la auténtica, que sería la que hace el mismo legislador en la propia ley.

Al tratarse de un acto que lleva a cabo una persona —sea el juez o el estudioso del Derecho— estará siempre sujeta a una cierta subjetividad. Por ello el

intérprete está sujeto a ciertos límites como son los valores, principios y derechos recogidos en la Constitución. Por su parte, el Título Preliminar del Código Civil (art. 3.1) establece que «(...) las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social en el tiempo en el que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas (...)». En atención al resultado cabe hablar de interpretación restrictiva o extensiva, en función de si reduce o amplía el alcance del precepto.

Podemos interpretar que nos encontramos ante el «otro» del delito de homicidio (art. 138), y no ante un feto, objeto del delito de aborto, en el momento en el que comienzan las contracciones del parto –cfr. STS 2252/2001, de 29 de noviembre–, o cuando el nacido se encuentra completamente desprendido del seno materno, ampliándose o restringiéndose el alcance del concepto respectivamente. Por otra parte, en relación con los delitos de violencia de género, el Tribunal Supremo hace una interpretación jurisprudencial restrictiva cuando señala que la expresión de «análoga relación de afectividad» del art. 153 CP requiere un mínimo de estabilidad y relación afectiva, no meramente sexual (por ejemplo, STS 67/2009, de 3 de febrero).

La interpretación consiste en la búsqueda del sentido del texto a partir del sentido literal posible de la norma; distinta es la analogía, que supone la incorporación de un supuesto no incluido en la ley penal, pero que tiene fundamento o contenido similar. Así, por ejemplo, cabría hablar de analogía si se aplicara el delito de violencia de género (art. 153 CP) en el caso de que el autor y la víctima fueran hombres casados o que convivan en una análoga relación de afectividad.

El uso de la analogía es, en principio, legítimo, a partir del tenor literal del artículo 4.1 Código Civil que establece que «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón». Estas afirmaciones han de verse, no obstante, matizadas en el ámbito penal, en escrupulosa aplicación del principio de legalidad. Así, existe una prohibición de basar la responsabilidad penal en la analogía *in malam partem*, es decir, que opera en contra del reo.

En cuanto a la analogía *in bonam partem* o aquella que beneficia al reo, el argumento en contra de su aplicación sería el artículo 4.1 CP, que establece que «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Sin embargo, el artículo 21.7 CP establece la aplicación analógica de las circunstancias atenuantes. Por su parte, algunos autores señalan que tal analogía debe admitirse cuando constituya un mecanismo excepcional de integración del Derecho Penal frente a inconsistencias valorativas no previstas por el legislador.

Como sucede con los otros dos mandatos, el de tipicidad no está exento de problemas de delimitación. ¿Cuándo cabe decir que un juez interpreta la ley, desentraña su sentido y la aplica (entendiendo, por ejemplo, que una jeringuilla infectada es un arma), y cuándo, por el contrario, que la crea, que la inventa, aplicándola a casos no comprendidos en la misma, análogos o no (entendiendo por ejemplo que una mano es un arma)?

El Tribunal Constitucional ha tenido que enfrentarse en varias ocasiones a esta cuestión de qué es interpretar una norma sancionadora: cuáles son los límites de la interpretación. Recuerda que por lo que vela el derecho a la legalidad penal es por la preservación de la seguridad jurídica del ciudadano y por el respeto por parte del juez a la decisión legislativa. Y tal preservación y tal respeto exigen que el juez tome como punto de partida el «tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7). Lo que sucede es que la semántica es potencialmente muy amplia. Su solo respeto en la interpretación judicial no garantiza una aplicación esperable de la norma, «una razonable administración judicial de la soberanía popular». La actuación judicial ha de ser además razonable, valorativa y metodológicamente razonable. Así, «no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

b) Criterios de interpretación.

En atención al método o el criterio empleado por el intérprete cabe diferenciar entre la denominada interpretación gramatical, que es la que atiende al sentido de las palabras y constituye siempre el primer paso para excluir primeramente todo aquello que no encuentra cabida dentro de la norma.

Así, por ejemplo, si se hace referencia a «otro» en relación con el delito de homicidio (art. 138), no cabe subsumir en tal término a los animales o a las personas no nacidas, cuya protección tiene lugar en otros lugares del Código Penal; o si se habla de «descendientes» (art. 23), no aplicar las consecuencias señaladas a aquellos que no lo sean por naturaleza o adopción, aunque la relación que se mantenga sea similar a la de la filiación.

La interpretación sistemática contribuye a desentrañar el sentido de las normas penales atendiendo al contexto o al sistema en que se encuentran in-

mersas. Por ejemplo, de cara a determinar el alcance del consentimiento en el Código Penal puede hacerse una lectura conjunta de las normas que regulan tal instituto en el ámbito de los delitos sexuales, de las lesiones personales, e incluso apoyarnos en la normativa civil, si bien el Derecho penal constituye un sistema aparte con normas que tienen sentido propio. La interpretación histórica se realiza a partir del estudio de los antecedentes históricos de la regulación actual, lo que abarca regulaciones anteriores, proyectos, anteproyectos, memorias e incluso debates parlamentarios. Por último, la interpretación teleológica atiende al *telos*, es decir, al fin de la norma.

Piénsese en el ejemplo anterior del delito de violencia de género, si bien el tenor literal del artículo 153, siguiendo el esquema mantenido en el Código Penal, hace referencia a «el que», de manera que el sujeto activo pudiera ser tanto hombre como mujer, el fin de la norma se encuentra orientado a proteger a las mujeres de la violencia por parte de los hombres en atención al problema social existente, de manera que cabría restringir en este caso la interpretación a estos supuestos.

2.3.4 LA NORMA PENAL HA DE SER IRRETROACTIVA

Cabría entender que la resolución justa de un conflicto penal demandaría que se aplicara la norma vigente en el momento del enjuiciamiento. Si hoy consideramos que lo adecuado es sancionar penalmente la defraudación tributaria grave, deberíamos hacerlo aunque en el momento de la defraudación tal conducta no se previera como punible según un concepto de justicia al respecto ya periclitado. Y deberíamos castigar la relación sexual no grave ni violenta ni intimidatoria con un niño de doce años con una pena de prisión de dos a seis años, que es la pena que el Código Penal considera hoy adecuada (art. 183.1 CP), y no con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses prevista en el año 2009, que es cuando se cometió el delito y que hoy consideramos insuficiente.

Esta tentación aparece terminantemente atajada por la propia Constitución, que exige que toda pena lo sea por conducta que «en el momento de producirse» constituya delito «según la legislación vigente en aquel momento» (art. 25.1 CE). Y que incluye como garantía básica la de «irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables» (art. 9.3 CE). Se trata de «una imperiosa exigencia de predeterminación normativa» (STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2) que se impone por elementales razones de seguridad jurídica: resultaría intolerable que el ciudadano pudiera ser sorprendido *a posteriori*

con una pena que no estaba prevista cuando él realizó su comportamiento. No en vano esta exigencia de predeterminación abre el Código Penal (art. 1.1 respecto a los delitos; art. 2.1, respecto a las penas).

Pueden y deben ser retroactivas las normas favorables al reo¹⁵. Se trata de una cuestión de proporcionalidad¹⁶ y no, en principio, de legalidad –aunque como el art. 2.2 CP impone la retroactividad favorable, su desconocimiento es un desconocimiento de dicho artículo–. No podemos permitirnos penar hoy el adulterio delictivo de ayer, ni imponer una pena de muerte que, vigente en el momento de los hechos, hoy consideramos intolerable.

3. LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL

3.1 La reserva absoluta de ley

Una de las conclusiones importantes de esta lección es la de que, por imperativo del principio de legalidad, solo la ley puede ser fuente del Derecho Penal. ¿Es esto así en nuestro ordenamiento? ¿Lo dice la Constitución como «fuente de fuentes»?

Doctrina y jurisprudencia y, sobre todo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –que es la que interpreta lo que la Constitución dice– afirman sin fisuras que en materia penal existe una reserva absoluta de ley¹⁷. Solo la ley puede establecer delitos y asignarles penas o medidas de seguridad.

Nuestro ordenamiento penal no solo es un ordenamiento de leyes, sino que lo es de leyes en su mayor parte codificadas. Al margen del Código Penal, como legislación penal especial, quedan, en esencia, las normas penales de navegación aérea (Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea), las electorales (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General), el Código Penal Militar (Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre), las incluidas en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal el Jurado, las de contrabando (Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando), el Derecho Penal de menores (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores), y la nueva regulación penal del aborto consentido (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo).

¹⁵ V. Capítulo V.3.

¹⁶ V. Capítulo III.4.2.

¹⁷ V. *supra* 2.3.1.A y 2.3.1.B.

3.2 ¿Qué ley?

La norma penal ha de enunciarse a través de una ley: ha de tener rango de ley. La siguiente cuestión viene provocada por el hecho de que nuestro ordenamiento constitucional contempla diversos tipos de normas con fuerza y rango de ley, y no solo la ley en sentido formal, y que en la elaboración de las mismas tiene distinto grado de implicación el Parlamento, por lo que su legitimación desde tal punto de vista tiene distinta intensidad. ¿Puede cualquier norma con rango de ley albergar una norma penal?

A) En materia de fuentes del Derecho Penal el principal interrogante que suscita nuestra Constitución es el de si las normas penales han de ser leyes orgánicas. Estas leyes constituyen una peculiaridad de nuestro sistema normativo; tienen como principal característica formal la exigencia de una mayoría cualificada (art. 81.2 CE: «mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto»). La vaga delimitación de los contenidos que exigen esta vía (art. 81.1 CE, en lo que ahora importa: el «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas») llevó pronto a la discusión doctrinal relativa a si la materia penal –así, *in toto*– era materia de ley orgánica: si existía reserva de ley orgánica en materia penal.

El Tribunal Constitucional afirma que la pena privativa de libertad es un desarrollo, siquiera negativo, del derecho fundamental a la libertad, por lo que la misma y la infracción que le sirve de presupuesto han de preverse en una ley orgánica. Esto comporta que requieren ley orgánica las leyes penales cuya pena consista en una privación de los derechos fundamentales y libertades públicas, que son los contemplados en los artículos 15 a 29 CE. Tal cosa sucederá desde luego con las penas privativas de libertad y con las penas de prohibición de residencia o acercamiento.

No requieren, por contra, ley orgánica y sí ley ordinaria las leyes penales que priven o restrinjan de otros derechos no fundamentales, como sucederá singularmente con las normas que castigan con multa o con determinadas inhabilitaciones (para profesión, oficio, industria o comercio; para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento; la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; la privación del derecho a la tenencia y porte de armas).

B) Los decretos legislativos son normas con rango de ley dictadas por el Gobierno por delegación de las Cortes Generales (art. 82.1 CE). Su razón de ser estriba en la especificidad técnica de la materia regulada o en su compleji-

dad, que puede serlo por tratarse de la refundición en uno de varios textos legales.

Como se trata de una técnica peligrosa, en el sentido de que es el Gobierno el que regula materia propia de ley, la Constitución adopta diversas cautelas de control parlamentario (art. 82.2 a 82.6 CE), y también materiales: quedan excluidas de la misma las materias propias de ley orgánica (art. 82.1 CE). Valen pues, ahora por exclusión, las reflexiones anteriores en cuanto a la reserva de ley orgánica. A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional son posibles decretos legislativos penales o con alguna norma penal si no prevén penas privativas de derechos fundamentales y libertades públicas.

C) Los decretos-leyes son disposiciones legislativas en materia propia de ley pero que no dicta el Parlamento, sino el Gobierno por razones de «extraordinaria y urgente necesidad» (art. 86.1 CE). Esta nueva anomalía respecto a la autoría parlamentaria trata de compensarse con su provisionalidad –deben ser sometidos a convalidación del Congreso en el plazo de treinta días (art. 86.2 CE)– y con ciertas limitaciones materiales, entre las que ahora nos importa la de que «no podrán afectar [...] a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I» (art. 86.1 CE).

Debe repararse en que el ámbito vedado viene definido por la simple afectación (no por la regulación, propia de la ley –art. 53.1 CE–; ni por el desarrollo, propio de la ley orgánica –art. 81.1 CE–), y de cualquiera de los derechos y libertades del Título I (y no solo por los de su capítulo segundo, como en la ley; y no solo por los de la sección primera del capítulo segundo, como en la ley orgánica). Por muy exigente que se quiera ser con el significado del verbo afectar, existe acuerdo en que toda norma penal, si no desarrolla algún derecho fundamental y libertad pública, si no regula algún derecho y libertad, sí que afecta a algún derecho, deber o libertad del título I de la Constitución. En suma: no cabe que los decretos-leyes contengan normas penales.

D) Aunque, como hemos visto, la normativa autonómica puede integrar una norma penal en blanco, resulta indiscutido que no caben leyes penales autonómicas, porque la materia penal es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6.^a CE).

3.3 ¿Otras fuentes?

La reserva absoluta de ley en materia penal significa que no hay otras fuentes de Derecho Penal distintas a la ley. Si se incluye este apartado es porque se discute si una excepción a la regla de la legalidad, o una extensión de

este concepto, puede venir de la mano de los tratados internacionales. Convenirá asimismo aprovechar el epígrafe para mencionar otros instrumentos que inciden en la conformación del Derecho Penal pero que no son en rigor fuentes del mismo.

A) Se discute si los tratados o convenios internacionales pueden crear directamente normas penales si las Cortes Generales lo autorizan (art. 94.1 CE) o si ello queda vedado por el principio de legalidad. En otros términos: si el tratado puede asimilarse a la ley en cuanto respetuoso de los valores de seguridad y de autoría parlamentaria que garantiza la misma.

Lo usual es desde luego que los tratados que contienen obligaciones penales no establezcan directamente delitos o penas, sino que contengan la obligación de los Estados de establecerlos: que sean fuentes indirectas de Derecho Penal, pero no fuentes directas. Y si bien es cierto que no son excepcionales los convenios que tipifican clara y directamente delitos y penas, también lo es que lo hacen para su conocimiento directo, no por parte de los órganos jurisdiccionales españoles, sino por un tribunal internacional (por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

B) A medio camino entre el fenómeno del pacto internacional penal y la federalización cabría situar la influencia penal en el ordenamiento español de la Unión Europea. La Unión percibió pronto que para muchos de sus objetivos –de seguridad, o de unión de mercado, o de cohesión económica– requería tanto que los Estados miembros tuvieran un Derecho Penal más o menos homogéneo como que este protegiera las instituciones de la Unión.

Para alcanzar estos objetivos de protección penal, la Unión utiliza dos tipos de estrategias. La de la asimilación, de origen jurisprudencial y hoy consagrada en el artículo 325.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, señala que «[l]os Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros». La de la armonización consiste en dictar normas que, con mayor o menor precisión, obligan a los Estados a incorporar a sus ordenamientos penales ciertos delitos y a castigarlos con ciertas penas. Además, la mayor parte de la doctrina considera que la Unión Europea tiene competencias penales directas para combatir «el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión» (art. 325.4 TFUE).

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prevé dos tipos de armonizaciones penales. La llamada armonización autónoma, prevista para el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el

tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada, siempre que se trate de delitos de especial gravedad y ámbito transfronterizo (art. 83.1 TFUE). El propio artículo prevé que esta lista de delitos se pueda ampliar en el futuro.

La denominada armonización accesoria se prevé para los casos en los que la armonización penal se revele necesaria para garantizar una armonización no penal (por ejemplo, medio ambiente) (art. 83.2 TFUE).

C) Como se inferirá de lo expuesto en esta lección, la costumbre no es fuente de Derecho Penal: no puede determinar delitos y penas. El que en un determinado ámbito se considere un tipo de conducta como altamente nociva e incluso se castigue informalmente como tal no comporta que pase a conformar el Derecho Penal y que pueda por ello ser aplicado por un juez. Cuestión distinta es que los usos sociales contribuyan a interpretar un precepto –por ejemplo, qué es atentar contra la indemnidad sexual (art. 181.1 CP)– o a determinar cuál es el ámbito de riesgo permitido en determinadas actividades –cuál es el cuidado debido: por ejemplo, en el cuidado de los padres hacia los hijos– y con ello qué conductas son atípicas (quedan al margen de un tipo penal delictivo). También puede coadyuvar a determinar el alcance de la causa de justificación consistente en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber (art. 20.7.º CP), que hace que una conducta no esté penalmente prohibida.

La jurisprudencia no genera delitos ni penas, aunque sí una serie de reglas interpretativas de los enunciados penales dirigidas a delimitar el ámbito de lo delictivo. Tales reglas carecen del carácter vinculante de las leyes. Los tribunales superiores pueden variar motivadamente sus propias reglas; los tribunales inferiores son asimismo libres para no seguirlas en la aplicación al caso, intentando con ello convencer a los superiores, en caso de recurso, de la bondad de su visión del precepto aplicado.

Los principios son un tipo de normas del ordenamiento penal que están recogidos explícita o implícitamente en la Constitución, que limitan al propio legislador y que coadyuvan a la interpretación de los preceptos (reglas) penales¹⁸.

LECTURAS RECOMENDADAS

ALCÁCER GUIRAO, R.; «El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional», en AAVV. (dir. Mir Puig y Queralt Jiménez), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, pp. 15 a 66.

DOVAL PAIS, A.; *Posibilidades y límites para la formulación de normas penales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.

¹⁸ V. *supra* 1.2.

HUERTA TOCILDO, S.; «El derecho fundamental a la legalidad penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, pp. 81 a 114.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; *Solo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Pamplona (Aranzadi), 2009.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid (Civitas), 2002, pp. 21 a 68.

CUESTIONES

1. ¿Qué problemas de legitimidad –de principios penales– plantearía una norma penal que sancionara con la pena «que determine el órgano judicial, no pudiendo ser inferior a dos años de prisión ni superior a veinte años de prisión» a las «madres de los miembros de organizaciones terroristas, en el caso de que éstos no puedan ser enjuiciados por su situación procesal de rebeldía»?

2. ¿Qué problemas de legitimidad plantean las normas penales en blanco?

3. Evalúe la siguiente norma desde la perspectiva del principio de legalidad: «La tenencia de armas prohibidas [...] será castigada con la pena de prisión de uno a tres años» (art. 563 CP).

4. ¿Por qué se prohíbe la retroactividad desfavorable y en cambio se ordena la retroactividad favorable?

5. ¿Qué límites debe respetar la interpretación judicial de una norma penal, según la jurisprudencia constitucional, para ser conforme con el principio de legalidad (con la garantía de tipicidad)?

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL (II)

MANUEL CANCIO MELIÁ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid (epígrafes 1 a 4)

MERCEDES PÉREZ MANZANO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid (epígrafe 5)

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *El principio del hecho.* 2.1 Definición e implicaciones. 2.2 Contramodelo: Derecho Penal de autor. 2.3 Campos de tensión.—3. *El principio de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos.* 3.1 Concepto y definiciones. 3.2 Campos de tensión. 3.2.1 Derecho Penal y moral: Bienes jurídicos. 3.2.2 Derecho Penal y política: Derecho Penal simbólico y sentimientos colectivos. 3.2.3 Derecho Penal y autonomía: Autolesión y paternalismo. 3.2.4 Derecho Penal y estructura social: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. 3.3 Críticas a la teoría del bien jurídico. 3.4 Alguna conclusión.—4. *Intervención mínima y proporcionalidad.* 4.1 Concepto y definiciones: Fragmentariedad, subsidiariedad y proporcionalidad. 4.2 Proporcionalidad. 4.3 Práctica de la intervención mínima: Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador. 4.3.1 Diferenciación. 4.3.2 Confusión.—5. *El principio non bis in idem.* 5.1 Concepto. 5.2 Reconocimiento legal y jurisprudencial. 5.3 Fundamento de la prohibición. 5.4 Requisitos: La triple identidad. 5.5 El alcance de la reiteración prohibida. *Lecturas recomendadas. Cuestiones.*

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Los tres primeros principios que han de examinarse en la presente lección (principios del hecho, de exclusiva protección de bienes jurídicos y de

intervención mínima) están muy estrechamente relacionados entre sí: todos ellos son expresión de diversas vertientes de la idea de que solo el daño social puede justificar el sistema penal, dando lugar a una determinada definición material de delito con la que medir críticamente el Derecho realmente existente. No basta, pues, con observar los requisitos formales del principio de legalidad para que un comportamiento pueda ser considerado legítimamente una infracción criminal.

El principio del hecho establece el umbral mínimo de exteriorización del comportamiento para que su definición como delito pueda ser legítima; de acuerdo con el principio de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos, debe existir una lesión de un interés social definido para poder considerar un comportamiento delictivo; y de acuerdo con el principio de intervención mínima y proporcionalidad, ese daño social debe mostrar una determinada intensidad en clase (solo los bienes jurídicos más relevantes) y cantidad (solo las lesiones más graves) de la lesión para la criminalización del hecho. Puesto que son expresión de una misma idea, las consecuencias de los tres principios, como se verá, se solapan en diversos puntos.

A esta limitación material del Derecho Penal se refiere también la prohibición de *bis in idem*, de castigar dos veces al mismo sujeto por el mismo hecho y por la misma razón. Si ya se prevé e impone una sanción en el entendido de que es eficaz y autosuficiente, una nueva sanción resultará inútil, excesiva e imprevisible.

1.2 Estos principios, como se acaba de decir, son parte de la definición moderna, utilitarista, del concepto material de delito –la determinación del injusto específicamente penal, más allá de la mera comprobación formal de que se trata de normas que acarrearán sanciones penales– que se instaura en la Ilustración, y forman parte, por ello, de la ideología de cualquier sistema penal occidental actual: son características esenciales de los ordenamientos producidos por el sistema político parlamentario. La esencia de esta ideología está en que delito y pena se secularizan: dejan de vincularse a un orden trascendente, a una legitimación religiosa, absoluta, y se fundamentan en las necesidades de la sociedad. Se establece de este modo un principio de «necesidad de la intervención penal» (Mir Puig): el concepto de delito solo puede hallarse en que constituye un daño social. Solo la pena necesaria, útil socialmente, puede ser justa.

«... el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos. Verdad palpable como otras y que no necesita para ser descubierta cuadrantes ni telescopios, pues se presenta a primera vista de cualquier mediano entendimiento, pero que por una maravillosa combinación no ha sido conocida con seguridad cierta...» (Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cap. 8 [trad. de Juan Antonio de las Casas], Madrid [Alianza], 1968, pp. 38 y s.).

1.3 Como ya se ha indicado, los principios que se examinan en las lecciones 2 a 4 pretenden ofrecer una medida crítica con la que examinar el Derecho Penal positivo en términos de legitimidad. Por lo tanto, solo se puede aprehender su verdadero alcance al contraponerlos a los riesgos que amenazan su vigencia en la realidad del Derecho positivo. En consecuencia, en lo que sigue, después de ofrecer en cada caso una breve definición del contenido de cada principio, se examinarán los campos de tensión en los que la efectiva vigencia de sus postulados es puesta en cuestión por el Derecho Penal realmente existente. Como se verá, en el momento actual cabe apreciar con especial intensidad evoluciones en la legislación penal –sintetizadas en la noción de «expansión del Derecho Penal» (Silva Sánchez) o, en el debate norteamericano, de «overcriminalization»– que alejan a la actual política criminal y al ordenamiento positivo que ésta produce cada vez más del programa de legitimación restrictivo que delinear los principios que aquí se van a examinar.

2. EL PRINCIPIO DEL HECHO

2.1 Definición e implicaciones

2.1.1 Aunque adquiere especial relevancia en el Derecho Penal moderno, la idea que el pensamiento no delinque es antigua: *cogitationis poenam nemo patitur*, nadie sufrirá pena por los pensamientos (Digesto 48.19.18, Ulpiano). En términos más amplios –ya que el pensamiento en sentido estricto no entra en el mundo de los contactos sociales y no puede ser perseguido– uno de los empeños básicos de la legislación penal moderna, al menos desde el siglo XVIII, ha sido el de eliminar el castigo de la mera mala voluntad en la medida en que solo supone una exteriorización de una actitud interna desvalorada, pero no genera un daño social.

El contenido de esta antigua idea se ha condensado institucionalmente en el principio del hecho, elemento esencial –al menos nominalmente– de todo ordenamiento penal occidental.

2.1.2 Las dos implicaciones más importantes para la configuración del Derecho Penal que este principio genérico comporta están, en primer lugar, en la necesidad de definir con claridad cuándo se da esa exteriorización que legitima a indagar en la esfera interna del ciudadano. Por ello, debe determinarse cuáles son las características de la tentativa de delito (art. 16 CP), es decir, de un intento de cometer un delito que –aunque éste no se logre– significa ya un comportamiento concluyente que autoriza a considerarlo un «hecho» punible

(«comienzo de ejecución»). Con más razón aún debe ser excepcional el castigo de aquellos actos preparatorios que se ubican en el desarrollo del delito (*iter criminis*) antes del comienzo de realización del delito en sentido estricto, esto es, de la tentativa. Así, el Código Penal español solo los pena en tres supuestos específicos (conspiración, proposición y provocación, artículos 17 y 18 CP, que implican todos ellos un acto de comunicación, la implicación de terceros en el plan delictivo) y exclusivamente en los casos especialmente previstos por la Ley respecto de las infracciones individuales.

En segundo lugar, el principio del hecho también implica que la pena no puede legitimarse solo en una nuda actitud interna, es decir, que lo que importa en la definición de una infracción criminal son exclusivamente aquellos elementos internos (opiniones, sentimientos, intenciones) que se hayan materializado, que se exterioricen en el hecho cometido. Quedan proscritos así los delitos de mera opinión, aunque expresen un punto de vista censurable.

2.2 **Contramodelo: Derecho penal de autor**

Si no se respeta el principio del hecho en un ordenamiento penal, éste ingresa en el campo del Derecho Penal de autor, en el que el injusto depende no tanto del hecho cometido como de las características –aquí: de su mala voluntad– del autor (y que también vulnera el principio de culpabilidad, al no fijar la pena en función de la culpabilidad por el hecho). El referente histórico más importante en este sentido en Occidente está en el régimen nazi, en el que cualquier manifestación de voluntad estimada desviada podía ser penada: tanto el acaparamiento de víveres como un chiste sobre las cualidades militares del *Führer* revelaban –más allá del hecho en sí– el mismo «espíritu derrotista» o «traidor» y podían conducir a la pena máxima. La definición de la infracción en tal Derecho Penal de autor es ya solo una puerta de acceso para la identificación del pensamiento desviado. El Derecho Penal de autor no necesita, en conclusión, en puridad de una definición del delito (del hecho), sino del autor, y responde a una orientación exacerbada de la prevención especial como teoría de la pena: aquella que puede denominarse prevención especial negativa o de inocuización (en la terminología estadounidense: incapacitación), con base en la cual las intenciones del autor lo hacen especialmente peligroso. Dicho de otro modo, el Derecho Penal de autor niega el punto de partida básico de que el ordenamiento solo debe penar el daño social producido.

2.3 Campos de tensión

Como deriva del carácter de los principios limitadores, siempre constituyen un ideal que alcanzar en la realidad del Derecho positivo, y, por ello, su cumplimiento efectivo nunca es perfecto. En el momento actual cabe constatar que en el caso del principio del hecho, la discrepancia entre programa normativo y realidad legislativa es especialmente intensa: aunque se proclame su vigencia, sus consecuencias no son materialmente respetadas en la legislación penal de hoy.

En primer lugar, la formulación típica en muchos delitos de reciente introducción hace imposible distinguir entre conductas de ejecución y meros actos preparatorios, difuminándose el momento –el principio de ejecución, el nacimiento de la tentativa– que marca la existencia de un «hecho». Así sucede especialmente en los delitos de preparación (es decir, infracciones en las que el comportamiento típico queda definido por un acto previo a una lesión de un bien jurídico, como es el caso, por ejemplo, de los delitos de organización, como el de pertenencia a un grupo criminal [art. 570 ter CP], o la infracción de posesión de programas informáticos para la comisión de estafas [art. 248.2.b) CP].

En segundo lugar, no está proscrita de la realidad de las legislaciones penales la definición del injusto con base en elementos estrictamente subjetivos, como algunos delitos de manifestación de nuevo cuño (como son las infracciones de justificación del genocidio [art. 607.2 CP; *vid.* STC 235/2007, que declaró inconstitucional la incriminación de la mera negación]), o delitos en los que se castiga la «exaltación» de autores de delitos terroristas (art. 578 CP) o la difusión de «consignas o mensajes» que puedan generar un clima favorable al terrorismo (art. 579.1 CP). En todas estas figuras delictivas, el problema decisivo está en que no importa tanto el efectivo daño social producido directamente por la conducta tipificada como el anuncio de ulteriores riesgos para otros valores que está implícito en el comportamiento.

3. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD Y EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

3.1 Concepto y definiciones

3.1.1 El corazón de los principios penales que definen en la actualidad la necesidad de la existencia de daño social –de lesividad social– para la legitimidad de la criminalización de un comportamiento es el principio de exclu-

siva protección de bienes jurídicos. Como ya se ha indicado, el concepto de bien jurídico tiene dos vertientes: por un lado, cumple funciones estrictamente dogmáticas, inmanentes al sistema, de criterio rector de las infracciones existentes, al constituirse en guía de la construcción sistemática y de la interpretación de los concretos preceptos penales: el concepto teleológico o hermenéutico de bien jurídico.

Así, por ejemplo, si se parte de que el bien jurídico del delito de exhibición obscena frente a menores o incapaces (art. 185 CP) es la indemnidad sexual, cabe interpretar que la mera exhibición de un cuerpo desnudo frente a un menor (por ejemplo, en la playa), sin que la persona en cuestión esté inmersa en una actividad de carácter sexual, no es delictiva (no es «obscena» en el sentido del tipo), pues la mera contemplación de un desnudo no puede afectar negativamente a las posibilidades de desarrollo futuro de la sexualidad del menor («indemnidad sexual»).

3.1.2 Puede decirse que el denominador mínimo común del concepto de bien jurídico está en que debe tratarse de una realidad social relevante cuya lesión constituya el delito.

El concepto de bien jurídico fue desarrollado en Alemania por Birnbaum, primero en un artículo publicado en 1834, y establecido definitivamente por la obra del importante penalista Binding a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Sin embargo, ambos autores usaron este concepto de modo divergente al concepto crítico de bien jurídico de la actualidad. Birnbaum pretendía encontrar –según la mayoría de sus intérpretes– una definición material de delito para determinadas infracciones que no podían explicarse –como era común en aquel momento– como lesiones de derechos subjetivos (Feuerbach), mientras que Binding tenía un entendimiento completamente positivista (es bien jurídico aquello que el ordenamiento resuelve proteger) del mismo; es decir, que no pretendían establecer un concepto crítico de bien jurídico.

El bien jurídico, en cuanto valor adscrito por el ordenamiento jurídico a una determinada realidad social, no es idéntico con el objeto material del comportamiento delictivo. De hecho, los bienes jurídicos que están detrás de las distintas infracciones criminales pueden mostrar características muy diversas: por un lado, pueden coincidir con los objetos materiales concretamente afectados por la conducta típica (como en el caso de la vida o la salud humanas, bienes jurídicos de los delitos de homicidio y lesiones [arts. 138 y ss. y 147 y ss. CP]), referirse a una relación (jurídica) ideal (como es el caso de la propiedad, protegida por el delito de hurto [art. 234 CP]) o a valores institucionales como el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia (bien

jurídico del delito de prevaricación [dictar resolución injusta a sabiendas] judicial [art. 446 CP]).

Conforme a estas definiciones mayoritarias, entonces, bienes jurídicos pueden ser tanto realidades sociales de carácter individual como la vida, la salud y la propiedad, cuya protección, como es evidente, resulta indispensable para el mantenimiento del orden social. Sin embargo, también son bienes jurídicos aquellas otras «condiciones de la vida social» que no pueden atribuirse a un ciudadano concreto, sino que son elementos colectivos, del propio sistema social, que garantizan su subsistencia: el correcto funcionamiento de la Administración pública o de Justicia (atacado por delitos como el cohecho [arts. 419 y ss. CP] o la prevaricación judicial, respectivamente). Una sociedad moderna no puede funcionar si los miembros de la Administración son venales o los tribunales dictan sentencias contrarias a Derecho a sabiendas.

3.2 Campos de tensión

El denominador común de los problemas con los que se encuentra –sobre todo, en los últimos tiempos– la concepción de la exclusiva protección de bienes jurídicos está en que su alcance concreto se desdibuja, se espiritualiza, poniendo en riesgo, por esa indeterminación, su capacidad para cumplir la función de ser una medida crítica con la que examinar la legislación penal positiva. A continuación se examinan los campos más importantes en los que este fenómeno se manifiesta; como se verá, las respectivas problemáticas se solapan, presentando el mismo problema de la falta de concreción desde distintas perspectivas.

3.2.1 DERECHO PENAL Y MORAL: BIENES JURÍDICOS

A) El primer campo en el que se produjo la crítica ilustrada contra el Derecho Penal del Antiguo Régimen fue la separación de la moral –y, muy especialmente, de la religión– del Derecho en el ámbito penal. Se trata, por tanto, de que los bienes sean estrictamente jurídicos.

De acuerdo con la idea de que el Estado, gobernado por la voluntad popular –y no por una revelación trascendente– debía ser laico, no vinculado a una religión concreta –considerada, en su caso, un asunto personal de cada ciudadano–, también debía separarse con claridad el delito del pecado. Por ello, una de las primeras medidas de la política penal de la Ilustración triunfan-

te fue eliminar el delito de blasfemia y otras traslaciones al ámbito criminal de conductas estrictamente vinculadas al orden religioso [en España, como tal –sin la afectación a personas concretas (*vid.* actualmente los delitos de los arts. 522 y ss. CP, contra los «sentimientos religiosos»)–, el delito de blasfemia fue derogado mediante LO 5/1988].

B) La lógica de la separación de Derecho y moral también se extiende a concepciones exclusivamente morales sin contenido religioso, a lo que cabe denominar moral social: se afirma que la mera infracción de normas sociales de (exclusivo) carácter moral no puede considerarse lesión de un bien jurídico. El ejemplo aducido en este contexto con mayor frecuencia por los partidarios de la teoría del bien jurídico está en la moral sexual colectiva, cuya protección se ha ido sustituyendo en las décadas pasadas por la de la autodeterminación sexual de los ciudadanos individuales. Sin embargo, siempre existe la tendencia a recurrir al Derecho Penal para marcar esa moral colectiva, más allá de la lesión de intereses concretos: así, por ejemplo, precisamente en este ámbito se pena, desde la LO 1/2015, la tenencia o el mero acceso a «pornografía infantil virtual» (art. 189.5 CP), es decir, poseer o ver imágenes artificiales (generadas por medios informáticos) en las que se represente a personas menores de 18 años en un contexto sexual, obviamente, sin que nadie haya sido abusado para la producción de ese material.

3.2.2 DERECHO PENAL Y POLÍTICA: DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y SENTIMIENTOS COLECTIVOS

A) La problemática de la falta de determinación –de falta de conexión con un interés social aprehensible– del concepto de bien jurídico se manifiesta no solo en relación con valores morales, sino con otros elementos colectivos que tienen que ver con la comunicación política en una determinada sociedad. En este contexto, se plantea hasta qué punto hay un bien jurídico –y, por lo tanto, existe una criminalización legítima– en delitos que implican determinadas manifestaciones que afectan –como cabe formular– a sentimientos colectivos.

Así, cabe preguntar ¿cuál es el bien jurídico protegido por el delito de provocación al odio hacia determinados grupos de población (art. 510 CP), o en el delito de justificación de los delitos de genocidio (art. 607.2 CP) o de exaltación del terrorismo (art. 578 CP)? Si se parte de que ni los animales ni los muertos son titulares de derechos (y, de momento, aun habiendo alguna resolución judicial que reconoce cierto estatus de personalidad a primates en

varias jurisdicciones, esto es así: los animales –ya– no son cosas, pero aún no sujetos de Derecho) ¿qué bien jurídico queda protegido por el delito de maltrato de animales (art. 337 CP) o el de profanación de cadáveres (art. 526 CP)?

B) Para evaluar críticamente esta clase de delitos, Hassemer ha elaborado el concepto de «Derecho Penal simbólico»: no existiría en estos casos un verdadero bien jurídico protegido, sino una utilización meramente simbólica, y por ello, ilegítima del ordenamiento penal.

C) Otro modo de plantear la problemática que generan estas infracciones –más allá de las características del Derecho Penal simbólico–, es inquirir si no podría tratarse, en este ámbito, de la protección de sentimientos colectivos en cuanto bienes jurídicos (cuestión analizada últimamente sobre todo por Hörnle). Desde esta perspectiva, en la base del delito de maltrato de animales estaría la protección del sentimiento de compasión hacia los animales, en el de profanación de cadáveres, del sentimiento de piedad hacia los muertos, o en los delitos de manifestación de opiniones discriminatorias o de ensalzamiento de delitos terroristas, la protección del sentimiento social de rechazo hacia las ideologías que están en la base de esas conductas.

3.2.3 DERECHO PENAL Y AUTONOMÍA: AUTOLESIÓN Y PATERNALISMO

Otro punto conflictivo para el postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos puede estar en la criminalización de formas de cooperación a una autolesión. Como es evidente, existe una lesión de un bien jurídico, en términos naturales, cuando es el propio titular del bien jurídico quien lo daña, como, por ejemplo, en el suicidio o en las autolesiones. Sin embargo –y a diferencia de otras épocas históricas, en las que, por ejemplo, el suicidio era no solo pecado, sino también delito–, es evidente, en una sociedad secular y pluralista que la autolesión no puede implicar una lesión de un bien jurídico, ya que éste existe en función de los intereses individuales. Si es el propio titular de un bien personal el que decide de modo responsable –es decir, con conocimiento de causa y siendo una persona capaz– afectar a ese bien, no existe lesión de un bien jurídico, sino ejercicio de la autonomía que le corresponde en virtud del principio del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10 CE.

Sin embargo, la situación no es tan clara en aquellos supuestos en los que el titular del bien recibe la ayuda de un tercero. En estos casos, el ordenamiento conoce diversos supuestos en los que, si bien no castiga al propio titular del bien, sí pena a quien auxilia a otro a realizar un ejercicio autolesivo de su autonomía. La cuestión que aquí se plantea es en qué medida las motivaciones

paternalistas (es decir, que quieren proteger a un ciudadano por encima de su propia voluntad) que animan al legislador pueden considerarse legítimas; en qué medida existe la lesión de un bien jurídico en estos supuestos.

En el Derecho Penal vigente existen diversas infracciones que pueden generar fricciones con la autonomía. De modo destacado, las restricciones a la cooperación al suicidio (autorresponsable) que están implícitas en la punición de diversas conductas de auxilio (art. 143.2 y 3 CP), y, muy especialmente, cuando éstas se reprimen en un contexto de eutanasia (art. 143.4 CP), así como la poco clara regulación del consentimiento en las lesiones (art. 155 CP). También puede verse en este contexto la represión penal de las conductas de tráfico de drogas (arts. 368 y ss. CP), aunque en España la tenencia de éstas para el autoconsumo no es delictiva, en la medida en que se dificulta –mediante penas muy severas– lo que puede estimarse un mero modo de vida autolesivo mediante la protección del bien jurídico colectivo «salud pública».

3.2.4 DERECHO PENAL Y ESTRUCTURA SOCIAL: BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

Como ya se ha adelantado –y ha podido observarse en los campos de tensión mencionados hasta ahora–, en muchas ocasiones la falta de determinación, y, por ello, de capacidad crítica del concepto de bien jurídico se manifiesta en bienes jurídicos colectivos vaporosos. Vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos individuales indubitados, los delitos que incorporan esos bienes jurídicos colectivos se presentan como infracciones de peligro, concretamente, como delitos de peligro abstracto (pues no es necesario que exista un peligro concreto para un bien jurídico de un ciudadano identificable, sino que basta la peligrosidad estadística –por ejemplo: el riesgo estadístico que emana de conducir bajo los efectos del alcohol, un delito tipificado en la mayoría de los países de nuestro entorno–, o el efecto de acumulación de muchas conductas sumadas). Así, por ejemplo, los delitos contra la seguridad vial (arts. 379 y ss. CP) o los delitos contra la seguridad colectiva (arts. 341 y ss. CP) afectan a esos dos bienes jurídicos colectivos, pero la justificación material de su existencia reside en que aquellos suponen un peligro para bienes jurídicos individuales, como la vida o la salud. Materialmente considerados, por lo tanto, los delitos contra bienes jurídicos colectivos suponen la anticipación de la intervención penal: en vez de esperar a que se produzca una lesión concreta, el ordenamiento opta por castigar ya conductas que generan un peligro para los bienes concretos.

La norma penal pasa así, en primer lugar (Jakobs), de una administración descentralizada (diciendo al ciudadano: organízate como deseas, pero que de tu organización no surja tal o cual lesión) a una administración centralizada del comportamiento (sin referencia al bien jurídico individual que está detrás: no superes la velocidad V con un vehículo a motor; no emitas más que X microgramos de la sustancia Y en la actividad regulada Z): la anticipación de la barrera de punición del Derecho Penal que implican los bienes jurídicos colectivos produce una reducción de las alternativas de comportamiento.

En segundo lugar, el ordenamiento penal pasa de una orientación retrospectiva, de sanción del daño social ya producida, a una orientación prospectiva, de evitación del daño futuro, anticipando la protección de los bienes jurídicos al momento en el que aún no se ha producido la lesión, sino solo existe un riesgo.

3.3 Críticas a la teoría del bien jurídico

Se ha observado que son numerosos los campos en los que la teoría de la definición del concepto material de delito con base en el concepto de bien jurídico tropieza con dificultades: tanto a la hora de explicar el Derecho Penal vigente, como a la hora de cumplir la función de instrumento crítico de evaluación del mismo que le asignan sus partidarios. De hecho, su hegemonía no es ya incontestada: a pesar de su claro predominio en la doctrina, desde distintas posiciones –sin renunciar por ello a plantear exigencias críticas al ordenamiento penal vigente– se pone en duda que pueda desempeñar el papel de ser el elemento central de legitimación de la criminalización.

3.4 Alguna conclusión

Con independencia de cuál sea, en última instancia, el potencial crítico de la teoría del bien jurídico, la realidad actual del Derecho Penal en Occidente muestra que predomina en el discurso expreso la constante referencia a la seguridad, es decir, a la prevención fáctico-policial como fin de la aprobación de normas que establecen o agravan infracciones criminales (o recortan el estatuto procesal del imputado). Diversas líneas de fuerza de la evolución político-criminal convergen en la prevención fáctica como único criterio de la legislación penal, es decir, que la única legitimación del sistema penal estaría en un supuesto saldo de delitos evitados. En efecto: si algo ha mostrado el debate

generado en los últimos años acerca del concepto del «Derecho Penal» del enemigo, es que la estrella en el arsenal argumentativo a favor de reglas completamente distintas para los «enemigos» está en la cuestión de la peligrosidad de los actos de los delincuentes y en la consiguiente necesidad de su prevención instrumental.

Así las cosas, un análisis crítico de esta evolución debe tener en cuenta que, en primer lugar, ningún criterio de análisis de legitimidad de la legislación penal puede proporcionar una especie de vacuna frente a extensiones inadecuadas del sistema penal. En segundo lugar, debe tener presente que un entendimiento erróneo, prospectivo e ilimitado del elemento del daño social –la idea de que el Derecho penal, como la policía, solo debe prevenir delitos– conduce a una expansión sin límites del ordenamiento penal.

4. INTERVENCIÓN MÍNIMA Y PROPORCIONALIDAD

4.1 **Concepto y definiciones: Fragmentariedad, subsidiariedad y proporcionalidad**

Si hasta ahora se han examinado exigencias cualitativas que plantea la idea general de la lesividad social como requisito de un concepto material de delito (que se trate de un hecho, que éste lesione un bien jurídico), éstos requisitos quedarían en nada si no vienen complementados por una determinación de la intensidad que debe alcanzar el hecho lesivo del bien jurídico.

Para caracterizar la necesidad de una afectación de cierta intensidad, se habla de la doble fragmentariedad del Derecho Penal: éste debe reaccionar solo frente a las agresiones más graves producidas contra los bienes jurídicos más importantes. Esta exigencia de doble limitación de la intervención penal deriva, desde la perspectiva del ordenamiento en su conjunto, del principio de subsidiariedad, es decir, de la consideración de que el Estado solo debe acudir a las sanciones –más graves– del Derecho Penal cuando otras instancias (autorregulación, Derecho Civil, Derecho Administrativo) fracasan en la regulación de la materia: el Derecho Penal se constituye en ultima ratio del ordenamiento jurídico.

En su conjunto, ambas ideas se funden en el postulado de la intervención mínima del Derecho Penal y encuentran su fundamento jurídico general en el principio de proporcionalidad.

4.2 Proporcionalidad

4.2.1 Conforme al principio de proporcionalidad, de valor constitucional y que afecta a toda intervención limitadora de derechos por parte del Estado, ésta solo puede quedar justificada si resulta

- idónea, es decir, si la amenaza de pena puede contribuir a la protección del bien jurídico en cuestión;
- necesaria, esto es, si el recurso a la sanción penal resulta imprescindible para asegurar el efecto social perseguido;
- proporcional (en sentido estricto), es decir, en la medida en que de una comparación entre el desvalor del hecho delictivo y la pena se colija que la sanción elegida resulta adecuada.

Como se acaba de indicar, se produce así un anclaje del principio de lesividad social en el sistema constitucional de control de toda intervención del Estado en los derechos individuales. Por ello, también puede pensarse, a la inversa, que en realidad todo el aparato conceptual, examinado hasta el momento, de la exclusiva protección de bienes jurídicos, es consecuencia del principio de proporcionalidad.

4.2.2 En todo caso, al tratarse de un principio constitucional, se plantea la delicada cuestión de en qué medida la concreta aplicación del principio de proporcionalidad por parte del legislador permanece en el ámbito de decisión del legislador ordinario, y cuándo, por el contrario, pasa a infringir la Constitución. En la importante STC 136/1999, de 20 de julio (caso Mesa Nacional Herri Batasuna), el Tribunal Constitucional compendia su posición sobre el principio de proporcionalidad:

«El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir en esta sede de “la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática [...]. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad” que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para

el que “ha de atender no solo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.– y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena» (STC 55/1996, fundamento jurídico 6.º)” (STC 161/1997, fundamento jurídico 9.º).»

4.3 **Práctica de la intervención mínima: Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador**

Para observar, en realidad, cómo funciona –y cuáles son los problemas– del principio de intervención mínima, el punto decisivo está en sus relaciones con el otro instrumento sancionador del Estado: el Derecho Administrativo.

4.3.1 DIFERENCIACIÓN

A primera vista, parece que no puede haber aquí ningún problema y que sanciones administrativas y penas criminales son dos ámbitos claramente diferenciados. Sin embargo, la consideración de ambos sectores como compartimentos estancos ha desaparecido de la práctica ante la evolución legislativa de las últimas décadas que se ha ido mencionando. Ahora, por el contrario, es perfectamente posible que un asunto relacionado con un vertido contaminante se sustancie, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, ante la autoridad administrativa, pero también que el mismo asunto acabe en un juzgado de instrucción, produciéndose una acusación contra los posibles responsables por un delito contra el medio ambiente. La expansión del Derecho Penal de los últimos tiempos ha tenido lugar, en gran medida, a través de bienes jurídicos colectivos –antes mencionados– en los que de algún modo queda implicada la Administración pública.

Al margen de la aplicación del principio *ne bis in idem* cuando concurren ambas clases de sanciones –a efectos de evitar una doble sanción cuando el

fundamento de la sanción administrativa y de la pena sea el mismo—, la confluencia entre ambos mundos plantea enormes problemas cuando faltan los límites claramente fijados que antes se mencionaban. Estas dificultades, en última instancia, son debidas a una relación entre ambos sistemas sancionatorios que está en continuo movimiento, un movimiento que es debido a las espectaculares transformaciones del Derecho Penal en los últimos tiempos y que replantean la vieja cuestión de la naturaleza jurídica de delito e infracción administrativa.

4.3.2 CONFUSIÓN

Esta propuesta de delimitación mayoritaria no casa, sin embargo, de ningún modo con el Derecho positivo de hoy. También hay un proceso de administrativización del Derecho Penal —una «patología que desnaturaliza las características esenciales del Derecho Penal» (Feijoo Sánchez)— como parte de la actual expansión del ordenamiento penal, es decir, una evolución en la que el Derecho Penal se extiende hacia sectores de regulación en los que se pretende no reaccionar frente a una lesión inequívoca de un bien jurídico claramente delimitado, de carácter personal, sino, como antes se ha señalado, evitar conductas que generan un riesgo para bienes jurídicos difusos y de carácter colectivo.

De nuevo, resulta especialmente clara —por extrema— la situación en los EE. UU., en los que la expansión de las normas penales de carácter administrativo (*regulatory offenses*) ha llegado mucho más lejos que en el ámbito continental:

«... existe una fuerte tendencia a criminalizar meras infracciones administrativas, lo que ha conducido a la asombrosa cifra de unos 300.000 delitos» federales. El problema está en que el ordenamiento jurídico actualmente en vigor ha extendido la criminalización más allá de las tradicionales infracciones de *malum prohibitum*, hasta llegar a criminalizar conductas que solo son «lesivas» en el sentido de que son incómodas para los burócratas. En consecuencia, la mayoría de los reglamentos administrativos federales se convierten hoy de modo rutinario en delitos federales para otorgar a las autoridades administrativas mecanismos más potentes para hacer cumplir esas normas... Algunos ejemplos de casos concretos pondrán en claro lo que quiere subrayarse. Como es bien sabido, los individuos y las organizaciones deben proveer un gran número de informaciones a los Gobiernos federal, estatal y local. En algunos casos, el suministro de una información incorrecta constituye una infracción administrativa criminalizada... piénsese en un caso en el que un empleador, sin ser consciente de ello, no incluye toda la información requerida en un informe demandado por normas federales (en oposición a incluir información falsa a sabiendas en el informe). Podrá argumentarse que

esto daña de algún modo a la sociedad, pero es difícil apreciar cómo; y aunque así sea, el grado de la lesión es tan pequeño que nadie –incluso aquellos que dispongan de una información plena acerca de la necesidad de que se exija la información– pensaría que ese fallo llega al nivel de lesividad que merece la condena moral que tradicionalmente se asocia a una condena criminal. Si un sujeto de veinte años de apariencia adulta, provisto de documentos de identidad falsificados de alta calidad, compra una bebida alcohólica al encargado de un bar al que ha acosado para que se lo venda, la comunidad tendrá dificultades para considerar el acto de éste como criminal, aunque hay una norma legal de responsabilidad objetiva que establece la responsabilidad penal del encargado, y una norma legal de responsabilidad subsidiaria conforme a la cual el propietario del bar ausente también resulta responsable en términos similares» [Paul H. Robinson, *Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?*, Nueva York (Oxford), 2008, pp. 190 y s.].

Ante esta situación –que pone en cuestión todo el programa limitador de la idea de daño social como definición del delito– han surgido en la doctrina científica con fuerza voces (por ejemplo, Silva Sánchez), que reclaman volver a una diferenciación cualitativa, sustancial, entre sanciones administrativas y penas criminales e infracciones administrativas y delitos; no con la intención de despenalizar –es decir, privar de garantías– al Derecho administrativo sancionador, sino con la esperanza de construir un dique conceptual que permita diferenciar entre lo que puede ser delito y lo que debe permanecer en el ámbito de la sanción administrativa.

5. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

5.1 Concepto

A. El principio *non bis in idem* supone el derecho del ciudadano a no ser sancionado en más de una ocasión por el mismo hecho, y el paralelo mandato dirigido al Estado de no reiterar (*bis*) el ejercicio de su potestad sancionadora sobre el mismo hecho y sujeto con el mismo fundamento (*idem*). La manifestación más conocida de este principio se proyecta sobre la acumulación de sanciones de carácter administrativo y penal, de modo que evitar dicha duplicidad sancionadora constituye su finalidad fundamental.

En este tipo de casos de acumulación de sanciones administrativas y penales, la reiteración sancionadora se produce como consecuencia de la aplicación conjunta –paralela o sucesiva– de normas administrativas y penales que han tomado en consideración el mismo hecho para configurar el supuesto de hecho

de dos infracciones diferentes –una infracción administrativa y un delito–; pero también es consecuencia de la sustanciación de dos procedimientos sancionadores –un expediente administrativo y un proceso penal– en los que cada órgano sancionador aplica las normas que le vinculan e impone las sanciones en ellas previstas sin tener en cuenta la actuación del otro órgano sancionador.

Ejemplo. A, conduciendo su coche por su ciudad, se salta un semáforo en rojo pasando cerca de un peatón que en ese momento cruzaba la calzada por el paso de peatones; el policía municipal que presencia el hecho y toma nota de la matrícula, realiza el correspondiente informe con el que se inicia un expediente sancionador que da lugar a la imposición al conductor del vehículo de una multa, por considerarse infringido el artículo 65.4.k de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RDley 339/1990, de 2 marzo). Paralelamente, el policía informa del hecho al fiscal, iniciándose un proceso penal por delito de conducción temeraria del artículo 380.1 CP que concluye con la imposición de la pena prevista en el mismo.

Sin embargo, ni la actuación de dos órganos sancionadores diferentes, ni la aplicación de dos órdenes normativos distintos constituyen presupuestos de la acumulación de sanciones, ni, consecuentemente, de la aplicabilidad del principio *ne bis in idem*. También un mismo órgano sancionador puede infringir el mandato de no reiteración sancionadora. Así sucede, por ejemplo, cuando un mismo hecho ha sido tenido en cuenta por el legislador para configurar la conducta típica de dos delitos y el órgano judicial penal condena a las penas correspondientes a ambos delitos. A la evitación de este tipo de *bis in idem* se dirigen las reglas del concurso de normas del artículo 8 CP, cuya aplicación debe conducir a la selección de la norma autosuficiente para abarcar todo el desvalor jurídico-penal del hecho. Un ejemplo de esto último se encuentra en la STC 154/1990, de 15 de octubre, en la que el Tribunal Constitucional declaró la vulneración del derecho a no ser sancionado doblemente por un mismo delito por haberse impuesto al autor de un robo con toma de rehenes las penas de: doce años de prisión por el robo con toma de rehenes, y una pena de doce años y un día de reclusión por cada delito de detención ilegal.

B. Si bien la interdicción de incurrir en *bis in idem* se proyecta en primer término sobre la duplicidad de sanciones, el Tribunal Constitucional (SSTC 159/1987, de 26 de octubre; 2/2003, de 16 de enero) y la doctrina (Vives Antón, Pérez Manzano) han reconocido autonomía a una segunda garantía conectada con este principio: la prohibición de doble proceso o doble enjuiciamiento; conforme a esta garantía, una vez que un sujeto ha sido juzgado por un hecho, no puede ser juzgado de nuevo por el mismo hecho. Para identificar esta segunda garantía se utiliza la denominación *ne bis in idem procesal*, frente a la de *ne bis in idem material* con la que se conoce la reiteración de sanciones. Esta garantía se vincula con el

respeto de la cosa juzgada, que forma parte del contenido protegido por el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), y que tiene su fundamento en la seguridad jurídica. De conformidad con la jurisprudencia constitucional (STC 2/2003), esta garantía tiene su ámbito de aplicación prioritaria en el proceso penal, aplicándose solo excepcionalmente a aquellos procedimientos administrativos que por su entidad y efectos en los derechos del expedientado sean equiparables a los procesos penales. De otra parte, la jurisprudencia europea admite que la sustanciación paralela o sucesiva de procedimientos puede no vulnerar la prohibición si los dos procedimientos han tenido «conexión temporal y material suficiente». Dicha conexión se da siempre que los procedimientos persigan el mismo objetivo, los medios utilizados para alcanzarlo sean complementarios, los procedimientos tengan conexión temporal, y las posibles consecuencias sancionadoras estén organizadas de forma que «el tratamiento de la conducta sea proporcionado y previsible para el afectado» (STEDH, Gran Sala, de 15 de noviembre de 2016, *asunto A y B c. Noruega*, párr. 123, 130).

5.2 Reconocimiento legal y jurisprudencial

Si bien la Constitución española no contiene una cláusula de reconocimiento expreso de este principio, la jurisprudencia constitucional ha admitido su relevancia como garantía del ciudadano en el marco del derecho a la legalidad sancionadora del artículo 25.1 CE (SSTC 2/1981, de 30 de enero; 177/1999, de 11 de octubre; 2/2003, de 16 de enero), dado que sí goza de reconocimiento expreso en los convenios internacionales de derechos humanos (arts. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996, 4 del Protocolo 7 –de 1984– del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de 1950, y 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

La legislación penal tampoco contiene una regulación expresa de carácter general que proscriba el *bis in idem*, si bien existen algunas disposiciones tendentes a evitar la duplicidad de sanciones penales: el artículo 8 CP ya mencionado, referido a las reglas para resolver el concurso de normas; y el artículo 67 CP que impide agravar la pena, de conformidad con las reglas previstas a tal efecto en el artículo 66 CP, si la circunstancia de agravación ha sido tenida en cuenta por el legislador al describir o sancionar la infracción ya aplicada o si es de tal manera inherente al delito que sin su concurrencia este no se podría cometer.

El legislador ha consagrado el principio *non bis in idem* en la legislación administrativa. Así, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen del Sector Público, establece en su artículo 31.1 que «[n]o podrán sancionarse los hechos que

lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento».

5.3 Fundamento de la prohibición

El principio *non bis in idem* tiene una vinculación estrecha con los principios de proporcionalidad y legalidad. De un lado, imponer más de una sanción por el mismo hecho supone imponer una sanción desproporcionada, que no se atiene al juicio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la consecuencia jurídica realizado por el legislador, por lo que constituye un exceso punitivo. De otro lado, la imposición de una ulterior sanción por el mismo hecho infringe el principio de legalidad de las penas –o sanciones–¹, pues la segunda o ulteriores sanciones, acumuladas a la primera, configuran una sanción global que no es la prevista en la ley penal para el hecho y que, por consiguiente, resultaba imprevisible para el ciudadano en el caso concreto (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3.a).

5.4 Requisitos: La triple identidad

El principio despliega su eficacia solo cuando se aprecia triple identidad: de hecho, fundamento y sujeto.

A) Identidad de hecho. Se discute si el hecho debe entenderse como hecho natural o como hecho en sentido normativo. Conforme al primero, la identidad se determina a partir de parámetros espacio-temporales, mientras que de acuerdo con el segundo la comparación requiere tomar en consideración el modo en que las normas han acotado la realidad y han configurado el supuesto de hecho que representa un determinado desvalor jurídico.

En la mayoría de las sentencias del Tribunal Constitucional se observa un enfoque normativo (por todas, SSTC 154/1990, de 15 de octubre; 77/2010, de 19 de octubre). Y también la doctrina española, incluso procesalista, suele afirmar, como sostuvo ya Gómez Orbaneja que «los hechos solo pueden identificarse como objetos procesales si se les contempla con una especie de mirada jurídica»; sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizan un concepto totalmente naturalista. La STJUE de 9 de marzo de 2006, asunto Van Esbroeck, sostuvo que se trata de la «identidad

¹ V. Capítulo II.3.

de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido». Este concepto ha sido asumido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de la STEDH de 10 de febrero de 2009, asunto Zolotoukhine c. Rusia.

B) Identidad de fundamento. Por fundamento se entiende tanto la razón o el objetivo perseguido por las sanciones en abstracto (retribución o prevención), como las finalidades específicas de las mismas (la perspectiva de defensa social –STC 159/1985, de 27 de noviembre FJ 3–, el interés jurídico –STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2– o el bien jurídico –STC 270/1994, de 17 de octubre, FJ 8– protegidos por las normas que prevén ambas sanciones).

C) Identidad de sujeto. La identidad requerida para que el principio despliegue su eficacia exige también la identidad de sujeto sancionado, de modo que, naturalmente, este principio no impide sancionar a los distintos partícipes de un delito. Tampoco impide, según la doctrina mayoritaria, la imposición de sanciones administrativas a empresas y penas a sus administradores o representantes legales, ni la imposición de penas a la persona jurídica y a sus administradores con base en el mismo delito.

5.5 El alcance de la reiteración prohibida

A) El principio *non bis idem* impide la acumulación de sanciones, pero no la adición de otras consecuencias jurídicas negativas al mismo sujeto, como por ejemplo, la indemnización civil para reparar el daño causado a la víctima de la infracción.

B) Si bien tradicionalmente se ha venido entendiendo que de este principio deriva la imposibilidad de imposición de más de una sanción, el Tribunal Constitucional español ha realizado una interpretación restrictiva del *bis in idem* material, desde la STC 2/2003, de 16 de enero. Esta interpretación se sustenta en la vinculación de este principio con el de proporcionalidad y la prohibición de exceso, e implica que este principio no impediría la mera condena a una pluralidad de sanciones, sino el padecimiento efectivo de varias sanciones. El Tribunal Constitucional ha sostenido que no se vulnera este principio y las garantías comprendidas en el artículo 25.1 CE, si el órgano judicial penal, que actúa con posterioridad a la Administración, impone una pena al mismo sujeto por el mismo hecho y con base en el mismo fundamento, pero descuenta la cuantía de la multa, ya impuesta por la Administración, de la pena de multa.

La técnica del descuento o abono tiene su origen en las SSTJUE de 5 mayo de 1966 (asunto Gutmann) y de 13 de febrero de 1969 (asunto Wilhelm), y se ha ido imponiendo en la legislación sancionadora comunitaria, como cláusula de cierre. Esta técnica también inspira la legislación procesal en los casos de *bis in idem* internacional, en los que no se impide un nuevo enjuiciamiento si se descuenta la pena ya impuesta [art. 23.2.c) LOPJ, y STS 380/2003, de 22 de diciembre]. Ahora bien, ha de advertirse que esta técnica no resuelve todos los problemas –por ejemplo no puede resolverlos cuando las sanciones tienen distinta naturaleza y efectos– por lo que no puede concebirse como una regla general, sino como una solución puntual para aquellos casos en los que el *bis in idem* no puede ser evitado de otro modo (cláusula de cierre).

LECTURAS RECOMENDADAS

- CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿“Derecho Penal” del enemigo?», en Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (coord.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid y Buenos Aires-Montevideo (Edisofer/BdF), vol. 1, 2006, pp. 341 a 382.
- HEFENDEHL, R. (ed.) *et al.*, *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid (Marcial Pons), 2007.
- JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid (Civitas), 1997, pp. 293 a 324.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Principio de proporcionalidad», en Molina Fernández (coord.), *Memento Penal*, Madrid (Lefebvre), 2018, n. m. 710 a 737.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona (Reppertor), 2015 (10.^a ed.), 4/44 a 55, 4/73 a 76.
- PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- *Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer bis in idem al hilo de la STC 2/2003 de 16 de enero*, La Ley, 2003.
- ROXIN, C., «Derecho Penal. Parte General», tomo I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid (Civitas), 1997 (reimpr. 2008; 2.^a ed. alemana), § 2, § 6.

CUESTIONES

1. ¿Qué es el «concepto material de delito»?
2. Defina brevemente el concepto de bien jurídico. Ponga ejemplos.

3. ¿Cuáles son los rasgos básicos de la jurisprudencia constitucional respecto del principio de proporcionalidad?

4. ¿Qué diferencias y similitudes cabe apreciar entre Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal?

5. La empresa Robledo SA, fue declarada responsable de un delito contra el medio ambiente por realizar vertidos contaminantes en el Arroyo Fontarrón, y condenada a la pena de multa de un año, así como a la suspensión de sus actividades durante dos años. En el mismo procedimiento, don José María Robledo, administrador y propietario del 90% de las acciones de la empresa, fue declarado culpable del delito por haber dado la orden de realizar los vertidos contaminantes, y condenado a las penas de dos años de prisión, multa de un año, e inhabilitación especial para la profesión durante 2 años. Asimismo, empresa y administrador, fueron condenados solidariamente al pago de dos millones de euros en concepto de responsabilidad civil. Reflexione sobre la eventual vulneración del principio *ne bis in idem*.

CAPÍTULO IV
PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL (III)

MERCEDES PÉREZ MANZANO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid
(epígrafes 1 a 4)

MANUEL CANCIO MELIÁ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid
(epígrafe 5)

SUMARIO: 1. *El principio de culpabilidad.* 1.1 Enunciado. 1.2 Garantías inherentes al principio de culpabilidad. 1.2.1 Responsabilidad personal por el hecho. 1.2.2 Responsabilidad subjetiva. 1.3 Fundamento.–2. *Principio de igualdad.* 2.1 Enunciado y manifestaciones. 2.2 La igualdad penal en la jurisprudencia constitucional. 2.2.1 La igualdad ante la ley penal. 2.2.2 La igualdad en la aplicación de la ley.–3. *El principio de humanidad de las penas.* 3.1 Penas inhumanas por su naturaleza. 3.2 Penas inhumanas por su magnitud. 3.3 Penas inhumanas por su forma de ejecución.–4. *El «mandato» constitucional de reeducación y reinserción social.*–5. *Tendencias actuales de política criminal.* 5.1 Introducción. 5.2 Descripción: La expansión del Derecho Penal y sus causas. 5.3 Bases para una valoración: Derecho Penal simbólico, «Derecho Penal» del enemigo y prevención fáctica. *Lecturas recomendadas. Cuestiones.*

1. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

1.1 Enunciado

El principio no hay pena sin culpabilidad es uno de los pilares esenciales de un Derecho Penal respetuoso con la dignidad humana y con los valores del Estado democrático de Derecho. En el contexto político-criminal y de legitimación del Derecho Penal, la culpabilidad a la que alude este principio no se identifica con la categoría dogmática o con el elemento del delito «culpabilidad» –que, básicamente, se refiere al juicio de reproche e imputación de una conducta a su autor–, ni tampoco con la declaración de culpabilidad en el proceso –que requiere la prueba en juicio, más allá de toda duda razonable, de la participación en el hecho del sujeto, esto es, la destrucción de su presunción de inocencia–, aunque tenga conexión con ambos conceptos. El término culpabilidad se utiliza en un sentido amplio, reflejando la necesidad de que la pena se imponga solo al sujeto a quien puede responsabilizarse del delito.

El contenido esencial de este principio reside en que solo es legítimo imponer una pena si entre el autor y el hecho media una vinculación subjetiva en condiciones de normalidad. Por ejemplo, no podría responsabilizarse de un delito a quien padece una enfermedad mental que le impide comprender el significado de su acto o dirigir su propia conducta de acuerdo con dicha comprensión, o a quien no conoce el hecho o su valoración por el Derecho de forma invencible –esto es, sin que ni él ni nadie en su lugar pudiera superar tal desconocimiento–. El principio de culpabilidad en este primer contexto remite al conjunto de condiciones que reflejan dicha vinculación subjetiva. Estas condiciones pueden agruparse en dos bloques: las garantías relativas a la responsabilidad personal por el hecho (I.2.1); y las relativas a la vinculación subjetiva entre el autor y el hecho (I.2.2).

Pero al principio de culpabilidad también se le asignan, por un sector amplio de la doctrina, funciones en la determinación e individualización de la pena; esto es, en la determinación de qué cantidad de sanción penal es legítima. En este segundo contexto, del principio de culpabilidad deriva la necesidad de que la pena sea adecuada a la gravedad de la culpabilidad del sujeto manifestada en el hecho, o la relativa a que la pena no supere el límite máximo de la magnitud de la pena que es ajustada a la culpabilidad, aunque la necesidad de prevenir nuevos delitos en general o en referencia al autor (prevención general y especial)¹ avalaran una extensión mayor de la misma (Roxin).

¹ V. Capítulo VII.2

El término culpabilidad se refiere en este contexto no solo a las circunstancias relativas a la responsabilidad personal y subjetiva del autor sino también a la gravedad del hecho derivada de su propia lesividad, de modo que a mayor lesividad, mayor culpabilidad. Desde esta perspectiva, existen dudas de que las agravantes de reincidencia y multirreincidencia respeten el principio de culpabilidad, pues realizar un nuevo hecho no implica mayor culpabilidad derivada de la propia lesividad del hecho. El Tribunal Constitucional declaró, no obstante, la compatibilidad de la primera con la Constitución (STC 150/1991, de 4 de julio FJ 4).

1.2 Garantías inherentes al principio de culpabilidad

Expuesto de modo sintético, el principio de culpabilidad exige que la pena se imponga solo por el hecho, que es propio, y al que está vinculado subjetivamente su autor en condiciones de normalidad, de modo que la pena refleje la magnitud de la culpabilidad. Aunque ningún precepto específico del Código Penal ni de la Constitución se refieren globalmente al principio de culpabilidad, sin embargo, las garantías anudadas al mismo se desprenden de distintos artículos del Código Penal, significativamente de los artículos 5, 10, 14, 19 y 20.1, 2 y 3, y el Tribunal Constitucional ha declarado en distintas ocasiones su rango constitucional, reconociendo de forma general su contenido.

1.2.1 RESPONSABILIDAD PERSONAL POR EL HECHO

A) Solo es legítimo responsabilizar a alguien por lo que hace y no por su personalidad, o por sus características psíquicas o físicas, ya que solo se puede reprochar e intentar prevenir aquello que depende de la voluntad del sujeto, lo que puede entenderse que está bajo su normal control o su autogobierno personal. De un lado, no es legítimo realizar un juicio negativo sobre el sujeto con base en circunstancias respecto de las que carece de control (sus características psíquicas, por ejemplo). Y, de otro, si el sujeto no puede dominar tales circunstancias –su personalidad– es inútil amenazarle con la imposición de una pena, pues se sancione o no al sujeto, dichas circunstancias permanecerán. Del principio de culpabilidad o responsabilidad por el hecho deriva el carácter ilegítimo del Derecho Penal de autor (STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4.a); esto es, la sanción no de modelos de conductas lesivas de bienes jurídicos, sino de tipos de autor, a los que se atribuye peligrosidad².

² V. Capítulo III.2.

Aunque pueda afirmarse que de alguna manera también la persona forja su propio carácter y que es posible modelar o autogobernar el propio carácter o personalidad, no por ello resulta legítimo responsabilizar penalmente por la personalidad o el carácter, ya que constituiría una injerencia estatal ilegítima; de un lado, mientras la personalidad no se manifieste en un hecho externo lesivo, no hay algo con suficiente trascendencia social para que sea proporcionada la restricción de la libertad o de los otros derechos que la pena comporta³; y, de otro, porque exigir una modificación de la personalidad (para adecuarse al Derecho y no ser penado) vulneraría el derecho al libre desarrollo de la personalidad amparado constitucionalmente (art. 10.1 CE).

B) El principio de culpabilidad requiere, además de que se sancionen solo hechos, que el hecho por el que se sanciona sea propio y no ajeno. Esta faceta del principio, a la que también se conoce como principio de responsabilidad personal, ha sido vinculada por el Tribunal Constitucional con el principio de legalidad del artículo 25.1 CE (STC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6). Objeto de este principio es evitar transferencias de responsabilidad y transferencias de pena –de efectos directos de la pena– a personas que carecen de responsabilidad alguna por el delito cometido. Un ejemplo de la quiebra de esta garantía se produce en los casos de responsabilidad colectiva, en los que se sanciona al sujeto por el mero hecho de la pertenencia al grupo sin haber tenido ninguna intervención en el hecho que se sanciona.

Ejemplos históricos de responsabilidad colectiva son la responsabilidad del padre de familia por hechos de sus hijos, que conocía el Derecho Romano, o el destierro de la familia por hechos de uno de sus miembros vigente en la Edad Media. La STC 60/2010, de 7 de octubre ha declarado que el carácter obligatorio de la imposición de la prohibición de aproximación a la víctima del artículo 57.2 CP no vulnera el principio de personalidad de las penas a pesar de que puede imponerse contra el consentimiento de la víctima, sobre quien recaen también sus efectos negativos sin haber cometido el hecho que fundamenta su imposición. El Tribunal Constitucional, partiendo de la diferenciación entre efectos propios –directos e inmediatos– de la pena y efectos externos –indirectos y mediatos–, sostiene que el principio de personalidad de la pena solo queda afectado si los efectos propios de la pena se impusieran a quien no ha cometido el delito; algunas penas tienen efectos indirectos en terceros y esto no las hace inconstitucionales; por ejemplo, la multa puede afectar el patrimonio y situación económica familiar.

³ V. Capítulo III.4.

1.2.2 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

A) El núcleo esencial del principio de culpabilidad reside en la necesaria vinculación subjetiva entre el hecho y su autor, pues dicha vinculación refleja la exigencia de que el hecho sea manifestación de la autonomía personal de su autor y de que habría podido evitar la comisión del delito y no lo evitó. Este requisito se recoge parcialmente bajo el enunciado no hay pena sin dolo o imprudencia del artículo 5 CP (y en cierto sentido en el art. 10 CP). De conformidad con esta máxima solo se puede hacer responder penalmente a un sujeto de aquellos hechos delictivos que son fruto bien de su conocimiento y voluntad (dolo), bien de la infracción de su deber de cuidado (imprudencia). Exigir una vinculación subjetiva entre hecho y autor supone desterrar la responsabilidad objetiva, es decir, la que se anuda a la existencia de una mera conexión objetiva –causal– entre el autor y el hecho realizado. El hecho o el resultado que es mero producto del azar o la casualidad no puede ser atribuido al sujeto involucrado en su producción, pues entre el hecho y su autor no media ningún tipo de nexo subjetivo y en esa medida no puede decirse que el hecho sea manifestación de su autonomía personal, ni que merezca la sanción penal.

Imaginemos el siguiente ejemplo: Cuando A conducía a menos de 50 kilómetros por hora por una calle de su ciudad, una repentina ráfaga de viento provocó el desprendimiento de un anuncio luminoso que se encontraba en la fachada de un edificio, cayendo sobre el vehículo. Debido al impacto del cartel sobre el coche, A perdió el control del vehículo estrellándose contra una moto que circulaba en sentido contrario ocasionando la muerte de su conductor. En este caso, A no ha ocasionado la muerte del motorista ni con conocimiento ni con voluntad de causarla, ni tampoco con imprudencia, pues la ráfaga de viento y el desprendimiento del anuncio luminoso eran imprevisibles (el cartel estaba perfectamente colocado para evitar su desprendimiento y nunca se había producido una ráfaga de viento de tal intensidad en ese lugar) y A conducía en el momento del desprendimiento de forma diligente. La muerte del motorista se produjo de forma fortuita, de modo que, aunque su conducta se conecta causalmente con la muerte del motorista, no existe ninguna vinculación subjetiva entre el hecho y el conductor.

La exclusión de la responsabilidad objetiva implica la de una de sus manifestaciones históricas más conocidas, el principio *versari in re illicita*, hoy eliminado del Código Penal. Conforme a este principio –*qui versari in re illicita respondit etiam pro casu*–, quien realiza una conducta inicial ilícita debe responder de todos los resultados producidos vinculados causalmente a dicha conducta inicial ilícita, con independencia de que éstos no hubieran sido conocidos y queridos, o de que ni siquiera hubieran podido ser previstos, ni consiguientemente, evitados por su autor.

Constituiría un supuesto de *versari in re illicita* hacer responsable al conductor del vehículo del ejemplo anterior, de la muerte del motorista por el solo hecho de conducir con el permiso de conducción caducado, que constituye una conducta ilícita. La exclusión de la responsabilidad objetiva y la exigencia de dolo o culpa ha sido asumida por la jurisprudencia constitucional como integrantes del principio de culpabilidad (en este sentido STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 164/2005, de 20 de junio, FJ 6).

La necesidad de vinculación subjetiva entre el autor y su hecho proyecta dudas sobre la legitimidad de la sanción penal de los hechos cometidos con *imprudencia inconsciente*, que es aquella en la que el sujeto no es siquiera consciente de que su conducta es peligrosa, pero podía y debía tener tal conciencia. Ello se analizará en Teoría Jurídica del Delito.

B) La posibilidad de responsabilizar a una persona por sus actos delictivos y de comprender éstos como manifestación de la autonomía personal, requiere que el sujeto cuente con la capacidad normal de conocer el significado jurídico de su conducta y de gobernarla. Ello se considera concurrente si el sujeto reúne un cierto grado de desarrollo y madurez personal (mayoría de edad penal) y ciertas capacidades –disposiciones– psíquicas en grado de normalidad (imputabilidad). De modo que, por ejemplo, si un niño de cuatro años tira por el balcón del cuarto piso en el que vive sus patines con la intención de prestárselos a su amigo que se encuentra en la calle, y los patines al caer golpean a un transeúnte causándole lesiones, no sancionamos penalmente al niño, pues un niño de cuatro años carece de la madurez suficiente para comprender el sentido de sus actos y para gobernarlos. La madurez y la capacidad para comprender la ilicitud de un hecho y de dirigir la propia conducta de acuerdo con dicha comprensión son presupuestos necesarios para poder responsabilizar al sujeto por su actuación, que se encuentran recogidos en los artículos 19 y 20.1, 2 y 3 del Código Penal. En estos casos, la vinculación subjetiva con el hecho, aunque se dé, no se considera normalmente establecida.

C) Tampoco hay vinculación subjetiva entre el autor y su acto en los casos de desconocimiento invencible de la ilicitud del hecho y dicha ausencia impide reprochar la conducta a su autor e imponerle una pena. Aunque la persona que actúa reúna las condiciones de madurez y capacidad psíquicas normales, para responsabilizarla de sus actos es necesario todavía que conozca el significado jurídico de su conducta, pues, si desconocía de forma invencible el carácter prohibido de la misma, carecía de razones para evitarla: si no podía haber hecho nada para saber que su conducta era delictiva (error invencible de prohibición), no tenía ningún motivo para abstenerse de realizarla; por ello el artículo 14.3 CP, prevé la exclusión de la responsabilidad penal en estos casos.

Ej: A, una mujer procedente de Senegal, recién llegada a España y sin hablar español, acude a un abogado, con una amiga que hace de traductora, a preguntar si está permitido abortar en España sin ninguna otra condición, después de transcurridas las 22 primeras semanas de embarazo. Ante la respuesta positiva, se somete voluntariamente a la interrupción de su embarazo de 23 semanas. A habría realizado un aborto creyendo que la conducta no era ilícita en España. Y su error sería invencible, pues ha acudido a una fuente fidedigna de información que le ha informado incorrectamente. Ni el error ni, por tanto, la actuación ilegal le serían reprochables. En Derecho penal no rige la regla civil que establece que «la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento».

D) De la misma manera, a quien actúa en una situación excepcional no se le exige adecuar su conducta al Derecho, pues en dichas circunstancias o bien no es posible que el sujeto controle su conducta o bien resulta desmedido exigiéndolo: el Derecho no puede exigir al ciudadano normal conductas heroicas. Por ejemplo, quien movido por un miedo insuperable de morir asesinado por una organización de narcotraficantes accede a transportar droga para ellos, se le puede aplicar la causa de exclusión de la responsabilidad prevista en el artículo 20.6 CP. En estos casos, no se trata de que no exista vinculación subjetiva entre quien actúa y su hecho, pues el sujeto realiza la conducta con consciencia de la misma, sino que se trata de que dicha vinculación no se ha configurado en circunstancias normales. Es la excepcionalidad de las circunstancias la que fundamenta que no se le exija una actuación distinta al sujeto.

1.3 Fundamento

El principio de culpabilidad se vincula con la dignidad humana, conforme a la cual el ser humano debe ser tratado como persona –dotado de autonomía–, como un fin en sí mismo y no como instrumento para obtener fines sociales, por muy plausibles que éstos sean. De estos postulados básicos deriva que solo se puede imponer una pena a quien ha realizado un delito en manifestación de su autonomía personal, de modo que la pena se justifica frente al sujeto al que se impone por sus propios méritos. Y no es manifestación de la autonomía personal, ni atribuible al mérito (demérito, en realidad) de quien actúa, el hecho que escapa al propio gobierno, por ser objetivamente imprevisible o personalmente inevitable. Del respeto a la dignidad humana deriva también la exigencia de adecuación de la gravedad de la pena a la de la culpabilidad del sujeto, ya que fijar la duración de la pena, por ejemplo, en atención a lo necesario para disuadir conductas similares de la colectividad, implica asignar a la pena fines que trascienden del propio penado, esto es, su instrumenta-

lización para el logro de objetivos sociales, y, por tanto, supone no tratarlo como un fin en sí mismo, conforme a su mérito y dignidad.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

2.1 Enunciado y manifestaciones

A) Tratar igual lo que es igual y de forma desigual lo que es diferente constituye un principio básico de todo ordenamiento que aspire a la justicia. Por eso la Constitución establece en el artículo 14 CE que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social». Trasladado al Derecho Penal, el principio de igualdad se traduce, básicamente, en el derecho del ciudadano a obtener la misma respuesta jurídico-penal que otros ciudadanos por la realización del mismo hecho en las mismas condiciones. De modo que este principio prohíbe introducir diferencias de trato penal en razón de los sujetos (si se sanciona o no el caso, o qué clase o cantidad de consecuencia jurídico-penal se impone) frente a supuestos de hecho iguales. Esta diferencia de trato puede producirse como consecuencia de la actuación del legislador al introducir en la ley penal la diferenciación (igualdad ante la ley o en la ley) o puede producirse debido a la actuación de los órganos judiciales al incorporar diferencias en la interpretación y aplicación de la ley.

B) A pesar del carácter absoluto con el que suele expresarse el principio de igualdad, en realidad este principio no impide toda diferencia de trato sino solo aquellas que carecen de un fundamento objetivo y razonable siempre que, además, dicho trato diferente no sea desproporcionado en atención al fundamento que avala la diferenciación. El principio de igualdad no sustrae al legislador la posibilidad de elegir los rasgos o elementos a partir de los cuales define un supuesto de hecho o determina el tipo o medida de la respuesta jurídica del caso, sino que le impide utilizar en dicha configuración o medida elementos o circunstancias carentes de fundamento de modo tal que pueda entenderse que se ha efectuado una selección arbitraria en función de la persona (*ad personam*) o del caso particular (*ad casum*). Incluso si la diferenciación tiene un fundamento razonable, este principio también prohíbe que la diferencia de la respuesta jurídica va más allá de lo que la coherencia con su fundamento avala. De igual modo, el principio de igualdad prohíbe a los tribunales interpretar y

aplicar la ley de manera selectiva y arbitraria en función de la persona o el caso singular.

C) En atención a la clase de elemento de diferenciación y al enunciado del artículo 14 CE, la jurisprudencia constitucional ha identificado dos derechos fundamentales diferentes: la cláusula general de igualdad y la prohibición de discriminación. Esta diferenciación tiene como finalidad resaltar ciertos motivos o razones cuya utilización se considera especialmente intolerable porque afecta a la propia dignidad humana y porque se vinculan a discriminaciones históricas muy arraigadas. Ahora bien, ni siquiera la prohibición de discriminación debido a estas causas especialmente odiosas (sexo, raza, religión...) se concibe como una prohibición absoluta de su utilización, sino que simplemente supone que el canon para juzgar la legitimidad de la utilización de motivos discriminatorios es más riguroso en este caso: se exige un *escrutinio más estricto*.

Si la prohibición de discriminación, por ejemplo, por raza o sexo, tuviera un carácter absoluto, dado su carácter bidireccional, no serían constitucionalmente legítimas las medidas de discriminación positiva que suponen un trato diferente y favorable para un determinado colectivo como forma de paliar una situación de discriminación social de partida. (Sobre discriminación positiva, cfr. STC 3/2007, de 15 de enero.)

D) La proyección de estas premisas al ámbito penal presenta alguna singularidad, ya que en la determinación de la clase y medida de respuesta penal no se toman en consideración solo las características objetivas y subjetivas del hecho, sino que también tienen una notable importancia las condiciones personales del autor y de la víctima; si las condiciones personales del autor son diferentes, en función de dichas circunstancias será legítimo tratar de distinta manera a un concreto sujeto, pues no nos encontraremos en realidad ante el mismo *supuesto de hecho* –presupuesto de aplicación de la norma– sino ante otro diferente.

Es tradicional que la ley penal establezca diferencias de trato en atención a la edad de los sujetos activos, o de los sujetos pasivos (víctimas). En nuestro sistema un menor de catorce años no recibe ninguna sanción penal por la comisión de un delito, entre catorce y dieciocho años es sometido a un régimen especial de consecuencias penales (LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁴), y solo a partir de los dieciocho años se considera que tiene la madurez suficiente para que se le aplique la pena (art. 19 CP). De otra parte, los atentados sexuales contra menores de trece años reciben una sanción mayor que los ocasionados a los adultos (art. 183 CP). Ninguna de estas diferencias es contraria al principio de igualdad, porque puede encontrarse un fun-

⁴ V. Capítulo XII.

damento razonable a ambas: de un lado, la falta de competencia o madurez suficiente para atribuir responsabilidad penal a los menores, y la mayor necesidad de protección o lesividad del hecho en el caso de los atentados sexuales a menores de trece años. Por el contrario, si sería inconstitucional sancionar más un delito por el solo hecho de haber sido cometido por un homosexual.

La determinación de la vulneración o no del principio de igualdad se ventila entonces en la identificación y valoración como fundados y razonables o no de los elementos o circunstancias a partir de los cuales se articula un trato jurídico diferenciado y en la valoración de la adecuación de dicha diferenciación de trato jurídico al elemento diferenciador.

Por ejemplo, se puede definir como delito apropiarse de cosas ajenas, o se puede introducir como elemento de precisión el lugar –oficinas bancarias–, la forma –rompiendo puertas, paredes o ventanas de acceso–, el momento –en horas de cierre al público del establecimiento–, o las personas –por sus empleados–. La utilización de cualquiera de dichos elementos en la configuración de un delito contra la propiedad es razonable en atención a que son elementos que evidencian una distinta gravedad y significado social de las conductas y debido a que se trata de criterios generales que sirven para identificar modelos de conducta. El principio de igualdad no impide establecer penas diferentes respecto de los casos que evidencian una distinta gravedad objetiva.

2.2 La igualdad penal en la jurisprudencia constitucional

El principio de igualdad ha pasado notablemente desapercibido entre los penalistas hasta épocas recientes, habiendo saltado a la actualidad a raíz de la regulación diferenciada de los delitos vinculados a la violencia de género (art. 153.1 CP entre otros). Sin embargo, esta tardía incorporación del principio de igualdad a la primera línea de los principios político-criminales legitimadores del *ius puniendi* no debe ocultar ni la importancia que el principio de igualdad tiene para una configuración y aplicación justa de la ley penal, ni el sustancial recorrido de este principio en su aplicación práctica en la jurisprudencia constitucional penal.

2.2.1 LA IGUALDAD ANTE LA LEY PENAL

El Tribunal Constitucional se ha ocupado en distintas ocasiones de analizar diferencias de trato penal contempladas en la legislación a la luz del principio de igualdad; se trataba de diferencias de trato que se sustentaban en ele-

mentos de diferenciación tales como la condición de pertenencia a una determinada institución política (inviolabilidades y otros privilegios procesales, SSTC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6; 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3), las condiciones económicas del sujeto (responsabilidad personal por impago de multa STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 5), el nacimiento dentro o fuera del matrimonio (no inclusión de las pensiones debidas a hijos extramatrimoniales en el delito de impago de prestaciones económicas SSTC 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo; 84/1998, de 20 de abril), o el territorio (las diferencias de tipificación de leyes penales en blanco completadas con legislación autonómica STC 120/1998, de 15 de junio). La aplicación de la doctrina constitucional ha conducido en pocas ocasiones a la declaración de vulneración de este principio. A todos estos casos se añaden las sentencias sobre las diferenciaciones introducidas en los delitos relativos a la violencia contra las mujeres por razones de género.

Desde 2004 el Código Penal español contempla varias modalidades delictivas que sancionan con mayor pena la comisión de una conducta que, en principio parece la misma, si es realizada por determinados sujetos activos contra determinados sujetos pasivos. Se trata de los artículos 153.1, 171.4, 172.2 y 173.2 CP que se refieren, respectivamente, a los delitos de malos tratos, amenazas, coacciones o ejercicio de violencia física o psíquica habitual, todos ellos de carácter leve.

Prototipo de esta regulación es el art. 153 CP que establece:

1. «El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días...». El artículo 173.2 se refiere a descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centro públicos o privados.

Aunque expresamente estos preceptos no establecen una diferencia en cuanto al sujeto activo, pues utilizan la misma expresión habitual en la configuración del sujeto activo, «el que», sin embargo, se ha interpretado de forma mayoritaria que estos delitos solo pueden ser cometidos por sujeto activo varón, dado lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Este precepto sitúa el fundamento de esta ley en prevenir y sancionar la violencia de género como manifestación «de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». Esta restricción del sujeto activo junto a la correspondiente delimitación del sujeto pasivo, que solo puede serlo, en principio, la «esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia», implica que nos encontramos, según un sector amplio de la doctrina, ante una norma discriminatoria por razón de sexo. Se trataría de una norma discriminatoria que establece un trato más severo cuando quien comete la conducta (maltrato) es un hombre que cuando se comete por una mujer, pues en este último caso se aplicaría una pena de prisión cuyo límite mínimo son tres meses, frente al límite de seis meses que se impondría al hombre.

En una serie de sentencias que se inician con la STC 59/2008, de 14 de mayo, el Tribunal Constitucional declaró no obstante, que este precepto no vulnera el principio de igualdad. Su argumentación se articula en torno a cuatro puntos. En primer lugar, se afirma que el sexo de los sujetos activo y pasivo no constituye el factor exclusivo o determinante de la diferenciación. En segundo término, se razona que la diferenciación persigue una finalidad legítima: la protección de la vida y demás derechos de las mujeres insuficientemente protegidos en las relaciones de pareja, así como la lucha contra la desigualdad de la mujer. En tercer lugar, entiende el Tribunal que la diferenciación tiene un fundamento razonable, pues el desvalor objetivo del hecho es mayor ya que en el maltrato del varón a su pareja mujer al ataque a su integridad física se añade el ataque a la libertad de la mujer, a la que se quiere someter y dominar con la violencia, a su seguridad y tranquilidad, pues el maltrato expresa una amenaza de futuro, y a su dignidad, porque se la trata como merecedora de un trato de inferior y se menosprecia su autonomía. Finalmente, se entiende que la diferencia de trato penal no es desproporcionada, dado el reducido efecto que la diferencia de trato tiene en la sanción de las conductas: de un lado, el artículo 153.1 CP puede aplicarse también cuando el sujeto pasivo es persona especialmente vulnerable y el sujeto activo es mujer, de modo que se equiparan en severidad estos casos a los de violencia de género; de otro, la sanción prevista en este precepto incluye como alternativa a la prisión la pena de trabajos en

beneficio de la comunidad y la duración de esta última es idéntica para ambos supuestos; y, por último, porque el artículo 153.4 CP recoge una atenuante que permite rebajar la pena en un grado en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en el hecho, de modo que a través de esta atenuación la pena de prisión impuesta al hombre también puede ser de tan solo tres meses de prisión.

Tanto los magistrados que emitieron votos particulares en la sentencia, como un sector amplio de la doctrina penalista y constitucionalista no consideran convincentes estos argumentos, entre otras razones, porque o bien entienden que no excluyen la existencia de una discriminación constitucionalmente ilegítima, o bien porque entienden que la norma presume contra reo la concurrencia de los elementos que fundamentan el mayor desvalor del hecho. Entre los que sustentan la primera opinión son muchos los que estiman que el reproche de desigualdad queda salvado si se interpreta que el tipo exige probar la existencia de un contexto de discriminación o la intención de instaurarlo.

2.2.2 LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

El principio de igualdad en la aplicación de la ley supone (STC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 6), el derecho a que un órgano judicial no se aparte de manera inmotivada e irrazonable de la interpretación de la ley que ha realizado en casos anteriores esencialmente iguales. Esta manifestación del principio de igualdad, que cumple la función de someter a los jueces a sus propias decisiones para evitar interpretaciones selectivas y soluciones *ad hoc*, ha tenido una incidencia menor en el marco del Derecho Penal, dado que el principio de legalidad penal cumple la misma función de sometimiento estricto de los jueces a la ley y dados los severos requisitos impuestos por el Tribunal Constitucional para la aplicabilidad del principio⁵.

Un supuesto singular se dio en el caso resuelto en la STC 58/2006, de 27 de febrero, en el que el mismo órgano judicial se pronunció de forma dispar sobre si los mismos hechos realizados conjuntamente por dos personas eran o no delito de ocupación de viviendas no constitutivas de morada (art. 245.2 CP). En primera instancia el órgano judicial condenó a las dos personas –pareja– que habían ocupado la vivienda vacía, pero la tramitación separada de los recursos de apelación facilitó la existencia de dos sentencias con pronunciamientos diferentes, de la misma Sección de la Audiencia Provincial, sin que concurriera ningún elemento que fundamentara la diferenciación.

⁵ V. Capítulo II 2.3.3.

3. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS

Una concreción más de las exigencias derivadas del respeto a la dignidad humana en el ámbito del Derecho Penal es el principio de humanidad de las penas, que se recoge con carácter general en el art. 15 CE como prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes. La prohibición alcanza a toda pena que por su contenido, extensión o forma de ejecución suponga en el penado un padecimiento físico, psíquico o moral de especial intensidad, de modo que pueda afirmarse que se trata de una pena cruel –inhumana– o humillante –denigrante–.

La determinación de cuándo estamos ante una pena de estas características, que requiere en todo caso traspasar un umbral de intensidad mínimo de los padecimientos difícil de situar con precisión, depende de las pautas valorativas constitucionales pero también de las propias valoraciones sociales que son fruto de evolución y desarrollo. La historia de la pena y del Derecho Penal es la crónica de su paulatina humanización, esto es, de la continua disminución de los niveles de afflictividad de la pena que se consideran justos padecimientos de los condenados, de modo que se ha pasado de penas brutales, como los latigazos y el descuartizamiento, a penas menos crueles como la privación de libertad, la multa o las inhabilitaciones para el ejercicio de derechos o de las profesiones.

3.1 Penas inhumanas por su naturaleza

A) Son penas inhumanas o degradantes, en primer término, todas aquellas penas que suponen la destrucción de la persona. Como la persona tiene un sustrato biológico sin el cual no existe ni puede actuar o desarrollarse, la pena inhumana por excelencia es la pena de muerte, que destruye el sustrato biológico de lo humano. La Constitución española prohíbe la pena de muerte si bien con la salvedad de lo que puedan establecer «las leyes penales militares para tiempos de guerra» (art. 15 CE); excepción, que, desde la reforma del Código Penal militar efectuada por LO 11/1995, de 27 de noviembre, quedó derogada a nivel nacional. En el ámbito internacional la entrada en vigor del Protocolo 13 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (el 1 de julio de 2003) ha supuesto la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia en el marco europeo y también para España desde la entrada en vigor el 1 de abril de 2010 de la ratificación del mismo por España el 16 de diciembre de 2009.

B) También constituyen penas inhumanas las que implican la destrucción parcial del sustrato biológico de la persona, como la mutilación –cortar la mano al ladrón–, y todas las penas corporales (latigazos, lapidación, marcas con hierro candente...). De un lado, la forma de ejecución tradicional de estas penas lleva aparejado un gran dolor físico, que forma parte del propio contenido aflictivo de la pena y que las convierte en especialmente crueles. Pero, de otro, aunque la ejecución de alguna de estas penas pudiera efectuarse de forma no dolorosa, ello no restaría su calificación de inhumanas; por ejemplo, las mutilaciones reducen las capacidades físicas de la persona de modo permanente colocándola en una situación de inferioridad (que es por ello humillante y degradante) en las posibilidades de desarrollo personal y social respecto del resto de los ciudadanos; de otro lado, y con carácter más general, se trata de que son inhumanas todas las penas cuyo contenido implica la acción directa sobre el cuerpo de la persona, pues las injerencias en el cuerpo de otro sin su consentimiento reducen a la persona a mero sustrato biológico en manos de una voluntad ajena. Para que la persona siga siendo y se sienta digna se ha de garantizar un ámbito de inviolabilidad o indemnidad corporal frente al Estado también en la imposición de sanciones penales. Esta indemnidad debe abarcar también la del núcleo esencial de la persona que viene constituido por la propia personalidad, de modo que las penas manipulativas de la personalidad también son inhumanas, pues destruyen al individuo, a la persona individual, constituyendo, además, una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

C) La Constitución española prohíbe en su artículo 25.2 CE los trabajos forzados (pena de galeras, trabajos en canteras o en construcciones políticamente emblemáticas...), estableciendo este precepto que, en caso de trabajar, los penados gozarán de una remuneración y de los beneficios de la Seguridad Social.

El fundamento de esta prohibición reside también en el principio de humanidad de las penas, pues, de un lado, obligar al penado a realizar contra su voluntad prestaciones positivas implica utilizar al reo como instrumento para obtener fines ajenos, sin respeto de las condiciones de dignidad mínimas que se vinculan a los derechos laborales; y, de otro, su forma de ejecución tradicional añadía a la privación de libertad padecimientos de gran dureza. Ahora bien, la prohibición de trabajos forzados no supone la interdicción total del trabajo en la prisión, sino la interdicción del trabajo no voluntario, de modo que no hay impedimento para que pueda realizarse como elemento vinculado a un programa resocializador del reo, ni tampoco excluye la posibilidad de exigir el cuidado de la propia celda o la colaboración en tareas comunes (STC 116/2002, de 20 de mayo, FJ 5).

D) También se consideran ilegítimas las penas infamantes, que son aquellas que tienen como objetivo la deshonra o descrédito del penado, pues son penas

degradantes, denigrantes. El sometimiento a escarnio o exhibición pública constituyen penas históricas infamantes, hoy desaparecidas de nuestra legislación.

3.2 Penas inhumanas por su magnitud

A) En un sentido amplio, toda pena cuya magnitud sobrepasa lo adecuado a la propia culpabilidad del delincuente manifestada en el hecho, con la finalidad de alcanzar fines sociales (intimidación de otros ciudadanos, contrarrestar la alarma social, o rebajar la sensación de inseguridad colectiva) es inhumana, porque supone la instrumentalización del sujeto: implica no tratar al delincuente conforme a su dignidad y mérito sino como instrumento para alcanzar objetivos ajenos a él. Por ello puede afirmarse, en un cierto sentido que las penas ejemplificadoras son inhumanas y que el principio de proporcionalidad de la pena⁶ (adecuada a la culpabilidad) guarda una vinculación estrecha con el principio de humanidad de las penas del artículo 15 CE y con el respeto de la dignidad humana (art. 10.1 CE).

B) No es éste, sin embargo, el sentido en el que se utiliza la expresión «pena inhumana» ni en general ni por la jurisprudencia constitucional, que reserva el adjetivo para calificar penas de una intensidad especial. En relación con la pena de prisión el debate se centra en determinar si a partir de una determinada duración de la prisión ésta se convierte en inhumana, y, especialmente, si la cadena perpetua constituye una pena inhumana.

a) En el último cuarto del siglo XX estudios realizados en los países europeos más avanzados habían alcanzado la conclusión de que la privación de libertad superior a quince años produce efectos permanentes de deterioro de la personalidad del reo, de modo que una privación de libertad de mayor duración debía considerarse inhumana: a partir de dicho período, la restricción de libertad deja de ser el único elemento afflictivo de la pena, añadiéndose otro especialmente importante consistente en el daño en el núcleo esencial de la persona –en su personalidad–; las penas largas dañan la integridad psíquica y moral del reo. Aunque el deterioro de la personalidad es paulatino a medida que aumenta la duración de la prisión, el límite de quince años se fija como momento a partir del cual los daños son muy significativos. No obstante, el deterioro de las habilidades psíquicas del reo dependerá del régimen de cumplimiento de la pena, pues un régimen amplio de tratamiento, de contacto con

⁶ V. Capítulo III.4.

el exterior y el retorno paulatino hacia la vida en libertad (permisos de salida, régimen abierto, libertad condicional...) puede paliar dichos efectos.

b) Si toda privación de libertad superior a quince años podría calificarse de inhumana, la cadena perpetua es indudablemente inhumana. Es inhumana, y por ello inconstitucional, porque priva al reo de forma absoluta y de por vida de aquello que le hace sencillamente humano: su libertad y autonomía personal (STC 147/2000, de 29 de mayo, FJ 3); porque ocasiona al reo padecimientos psíquicos de gran intensidad, debido a la falta de expectativas de libertad futura; y porque produce el deterioro de la personalidad del reo, ocasionando un menoscabo cierto de sus capacidades y habilidades cognitivas y sociales, convirtiéndose así en una pena corporal.

Tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 91/2000 de 30 de marzo, FJ 9; 162/2000, FJ7) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, STEDH de 9 de julio de 2013, asunto Vinter y otros c. Reino Unido, párs. 113, 121; de 8 de julio de 2014, asunto Harakchiev y Tolumov c. Bulgaria; de 3 de febrero de 2015, asunto Hutchinson contra el Reino Unido, pár. 19) han reconocido expresamente que un «riguroso encarcelamiento de por vida» sin expectativas de libertad es inhumano, que vulnera la dignidad humana la privación de libertad de por vida sin otorgar al reo una posibilidad de recobrarla un día.

De otro lado, la cadena perpetua vulnera el mandato de resocialización que impone nuestra Constitución en el artículo 25.2 CE, que implica la necesidad de orientar la privación de libertad hacia la resocialización y reinserción social del delincuente. Una prisión que desde el principio se concibe como perpetua otorga un contenido a la privación de libertad distinto de la finalidad resocializadora (¿para qué intentar terapias de mejora o para qué participar en ellas si el reo no volverá a vivir en la sociedad?). Es una pena dirigida a la inocuización del reo.

c) Aunque pueda parecer a primera vista que la prisión permanente revisable supera todas las objeciones esgrimidas frente a la cadena perpetua, la doctrina penalista es casi unánime al entender que sigue siendo cruel e inhumana. En primer término, porque aunque la prisión permanente sea revisable, se mantiene la posibilidad de que sea perpetua, y habrá reos para los que lo será. En segundo lugar, porque el sometimiento de la cadena perpetua a la condición de reinsertabilidad del reo no modifica su carácter inhumano, como tampoco la pena de muerte o las mutilaciones serían constitucionales si se las sometiera a la condición de reinsertabilidad social del reo (Lascurain Sánchez). En tercer lugar, porque el carácter revisable de la prisión permanente no deja en manos del reo la llave de su libertad ni, por tanto, permite responsabilizarle de su mantenimiento en prisión (Pérez Manzano). En cuarto lugar, la prisión permanente revisable es inhumana por la desesperanza que comporta: porque la revisibilidad de la cadena perpetua depende de un juicio de pronóstico sobre la peligro-

sidad y resocialización del reo que, conforme a los conocimientos científicos actuales, es absolutamente impreciso y conduce a elevadas tasas de error (Martínez Garay); por consiguiente, no pone en manos del juez un instrumento racional y certero que permita afirmar que el condenado cuenta con una posibilidad cierta de excarcelación, como exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello es más grave en el modelo español debido a la excesiva duración de los plazos de seguridad mínimos establecidos y a la ausencia de una regulación específica de los programas de rehabilitación necesarios⁷.

La prisión permanente revisable tampoco supera la vulneración del mandato de determinación de las penas (art. 25.1 CE), pues no se precisa su límite máximo y la excarcelación se hace depender de un pronóstico de peligrosidad científicamente incierto⁸ (Lascuráin Sánchez). Además, tampoco supera las exigencias derivadas del mandato de resocialización contenido en el artículo 25.2 CE, pues su regulación entra en abierta confrontación con él⁹.

C) También se considera cruel mantener en prisión a quien cuenta con escasas expectativas de vida, bien debido a su edad –a partir de los 70 años–, bien debido a que sufre una enfermedad muy grave que le ocasiona padecimientos incurables. Aunque la duración de la pena en términos absolutos pueda no ser elevada, sin embargo, sí lo es en términos relativos, dado que las escasas expectativas de vida convierten a la prisión en previsiblemente perpetua. Además, consideramos inhumano no permitir que el reo se encuentre cerca de su familia y entorno en sus últimos momentos. Por ello, en ambos casos, la legislación española admite que el juez pueda autorizar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional del penado (art. 91 CP).

3.3 Penas inhumanas por su forma de ejecución

Una pena puede también calificarse de inhumana debido a que la forma en que se ejecuta añade padecimientos de una especial intensidad. Este puede ser el caso sobre todo del aislamiento celular en función de su duración, su intensidad –prohibición de relacionarse con otros presos y familia, impedir acceso a información del exterior mediante periódicos, TV...–, y las condiciones materiales de la celda –luz, dimensiones– (SSTC 2/1987, de 21 de enero,

⁷ *Infra* 4.

⁸ Capítulo II.2.3.2.

⁹ *Infra* 4.

FJ 2; SSTEDH de 4 de febrero de 2003, asunto Van der Ven c. Holanda, y de 4 de febrero de 2003; de 4 de marzo de 2008, asunto Cavallo c. Italia; de 4 de noviembre de 2014, asunto Manolov c. Bulgaria).

También pueden ser inhumanas las condiciones de vida en la prisión, debido por ejemplo al hacinamiento (se ha considerado que vulnera en todo caso el artículo 3 CEDH, que contiene la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes, que cada detenido disponga de menos de 3 m², STEDH de 10 de enero de 2012, asunto Ananyev y otros c. Rusia), las pésimas condiciones de espacio, luz, acceso a aire fresco, higiénicas y sanitarias, de movilidad, o de alimentación (SSTEDH de 20 de enero de 2005, asunto Mayzit c. Rusia, de 27 de marzo de 2008, asunto Korobov y otros c. Rusia, de 4 de noviembre de 2014, asunto Manolov c. Bulgaria. Las condiciones de vida en prisión también pueden ser inhumanas debido a su inadecuación como lugar para que personas con condicionamientos físicos –por ejemplo una tetraplejia– (SSTEDH, de 2 de diciembre de 2004, asunto Farbuths c. Letonia; de 10 de junio de 2008, asunto Scoppola c. Italia), o con necesidades de tratamiento médico al que no tienen acceso en la prisión (STEDH, de 14 de noviembre de 2002, asunto Mouisel c. Francia), puedan llevar una vida digna.

4. EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL

A) El artículo 25.2 CE establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad «estarán orientadas a la reeducación y reinserción social». Con esta declaración, la Constitución menciona uno de los contenidos positivos de la prevención especial, que constituye uno de los fines asignados tradicionalmente a la pena¹⁰ y el fin específico de las medidas de seguridad¹¹. Si la prevención especial alude al objetivo de lograr que el delincuente no vuelva a delinquir, la reeducación y la reinserción social constituyen instrumentos para conseguirlo. Si bien el artículo 25.2 CE es el único precepto constitucional que se refiere a los fines de la pena y de la medida de seguridad, sin embargo, esta circunstancia no ha conducido a defender ni la exclusividad ni la preeminencia de la prevención especial sobre otros fines del Derecho Penal, sino que el Tribunal Constitucional ha impuesto una interpretación más modesta de su significado y alcance (ATC 15/1984, de 11 de enero, FJ único;

¹⁰ V. Capítulo VII.2.

¹¹ V. Capítulo XI.1.3.

SSTC 19/1988, de 16 de febrero FJ 9; 28/1988, de 23 de febrero, FJ 2; 119/1996, de 8 de julio, FJ 4).

En concreto el Tribunal Constitucional ha sostenido que:

– Se trata de un principio que no afecta a todas las consecuencias jurídico-penales del delito, sino solo a las penas y medidas de seguridad y, en su marco, solo a una clase de ellas, las privativas de libertad. Además, respecto de estas el fin resocializador solo vincula a su ejecución y no a su interpretación general o a la configuración del delito o de cualquier respuesta al mismo. Es decir es un principio penitenciario que incide fundamentalmente en el régimen penitenciario y debe orientar toda la política penitenciaria del Estado (STC 2/1987, de 21 de enero FJ 2).

– El contenido de este mandato se inserta en el marco general de los fines del Derecho Penal, respecto de los que la Constitución y específicamente su artículo 25.2 CE no establecen una toma de postura a favor de la exclusividad o preeminencia de la reeducación y reinserción social; también se ubica en el marco específico del fin de las instituciones penitenciarias consistente en la «retención y custodia de detenidos, presos y penados» (art. 1 Ley Orgánica General Penitenciaria) que incluye la función de garantizar y velar por la seguridad y el orden en los centros penitenciarios.

– El artículo 25.2 CE no contiene un derecho fundamental a la reinserción social del condenado que pueda oponer éste frente al Estado (legislador y Administración penitenciaria) y que pudiera protegerse mediante el recurso de amparo (STC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2), si bien al constituir un mandato dirigido al legislador puede aducirse en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad para valorar la legitimidad de las leyes (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4; 160/2012, de 20 de septiembre).

B) Más allá de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el art. 25.2 CE, para comprender este precepto se ha de tener en cuenta que, si bien la introducción de la pena de prisión constituyó un paso hacia la humanización del Derecho Penal, ello no significa que esta pena esté exenta de aspectos negativos dados los efectos nocivos que puede provocar en el penado: la prisión desocializa, daña la personalidad y hace difícil la vuelta a la vida social. El «mandato» constitucional de resocialización, en este contexto crítico frente a la prisión, debe ser visto como una llamada de atención al legislador en materia penal y penitenciaria en varias direcciones: de un lado, como deber de configurar mecanismos que permitan dar un contenido reeducativo a la privación de libertad, para remover los obstáculos que hayan podido contribuir al delito; de otro, como deber de minimizar los efectos desocializadores y de

desarraigo social de la prisión, mediante mecanismos sustitutivos de la misma (especialmente para las penas cortas) u otros; y, deber, también, de establecer instituciones que faciliten la reinserción social, esto es, que permitan recuperar de forma paulatina las habilidades y capacidades sociales para volver a vivir en sociedad (permisos de salida, régimen abierto, libertad condicional en los últimos períodos de cumplimiento, formación profesional en prisión...).

Desde esta perspectiva sí parece que sería inconstitucional una legislación que no contemplara en ninguna medida instituciones tendentes a la reeducación y reinserción del condenado y que redujera la vida en prisión a la mera retención de los presos; o que minimizara hasta tal punto su presencia en la legislación que fuera absolutamente formal, pues en ambos casos se incumpliría de manera manifiesta el mandato constitucional de orientar las penas y medidas de seguridad privativas de libertad a la reeducación y reinserción social del condenado. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que la resocialización es condición para la humanidad de las penas (STEDH James, Wells y Lee c. Reino Unido, 18 de septiembre de 2012).

La prisión permanente revisable tal como está configurada vulnera, en mi opinión, el mandato de resocialización. De un lado, ha de tenerse en cuenta la enorme extensión de los plazos mínimos hasta la primera revisión y la ausencia de un sistema específico de cumplimiento de esta pena, sin previsión de un programa de rehabilitación adecuado atento a los efectos desocializadores y daños psíquicos que una privación tan extensa de libertad causa; de otro, han de considerarse las restricciones de acceso al tercer grado (arts. 36.1 CP) y a los permisos de salida (art. 36.1 CP), lo que supondrá en la práctica la destrucción de los lazos afectivos, familiares o sociales previos; todo ello, unido a la ya mencionada falta de fiabilidad de los pronósticos de peligrosidad, harán imposible un pronóstico de resocialización favorable del reo, de modo que, *de facto*, el propio período de cumplimiento obligatorio y el régimen para él previsto, se convertirá en obstáculo insalvable para alcanzar la libertad, para la reinserción social del penado de la gran mayoría de los condenados, para los que la pena seguirá siendo perpetua.

5. TENDENCIAS ACTUALES DE POLÍTICA CRIMINAL

5.1 Introducción

Como se ha ido exponiendo a lo largo de las lecciones 2, 3 y 4, el Derecho Penal de los países occidentales –y, de modo destacado, también el español, sobre todo a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995– ha experimentado en los últimos años un proceso de profundas transformaciones que han ampliado notablemente su extensión. Para comprender el alcance de estas transformaciones –y, sobre todo, poder proponer una valoración de las

mismas, desde la perspectiva de los principios informadores del ordenamiento penal-, parece conveniente delinear cuáles son las tendencias político-criminales que las han motivado.

En este ámbito, la política criminal es comprendida no como el diseño de las medidas para el de control de la delincuencia, sino como la política legislativa en el ámbito jurídico-penal. Se trata de verificar cuáles son las razones que conducen al legislador a introducir cambios en el Derecho Penal vigente. Sobre esta base, podrá formularse un juicio crítico que deslinde en qué medida las transformaciones del ordenamiento constituyen una necesaria adaptación del ordenamiento penal –en cuanto sistema social vivo, que se corresponde con una determinada estructura de la sociedad, y que por ello necesariamente ha de responder a la evolución de ésta– y en qué medida, por el contrario, se trata de modificaciones que no reflejan adecuadamente la estructura social y se deben a influjos que deben ser ajenos a la legislación penal. Se trata, por lo tanto, de ver en qué medida los principios informadores del Derecho Penal español, en cuanto pilares que deben marcar su configuración, quedan comprometidos por la política criminal realmente existente.

Para proponer un esbozo en ese sentido, en lo que sigue se intenta primero una breve descripción de los rasgos básicos de la evolución reciente del Derecho Penal, tanto en lo referido a su alcance material como a las causas que la producen (V.2), y a continuación, se esbozan los instrumentos teóricos que aquí se estiman más importantes para explicar esa evolución y poder formular una breve valoración de conjunto (V.3).

5.2 Descripción: La expansión del Derecho penal y sus causas

5.2.1 Si se quisiera encontrar un denominador común de lo que está sucediendo con el Derecho Penal positivo últimamente, éste seguramente estaría en la idea de expansión utilizada por Silva Sánchez para darle título a su decisiva monografía en la materia. En efecto, en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado y visible en la evolución actual de las legislaciones penales del mundo occidental está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores.

5.2.2 Simplificando al máximo, puede decirse que esta evolución se refleja en el Derecho positivo en dos sectores de nueva legislación penal: el Derecho Penal del riesgo y el (nuevo) Derecho Penal securitario.

A) La primera línea de expansión comienza a desarrollarse en los años setenta y ochenta del siglo pasado en Europa occidental y puede denominarse Derecho Penal del riesgo, ya que supone una reacción frente a nuevos riesgos sociales –reales o percibidos, como explica el modelo de la «sociedad del riesgo» del sociólogo alemán Beck–, que en el ámbito penal se manifiesta sobre todo a través de delitos de peligro abstracto, referidos a bienes jurídicos colectivos de nuevo cuño. En cierto modo, se produce aquí la transición jurídico-penal del Estado liberal –entendido como guardián que solamente garantiza penalmente un marco muy genérico, a través de una función negativa de policía, de desenvolvimiento social: seguridad pública, propiedad, bienes jurídicos individuales nucleares– al Estado social, que prevé prestaciones positivas mucho más intensas: salud, trabajo, vivienda, etc., lo que también ha de tener su reflejo en el ordenamiento jurídico-penal. En todos estos ámbitos nuevos de regulación, se constata que el Derecho Penal pasa de la reacción frente a daños indubitados producidos en bienes jurídicos individuales concretamente delimitados a un adelantamiento de las barreras de criminalización frente a macro-riesgos menos claros; de una posición reactiva frente a la lesión a una proactiva para neutralizar el riesgo; de una dirección descentralizada de las conductas –no hay delito mientras no haya daño– a una centralizada –tal riesgo concreto es criminalizado ya antes de la lesión–; de un recurso subsidiario al ordenamiento penal a una utilización de la criminalización en primera línea, a una «administrativización» del Derecho Penal.

B) En segundo lugar –en Europa occidental, algunos años más tarde que el surgimiento del Derecho Penal del riesgo– se observa otro proceso de expansión de los ordenamientos penales, más en intensidad que en extensión, es decir, en el que no se trata tanto de la creación de nuevas normas penales como del endurecimiento de la respuesta a infracciones ya criminalizadas, y que puede denominarse Derecho Penal securitario (Díez Ripollés): aquí la seguridad no se plantea como objetivo frente a riesgos sociales difusos, sino frente a amenazas contra bienes jurídicos individuales tradicionales. En este ámbito, tanto en cuanto a la duración de las penas –casi siempre, de prisión–, como en reglas específicas para su cumplimiento, como en la tipificación de conductas preparatorias y, a veces, en la modificación del estatuto procesal de los acusados, va surgiendo un elenco de tipos penales que se van separando paulatinamente del resto del ordenamiento. De este modo, se invierte el proceso habido en los movimientos de reforma de las décadas anteriores, en el que fueron desapareciendo diversas infracciones –recuérdese solo la situación del Derecho Penal en materia de conductas de significado sexual– que ya no se consideraban legítimas. En este sentido, se advierte la existencia en el debate

político de un verdadero clima punitivista: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal.

5.2.3 Desde luego, parece difícil encontrar las causas de la actual expansión del Derecho Penal, ya que, como es evidente, éstas se encuentran en las complejas transformaciones que experimentan las sociedades occidentales al menos desde el fin de la Guerra Fría. Sin embargo, los autores coinciden en mencionar al menos tres hipótesis:

A) En primer lugar, cabe constatar que la percepción social de los sucesos delictivos se reduce progresivamente a la perspectiva de la víctima. En vez de una percepción más o menos compleja del delito como conflicto social, éste se ve exclusivamente como daño voluntariamente producido en los bienes de otro –con independencia de que muchos de los sectores de la expansión no conozcan víctimas concretas–, cuyo coste debe ser soportado exclusivamente por el infractor.

B) Es un verdadero lugar común afirmar que existiría un amplísimo consenso social respecto de segmentos decisivos de la nueva legislación penal expansiva. Desde luego, parece claro, a grandes rasgos, que la población es favorable a «reacciones firmes». En cambio, es muy discutible que pueda darse por probada la existencia de ese pretendido consenso social respecto de concretas medidas o instituciones jurídico-penales.

C) Finalmente, entre las causas de la expansión hay que mencionar la existencia de influencias internacionales inexistentes hasta hace poco tiempo. El fenómeno de la globalización se manifiesta también en el mundo del Derecho, y ello no solo en los segmentos de los ordenamientos que se ocupan de las relaciones comerciales internacionales, o en el plano del Derecho Internacional, sino que también llega a lo que puede parecer la esencia de la soberanía del Estado: el Derecho Penal. Este proceso de internacionalización se produce –y esto es lo que más llama la atención– sobre todo en dos ámbitos: por un lado, en el plano internacional, en la regulación de determinados sectores que materialmente forman parte de los fenómenos económicos de globalización (por ejemplo, el medio ambiente o el cohecho en transacciones internacionales); por otro, en lo que puede denominarse el plano supranacional –y de modo especialmente destacado, en el caso de la Unión Europea–, en el que la construcción de nuevas formas supranacionales de organización política plantea también –al menos– la necesidad (práctica, en términos de prevención y persecución penales) de armonización de los ordenamientos penales.

5.3 Bases para una valoración: Derecho Penal simbólico, «Derecho Penal» del enemigo y prevención fáctica

5.3.1 Queda claro que la mera existencia de la expansión del ordenamiento penal no puede calificarse, sin más, de negativa. Lo que parecía ilegítimo desde la perspectiva de criterios de legitimidad formulados en circunstancias históricas pasadas no necesariamente ha de serlo ante la existencia de nuevas realidades sociales. Los principios del Derecho Penal no tienen como misión congelar el ordenamiento penal en el pasado (además, un pasado, como el del «Derecho Penal liberal», frecuentemente idealizado hasta hacerlo irreconocible, teniendo en cuenta, por ejemplo, la brutalidad del recurso masivo a la pena de prisión en los siglos XIX y XX frente a delitos patrimoniales de escasa lesividad), ya que el Derecho, en cuanto sistema social, no puede apartarse de la estructura de la sociedad que lo genera. Por el contrario, los principios deben servir para detectar evoluciones que abandonan el campo de las legítimas opciones de política criminal posibles en el marco de un Estado de Derecho.

5.3.2 No siendo, entonces, el cambio —o la ampliación del alcance— del ordenamiento penal en sí un problema de legitimidad, parece claro que son otras características de la nueva legislación penal que deben ser examinadas para comprobar su compatibilidad con el conjunto de principios que determinan la legitimidad de las normas penales. Entre los modelos de análisis que se han propuesto en la teoría últimamente hay dos que parecen especialmente relevantes: el Derecho Penal simbólico, desarrollado por Hassemer, y el modelo del «Derecho Penal» del enemigo propuesto por Jakobs.

A) Como ya se ha expuesto, el Derecho Penal simbólico existe cuando no hay relación entre los planteamientos que animan la creación de normas penales y su función real, es decir, cuando existe una divergencia entre la función expresa y la función latente de la legislación penal. Ello es a veces consecuencia de una utilización populista del recurso al Derecho Penal, y en ocasiones, deriva de una especie de consenso social de autoengaño. El recurso al Derecho Penal se convierte así en un mero expediente de tranquilización, lejos de una efectiva aplicación que pueda darle sentido. Es obvio que tal Derecho Penal simbólico resulta ilegítimo desde un principio, pues impide, en realidad, toda evaluación de la adecuación de la legislación penal, al situarla en un plano ficticio.

B) Cuando el clima punitivista en el discurso político-criminal se combina con las características del Derecho Penal simbólico, surge lo que Jakobs ha denominado Derecho Penal del enemigo: un tipo de Derecho Penal que trata de

procesar los hechos de una determinada clase de autores (los «enemigos») con unas reglas especiales. Según Jakobs, el Derecho Penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.

Con este instrumento, entonces, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos, según Jakobs.

No cabe duda de que tal «Derecho Penal» del enemigo existe, en mayor o menor medida –se trata de un concepto gradual– en muchos puntos del Derecho Penal securitario. Sin embargo, con esto no queda dicho, claro está, que sea legítimo. Aunque muchos huyen de la denominación, mantienen la necesidad –en la teoría o en el discurso político– de centrar la misión del Derecho Penal en la prevención especial negativa o de inocuización, es decir, en combatir a determinada clase de autores.

Parece claro que con este planteamiento se atribuyen al ordenamiento penal funciones que no puede cumplir. No puede evitar todo tipo de riesgos, no puede garantizar incolumidad, sino solo procesar delitos ya cometidos, desvalorándolos a través de la pena.

Ante esta evolución, solo cabe confiar en una re-racionalización de los discursos político-criminales: colocando la capacidad de resolución de conflictos sociales del Derecho Penal –y, muy particularmente, su potencial preventivo– en márgenes más modestos: sea cual sea la teoría de la pena y la función del ordenamiento penal que se postule, el ordenamiento penal carece de efectos taumatúrgicos y no puede ni «resolver» todo conflicto social ni evitar todos los daños producidos por comportamientos humanos.

LECTURAS RECOMENDADAS

CUERDA RIEZU, A., «El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXII 2009, pp. 211 a 252.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La política criminal en la encrucijada*, Montevideo-Buenos Aires (BdF), 2007.

- JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, Madrid (Civitas), 2006 (2.^a ed.).
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Igualdad penal: un esbozo», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón (dir. Carbonell Mateu, González Cussac y Orts Berenguer; coord. Cuerda Arnau), Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, pp. 1107 a 1125.
- «Otros principios y garantías», en Molina, F., (dir.), *Memento penal*, Madrid (ed. Francis Lefebvre), 2011, n. m. 750 a 810, 880 a 917.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, PÉREZ MANZANO, ALCÁCER GUIRAO y otros, *Dictamen sobre la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable*, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito», en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 31, 1979, pp. 73 a 84.
- PÉREZ MANZANO, M./TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Comentario al art. 15 CE», en CASAS/RODRÍGUEZ PIÑERO, *Comentarios a la Constitución XXX Aniversario*, I, Madrid (Fundación Wolters Kluwer), 2018 (2.^a ed.), pp. 375 a 412.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, Madrid-Montevideo/Buenos Aires (edisofer/BdF), 2011 (3.^a ed.).
- URÍAS MARTÍNEZ, J., «El valor del mandato constitucional de resocialización», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, 2001, pp. 43 a 48.

CUESTIONES

1. Explique brevemente cuál es el contenido básico del principio «no hay pena sin dolo o culpa» y ponga un ejemplo.
2. Ponga un ejemplo de responsabilidad objetiva o por el resultado y explique qué principio la prohíbe.
3. ¿Se adecúa la cadena perpetua a los principios penales propios de un Estado social y democrático de Derecho?
4. ¿Permite nuestra Constitución las penas corporales?, ¿y los trabajos forzados?
5. ¿En qué consiste la llamada «expansión del Derecho Penal» contemporánea? Ponga ejemplos.

CAPÍTULO V

VIGENCIA TEMPORAL DE LA LEY PENAL

MARIO MARAVER GÓMEZ
Profesor Contratado Doctor
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *Entrada en vigor y derogación de la ley penal.*—2. *El principio general de irretroactividad de la ley penal.*—3. *La retroactividad de la ley penal favorable.*
3.1 Reconocimiento y fundamentación. 3.2 Determinación de la ley penal favorable.
3.3 Alcance de la retroactividad. 3.4 Particularidades. 3.4.1 Leyes en *vacatio*.
3.4.2 Leyes intermedias. 3.4.3 Leyes temporales. 3.4.4 Leyes que complementan normas penales en blanco. 3.4.5 Leyes sobre responsabilidad civil derivada del delito. 3.4.6 Leyes procesales. 3.4.7 Cambios jurisprudenciales.—4. *El momento de la comisión del delito.* 4.1 La teoría diferenciadora o de la valoración jurídica. 4.2 Supuestos particulares. 4.2.1 Delitos integrados por una pluralidad de actos. 4.2.2 Delitos continuados. 4.2.3 Delitos permanentes. *Lecturas recomendadas. Cuestiones.*

1. ENTRADA EN VIGOR Y DEROGACIÓN DE LA LEY PENAL

El período de vigencia de las leyes penales, al igual que el de las demás leyes, se extiende desde el momento de su entrada en vigor hasta el momento de su derogación.

Antes de su entrada en vigor, las leyes deben ser:

- 1.º Aprobadas en las Cortes Generales,
- 2.º Sancionadas y promulgadas por el Rey, y
- 3.º Publicadas en el *Boletín Oficial del Estado (BOE)*.

Artículo 91 CE: «El Rey sancionará en el plazo de quince días las Leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su publicación».

Artículo 2.1 CC: «Las Leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispone otra cosa».

El tiempo que transcurre desde la publicación en el *BOE* hasta la entrada en vigor es la *vacatio legis*. Este período de *vacatio* –que dura veinte días, salvo que la propia ley disponga otra cosa– sirve, principalmente, además de para el mejor conocimiento por parte de los operadores jurídicos y para la preparación de las infraestructuras que pueda requerir su aplicación, para que los destinatarios de las leyes puedan conocerlas antes de que entren en vigor. Contribuye, en ese sentido, a la seguridad jurídica. En el caso de las leyes penales, dado que las consecuencias de su aplicación son especialmente importantes, lo normal es que la *vacatio* se extienda incluso más allá de los veinte días.

Para el cómputo de la *vacatio*, debe atenderse a las reglas generales del artículo 5 CC.

Después de haber entrado en vigor, las leyes permanecen vigentes hasta que son derogadas por otras leyes.

Artículo 2.2 CC: «Las leyes solo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una Ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado».

La derogación producida por la nueva ley puede ser *expresa*, cuando se menciona directamente la ley o la norma que resulta derogada, o *tácita*, cuando simplemente se lleva a cabo una regulación incompatible con la ley o norma anterior. La disposición derogatoria única del Código Penal refleja ambas modalidades en sus apartados 1 y 2, respectivamente.

En un Estado constitucional como el nuestro existen también, no obstante, otras dos particulares formas de derogación: 1) una es la propia Constitución –en cuanto Ley fundamental del Estado–, que en su disposición derogatoria, apartado 3.º, dice que quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma; y 2) otra es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y más concretamente las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de alguna ley, que por lo general –salvo en lo que se refiere a las consecuencias favorables que puedan derivarse para un proceso penal o para un procedimiento sancionador (art. 40.1 LOTC)– solo tienen efectos *ex nunc*, produciendo la derogación –o anulación– de la ley inconstitucional desde el momento en que aparecen publicadas en el *BOE* (art. 161.1 CE y art. 38 LOTC).

2. EL PRINCIPIO GENERAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

En principio, las leyes penales, como todas las normas de conducta, solo se aplican a los hechos realizados durante su período de vigencia. No tienen efecto sobre hechos anteriores a su entrada en vigor (retroactividad) y tampoco sobre hechos posteriores a su derogación (ultractividad).

Cuando se produce un cambio o sucesión de leyes, la ley aplicable es aquella que se encuentra vigente en el momento de producirse el hecho enjuiciado. La ley anterior se aplica a los hechos que se hubieran producido durante su vigencia y la ley posterior se aplica a los hechos que se produzcan a partir de su entrada en vigor. Se sigue, en definitiva, el llamado criterio *tempus regit actum*.

Por regla general, la ley nueva no se puede aplicar retroactivamente a los hechos que se han producido bajo la vigencia de la ley anterior. Existe, en este sentido, un principio general de irretroactividad. Este principio de irretroactividad no constituye, sin embargo, una regla absoluta, pues es posible que la propia ley se desmarque del criterio general y se atribuya a sí misma un efecto retroactivo. Dice el artículo 2.3 CC que «las Leyes no tendrán efectos retroactivo si no dispusieren lo contrario».

En materia penal, no obstante, esta posibilidad de que la ley tenga efecto retroactivo queda en gran parte limitada debido a que el artículo 9.3 CE garantiza expresamente «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos». Se reconoce así, consecuentemente, la existencia de un principio general de irretroactividad de la ley penal, pues la ley penal constituye generalmente una disposición sancionadora no favorable o restrictiva de derechos.

Este principio de irretroactividad aparece reconocido constitucionalmente no solo en ese artículo 9.3 CE, sino también en el artículo 25.1 CE, como concreción del principio de legalidad.

Artículo 25.1 CE: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

El CP, por su parte, recoge igualmente este principio en sus artículos 1 y 2, al proclamar el principio de legalidad penal, tanto para las infracciones (delitos), como para las sanciones (penas y medidas de seguridad).

Artículo 1.1 CP: «No será castigada ninguna acción ni omisión que esté prevista como delito por Ley anterior a su perpetración».

Artículo 2.1 CP: «No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad».

El principio de irretroactividad es un principio básico de los Estados democráticos. Aparece expresamente reconocido por ejemplo en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y en el artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007).

Como se expuso en el capítulo II, tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen que se fundamenta en el principio de seguridad jurídica y que constituye una manifestación específica del principio de legalidad penal. Se suele decir, en este sentido, que la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, con la que se expresa el principio de legalidad penal, hace referencia concretamente a una *lex scripta, certa y praevia* (cfr., por ejemplo, STC 133/1987, de 21 de julio).

Generalmente, el principio de irretroactividad se define como una garantía que acompaña al principio de legalidad y que sirve para evitar que los individuos se vean sorprendidos con un castigo con el que ni debían ni podían contar. La idea es que los individuos deben tener la seguridad de que sus acciones no van a dar lugar a consecuencias jurídicas distintas de las expresamente previstas.

3. LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL FAVORABLE

3.1 Reconocimiento y fundamentación

En nuestro ordenamiento jurídico, al mismo tiempo que se proclama la existencia de un principio de irretroactividad de la ley penal, se reconoce la retroactividad de la ley penal favorable, es decir de aquella que implica la desaparición de una infracción tipificada en la ley anterior o que conlleva una reducción de la sanción prevista en esa ley anterior.

Esta retroactividad de la ley penal favorable a menudo se intenta deducir de una interpretación *a contrario* del artículo 9.3 CE, toda vez que este precepto hace referencia, únicamente, a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras *no favorables o restrictivas de derechos*. El TC ha llegado a decir, en este sentido, que «interpretando *a contrario sensu* este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley pe-

nal favorable» o que «la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento *a contrario sensu* en el artículo 9.3 de la Constitución»; añadiendo, no obstante, que en el artículo 25.1 CE no existe propiamente un derecho fundamental a la aplicación retroactiva de la ley penal favorable susceptible de ser defendido en amparo (cfr., en este sentido, SSTC 8/1981, de 30 de marzo, 15/1981, de 7 de mayo, y también, más recientemente, STC 85/2006, de 27 de marzo).

Parte de la doctrina, abogando por una interpretación conjunta de los artículos 9.3 y 25.1 CE, a partir de los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España en los que se proclama este principio general y destacando la importancia de la justicia como valor constitucional, considera que el principio de retroactividad penal favorable está reconocido en la Constitución y puede incluso defenderse en amparo por vulneración del artículo 25.1 CE. Otro sector de la doctrina, en cambio, ha matizado esta afirmación indicando que el artículo 9.3 CE, más que garantizar o reconocer la retroactividad de la ley penal favorable, lo que hace es dejar abierta esa posibilidad. Se entiende, desde este punto de vista, que el reconocimiento de dicho principio puede llevarlo a cabo el legislador, pero no existe a nivel constitucional. Ni se deriva del principio de legalidad ni se deduce automáticamente de los artículos 9.3 y 25.1 CE (cfr., también, en este mismo sentido, por ejemplo, STS 1356/1997, de 11 de noviembre).

En todo caso, conviene tener en cuenta que la retroactividad de la ley penal favorable, si bien no se menciona expresamente en la Constitución, sí se recoge en algunos textos internacionales, complementando normalmente el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable. Así, por ejemplo, en el artículo 15.1, último inciso, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) o en el artículo 49.1, último inciso, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007)

Donde sí se encuentra expresamente reconocida la retroactividad de la ley penal favorable es en el artículo 2.2 CP, según el cual «tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena». Se reconoce también expresamente, en relación con el propio CP, en la disposición transitoria 1.^a (con respecto a leyes o reformas penales concretas, cfr., por ejemplo, la disposición transitoria 1.^a LO 1/2015, de 30 de marzo)

Algo parecido se prevé con respecto a las sentencias del Tribunal Constitucional en el artículo 40.1 LOTC, en el que se establece que las *sentencias de inconstitucionalidad* «no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las

Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

El fundamento de esta retroactividad de la ley penal favorable no puede buscarse, lógicamente, en el *principio de legalidad* o en el *principio de seguridad jurídica*. Es más, cabría pensar que la retroactividad es contraria a tales principios, pues significa aplicar una ley que no está previamente vigente y que no ha podido servir para orientar la conducta de sus destinatarios. Si no se llega a esa conclusión es porque generalmente se entiende que, en materia penal, como se apuntaba más arriba, los principios de legalidad y de seguridad jurídica se presentan, en realidad, como una *garantía*: sirven para evitar que los individuos se vean sorprendidos por un castigo con el que no podían contar. En este sentido, si lo que se aplica retroactivamente no es un castigo, sino una medida favorable, no hay necesidad de proteger a los individuos y no se ve amenazada ninguna garantía.

La retroactividad de la ley penal favorable se fundamenta, realmente, en las ideas de *justicia* y de *necesidad*. El cambio de ley refleja por lo general un cambio valorativo. Lo que antes era valorado de una forma pasa a valorarse de una forma distinta con la nueva ley. Ante tal situación, lo correcto, en principio, es juzgar el hecho conforme a las normas y valores que están vigentes en el momento actual. Cuando la ley actual es más grave que la anterior, ello atenta, como se ha visto, contra principios especialmente importantes y valiosos relacionados con la *seguridad jurídica*, pero cuando la ley actual es más favorable no hay razón para no juzgar el hecho de acuerdo con esa ley actual. Lo contrario significaría dejar de tener en cuenta las razones que han motivado el cambio de valoración, juzgando y castigando al sujeto que actuó bajo la vigencia de la ley anterior conforme a unos parámetros que han dejado de considerarse apropiados. Ello, además, sin ninguna necesidad preventiva.

Carecería de sentido, por ejemplo, sancionar a una persona por haber tenido relaciones homosexuales o por haber cometido adulterio una vez que tales conductas han dejado de ser reprochables penalmente; con independencia de que se hubieran llevado a cabo en un momento en el que eran constitutivas de delito. Carecería igualmente de sentido castigar con pena de muerte una vez que este castigo ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico, con independencia de que alguien hubiera cometido en su momento un delito sancionado con esta clase de pena.

Castigar un hecho que actualmente es correcto o castigarlo con una pena mayor que la que actualmente se entiende que merece es algo que atenta contra la idea de justicia. Supone, en última instancia, desvincular el castigo de toda *utilidad* o *razonabilidad*.

3.2 Determinación de la ley penal favorable

En la medida en que se reconoce la retroactividad de la ley penal favorable (art. 2.2 CP), en caso de sucesión de leyes, para saber si el hecho cometido bajo la vigencia de una ley anterior debe juzgarse conforme a esa ley anterior o debe juzgarse conforme a la nueva ley, lo que hay que hacer es comparar ambas leyes y valorar si la nueva ley es o no favorable al reo.

A este respecto, es importante, antes que nada, tener en cuenta que lo que se compara es la ley en su conjunto. No es posible combinar las medidas favorables de una ley y las medidas favorables de otra, pues ello supondría conceder a los tribunales una facultad legislativa para configurar una ley diferente (*lex tertia*) de las aprobadas por el legislador. Tal es el criterio que ha seguido también el CP en su disposición transitoria 2.^a con respecto al anterior CP de 1973, explicando que para determinar la ley más favorable «se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código» (cfr., igualmente, por ejemplo, la disposición transitoria 1.^ª2 LO 1/2015, de 30 de marzo).

Cuando se trata simplemente de que una infracción está tipificada en una ley y en otra no o de que la pena tiene una extensión mayor en un caso que en otro, la determinación de cuál es la ley más favorable puede resultar sencilla, pero lógicamente no es siempre esa la situación. Es más probable que un mismo tipo de infracción –o las circunstancias generales que condicionan la responsabilidad por tal infracción– tenga una regulación distinta en una y otra ley, combinándose los aspectos que pueden beneficiar al reo y los que pueden perjudicarlo, o que incluso las penas previstas para una misma infracción sean de distinta naturaleza.

Imaginemos, por ejemplo, que conforme a la ley anterior un delito tiene prevista una pena de prisión de 6 a 12 años y que con una nueva ley pasa a tener una pena de prisión de 4 a 8. En este caso, es fácil apreciar que la ley más favorable es la ley posterior. A partir de ahí, el juez procederá a individualizar la pena, fijando el número exacto de años de prisión que se debe imponer, en su caso, al condenado.

Cuando se trata de revisar un hecho ya enjuiciado y con sentencia firme (cfr., a continuación, 3.3), las reglas sin embargo son parcialmente distintas, pues si la pena que ha sido impuesta queda dentro de lo que sería posible imponer con la nueva ley (6, 7 u 8 años, en el ejemplo anterior), no procederá la revisión de la sentencia (disposición transitoria 5.^a CP; también, por ejemplo, disposición transitoria 2.^a 1 LO 1/2015, de 30 de marzo).

Puesto que se trata de determinar la ley más favorable al reo, una referencia importante viene dada por las circunstancias personales o incluso por la propia opinión del reo. La comparación entre una pena privativa de libertad de corta duración y una pena de multa o una pena privativa de derechos, por ejemplo, puede depender del cuál sea la capacidad económica o la profesión del reo. En este último sentido, está previsto en el artículo 2.2 CP –así como en la disposición transitoria 2.^a CP– que «en caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable será oído el reo» (cfr., también, por ejemplo, disposición transitoria 1.^a LO 1/2015, de 30 de marzo).

3.3 Alcance de la retroactividad

El artículo 2.2 CP dice que las leyes penales favorables tendrán efecto retroactivo «aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena».

Se le concede así a la retroactividad un alcance muy amplio, pues la aplicación retroactiva de la ley no solo será posible durante el proceso penal, sino también cuando el proceso haya terminado y haya recaído sentencia firme.

Si la sentencia no es firme y está pendiente de recurso, la disposición transitoria 9.^a CP establece una serie de reglas para invocar la nueva normativa aplicable que varían en función del tipo de recurso (cfr., también, por ejemplo, la disposición transitoria 3.^a LO 1/2015, de 30 de marzo). Si la sentencia es firme, se podrá proceder a la revisión de la sentencia conforme a lo dispuesto en las disposiciones transitorias 3.^a a 6.^a del CP, en donde se recogen, no obstante, algunas salvedades (cfr., también, por ejemplo, la disposición transitoria 2.^a LO 1/2015, de 30 de marzo).

Según la redacción literal del artículo 2.2 CP, y pese a las críticas manifestadas por un sector doctrinal, el alcance máximo de la retroactividad solo llega hasta los casos en que, después de haber recaído sentencia firme, el sujeto se halla cumpliendo condena. Una vez cumplida la condena, no se permite revisar la sentencia y aplicar retroactivamente la nueva ley (STS 679/2007, de 25 de julio). Así lo confirma, por su parte, la disposición transitoria 6.^a CP,

que reconoce, no obstante, la posibilidad de que los jueces y tribunales tengan en cuenta la nueva ley a efectos de reincidencia, pues ciertamente podría carecer de sentido que la comisión en el pasado de un delito, actualmente derogado, se tuviera en cuenta para una agravación de la responsabilidad por reincidencia (cfr., también, por ejemplo, la disposición transitoria 2.^a 3 LO 1/2015, de 30 de marzo).

Se prevé también, por último, que «en los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto al nuevo Código» (disposición transitoria 6.^a 2 CP; y, en el mismo sentido, disposición transitoria 2.^a 4 LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP).

3.4 Particularidades

3.4.1 LEYES EN *VACATIO*

Las leyes penales favorables que se encuentran en el período de *vacatio*, en tanto que no han entrado en vigor, no pueden aplicarse de manera retroactiva. La disposición transitoria 1.^a CP, con respecto a su propia aplicación retroactiva, establece que serán de aplicación sus disposiciones favorables «una vez que entre en vigor» (cfr., en el mismo sentido, por ejemplo, la disposición transitoria 1.^a LO 1/2015, de 30 de marzo).

Puede resultar llamativo porque lo normal es que la nueva ley refleje un cambio de valoración jurídica, y si se deroga un delito no parece que tenga sentido que alguien siga cumpliendo condena por haber cometido ese delito. Sin embargo, no es posible aplicar de manera retroactiva una ley que todavía no ha entrado en vigor. Para evitar este tipo de problemas, lo que debe hacerse, en el caso de derogaciones o cambios favorables, es prever en la propia ley su inmediata entrada en vigor, tal y como ocurrió durante la transición a la democracia con las leyes que derogaban los delitos que suponían restricciones de derechos o libertades fundamentales.

3.4.2 LEYES INTERMEDIAS

Plantean problemas también las llamadas leyes intermedias, que vendrían a ser aquellas leyes que entran en vigor después de haberse cometido el hecho delictivo, pero que son derogadas por una nueva ley antes de que llegue a juz-

garse ese hecho delictivo. Los problemas surgen porque la ley intermedia, aun pudiendo ser más beneficiosa que la ley anterior y que la ley posterior, no está en vigor en el momento de haberse realizado el hecho y tampoco en el momento del juicio, por lo que, en principio, no podría aplicarse. La doctrina mayoritaria, no obstante, suele defender su aplicación por considerar que lo contrario resultaría totalmente injusto, ya que el sujeto habría podido ser en su momento juzgado conforme a esa ley intermedia, y si no lo ha sido ello obedece por lo general a razones ajenas a su voluntad. Se ha dicho, en este mismo sentido, que sería difícilmente aceptable que dos sujetos que hubieran realizado el mismo delito en el mismo momento fueran castigados de manera diferente por dilaciones procesales no imputables a ninguno de ellos. También la jurisprudencia ha aceptado esta conclusión y ha proclamado expresamente la posibilidad de aplicar retroactivamente la ley penal intermedia más favorable en aplicación del artículo 2.2 CP (cfr., por ejemplo, STS 692/2008, de 4 de noviembre).

3.4.3 LEYES TEMPORALES

También presentan ciertas particularidades las leyes temporales; es decir, aquellas leyes que no aspiran a ser permanentes, sino que se aprueban para un período limitado de tiempo, bien indicando expresamente ese período de tiempo (leyes temporales en sentido estricto), bien vinculando su vigencia a la duración de una determinada situación extraordinaria, como puede ser una guerra, una rebelión o una catástrofe natural (leyes excepcionales).

En materia penal, este tipo de leyes se caracterizan normalmente por introducir nuevas clases de infracciones o agravar las sanciones previstas para las infracciones ya existentes; todo ello con objeto de dar una respuesta específica a los riesgos que se derivan de la situación extraordinaria. Son leyes, por otra parte, que se derogan en un plazo de tiempo relativamente breve por leyes posteriores generalmente más favorables. Por esa razón, si se reconociera también en estos casos la necesidad de aplicar la regla general de la retroactividad favorable, se podría acabar con el sentido y la eficacia de las leyes temporales, pues lo normal es, precisamente, que la propia situación extraordinaria conduzca a que los hechos delictivos cometidos durante la vigencia de la ley temporal no puedan juzgarse en ese momento y deban ser juzgados más adelante bajo la vigencia de la ley posterior favorable. Si desde el principio se supiera, por tanto, que las leyes temporales van a ser sometidas a la regla general de la retroactividad penal favorable y que, consecuentemente, no van a ser aplicadas, estas leyes difícilmente podrían cumplir su propósito. Ello ha llevado a

que tradicionalmente se venga entendiendo que frente a este tipo de leyes se debe exceptuar la regla de la retroactividad penal favorable.

Bajo la vigencia del artículo 24 del antiguo CP de 1973, que se limitaba a proclamar con carácter general la retroactividad de la ley penal favorable, se solía decir que en estos casos no procedía la retroactividad porque en realidad no se producía una *sucesión de leyes*; no se cambiaba la valoración jurídica de un determinado hecho, sino que directamente cambiaban las circunstancias del hecho. No habría una nueva ley para un mismo hecho, sino leyes distintas para hechos con significados distintos.

Actualmente, sin embargo, no parece necesario entrar en tales consideraciones, porque el artículo 2.2 CP, al regular la retroactividad de la ley penal favorable, recoge de modo expreso esta excepción, indicando que «los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario».

En cualquier caso, no está de más recuperar las reflexiones acerca del fundamento de esta excepción para saber en qué supuestos nos encontramos realmente ante la *sucesión de una ley temporal*.

Puede ocurrir, por ejemplo, que la ley posterior a la ley temporal sea a su vez una ley temporal que, frente a la misma situación extraordinaria, opte por una regulación penal menos severa y suponga en ese sentido no ya un mero restablecimiento de la situación previa a la primera ley temporal, sino un verdadero cambio de valoración. O puede ocurrir también que la ley temporal incluya alguna norma que no tenga propiamente ese carácter temporal por no estar vinculada a la situación extraordinaria y que, en esa medida, la modificación posterior de tal norma constituya igualmente un verdadero cambio de valoración jurídica con respecto al supuesto regulado en la misma. En este tipo de supuestos no podría decirse que se produce simplemente un cambio de circunstancias y que una situación determinada ha sido sustituida por otra. Son casos en los que no tiene lugar realmente la sucesión de una *ley temporal*, sino un cambio de valoración con consecuencias favorables para el reo, y en los que, por tanto, no hay necesidad de aplicar la excepción a la retroactividad prevista en el artículo 2.2 CP para las leyes temporales.

Este criterio que centra la atención en la existencia o inexistencia de un *cambio de valoración* y que se ha desarrollado fundamentalmente en relación con las leyes temporales, ha ido postulándose como un *criterio general* para identificar los supuestos de *sucesión de leyes* y delimitar así el alcance de la retroactividad penal favorable.

En concreto, se ha planteado la posibilidad de utilizar este criterio para valorar la retroactividad de las leyes posteriores que se refieren a cuantías o a

elementos secundarios del delito que no parecen formar parte del contenido esencial del injusto.

En cuanto a las modificaciones relativas a las cuantías, puede pensarse, por ejemplo, en la modificación de la cuantía que se utilizaba en su momento para diferenciar la falta y el delito de hurto o en la modificación de la cuantía que se establece para que una defraudación tributaria pueda ser constitutiva de delito fiscal. Si las modificaciones, como ocurre normalmente, aumentan alguna de estas cuantías, se reduce el alcance del delito y, en tanto que ello puede tener consecuencias favorables para el reo, deberían aplicarse, en principio, de manera retroactiva, dejando de castigar a quien en su momento cometió el delito de hurto o el delito fiscal. Ello, sin embargo, ha sido criticado por algunos autores por entender que para poder aplicar retroactivamente la ley posterior favorable sería necesario comprobar que tal modificación de la cuantía obedece realmente a un «cambio de valoración» sobre la relevancia o la gravedad del hecho y no simplemente a una actualización motivada por la progresiva devaluación del dinero. Si cabe pensar, por ejemplo, que la modificación que supone un aumento de la cuantía que ha de tener la cuota defrauda en el delito fiscal obedece al deseo de no castigar penalmente defraudaciones menos relevantes, existirá una verdadera sucesión de leyes y deberá reconocerse la retroactividad de la ley posterior favorable; pero si se entiende que la nueva cuantía es de alguna manera equivalente a la anterior y que, por tanto, la valoración del hecho no ha cambiado, la aplicación retroactiva de la norma posterior estaría injustificada.

En lo que se refiere a las modificaciones relativas a elementos secundarios o elementos que no forman parte del contenido esencial del injusto, puede pensarse, por ejemplo, en la falsificación de una moneda que posteriormente es invalidada, en la simulación de un delito que posteriormente es derogado o incluso en el quebrantamiento de condena con respecto a una pena (condena) impuesta por una infracción que deja de estar tipificada. En tales casos, las modificaciones posteriores permitirían llegar a la conclusión de que el hecho ya no es igualmente desvalorado y de que, por tanto, debe procederse a su aplicación retroactiva. Sin embargo, también se puede aplicar el razonamiento anterior para exigir que la retroactividad se reserve a los supuestos en los que realmente existe un *cambio de valoración* del hecho, pues en estos casos podría llegarse a la conclusión de que la modificación afecta a elementos secundarios del delito y no refleja un verdadero cambio de valoración jurídica, entendiéndose que lo que se castiga es la falsificación de la moneda en curso, la simulación de un delito en general o el quebrantamiento de la pena impuesta y no la falsificación de un determinado tipo de moneda, la simulación una deter-

minada clase de delito o el quebrantamiento de una pena impuesta por un delito concreto. Para justificar este criterio delimitador de la retroactividad penal se podría apelar a los mismos argumentos de justicia y necesidad que fundamentan la retroactividad de la ley favorable o, incluso, al propio artículo 2.2 CP, interpretando, en relación con el primer inciso de este precepto, que en determinados casos no existe propiamente una *sucesión de leyes* porque lo que se modifica no son las leyes penales que se han tomado como referencia para determinar la responsabilidad del reo, o interpretando, en relación con el último inciso del precepto, que los aspectos que complementan ciertos tipos penales como, por ejemplo, los relativos a los delitos que están tipificados en un determinado ordenamiento y que pueden ser objeto de simulación, los relativos a las normas que tienen curso legal y que pueden ser objeto del delito de falsificación de moneda o incluso los relativos a las normas fiscales que sirven de base para la regulación de los delitos contra la Hacienda Pública, son en cierto modo *leyes temporales* que hacen referencia a una realidad concreta que puede verse modificada sin necesidad de un cambio de valoración jurídico-penal (cfr., en este sentido, por ejemplo, SSTS 445/2010, de 13 de mayo y 606/2010, de 25 de junio)

3.4.4 LEYES QUE COMPLEMENTAN LAS NORMAS PENALES EN BLANCO

Desde un punto de vista formal, las leyes que complementan las normas penales en blanco pueden ser penales o no penales, como ocurre, por ejemplo, con las que sirven para complementar el delito fiscal, pero se entiende mayoritariamente que, en cualquier caso, en la medida en que sirven para concretar la ley penal deben ser aplicadas retroactivamente a favor del reo (cfr., en este sentido, por ejemplo, SSTS 1325/1997, de 31 de octubre, 1688/2000, de 6 de noviembre, 1210/2001, de 11 de junio).

3.4.5 LEYES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

A propósito de las leyes sobre responsabilidad civil derivada del delito, se debe partir de la idea de que no son propiamente «leyes penales». Así, en relación con el principio de irretroactividad, el TC ha señalado que este principio solo despliega sus efectos cuando, desde una perspectiva fáctica, la nueva Ley penal afecta a los presupuestos del delito o de las penas o medidas de seguridad, de modo que no rige para la responsabilidad civil derivada del deli-

to (STC 99/2000, de 10 de abril). Y por la misma razón, en relación con la retroactividad favorable, cabe afirmar que estas leyes sobre la responsabilidad civil no son abarcadas por el artículo 2.2 CP. De hecho, la responsabilidad civil no siempre le corresponde al reo. Con respecto a este tipo de leyes, por tanto, se debe seguir el criterio general del artículo 2.3 CC, que declara que las leyes no tienen efecto retroactivo salvo que en ellas se disponga lo contrario (cfr., en este sentido, por ejemplo, SSTS 221/1997, de 20 de febrero, 895/1997, de 26 de septiembre, 1285/1997, de 24 de octubre).

3.4.6 LEYES PROCESALES

En cuanto a las leyes procesales, existen algunas dudas acerca de qué supone realmente su retroactividad. En primer lugar, se podría pensar, como ha señalado parte de la doctrina, que el objeto de estas leyes no lo constituye el hecho realizado por el sujeto en el pasado, sino los actos que se van sucediendo progresivamente a lo largo del proceso, de tal manera que la aplicación de una ley procesal a un *acto procesal* actual pero en relación con un *hecho* o una *infracción* realizada bajo la vigencia de otra ley procesal anterior no supondría necesariamente la aplicación retroactiva de esa ley. Solo podría hablarse de retroactividad cuando se dicta un acto procesal en aplicación de una ley procesal y luego se modifica el alcance de ese mismo acto mediante la aplicación de una nueva ley. Más allá de este supuesto, la ley procesal no plantearía especiales problemas de retroactividad y seguiría siempre el criterio general *tempus regit actum*. Desde ese punto de vista, los problemas no se plantearían con la aplicación de la ley procesal posterior favorable, que no se vería propiamente como una aplicación retroactiva, sino con la aplicación de la ley procesal posterior desfavorable, pues seguiría teniendo consecuencias perjudiciales para el procesado.

Ante esta situación, hay autores que consideran que, dado que la ley es procesal y no plantea realmente problemas de retroactividad, se debe aplicar la ley posterior desfavorable. La doctrina mayoritaria, en cambio, tiende a limitar en estos casos la aplicación de la ley posterior desfavorable. Para ello, o bien propone matizar la aplicación del criterio general *tempus regit actum* o bien pone en duda el carácter puramente procesal de determinadas normas como, por ejemplo, las relativas a la prescripción o a la prisión provisional, que guardan especial relación con el presupuesto material que genera el proceso y que pueden restringir intensamente los derechos individuales.

El TS, por su parte, no ha llegado a establecer una regla clara a este respecto, pero parece asumir esta idea de que las leyes procesales no suelen plantear problemas de retroactividad. Ha explicado, en este sentido, que aunque en un primer momento se tendía a pensar que las leyes procesales eran retroactivas, «la doctrina y la jurisprudencia modernas aceptan unánimemente que la ley procesal es irretroactiva y se aclara la confusión anterior al comprender que cuando se dicta una ley no se aplica retroactivamente a procesos anteriores, sino a los actos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor, aunque los hechos materiales y jurídicos que han dado origen al proceso sean anteriores» (STS 355/1998, de 18 de abril, Sala 1.^a). El TC se ha manifestado igualmente a favor de la idea de que en el caso de las leyes procesales no se plantean problemas de retroactividad cuando se aplican en procesos que afectan a hechos realizados bajo una ley procesal anterior (ATC 933/1985, de 18 de diciembre), reconociendo también, no obstante, en relación con la prisión provisional, que las leyes procesales que se aplican a los actos procesales que se han adoptado con base en una ley procesal anterior sí tienen un efecto retroactivo y que, por tanto, en caso de ser desfavorables, pueden llegar a atentar contra el principio de irretroactividad del artículo 9.3 CE (STC 32/1987, de 10 de marzo).

3.4.7 CAMBIOS JURISPRUDENCIALES

Los cambios jurisprudenciales en materia penal no están sometidos a las reglas sobre retroactividad. Pueden tener efectos retroactivos cuando son desfavorables (ATS 14-10-1998 y SSTS 95/2001, de 30 de enero, 1179/2001, de 20 de julio, 197/2006, de 28 de febrero, 1076/2009, de 29 de octubre) y no son suficientes para dar lugar a un proceso de revisión cuando son favorables (SSTS 405/1998, de 20 de marzo, 1084/2000, de 14 de junio, 2414/2001, de 10 de enero de 2002).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sin embargo, ha manifestado que cuando el cambio jurisprudencial da lugar a una modificación normativa de tal entidad que impida a los destinatarios de la norma acceder a la misma puede vulnerarse la prohibición de retroactividad desfavorable que se deriva del principio de legalidad del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La vulneración del principio de irretroactividad se vincula de este modo, en el caso de los cambios jurisprudenciales, a la falta de previsibilidad de tales cambios, para lo que puede resultar determinante la existencia de antecedentes o incluso de una línea jurisprudencial previa, lo que

llevó al TEDH a considerar que no había problemas de retroactividad por ejemplo en un caso en el Reino Unido en el que se cambió la jurisprudencia sobre la posibilidad de apreciar un delito de violación en el seno del matrimonio, pues había sentencias anteriores que apuntaban en esa dirección (SSTEDH *S. W. vs Reino Unido*, 22-11-1995, *C. R vs Reino Unido*, 22-11-1995). Desde esta misma perspectiva, en la sentencia en la que se planteaba la posible aplicación retroactiva de la llamada «doctrina Parot» (STS 197/2006, de 28 de enero), el TEDH no cuestiona la validez de los cambios jurisprudenciales en materia penal, pero considera que se vulnera el principio de legalidad y el de irretroactividad si, como ocurre con la «doctrina Parot», el cambio jurisprudencial en perjuicio de reo supone materialmente una modificación de la pena inicialmente prevista en la ley que carece de antecedentes jurisprudenciales y que no es «razonablemente previsible» (STEDH *Del Río Prado vs España*, 10-7-2012, confirmada por SETDH Gran Sala 21-10-2013).

4. MOMENTO DE LA COMISIÓN DEL DELITO

4.1 La teoría diferenciadora o de la valoración jurídica

Para identificar la ley aplicable en caso de sucesión de leyes penales es necesario determinar correctamente en qué momento se ha cometido el hecho delictivo sobre el que debe aplicarse la ley penal. Tradicionalmente, se han utilizado cuatro teorías o criterios para fijar el momento de comisión de delito:

- 1) La teoría de la acción, según la cual el momento de comisión del delito es el momento en el que se realiza la acción o, en el caso de los delitos omisivos, el momento en el que debería haberse realizado la acción.
- 2) La teoría del resultado, que considera, en cambio, que lo decisivo es el momento en el que se produce el resultado.
- 3) La teoría unitaria, que entiende que el momento de comisión viene constituido por cualquiera de los momentos en que se realiza algún elemento del delito.
- 4) La teoría diferenciadora o de la valoración jurídica, según la cual se ha de elegir entre un momento u otro en función del sentido o de la finalidad de la norma que deba aplicarse.

La doctrina mayoritaria toma como punto de partida la teoría diferenciadora o de la valoración jurídica porque considera que la cuestión acerca del momento de comisión de un delito solo interesa desde un punto de vista jurídico. La opción por el momento de la acción, por el momento del resultado o

por cualquier otro momento solo puede estar fundamentada en consideraciones de carácter normativo. Así, dependiendo de la norma que quiera aplicarse, la opción puede ser distinta. La determinación del momento de comisión puede variar, por ejemplo, en función de que quiera utilizarse para computar el plazo de prescripción o para identificar la ley aplicable en caso de sucesión de leyes. En el primer caso, suele decirse que lo más apropiado es atender al momento del resultado, mientras que en el segundo caso se entiende generalmente que lo determinante es el momento de la acción.

A efectos de determinar la ley aplicable en el tiempo, el momento de comisión del delito se corresponde, según la doctrina mayoritaria, con el momento de la acción. En la medida en que la cuestión de la ley aplicable es relevante fundamentalmente por razones relacionadas con la retroactividad y la seguridad jurídica, lo más razonable es centrar la atención en el momento en el que sujeto lleva a cabo la acción u omisión que da lugar al delito, pues es conforme a la ley vigente en ese momento conforme a la cual el sujeto puede plantearse cuáles son las posibles consecuencias jurídicas de su actuación (cfr., en este sentido, por ejemplo, STS 1493/1999, de 21 de diciembre).

En el artículo 7 CP se sigue también la teoría de la acción, manifestando que «a efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en el que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar».

4.2 Supuestos particulares

4.2.1 DELITO INTEGRADO POR UNA PLURALIDAD DE ACTOS

Cuando el delito está integrado por una pluralidad de actos puede ocurrir que un primer acto se realice bajo la vigencia de una determinada ley penal y un segundo acto se realice bajo la vigencia de una ley posterior.

Si la ley posterior es favorable, el problema es menor porque cabe entender que en todo caso deberá aplicarse esta ley posterior, tanto si se aplica retroactivamente como si no. En cambio, si la ley posterior es desfavorable, se hace necesario decidir si la aplicación de la ley posterior favorable es contraria al principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable. Una primera posibilidad es optar en todo caso por la aplicación de la ley más favorable para garantizar que no se produzca nunca una aplicación retroactiva contraria al reo. Una segunda posibilidad es entender que el acto decisivo es el que se produce en último lugar y que, por tanto, en la medida en que el sujeto realiza ese

último acto bajo la vigencia de la ley posterior desfavorable no habría problema en aplicar esa ley posterior porque no se trataría propiamente de una aplicación retroactiva. Hay una versión matizada de esta última interpretación que distingue en función de que el último acto sea efectivamente el que sirva para convertir el hecho en delictivo, en cuyo caso se considera que no hay problemas de retroactividad, o sirva simplemente para agravar un hecho delictivo que se ha llevado a cabo con el primer acto, en cuyo caso si se produce un cierto efecto retroactivo contrario al reo.

Si se quiere respetar el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, la posibilidad de aplicar una ley posterior desfavorable en estos casos pasa por exigir que la conducta típica, con todos sus elementos relevantes, se realice efectivamente bajo la vigencia de esa ley posterior, dejando al margen las actuaciones que se hayan llevado a cabo bajo la vigencia de la ley anterior (cfr., en este sentido, STS 1504/2003, de 25 de febrero de 2004).

4.2.2 DELITOS CONTINUADOS

En los delitos continuados se producen igualmente varios actos relevantes para la responsabilidad final del reo, pero con la particularidad de que cada uno de ellos es ya constitutivo de delito. El momento relevante para apreciar la continuidad viene definido por los diferentes momentos en que se han realizado los actos delictivos. El problema se plantea porque si algunos actos delictivos se han realizado bajo la vigencia de una primera ley menos grave y la continuidad se tiene en cuenta al aplicar una nueva ley posterior más grave bajo cuya vigencia se ha cometido un solo acto delictivo, podría entenderse que se produce cierto efecto retroactivo desfavorable. En cambio, si varios de esos actos se realizan bajo la vigencia de la ley posterior y son suficientes para apreciar la continuidad, no hay problema de retroactividad (cfr. SSTs 223/2000, de 21 de febrero, 2030/2001, de 31 de octubre, 1548/2005, de 30 de diciembre, 903/2006, de 19 de septiembre).

4.2.3 DELITOS PERMANENTES

En los delitos permanentes el momento de comisión del delito se mantiene en el tiempo, de tal manera que es posible que inicialmente el hecho se encuentre bajo la vigencia de una ley penal y posteriormente se encuentre bajo la vigencia de otra ley penal. El problema se plantea cuando la ley posterior es

desfavorable, pues de nuevo hay que determinar si es posible valorar conforme a esa nueva ley los hechos penalmente relevantes cometidos bajo la vigencia de la ley anterior. Si la nueva ley introduce una nueva circunstancia de agravación (así, por ejemplo, en relación con el tiempo de privación de libertad en un delito de detenciones ilegales), parece que lo más razonable es entender que tal agravación solo procede si el hecho que lo motiva se realiza completamente bajo la vigencia de la nueva ley, pues lo contrario supondría una aplicación retroactiva contraria al reo. En cambio, si la nueva ley se limita a agravar la pena prevista para el hecho delictivo que se mantiene en el tiempo cabe pensar que no se produce realmente un efecto retroactivo y que por tanto no hay problema en aplicar la nueva ley (cfr. en este sentido, SSTS 532/2003, de 19 de mayo, 918/2004, de 16 de julio, 556/2006, de 31 de mayo, 480/2009, de 22 de mayo).

LECTURAS RECOMENDADAS

- CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, 3.^a ed., Valencia, 1999, pp. 137 a 153.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, tomo I, 6.^a ed., 2004, pp. 215 a 238.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid, 2000.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1996, pp. 177 a 199.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1978, pp. 121 a 141.

CUESTIONES

1. Explique en qué consiste el criterio *tempus regit actum* como criterio general para determinar la ley penal aplicable en caso de sucesión de leyes.
2. Indique en qué norma o normas de nuestro ordenamiento jurídico se recoge expresamente el principio de irretroactividad de la ley penal.
3. Explique en qué se fundamenta, según la doctrina mayoritaria, el principio de retroactividad de la ley penal favorable.
4. En caso de sucesión de leyes, ¿es posible aplicar la ley penal posterior favorable cuando el responsable del hecho realizado bajo la vigencia de la ley anterior se encuentra ya cumpliendo condena? ¿y cuando el responsable haya terminado de cumplir condena?

5. Imagine el supuesto en el que un sujeto A comete un delito fiscal del artículo 305 CP por defraudar a la Hacienda Pública estatal un total de 125.000 euros. ¿Qué consecuencias tendría, desde el punto de vista jurídico-penal, que, después de haber cometido el delito y antes de la celebración del juicio, se reformase el citado precepto, aumentando, de los 120.000 euros actuales a 150.000 euros, la cantidad mínima a partir de la cual la defraudación fiscal pasa a ser penalmente típica?

CAPÍTULO VI

VIGENCIA ESPACIAL DE LA LEY PENAL

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Principio de territorialidad.* 2.1 *Introducción.* 2.2 *Concepto jurídico de territorio.* 2.2.1 *Tierra firme y aguas interiores.* 2.2.2 *Mar territorial.* 2.2.3 *Espacio aéreo.* 2.2.4 *Otros espacios: embajadas y bases militares de utilización conjunta.* 2.2.5 *Buques y aeronaves.*—3. *Lugar de comisión del delito.* 3.1 *Problema: comisión de uno o varios delitos conexos en distintos países.* 3.2 *Solución: la valoración conjunta del hecho.*—4. *La ultraterritorialidad de la ley penal.* 4.1 *Principio personal.* 4.2 *Principio real o de protección de intereses.* 4.3 *Principio de justicia penal universal.* 4.3.1 *Finalidad y ámbito de aplicación.* 4.3.2 *Requisitos: la polémica en torno al punto de conexión con intereses españoles.* 4.3.3 *Delitos afectados por el principio universal.*—5. *La Corte Penal Internacional. Otros tribunales penales internacionales.* 5.1 *Introducción.* 5.2 *Tribunales internacionales y tribunales mixtos para conflictos singulares.* 5.3 *La Corte Penal Internacional.* 5.3.1 *Competencia.* 5.3.2 *Principios.* 5.3.3 *Penas aplicables.* 5.3.4 *Procedimientos.* *Lecturas recomendadas. Cuestiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Las leyes penales españolas, igual que las del resto de países de la comunidad internacional, tienen una vigencia espacial limitada. Si bien cada país puede definir a qué hechos extiende su jurisdicción, tal extensión está condicionada por dos factores: su capacidad de actuación eficaz cuando se trata de enjuiciar hechos cometidos fuera de las propias fronteras, y la posibilidad de

entrar en conflictos de competencia con otros países. Ello ha llevado a los diferentes ordenamientos a fijar principios de aplicación de la ley en el espacio que sean a la vez efectivos e internacionalmente reconocidos, así como a arbitrar mecanismos que favorezcan la cooperación internacional en la lucha contra el delito, como la creación de Tribunales penales internacionales o la previsión de instrumentos jurídicos de ayuda mutua, como la extradición y la Orden Europea de Detención y Entrega (Euroorden). Los principios que determinan la vigencia espacial de la ley penal española se recogen en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Son el principio de territorialidad, que es el básico, y los tres principios complementarios que permiten una aplicación ultraterritorial de la ley penal: principio personal, principio real o de protección, y principio de justicia penal universal.

2. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

2.1 **Introducción**

De acuerdo con el artículo 8 del Código Civil, «las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español». A su vez, el artículo 23.1 LOPJ establece que «en el orden penal, corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte».

Estas disposiciones concretan el principio de territorialidad de las normas penales, principio básico en materia de vigencia espacial de la ley, y expresión última de la soberanía estatal, que resulta prácticamente inconcebible sin el correspondiente control legal y fáctico del territorio.

La aplicación de este principio obliga a precisar qué se entiende por territorio español, cuestión que corresponde al Derecho internacional público, y de la que aquí se va a hacer sólo un resumen de sus líneas fundamentales.

2.2 **Concepto jurídico de territorio**

Se entiende por territorio, en sentido jurídico, el espacio en el que un Estado ejerce su soberanía plena. Comprende elementos del espacio físico te-

restre, marítimo y aéreo, así como, en ciertos casos, el denominado espacio flotante, compuesto por buques y aeronaves.

2.2.1 TIERRA FIRME Y AGUAS INTERIORES

Comprende la parte española del territorio peninsular, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla en África, las Islas Baleares, y las Islas Canarias, así como otras islas menores e islotes, fuera del mar territorial, como Columbretes, Alborán, Chafarinas, Alhucemas, Peñón Vélez de la Gomera, y Perejil. La soberanía se extiende también a las aguas interiores al territorio físico.

Problemas especiales suscitan otros espacios territoriales, como el enclave de Llívia en Francia, la Isla de los Faisanes en el río Bidasoa, los ríos fronterizos, y el Peñón de Gibraltar, cuyo estudio corresponde al Derecho Internacional.

2.2.2 MAR TERRITORIAL

La soberanía marítima se define, de acuerdo a los principios del Derecho internacional, en la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre Mar Territorial (LMT). El artículo 1 establece que «[l]a soberanía del estado español se extiende, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, al mar territorial adyacente a sus costas», y se ejerce, «de conformidad con el Derecho Internacional, sobre la columna de agua, el lecho, subsuelo y los recursos de ese mar, así como el espacio aéreo suprayacente».

El límite interior del mar territorial «viene determinado por la línea de baja mar escorada y, en su caso, por las líneas de base rectas que sean establecidas por el Gobierno» (art. 2 LMT). El límite exterior, a su vez, «estará determinado por una línea trazada de modo que los puntos que la constituyen se encuentren a una distancia de 12 millas náuticas de los puntos más próximos de las líneas de base a que se refiere el artículo anterior» (art. 3 LMT).

2.2.3 ESPACIO AÉREO

Está sujeto a la soberanía del Estado español, y forma por ello parte del territorio en sentido jurídico, «el espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial» (art. 1 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea).

No pertenece al territorio, sin embargo, el denominado espacio ultraterrestre.

Conforme al artículo II del Tratado de Naciones Unidas sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes, de 27 de enero de 1967, «[e]l espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera».

2.2.4 OTROS ESPACIOS: EMBAJADAS Y BASES MILITARES DE UTILIZACIÓN CONJUNTA

Contra una extendida opinión, las embajadas, oficinas consulares y demás misiones diplomáticas no son parte del territorio del Estado de bandera al que representan, sino del Estado en el que se ubican, sin perjuicio del reconocimiento de inmunidades a su personal, y una protección especial a los edificios y terrenos (véanse, en este sentido, los arts. 559 y ss. LECrim.).

En cuanto a las bases militares de utilización conjunta hispano-estadounidenses, forman parte del territorio español, que solo concede una autorización de uso de sus espacios, según los artículos 2.2 y 24.1 del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre cooperación para la defensa, de 1 de diciembre de 1988. No obstante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 del Convenio, España puede renunciar a su jurisdicción criminal.

2.2.5 BUQUES Y AERONAVES

A) *Españoles*

Según el artículo 23.1 LOPJ corresponde a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas «cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea Parte». La ley no distingue, así que debe entenderse que ello afecta a los buques y aeronaves españoles públicos y privados en cualquier lugar donde se encuentren, sean espacios de soberanía española, de otro Estado, o no sometidos a soberanía, como la alta mar y su espacio aéreo.

B) *Extranjeros*

Buques. De acuerdo a la Convención de Derecho del Mar (Montego Bay, 1982 –CDM–), habría que distinguir:

a) Buques de guerra y oficiales.

Si navegan por la alta mar, tienen completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón (arts. 95 y 96 CDM). Si navegan por aguas territoriales españolas, gozan también de inmunidad, con las excepciones previstas en la Convención para casos de infracción del derecho de paso inocente –derecho a navegar por mares territoriales de otros países sin detenerse y sin afectar a la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño– (arts. 19 y 32 CDM).

b) Buques mercantes y buques de Estado destinados a fines comerciales.

Si navegan por alta mar, la Convención solo hace referencia a los abordajes u otros incidentes de navegación que puedan dar lugar a responsabilidad penal del capitán u otras personas al servicio del buque, disponiendo que solo podrá incoarse procedimiento ante las autoridades judiciales del Estado de pabellón o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales (art. 97.1 CDM), sin que pueda ser ordenado el apresamiento o retención del buque, ni siquiera como medida de instrucción, por otras autoridades que las del Estado de pabellón (art. 97.3 CDM). La excepción son los delitos de persecución universal que recoge la propia Convención: trata de esclavos (art. 99 en relación con el art. 110.1.b); piratería (arts. 100 y ss., especialmente art. 105); tráfico de drogas (art. 108); y transmisiones no autorizadas desde alta mar (art. 109).

Si navegan por un mar territorial, sin provenir de aguas interiores, el Estado ribereño no debería ejercer la jurisdicción penal sobre los delitos cometidos a bordo de estos buques durante su paso salvo en los casos previstos en el artículo 27 CDM.

Aeronaves. El artículo 7 de la Ley de Navegación Aérea establece que«[a] las aeronaves extranjeras, mientras se encuentren en territorio de soberanía española, o en espacio aéreo a ellas sujeto, les serán aplicadas las disposiciones de esta Ley, así como las penales, de policía y seguridad pública vigentes en España».

Aunque en este caso no se distingue entre aeronaves oficiales y mercantiles, el Derecho internacional suele atribuir a las aeronaves oficiales un régimen de inmunidad similar al de los buques oficiales.

3. LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO

3.1 **Problema: Comisión de uno o varios delitos conexos en distintos países**

Bajo este rótulo se examinan los problemas que surgen cuando el delito se compone de varios actos o partes que se desarrollan en distintos países, y es necesario determinar dónde se considera cometido a efectos de aplicación de la ley penal en el espacio. Pero esta cuestión no es más que una manifestación singular de un problema más amplio, que debe ser resuelto uniformemente, y que surge siempre que las distintas partes de un único hecho delictivo o los distintos delitos de un fenómeno delictivo complejo tienen lugar en distintos países, siendo uno de ellos España.

Ello se da, al menos, en los siguientes grupos de casos:

A) Varias partes de un único delito cometidas por una misma persona tienen lugar en distintos países.

Admite las siguientes modalidades:

a) La acción del delito se desarrolla en varios territorios: por ejemplo, conducir bajo la influencia del alcohol por carreteras españolas y continuar viaje en Francia.

b) En los delitos de resultado, la acción tienen lugar en un país y el resultado en otro (delitos a distancia): por ejemplo, mandar desde España una carta bomba que explota en Francia; matar disparando de un lado a otro de la frontera; o publicar en una página web un texto injurioso que se ve en todo el mundo.

c) El hecho típico se desarrolla en diferentes actos que tienen lugar en diferentes territorios, y que se valoran conjuntamente como un único delito continuado: por ejemplo, una estafa continuada con acciones parciales fraudulentas en varios países.

d) El periodo de consumación del delito se prolonga a lo largo del tiempo (delito permanente), y tiene lugar en varios territorios: por ejemplo, un secuestro cuyo encierro comienza en un país y termina en otro.

e) En un delito caracterizado por la habitualidad, unos actos se desarrollan en España y otros en el extranjero: por ejemplo, receptación en varios países de obras de arte robadas.

B) Varias personas intervienen en un mismo hecho, pero sus respectivas contribuciones se desarrollan en distintos lugares (participación a distancia).

C) Varios delitos, con algún tipo de conexión que condiciona la responsabilidad (delitos en concurso; delitos cuya existencia es presupuesto de la comisión de otros, como el encubrimiento; o delitos que pueden dar lugar a reincidencia), se cometen en distintos países.

3.2 Solución: La valoración conjunta del hecho

A diferencia de lo que sucede con el problema paralelo de la determinación del momento de comisión del delito, al que se refiere el artículo 7 CP, la ley penal no prevé una solución expresa para la determinación del lugar de comisión del delito ni para el resto de problemas conexos examinados.

Doctrina y jurisprudencia han propuesto distintas teorías, inicialmente dirigidas a resolver el problema de las acciones a distancia, en las que la acción y el resultado tienen lugar en diferentes países. Básicamente se distinguen la teoría de la actividad o la acción –el delito se considera cometido en el lugar donde tiene lugar la acción u omisión típica–; la teoría del resultado –el delito se considera cometido donde se produce o hubiera debido producirse éste–; y la teoría de la ubicuidad –el delito se considera cometido en ambos lugares, por lo que cualquiera de los países afectados podría ejercer su jurisdicción–.

Solo esta última ofrece una solución aceptable a los distintos problemas mencionados, y evita lagunas de punición, y por eso ha sido mayoritariamente asumida por la doctrina y la jurisprudencia.

Así, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.^a del TS de 3 de febrero de 2005 estableció: «El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa», principio que ha sido desarrollado muy pormenorizadamente por la STS 1/2008, de 23 de enero: «La difusión alcanzada por esta norma entre los derechos penales nacionales permite que pueda ser considerada como constitutiva del derecho penal internacional de los Estados europeos» (FD 1.º).

Pero esta regla ha de ser convenientemente ampliada para que pueda también aplicarse al resto de casos examinados.

La ampliación consiste en extraer de tal principio la regla material subyacente, que no es otra que permitir una valoración conjunta del hecho o de los hechos conexos, de manera que la responsabilidad final sea la misma (o lo más parecida posible) a la que resultaría si el hecho o los hechos se hubieran cometido íntegramente en España. Ello se consigue de dos maneras:

1. Cuando sea posible, extendiendo la jurisdicción al enjuiciamiento de todo el hecho o todos los delitos conectados, siempre que una parte del hecho o los hechos típicos se haya cometido en España. Es lo que hacen la jurisprudencia y la doctrina al aplicar la teoría de la ubicuidad en los delitos a

distancia, y también es un resultado que puede alcanzarse indirectamente por la aplicación de principios de extraterritorialidad, como el de justicia penal universal.

2. Cuando tal extensión no sea posible, porque alguna parte separable del hecho ya haya sido juzgada en otro país, o se trate de delitos independientes en concurso, o, siendo conexos, no se extienda a ellos la extraterritorialidad, el efecto de valoración conjunta se puede lograr juzgando en España el hecho o hechos que puedan serlo, y teniendo en cuenta, a la hora de determinar la pena, los hechos enjuiciados fuera con el mismo alcance que tendrían si se hubieran juzgado en España, siempre que la ley lo permita. Así, el artículo 3 de la Decisión Marco 2008/675/JAI de 24-7-2008 relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, establece: «1. Cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes, sobre la cuales se haya obtenido información a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales, en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional».

La aplicación con carácter general del principio de ubicuidad ampliado a la solución de todo este grupo de problemas permite darles una respuesta uniforme y materialmente fundada. Pero entraña una extensión de la soberanía a sucesos acaecidos total o parcialmente fuera del territorio que debería tener cobertura legal. Una reforma de la LOPJ, o del CP, que acogiera el principio de ubicuidad, sería muy aconsejable. Así sucede en otros países, como Alemania, donde el § 9 StGB (Código Penal alemán), prevé expresamente la teoría de la ubicuidad, que extiende también a la participación a distancia.

4. LA ULTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL

Excepcionalmente, las leyes penales españolas pueden aplicarse también a ciertos hechos cometidos fuera de España. Los apartados 2, 3 y 4 del artículo 23 LOPJ recogen tres principios de ultraterritorialidad de la ley penal española: el principio personal, el real o de protección de intereses, y el de justicia penal universal.

4.1 Principio personal

A) Con arreglo al principio personal (de personalidad activa), recogido en el artículo 23.2 LOPJ, la ley penal española se aplica también a los delitos cometidos en el extranjero por españoles o por extranjeros que adquieran la nacionalidad española después de cometer el hecho, siempre que se cumplan una serie de requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito (doble incriminación).

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles (procedibilidad).

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda (*non bis in idem*).

El principio personal es la contrapartida al clásico principio de no entrega de los nacionales, que ha regido ampliamente en materia de extradición. Para evitar la impunidad de los nacionales (o extranjeros nacionalizados) que, habiendo cometido el delito fuera de España, se refugian luego en nuestro país, se impone juzgarlos aquí, de acuerdo al principio del Derecho Internacional *aut dedere aut iudicare* (entregar o juzgar).

B) No rige actualmente en nuestro país el llamado principio de *personalidad pasiva*, que permite extender la ley penal a hechos cometidos contra nacionales en el extranjero, y que puede considerarse una modalidad del principio real o de protección. Aunque se contemplaba en la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial, la actual lo suprimió por entender que respondía a un modelo ya superado de relación entre el Estado y sus nacionales. Sin embargo, ha resurgido, de forma parcial e indirecta, en la última reforma de la LOPJ como requisito expreso en una buena parte de los delitos afectados por el principio universal.

4.2 Principio real o de protección de intereses

A) La ley penal española se aplica también de forma excepcional a hechos cometidos fuera del territorio nacional, tanto si los comete un nacional como un extranjero, siempre que afecten a intereses básicos del Estado, lo que se conoce como principio real o de protección de intereses.

Tradicionalmente, al igual que en los demás principios de extraterritorialidad, la extensión de la ley penal española en el principio real se supeditaba a que el delincuente no hubiera sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso no hubiera cumplido la condena. La última reforma de la LOPJ (LO 1/2014), sin embargo, suprime este requisito para los principios real y universal, aunque se mantiene expresamente en el personal (art. 23.2.c LOPJ). En la medida en que la prohibición de *bis in idem* tiene rango constitucional, vinculado al principio de proporcionalidad, debe entenderse que la derogación del precepto (que podría responder a un mero error del legislador) no afecta a la vigencia de su contenido material.

Por otra parte, la última reforma de la LOPJ ha establecido también como novedad que los delitos afectados por el principio real solo serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o el Ministerio Fiscal (art. 23.6 LOPJ).

B) El catálogo de delitos a los que afecta el principio real es cerrado, y se recoge en el artículo 23.3 LOPJ:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
- i) Los relativos al control de cambios.

A esta relación de la LOPJ deben añadirse los delitos militares o cometidos por militares conforme al CP Militar.

4.3 Principio de justicia penal universal

4.3.1 FINALIDAD Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El último principio de ultraterritorialidad de la ley penal española es el de justicia penal universal, también llamado en ocasiones de comunidad de intereses, recogido en el artículo 23.4 LOPJ y apoyado en múltiples tratados inter-

nacionales. Este principio ha sido objeto de dos últimas y desafortunadas reformas –por LO 1/2009, de 3 de noviembre y LO 1/2014, de 13 de marzo–, que han venido a zanjar una larga polémica doctrinal y jurisprudencial sobre su alcance, y a la vez prácticamente han hecho desaparecer su nota más característica: la universalidad.

La finalidad del principio universal es suprimir las barreras fronterizas para ciertos delitos que afectan a la comunidad internacional, que podrán ser perseguidos por cualquier país con independencia de quién los cometió y dónde se cometieron.

Esta idea la anticipó ya con inusual claridad Hugo Grocio en 1625, al afirmar que «[d]ebe también reconocerse que los reyes, y cualquier otro con derechos similares a éstos, pueden exigir que un castigo sea impuesto no solo por los males perpetrados contra ellos o contra sus asuntos, sino también en contra de todos los males que no se dirijan específicamente contra ellos, pero que violan de forma extrema a cualquier persona, al Derecho natural o al Derecho de las Naciones» (*De iure belli ac pacis*).

Los delitos afectados por este principio se recogen en el artículo 23.4 LOPJ, y pueden agruparse en tres categorías:

A) Crímenes internacionales contra la humanidad (delitos de *ius cogens*). Delitos de extraordinaria gravedad que atentan contra la dignidad del ser humano en su expresión más básica, como el genocidio, los delitos de lesa humanidad, los delitos cometidos en caso de conflicto armado (crímenes de guerra); la tortura y delitos contra la integridad moral, la desaparición forzada; o la trata de seres humanos. Algunos de estos delitos, como el genocidio, los de lesa humanidad o los crímenes de guerra se caracterizan, además, por ser muchas veces cometidos por personas que ostentan el poder ejecutivo en los diferentes países, lo que dificulta extraordinariamente su efectiva sanción.

B) Delitos transnacionales. Se trata de delitos también graves, aunque no más que otros no afectados por la extraterritorialidad, cuya característica principal es que son de comisión transfronteriza (en el sentido que se describió más arriba al tratar del lugar de comisión), como el tráfico de drogas o la trata de seres humanos.

C) Delitos cometidos en espacios no sometidos a soberanía. El tercer grupo lo constituyen los delitos cometidos en espacios no sometidos a la soberanía de ningún Estado (alta mar, Antártida, etc.), como la piratería, el apoderamiento ilícito de aeronaves y otros.

4.3.2 REQUISITOS: LA POLÉMICA EN TORNO AL PUNTO DE CONEXIÓN CON INTERESES ESPAÑOLES

Hasta 2009, la ley no contemplaba como requisito para la extraterritorialidad más que la exigencia de que se tratara de uno de los delitos incluidos en el catálogo del 23.4 LOPJ, y que no se incurriera en bis in idem (art. 23.5 LOPJ en su versión anterior). Durante muchos años, tal amplitud en la formulación del principio, que se ajusta bien a lo que debería ser un principio de justicia universal, no planteó especiales problemas, pero a raíz del denominado «caso Pinochet» (persecución en España de graves delitos cometidos bajo la dictadura del general Pinochet en Chile), comenzaron a presentarse ante los tribunales españoles múltiples denuncias o querellas para la persecución de los responsables de delitos de genocidio, torturas y otros cometidos en cualquier lugar del mundo:

Pueden citarse los casos: Chile (AAN, sección 1.^a, de 5 de noviembre de 1998, y STS 319/2004, de 8 de marzo); Argentina (AAN, sección 3.^a, de 4 de noviembre de 1998), y caso Scilingo (SAN, sección 3.^a, 16/2005, de 19 de abril, STS 1362/2004, de 15 de noviembre y STS 798/2007, de 1 de octubre); Guatemala (STS 327/2003, de 25 de febrero); El Perú (STS 712/2003 de 20 de mayo /3910); Tíbet (AAN de 10 de enero de 2006); Irak –caso Couso– (STS 1240/2006, de 11 de diciembre); China –caso Falung Gong (STS 645/2006, de 20 de junio)–; Alemania nazi (caso Mauthausen, Sachsenhausen y Flossenbürg) AAN de 17 de julio de 2009); Ruanda (AAN, del Juzgado central de instrucción 4.º, de 6 de febrero de 2008); Sahara occidental (AAN, del Juzgado central de Instrucción 5.º, de diciembre de 2007); El Salvador (caso de los jesuitas de la UCA, AAN, del Juzgado central de Instrucción 6.º, de 13 de enero de 2009); Israel –Gaza– (AAN, del Juzgado central de Instrucción 4.º de 29 de enero de 2009); Guantánamo (AAN, del Juzgado Central de Instrucción 5.º, de 27 de enero de 2010); e Israel, caso Flotilla de la Libertad (AN 30-7-10).

Ello enfrentó a nuestro sistema jurídico a un difícil reto, y motivó una línea jurisprudencial marcadamente restrictiva del principio universal en la que se exigía que el hecho denunciado tuviera al menos un punto de conexión con España, bien porque hubiera víctimas españolas, bien porque los responsables se encontrasen en España (SSTS 327/2003, de 25 de febrero; 319/2004, de 8 de marzo; 1362/2004, de 15 de noviembre).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en su sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, de forma categórica, estimó que tal interpretación restrictiva era contraria a la legalidad por exigir requisitos que no estaban en la ley. Dicha sentencia volvió a dotar al principio universal de la extensión con la que inicialmente fue concebido.

La polémica entre los dos altos tribunales propició una primera reforma de la LOPJ en 2009 (LO 1/2009, de 3 de noviembre) en la que, de manera expresa, se acogió el criterio restrictivo que el Tribunal Supremo había propugnado.

Pese a que pueden comprenderse y compartirse algunas de las preocupaciones que llevaron a esta restricción, lo cierto es que el espíritu que animaba al principio de justicia universal se vio inevitablemente afectado por ella. Al margen del éxito real que pudiera tener el procesamiento de personas de otros países que hubieran cometido delitos contra la humanidad, había algo simbólico en el procesamiento, e incluso algún efecto material, como la restricción de movimientos ante la posibilidad de ser detenido por una orden internacional, que se perdió con aquella primera reforma.

El último paso en este desafortunado proceso vino marcado por la segunda reforma de la LOPJ operada por LO de 13 de marzo de 2014, que limitó de una manera radical el principio de justicia universal, hasta hacerlo casi irreconocible. Por ello, la reforma ha sido objeto de múltiples críticas, desde la judicatura y en general desde amplios sectores sociales, comprometidos con la idea de una justicia que traspase fronteras. La nueva redacción, tan inadecuada en el fondo como en la forma, introduce un sistema de justicia universal que ya no merece tal nombre, que por no responder a principios generales identificables puede calificarse como casuístico, y que ha provocado muchos problemas en su aplicación. La finalidad de la reforma no era otra que acabar lo antes posible con el principio universal, y especialmente cerrar las causas ya iniciadas por los tribunales que planteaban problemas a España en sus relaciones con los países afectados, muy especialmente China y EEUU.

Tras la reforma de 2014, son requisitos del principio universal:

1.º Comisión de un delito universal. Entendiendo por tal, los incluidos en el catálogo del artículo 23.4 LOPJ o en convenios o tratados internacionales suscritos por España.

A diferencia del sistema previo, en esta reforma se estableció un sistema diferente de requisitos para la persecución en cada uno de los delitos. Es prácticamente imposible encontrar un sistema en ello, por lo que deben ser examinados en cada una de las figuras delictivas. En unos casos, como el genocidio o los delitos de lesa humanidad, la restricción es tal que ya solo en un sentido muy limitado se puede hablar de un principio de justicia universal. En otros, por el contrario, como el terrorismo, se admite la extraterritorialidad con mucha mayor generosidad (una muestra, sin duda, del trasfondo político de la reforma), aunque tampoco en términos genuinamente universales.

2.º Conexión con intereses españoles. Como vimos, tras la reforma de 2009 se empezó a exigir un punto de conexión con España para perseguir estos delitos. Esto se ha llevado ahora al extremo, y la mayor parte de los delitos solo son perseguibles si son cometidos por españoles, extranjeros nacionalizados o residentes, o afectan a víctimas españolas u otros intereses de España. Con ello, el principio universal se diluye en los de personalidad y real, y pierde su campo de acción propio.

3.º Subsidiariedad. La reforma de 2014 ha dado una nueva, y aquí sí más correcta, regulación al principio de subsidiariedad en la jurisdicción universal. El artículo 23.5 LOPJ determina que la jurisdicción española es subsidiaria de la de los Tribunales Internacionales, o de la de otro Estado que sea foro preferente, bien porque el delito se cometió allí (territorialidad), bien porque es el país de nacionalidad del imputado (personalidad).

4.º *Non bis in idem*. Aunque, igual que en el principio real, la última reforma de la LOPJ (LO 1/2014) suprimió en el universal el requisito de que el delincuente no hubiera sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso no hubiera cumplido la condena, esta supresión, seguramente inadvertida, carece de efectos reales debido al alcance constitucional del principio *non bis in idem*.

5.º Querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal. El nuevo apartado 6 del artículo 23 LOPJ establece que los delitos afectados por la extraterritorialidad conforme a los principios real y universal solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.

4.3.3 DELITOS AFECTADOS POR EL PRINCIPIO UNIVERSAL

A) Genocidio, lesa humanidad y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (crímenes de guerra).

En estos delitos, solo puede aplicarse la jurisdicción española si el procedimiento se dirige contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encuentre en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas (art. 23.4.a LOPJ). Con esta radical restricción, la jurisdicción universal prácticamente desaparece en estos delitos, lo que ha provocado ya el cierre de la mayor parte de las causas abiertas por la AN.

B) Tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 CP.

C) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención de Nueva York de 20 de diciembre de 2006.

D) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico de drogas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, de acuerdo al Derecho Internacional.

E) Terrorismo.

F) Apoderamiento ilícito de aeronaves de acuerdo al Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970.

G) Actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil previstos en el Convenio de Montreal de 23 de septiembre de 1971 y en su Protocolo de 24 de febrero de 1988.

H) Delitos relativos a la protección física de materiales nucleares contenidos en el Convenio de Viena y Nueva York de 3 de marzo de 1980.

I) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

J) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos.

K) Delitos sexuales contra menores de edad.

L) Delitos relativos a violencia contra las mujeres y violencia doméstica regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011.

M) Trata de seres humanos.

N) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales.

O) Delitos de falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011 (Convenio Medicrime).

P) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

5. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTROS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

5.1 Introducción

El castigo de los crímenes internacionales por los Estados soberanos, invocando el principio de justicia penal universal, es un primer e importante

paso en la lucha contra estos delitos, pero plantea distintos problemas que la experiencia histórica ha hecho patentes. Si se trata de lograr una persecución verdaderamente internacional de hechos especialmente execrables no es lógico que sean las jurisdicciones nacionales, de alguna manera parciales, las encargadas de hacerlo. Para sortear estos problemas, desde antiguo se propuso una vía alternativa basada en la creación de tribunales penales internacionales. Pese a los difíciles comienzos y a la extendida creencia de que no sería posible en muchos años alcanzar una genuina justicia penal internacional, lo cierto es que la aprobación en 1998 del Estatuto de Roma que creaba la Corte Penal Internacional supuso un paso decisivo en este proceso, que abre sin duda una nueva era en la historia del Derecho Penal internacional.

5.2 Tribunales internacionales y tribunales mixtos para conflictos singulares

La Corte Penal Internacional no es el único ejemplo histórico de tribunal penal internacional, aunque sí el primero que tiene un carácter universal. Tanto en el pasado como en la actualidad han existido tribunales para conflictos singulares.

Al margen de intentos más remotos, aunque fallidos, como los que surgieron tras la Primera Guerra Mundial por parte de los Estados Aliados para crear tribunales internacionales que enjuiciasen al Káiser Guillermo II de Alemania (art. 227 del Tratado de Paz de Versalles de 28 de junio de 1919), o a los responsables del genocidio armenio (art. 230 del Tratado de Paz de Sèvres, de 10 de agosto de 1920), es tras la Segunda Guerra Mundial cuando se ponen en marcha los tribunales internacionales de Núremberg y Tokio, creados para juzgar crímenes internacionales cometidos en la contienda por las potencias del Eje.

El Tribunal Militar Internacional de Núremberg se creó por el Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945. Conforme al artículo 6 de la Carta anexa al Acuerdo, el tribunal tenía competencia sobre crímenes contra la paz; crímenes de guerra; y crímenes contra la humanidad. Fueron procesadas veinticuatro personas, de las cuales finalmente veintidós fueron juzgadas, y dieciocho condenadas, entre ellos algunos de los principales responsables del régimen nazi.

El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 95, confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Tribunal de Núremberg. Así, el derecho creado por el Estatuto y la sentencia de dicho Tribunal adquirieron alcance universal.

El Tribunal Militar Internacional de Tokio para el Lejano Oriente fue puesto en marcha el 19 de enero de 1946, con una competencia sobre crímenes similar a la de Núremberg (art. 5 de la Carta de Tokio). Veintiocho personas fueron acu-

sadas y condenadas, aunque a la vez otros tribunales militares juzgaron a criminales menores.

En la actualidad, impulsados por Naciones Unidas, están cumpliendo sus funciones los tribunales internacionales penales para crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia [Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de NU; incorporado al derecho español por LO 15/1994, de 1 de junio], y en Ruanda [Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, del Consejo de Seguridad de NU; incorporado al derecho español por LO 4/1998, de 1 de julio]. Ambos tribunales están finalizando sus funciones, que actualmente desempeña el denominado Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales, creado por Resolución 1966(2010), de 22 de diciembre, del Consejo de Seguridad, y que tiene dos divisiones: para Ruanda, con sede en Arusha (República Unida de Tanzania), que comenzó a funcionar el 1 de julio de 2012, y para la ex-Yugoslavia, con sede en La Haya (Países Bajos), que comenzó sus actividades el 1 de julio de 2013.

A ello se añaden una serie de tribunales penales mixtos –internacionalizados– auspiciados por Naciones Unidas. Se trata de tribunales estatales a los que se han incorporado jueces internacionales. Esta fórmula híbrida trata de aunar las ventajas de los tribunales nacionales –la proximidad al hecho y la legitimidad reconocida por los ciudadanos del país–, y los internacionales –la independencia y el uso de estándares de justicia universal–.

Se han formado tribunales mixtos en: Sierra Leona (2002), Timor Oriental (2000), Kosovo (2000), Camboya (2003), Líbano (2007); Bosnia y Herzegovina (2005); y Senegal (2013).

5.3 La Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional (también denominada Tribunal Penal Internacional) se gestó en la Conferencia de Roma de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, reunida el 17 de julio de 1998.

A la Conferencia acudieron delegaciones de 160 países, además de múltiples organizaciones intergubernamentales, organismos especializados y fondos de las NU y ONGs. El resultado fue la aprobación del Estatuto de la Corte con 120 votos a favor, 21 abstenciones y 7 votos en contra. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002. Actualmente lo han ratificado 125 países. El último en hacerlo ha sido Malasia, el 1 de junio de 2019. Dos países han abandonado el Estatuto de Roma después de haberlo ratificado: Burundi, en 2017, y Filipinas, en 2019, con lo que los Estados parte en la actualidad son 123.

Las razones que motivaron la creación de la Corte se exponen en su Preámbulo:

«Los Estados Partes en el presente Estatuto,

Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento,

Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad,

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

(...)

Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.»

La Corte tiene su sede en La Haya, y el artículo 1 del Estatuto define sus elementos centrales: su carácter permanente, frente a la temporalidad de otros tribunales internacionales; el ejercicio de jurisdicción sobre personas, y no sobre Estados; su orientación a combatir los crímenes más graves de trascendencia internacional; y, por último, su carácter complementario respecto de las jurisdicciones nacionales.

5.3.1 COMPETENCIA

A) Personal. La Corte tiene competencia sobre personas físicas mayores de 18 años. No existen inmunidades personales, ni siquiera para Jefes de Estado o de Gobierno (art. 27).

B) Espacial. Conforme a los artículos 12 y 13 del Estatuto, la Corte actuará:

1. Cuando un Estado Parte denuncia ante el Fiscal, o éste inicia de oficio una investigación sobre un posible crimen:

- Cometido en el territorio, o a bordo de un buque o aeronave de Estados Parte o Estados que hayan aceptado la competencia de la Corte;
- O cometido por personas nacionales de dichos Estados.

2. Cuando el Consejo de Seguridad, actuando de acuerdo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes. En este caso, es indiferente el lugar de comisión o la nacionalidad de la persona responsable (así se ha aplicado en el conflicto de Libia, que no es Estado firmante).

C) Material. Conforme al artículo 5 del Estatuto, «[1]a competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», que son el genocidio (art. 6); los crímenes de lesa humanidad (art. 7); los crímenes de guerra (art. 8); y el crimen de agresión (art. 5.2 y 8 bis, incorporado al Estatuto de la Corte tras la conferencia de Kampala de 2010).

Además, la Corte tiene también competencia para enjuiciar los delitos contra su propia administración de justicia, como el falso testimonio, la co-rupción de testigos, la presentación de pruebas falsas, y demás conductas recogidas en el artículo 70 del Estatuto.

La competencia de la Corte es complementaria de la de los Estados nacionales (párrafo 10 del preámbulo y art. 1), por lo que es causa de inadmisibilidad que el asunto ya «sea objeto de investigación o enjuiciamiento por un estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo» (art. 17.1; véase también el art. 20.3).

5.3.2 PRINCIPIOS

A) Legalidad: *nullum crimen sine lege* (art. 22.1); *nulla poena sine lege* (art. 23); estricta interpretación y prohibición de analogía (art. 22.2); e irretroactividad de las disposiciones desfavorables [arts. 22.1 y 24.1; se acoge también el principio de retroactividad de las favorables (art. 24.2)].

B) *Non bis in idem*. Los artículos 17.c y 20 recogen la excepción de cosa juzgada, tanto si la condena previa ha sido de la propia Corte, como de un Estado.

C) Lesividad. Sólo se sancionan hechos especialmente graves desde la perspectiva internacional. Es causa de inadmisibilidad que el «asunto no sea de gravedad suficiente» (art. 17.1.d). Por otra parte, se reconocen en el artículo 31.c y d las causas de justificación de legítima defensa y estado de necesidad.

D) Culpabilidad. Se recoge el principio de responsabilidad individual (art. 25), así como los contenidos básicos asociados a la categoría de la culpabilidad: imputabilidad (al admitirse como eximentes las causas de inimputabilidad en el art. 31, a y b); imputación subjetiva (al requerirse en el art. 30 intención y conocimiento –dolo, por tanto–, y excluirse en el art. 32 la responsabilidad en caso de error de hecho, y de derecho, si éste excluye la intencionalidad).

E) Imprescriptibilidad. Conforme al artículo 29, los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

5.3.3 PENAS APLICABLES

Conforme al artículo 77, la Corte puede imponer penas de reclusión hasta 30 años, o excepcionalmente reclusión a perpetuidad «cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado». Además de la reclusión podrá imponerse una multa y el decomiso de los productos, bienes y haberes procedentes del crimen.

5.3.4 PROCEDIMIENTOS

Se han iniciado procedimientos en 24 casos relativos a 10 situaciones que afectan a Uganda; República Democrática del Congo; República Centroafricana (I y II); Darfur/Sudán (a instancia del Consejo de Seguridad de la ONU); Kenia; Libia (a instancia del Consejo de Seguridad de la ONU); Costa de Marfil; Mali, Georgia y Burundi.

Además, hay Instrucciones preliminares sobre Afganistán; Bangladesh/Myanmar; Colombia; Filipinas; Gabón; Guinea; Irak; Nigeria; Palestina; Ucrania y Venezuela.

Hasta la fecha, ha habido 4 condenas:

1. Thomas Lubanga Dyilo, jefe y fundador de la Unión de Patriotas Congoleños (UPC), movimiento rebelde en la República Democrática del Congo, que fue condenado en 2012 a 14 años de prisión como coautor de crímenes de guerra.
2. Germain Katanga, también de República Democrática del Congo, condenado en 2014 a 12 años de prisión como cómplice de delitos contra la humanidad y crímenes de guerra.
3. Jean-Pierre Bemba Gombo, de la República Centroafricana, condenado en 2016 a 18 años de prisión por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Posteriormente liberado en 2018 tras prosperar su recurso de apelación.

4. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, de Mali, miembro del grupo Ansar Eddine, vinculado a Al Qaeda en el Magreb, y condenado en 2016 a 9 años de prisión como coautor de crímenes de guerra consistentes en dirigir ataques contra edificios religiosos e históricos en Tombuctú, Mali.

LECTURAS RECOMENDADAS

- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Derecho penal internacional*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006.
- CHETMAN, A., *Fundamentación filosófica de la justicia penal extraterritorial*, Madrid (Marcial Pons), 2010.
- LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona (Ariel), 2001.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F./GUÉREZ TRICARICO, P., «Vigencia espacial», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Penal 2019*, Madrid (Francis Lefebvre), 2018, pp. 19 a 64.
- OLLÉ SESÉ, M., *Crímen internacional y jurisdicción penal nacional: de la Justicia Universal a la Jurisdicción penal Interestatal*, Cizur Menor, Navarra (Thomson Reuters Aranzadi), 2019.
- PÉREZ CEPEDA, A. I., *El principio de justicia universal: fundamento y límites*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012.

CUESTIONES

1. En un barco de bandera española que se encuentra navegando por la alta mar se comete un homicidio, siendo tanto el agresor como la víctima de nacionalidad portuguesa.

- a) ¿Puede aplicarse la ley penal española al enjuiciamiento de este delito?
- b) ¿Y si el hecho hubiera tenido lugar en aguas territoriales de un tercer estado?

2. A, ciudadana noruega, dispara desde territorio español y a través de la línea fronteriza a otra persona que se encuentra en Francia, y le causa la muerte.

- a) ¿Dónde se considera cometido el delito de homicidio?
- b) ¿Podría aplicarse la ley penal española al caso?

3. En mayo de 2015 es apresado un barco de bandera panameña en aguas internacionales en la zona del estrecho de Gibraltar por una patrullera de la Guardia Civil española. El barco es registrado y se constata que transporta una importante cantidad de droga con destino a Holanda.

a) ¿Es aplicable la ley penal española a este hecho?

4. El Jefe de Estado de un país no firmante del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ordena la tortura y asesinato sistemático de una parte de su propia población civil.

a) ¿Tiene competencia La Corte Penal Internacional para enjuiciar este hecho?

5. El general que manda las tropas de un país que no ha firmado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional da la orden a su ejército de entrar en el territorio de un país fronterizo, que sí es parte en el Estatuto, y cometer un genocidio dando muerte a las personas que integran un grupo étnico rival. Entre las víctimas no hay ningún ciudadano español ni intereses españoles directos que resulten afectados.

a) ¿Podría iniciarse un procedimiento ante la Corte Penal Internacional contra el general?

b) ¿Y si el autor hubiera sido el Jefe del Estado?

c) ¿Podría aplicarse al caso la ley penal española si:

1.º el responsable se encontrase de visita en un tercer país que tenga firmado un acuerdo de extradición con España y que accedería a entregarlo si nuestro país fuera competente?

2.º el responsable fuera detenido en España, donde se encontraba de vacaciones?

d) Si las dos jurisdicciones (de la CPI y española) fueran competentes, ¿cabría llevar a cabo dos enjuiciamientos sucesivos?

e) En caso contrario, ¿cuál tendría preferencia?

CAPÍTULO VII

LA PENA: NOCIONES GENERALES

ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

GONZALO J. BASSO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *La pena: Concepto y fundamento.* 1.1 Concepto de pena. 1.2 Fundamento de la pena.—2. *Los fines de la pena.* 2.1 Teorías absolutas o de la retribución. 2.2 Teorías relativas o preventivas. 2.2.1 Teorías de la prevención general. A) La prevención general orientada a la intimidación o prevención general negativa. B) La prevención orientada a la estabilización de la vigencia de las normas esenciales para la pervivencia del sistema jurídico o prevención general «positiva». 2.2.2 Teorías de la prevención especial. 2.3 Teorías mixtas o de la unión y teorías unificadas de la pena. 2.4 Los fines de la pena en el Derecho español.—3. *Sistema y clasificación legal de las penas en el Código Penal español. Lecturas recomendadas. Cuestiones.*

1. LA PENA: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

1.1 Concepto de pena

La pena constituye la consecuencia jurídica que tradicionalmente se ha venido vinculando a la perpetración de un delito y sigue siendo la sanción principal (por encima de las medidas de seguridad y de otras consecuencias

jurídicas) prevista en nuestro Derecho como respuesta al hecho delictivo (y como medio para tratar de evitar su futura comisión).

Este capítulo se dedica a analizar el fundamento de la pena estatal y las funciones o fines que con ella se persiguen. Pero antes de introducirnos en estas cuestiones es necesario establecer un concepto mínimamente preciso de pena, identificando sus notas definitorias; sin ello no es posible examinar su legitimidad, ni sus finalidades.

No existe una definición legal de pena (el art. 34 CP solo ofrece una delimitación negativa y parcial, en cuanto señala que «no se reputarán penas» algunas sanciones y privaciones o restricciones de derechos) y tampoco hay un acuerdo completo acerca de las notas que permiten caracterizar como pena una determinada sanción. La calificación de una determinada consecuencia jurídica como pena o como consecuencia de otro carácter no puede derivar del dato formal de su inclusión o exclusión del catálogo legal de penas, sino de que se cumplan o no respecto a ella las respectivas notas definitorias.

La cuestión del concepto de pena tiene relevancia constitucional, en tanto que para su previsión e imposición se deben respetar garantías constitucionales sustantivas y procesales (previstas, por ejemplo, en los arts. 24.2 y 25.1 CE) que no serían exigibles frente a otras consecuencias jurídicas. Según la doctrina del Tribunal Constitucional español, tales garantías deben respetarse estrictamente cuando la aplicación de una determinada consecuencia jurídica persigue una finalidad punitiva o represiva –y no meramente una finalidad «coercitiva, disuasoria o de estímulo»– (véase, por ejemplo, SSTC 239/1988, de 14 de diciembre; 36/1991, de 14 de febrero; 164/1995, de 13 de noviembre; 61/1998, de 17 de marzo y 276/2000, de 16 de noviembre).

Son muchos los intentos que se han realizado para establecer los criterios con los que quepa definir en qué consiste propiamente una pena. Partiendo, con algunas variaciones, del propuesto por el filósofo del Derecho británico Hart, cabe afirmar que la pena estatal requiere de forma cumulativa los siguientes cinco elementos o características:

1.º En primer lugar, la pena tiene un carácter afflictivo, en tanto supone esencialmente un mal que alguien padece o habría de padecer (*pæna est malum passionis*, como dijo Grocio). La pena supone la privación de un derecho normalmente reconocido a los ciudadanos (su vida o su indemnidad e integridad corporal, allí donde todavía se admitan la pena de muerte o los castigos físicos; su libertad, en el caso de la prisión o de otras penas privativas o restrictivas de este derecho; su patrimonio, en la multa; su derecho a ostentar determinados cargos u honores o a ejercer determinadas funciones o profesiones, en las penas de inhabilitación o suspensión).

2.º En segundo lugar, que la pena constituya un mal forma parte del propósito del castigo, y no es una característica accidental del mismo. Ello diferencia la pena de otras medidas coactivamente impuestas por el Estado y que también constituyen un mal, pero al que no se asigna una finalidad punitiva –ni, por tanto, el carácter de penas– como son, por ejemplo, la obligación de resarcir los daños causados o la cuarentena a que puede ser sometido quien padezca determinadas enfermedades contagiosas.

Como advirtió el filósofo del Derecho y penalista argentino Nino, la pena se distingue de esas y de otras medidas coactivas similares por el hecho de que, en el caso de aquella, el sufrimiento inherente a su ejecución constituye un componente esencial de la razón por la que se recurre a su conminación o imposición. La función de una indemnización de daños o de una cuarentena se podría cumplir igualmente, en efecto, aunque se eliminara completamente o se redujera a la mínima expresión su incidencia nociva en la persona a la que se impone: por ejemplo, mediante el desplazamiento de los costes de la reparación del daño a través de un seguro de responsabilidad civil o mediante una generosa compensación de las molestias ocasionadas al obligado a cumplir la cuarentena. En el caso de la pena, en cambio, tal desplazamiento o compensación pugnaría con el cumplimiento de su función (sea cual sea ésta). Por eso mismo se considera contrario al orden público el aseguramiento de la responsabilidad penal. El artículo 76 b) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, establece por ello que «quedan excluidos de la cobertura del seguro de defensa jurídica el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales».

3.º En tercer lugar, la pena se impone como consecuencia de un comportamiento antecedente que constituye la infracción de una norma; con ella se expresa una grave desaprobación o censura frente a quien se considera responsable de dicha infracción. La pena, como dijo Grocio, es un mal que se ha de padecer por una mala acción (*poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*). Aunque en ocasiones se diga que la pena es el «precio» que se ha de «pagar» por la comisión de un delito, ello está formulado en un lenguaje metafórico que no aclara la verdadera relación del hecho con tal consecuencia: esa relación tiene también un contenido simbólico de desaprobación (o reproche) del hecho delictivo al que se refiere. En el énfasis en la relación simbólica entre delito y pena radicaría lo que el filósofo norteamericano Feinberg ha denominado la «función expresiva del castigo».

La dimensión simbólica de la pena presenta, no obstante, algunos aspectos problemáticos. Por una parte, se ha criticado su vinculación con una visión (excesivamente) moralizante de la responsabilidad penal, conforme a la cual la pena debería estigmatizar tanto el hecho cometido como a su autor, al ser éste

merecedor de la censura moral que conlleva su perpetración –aunque probablemente tal conexión no es necesaria, pues el reproche que la pena expresa puede quedar limitado al que reviste carácter estrictamente jurídico y que se deriva de la inobservancia del «respeto a la Ley, que es básico para la subsistencia del orden jurídico» (Cobo/Vives)–. Por otra parte, es también compleja y controvertida la relación existente entre el significado expresivo o inteligible de la pena y el mal físico o sensible que su ejecución inevitablemente comporta.

4.º En cuarto lugar, la pena estatal es una reacción altamente formalizada frente a la conducta desviada (Hassemer): se trata de una reacción cuyos contenido y alcance vienen predeterminados (por la ley) con anterioridad a la realización del hecho y cuya imposición se encuentra a cargo del Estado y se encomienda a jueces y tribunales especialmente dedicados a tal función mediante un procedimiento (el proceso penal) legalmente dispuesto al efecto. Así, la pena estatal se distingue de respuestas informales frente a conductas socialmente desviadas, como son, entre otras, la venganza privada, los actos espontáneos de represalia, las «ejecuciones» sumarias y los «linchamientos».

5.º Por último, el concepto de pena criminal es también *formal* en un sentido diferente del recién indicado, pues existen sanciones que comparten con la pena todas las notas anteriores y, sin embargo, no tienen formalmente tal consideración porque no son consecuencia de la comisión de un hecho que la Ley califique precisamente como delito, sino de otra clase de ilícitos (civiles, administrativos, laborales, etc.). Por ello el artículo 34.2 CP establece que «no se reputarán penas (...) las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas y disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados».

En función de lo expuesto, la pena criminal podría definirse como una privación o restricción de bienes jurídicos, prevista por ley e impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes a través de un procedimiento legalmente establecido, como castigo que se aplica al responsable de la comisión de un hecho, jurídicamente desaprobado, de carácter delictivo.

1.2 Fundamento de la pena

La imposición de la pena se basa, de acuerdo con su propio concepto, en la previa comisión de un hecho delictivo: la pena se impone porque se ha delinquido. El delito, en cuanto hecho antijurídico y responsablemente (culpablemente) cometido, constituye así el (primer) fundamento de la pena.

La concurrencia de un hecho antijurídico responsablemente cometido (esto es, la previa comisión de un delito), en cambio, constituye un mero presupuesto

—no el fundamento— de la medida de seguridad o corrección, exigido en nuestro Derecho vigente por razones de seguridad jurídica. El fundamento de las medidas de seguridad radica en la peligrosidad del sujeto y en la necesidad de prevenir específicamente su propensión a cometer nuevos delitos mediante su aseguramiento o corrección. Además, el contenido afflictivo que objetivamente puede acompañar a las medidas de seguridad no forma parte necesaria del propósito por el que se imponen y, por tanto, podría ser eliminado o reducido, sin perjudicar su función.

Si se asume una concepción del castigo que no sea absoluta, la pena tiene también su (segundo) fundamento en la necesidad de prevenir la comisión de otros delitos, como garantía del pacífico disfrute de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico y de la propia subsistencia del orden social.

La necesidad de recurrir a la pena ha sido puesta en cuestión, sin embargo, por distintas corrientes abolicionistas del Derecho Penal que pretenden ya en este momento sustituirlo por otros procedimientos de solución de los conflictos sociales despojados de cualquier elemento de violencia o represión estatal. Sin perjuicio de que tales corrientes han supuesto una influencia positiva en ciertos ámbitos —p. ej., en la limitación al recurso a la pena de prisión, ofreciendo alternativas basadas en la mediación y en la conciliación, especialmente en el campo de delitos de escasa gravedad o cometidos por menores—, en la actualidad se rechaza de forma mayoritaria que dichos enfoques puedan erigirse en *alternativa global* al Derecho Penal —básicamente, por los elevados costes que suponen —no tanto en términos económicos, como en términos de merma de garantías—.

2. LOS FINES DE LA PENA

Desde hace siglos aparecen claramente delineadas, en términos antitéticos, las dos perspectivas desde las que se puede plantear la cuestión de la función y la justificación del castigo: se castiga porque se ha delinquido (*punitur, quia peccatum est*) o para que no se cometan delitos en el futuro (*aut ne peccetur*). Mediante esta contraposición se señala comúnmente la diferencia entre las teorías absolutas, que —según se suele decir— miran exclusivamente hacia el pasado, al hecho ya cometido, y las teorías relativas, que miran hacia el futuro, a la prevención de los delitos que en adelante se pudieran cometer.

Tal contraposición se encuentra en la obra de Grocio *De iure belli ac pacis* (1625) e incluso en tiempos mucho más antiguos: la idea aparece en «De ira», de Séneca (41 d. C.), quien la atribuía, a su vez a Platón —en su Diálogo titulado Protágoras (380 a. C.)—, quien, por su parte, la ponía en boca del sofista Protágo-

ras (490-420 a. C.). Para Séneca, partidario de las teorías relativas, «el hombre prudente castiga, no porque se ha delinquido, sino para que no se delinca; el pasado es irrevocable, el porvenir se previene». Para Protágoras –según narra Platón–, «nadie castiga a un hombre malo solo porque ha sido malo, a no ser que se trate de alguna bestia feroz que castigue para saciar su crueldad. Pero el que castiga con razón, castiga, no por las faltas pasadas, porque ya no es posible que lo que ya ha sucedido deje de suceder, sino por las faltas que puedan sobrevenir, para que el culpable no reincida y sirva de ejemplo a los demás su castigo».

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la contraposición entre el *quia peccatum est* y el *ne peccetur* no solo es innecesaria, sino además inadecuada: es posible y razonable pensar que se castiga porque se ha delinquido y, simultáneamente, para que no se delinca –lo primero afecta al concepto y al fundamento de la pena; lo segundo, a sus concretas finalidades preventivas–. No obstante, esa contraposición es útil para marcar con más nitidez la distinción entre aquellas teorías de la pena que se denominan absolutas (o retributivas) y las que se llaman relativas (o preventivas), que se examinan a continuación.

2.1 Teorías absolutas o de la retribución

Las teorías retributivas se caracterizan por no asignar ninguna finalidad a la pena que vaya más allá del propio castigo: para sus partidarios, la pena no tiene ninguna función que trascienda al castigo merecido por haber cometido el delito. La denominación de teorías absolutas con la que también se conocen obedece al hecho de que para ellas la pena se justifica –no por sus consecuencias sociales, su necesidad o su utilidad, sino– por la propia exigencia categórica y absoluta de justicia de que quien ha cometido el delito reciba lo que se merece. Se trata de una fundamentación principialista o deontológica de la pena, en la que ésta se proyecta únicamente sobre el pasado, sobre el hecho ya cometido, retribuyendo o devolviendo a su autor el mal que ha causado. Según una generalizada opinión, los partidarios más destacados de esta concepción de la pena fueron dos grandes filósofos alemanes: Kant y Hegel.

Según señala Mir Puig, la justificación absoluta de la pena estatal habría recibido en la obra de Kant (*La Metafísica de las Costumbres*, 1797) una *fundamentación ética*, en la cual el hombre es concebido como *un fin en sí mismo* al que no es lícito instrumentalizar en beneficio de ningún otro individuo ni de la sociedad en su conjunto. Según la interpretación más generalizada de su concepción, para Kant solo es admisible fundar la pena en el merecimiento (demérito) del delincuente por el hecho cometido (*quia peccatum est*): estaría-

mos aquí ante una exigencia incondicionada de justicia, ante un *imperativo categórico*, ajeno a consideraciones prudenciales o utilitarias propias de teorías relativas/preventivas de la pena. También la clase y el grado del mal en que la pena consista deben ser determinados, según Kant, atendiendo a un principio de justicia: el que se desprende de una relación de estricta igualdad entre la pena y la gravedad del mal externamente cometido, como la que se expresa a través de la *ley del talión*: lo mismo que hagas a otro se te hará a ti (*ojo por ojo, diente por diente*).

Con su famoso ejemplo de la isla, Kant parece presentar incluso el paradigma de una concepción inflexible y absoluta del castigo: quien «ha cometido un asesinato tiene que morir. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia. No existe equivalencia entre una vida, por penosa que sea, y la muerte, por tanto, tampoco hay igualdad entre el crimen y la represalia, si no es matando al culpable por disposición judicial, aunque ciertamente con una muerte libre de cualquier ultraje que convierta en un espantajo la humanidad en la persona del que la sufre.— Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y dispersarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no caiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia. Esta igualdad de las penas [...], según la estricta ley del talión se manifiesta en el hecho de que solo de este modo la sentencia de muerte se pronuncia sobre todos de forma proporcionada a la maldad interna de los criminales [...]».

En el pensamiento de Kant, así expuesto, parece detectarse el rasgo que lleva a considerar estas concepciones puramente retributivas como concepciones absolutas de la pena: conforme a ellas la pena no solo puede, sino que debe ser impuesta en todo caso a aquél que, con su conducta precedente ha dado motivo al castigo, con independencia de cualquier consecuencia ulterior, favorable o desfavorable, que ello pueda tener.

Aunque con una fundamentación «más jurídica», según observa Mir Puig, también se suele considerar como retributiva la teoría propuesta por Hegel (principalmente en sus *Principios de Filosofía del Derecho*, 1821), para quien la pena se justifica como el medio por el que se ha de restablecer la vigencia del Derecho, en cuanto expresión de la *voluntad general*, cuando es puesta en cuestión por la *voluntad especial* del delincuente al cometer el delito. De acuerdo con su método dialéctico, la intacta vigencia del ordenamiento jurídico constituye la posición inicial o *tesis*, su negación por el delito es su *antítesis* y con la negación de esa negación —que tiene lugar con la imposición

de la pena a quien culpablemente cometió ese hecho delictivo— se alcanza como *síntesis* el restablecimiento de la vigencia efectiva del Derecho.

Esta definición del modo de existir y de operar el delito y la pena como sucesivos momentos de un discurso en el que lo afirmado inicialmente por el Derecho es negado o contradicho después por el delito y éste luego negado o rebatido a su vez por el castigo, con el resultado final de la confirmación o reafirmación del orden jurídico, sitúa la cuestión de la pena en un plano de la comunicación normativa o simbólica, antes que en el de sus efectos empíricos (por ejemplo de intimidación, aseguramiento, rehabilitación o resocialización, etc.).

Hegel no define la pena como lesión (mal físico) que sucede a otra lesión de esa clase (ello supondría una multiplicación irracional de males); tampoco la concibe como compensación de la culpabilidad entendida ésta en el sentido de un mal moral subjetivo. Para el autor, en cambio, la pena supone una reacción frente al delito cometido: de lo que se trata es de la restauración del orden jurídico (voluntad general) conmovidos por el delito: la conmoción producida por la voluntad especial del delincuente persiste en el mundo mientras no se suprima o cancele con la imposición de la pena y es el verdadero perjuicio que el Derecho Penal tiene que suprimir; porque si esa cancelación no se diera, sería el delito y no el Derecho lo que continuaría manifestándose como efectivamente vigente hacia el futuro; tal cancelación debe tener lugar mediante una compensación o retribución por equivalencia —esto es, por una compensación no entendida como igualdad estricta y formal de males, como exigiría la ley del talió—.

Las teorías absolutas de la pena tienen sin duda aspectos positivos. A ellas es consustancial, por una parte, la exigencia de proporcionalidad con la gravedad del delito (y la culpabilidad o responsabilidad de quien lo cometa) que se presenta como un límite del castigo y como una garantía para el ciudadano. De acuerdo con ello, la pena no puede superar esa medida, aunque consideraciones preventivas o utilitarias así lo aconsejen, porque ello supondría tanto como utilizar a los individuos como meros medios o instrumentos para el logro de tales propósitos. A partir de ese principio fundamental, la concepción retributiva de la pena parece satisfacer, además, muchas de nuestras intuiciones acerca de aquello que puede hacer el Derecho Penal y aquello que no le está permitido: esta concepción, como advirtió Nino, excluye de antemano y por principio «la posibilidad de penar a un inocente, exige que solo se penen las acciones voluntarias, prescribe penas más severas para los hechos más graves, determina que un acto intencional sea más severamente sancionado que uno negligente (...)».

Sin embargo, como también señala Nino, «las teorías absolutas presentan un inconveniente que ha hecho que, en sus términos más estrictos solo hayan

sido defendidas muy ocasionalmente en la doctrina jurídico-penal. Este inconveniente se resume en la idea, propia de esta concepción y que muy pocos estaríamos dispuestos a compartir, de que la suma de dos males da como resultado un bien».

Este defecto es tan grave que no puede sorprender la limitada acogida que han tenido los planteamientos puramente retributivos en la doctrina y la praxis jurídico-penales. Por lo demás, habría que distinguir, como propuso Hart, dos aspectos que muchas veces se confunden en la idea de retribución: de una parte, la *retribución como fin justificativo del castigo*, que por el inconveniente ya señalado no puede ser acogida; y, de otra, la *retribución en la distribución* como criterio para resolver la cuestión de quién (y por qué) puede ser legítimamente castigado. La única solución correcta para esta cuestión es la que le dio Hart: solo puede ser castigado *un transgresor, por una transgresión* (de la que él sea responsable); pero no es necesaria la idea de retribución (menos aún como fin justificativo del castigo) para asumir un criterio tan razonable de adjudicación de responsabilidad.

Últimamente se tiende a interpretar incluso el pensamiento de Kant y Hegel en el sentido de que la pena (también) se fundamentaría en las funciones preventivas que desempeña (así lo han postulado, entre otros, Byrd/Hruschka y Brooks).

2.2 Teorías relativas o preventivas

Las teorías preventivas, a diferencia de las teorías retributivas, se caracterizan por atribuir a la pena una función o finalidad que trasciende el propio castigo, consistente en la evitación (prevención) de futuros delitos. Tales teorías, a las que también se designa como teorías relativas, fundamentan el castigo en sus consecuencias sociales, en necesidades de prevención, en la protección de bienes jurídicos y/o en su utilidad para los individuos o para la comunidad; se trata de consideraciones de tipo relativo por su carácter variable, circunstancial y contingente, que difieren de una sociedad a otra y que varían también con el tiempo dentro de cada sociedad –y contrastan con las exigencias de justicia, de carácter absoluto, propias de los planteamientos de tipo retributivo–.

Para las teorías relativas, la pena no tiende, sin más, a la retribución del delito ya cometido, sino a la prevención (o evitación) de los que en el futuro se pudiesen cometer: mientras la retribución mira al pasado (la pena se impone,

sin más, quia peccatum est), la prevención, en sus distintas modalidades, mira al futuro (*ne peccetur*), lo que, ciertamente, no excluye que la pena se imponga también porque se ha cometido un delito.

De conformidad con el destinatario sobre el cual se pretenda incidir (la generalidad de la sociedad o el sujeto que ha delinquido), se suele distinguir entre prevención general y prevención especial, las cuales, a su vez, presentan una vertiente positiva y otra negativa –en función de la forma en que procuran operar–.

2.2.1 TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL

Prevención general significa prevención frente a la generalidad o, en palabras de Bentham, prevención «que se aplica a todos los miembros de la comunidad sin excepción». Para las teorías de la prevención general el fin de la pena consiste en evitar futuros delitos incidiendo, mediante la conminación de la pena y, en su caso, su imposición y cumplimiento, no sobre el sujeto concreto que tras cometer el delito habrá de sufrirla, sino sobre el conjunto de la sociedad.

Dentro de la prevención general, es posible distinguir dos direcciones principales: la de la prevención general intimidatoria o disuasoria, que se suele denominar también *negativa* y la prevención general que habitualmente se califica de *positiva* (o también *estabilizadora* o *integradora*).

A) La prevención general orientada a la intimidación o prevención general *negativa*.

Las teorías de la prevención general negativa asignan a la pena la función de disuadir a la generalidad de la comisión de delitos por temor a recibir el castigo; un temor que puede venir motivado por la amenaza de la pena o por su imposición y ejecución sobre quienes cometan el delito.

a) El ejemplo más clásico y conocido de estas concepciones de la prevención general, al menos en el continente europeo, es la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach (1775-1833). Para dicho autor, el Estado en que se organiza la sociedad civil tiene por fin garantizar la coexistencia de los miembros de ésta bajo el imperio de la Ley. Puesto que las lesiones de sus derechos contradicen el fin del Estado de protegerlos, éste está legitimado y obligado a adoptar las medidas que sean necesarias para hacer totalmente imposible que aquéllas tengan lugar. Tales medidas comprenden, en primer término, la coacción física, tanto para impedir por la fuerza tales lesiones, antes de que se cometan, como

para imponer la restitución o reparación de los derechos lesionados, una vez se produzcan. Esta fuerza física, sin embargo, no es suficiente, pues el Estado no puede impedir de tal modo todas las lesiones posibles y la reparación o restitución solo es idónea para aquellas lesiones de derechos que tengan por objeto bienes sustituibles, lo que no siempre es el caso. Para que el Estado pueda cumplir por completo su función protectora se tiene, pues, que añadir a la coacción física una fuerza de otra naturaleza, que se anticipe a aquellas lesiones. Esta fuerza es lo que Feuerbach denomina la *coacción psicológica*.

En la concepción preventivo-general negativa de Feuerbach, el centro de gravedad no se encuentra en el momento de la ejecución del mal que la pena comporta, sino en el de la conminación (o amenaza) de ese mal en la Ley penal. A juicio de Feuerbach, puesto que al Estado no le es físicamente factible cumplir con su deber de evitar todos los delitos y éstos tienen siempre su origen en el mundo psíquico de quien se dispone a cometerlos (tratando de satisfacer con ellos determinados impulsos), el cumplimiento de aquel deber del Estado se podría llevar a efecto también en ese mismo plano psicológico, generando un motivo contrario a la comisión del delito que sea más poderoso que tales impulsos y pueda, por tanto, contrarrestarlos: eso es lo que sucederá siempre que a la amenaza con un mal sensible mayor que la satisfacción pretendida se una la certeza de que ese mal será en efecto ejecutado si se lleva a cabo la transgresión. La ejecución de la pena solo es, pues, un mal necesario para confirmar la seriedad de aquella amenaza y hacerla eficaz.

El propósito de Feuerbach era sin duda que la pena quedase depurada de algunos contenidos que consideraba cuestionables desde un punto de vista ético o jurídico: bien por suponer una confusión del Derecho y la Moral; bien por implicar la anticipación del castigo de hechos aún no cometidos, o bien por degradar a la persona del reo a la condición de un simple medio con el que lograr la intimidación de los otros. En todo ello, pero especialmente en lo último, se percibe la clara influencia de Kant. De hecho, Feuerbach, que se declaraba seguidor del filósofo alemán, creía que su teoría estaría a salvo del reproche de haber incurrido en cualquier forma de instrumentalización de la persona del reo, ante todo, porque, al ser la pena un castigo legalmente anunciado con anterioridad a la comisión del delito, el autor habría tenido una oportunidad equitativa de eludirlo absteniéndose de cometerlo.

Concepciones de la pena no muy diferentes habían mantenido también, con distintos matices, pero parecido propósito, los italianos Beccaria (1738-1794) y Filangieri (1753-1788). En el Derecho angloamericano ha predominado, en cambio, hasta la actualidad una concepción preventiva de un carácter aún más decididamente utilitarista, para la que el objetivo principal de la pena consiste en la

intimidación o disuasión (*deterrence*) general; en ella ha tenido una gran influencia la obra del filósofo y jurista inglés Bentham (1748-1832) –para el que, no obstante, otro tipo diferente de prevención (la prevención especial, dirigida al individuo que ya había delinquido, a fin de evitar que volviese a hacerlo) también era un fin de la pena, pero complementario a su fin principal, que residía en la prevención general (negativa)–. Una concepción preventivo-general negativa de la pena, muy vinculada a la de Bentham, mantiene también el movimiento del análisis económico del Derecho (Law & Economics).

En la moderna doctrina española ha acogido una particular teoría de la prevención general con elementos de intimidación Gimbernat Ordeig. El punto de partida de su *teoría de la motivación* se halla, sin embargo, en Freud y en la comparación del proceso de aprendizaje individual en la infancia con el modo de funcionamiento de la pena estatal. Hay que advertir, no obstante, que el concepto de prevención general de Gimbernat no está limitado a la intimidación general, sino que, partiendo de ella, se extiende a otros efectos psicológico-sociales (de pedagogía social), propios de la prevención general positiva.

b) La explicación que las teorías de la prevención general intimidatoria ofrecen de la función de la pena parece a primera vista convincente, pues es imposible negar que las leyes penales, al anunciar una pena a quien cometa ciertos comportamientos (u omita otros) desalientan o desincentivan la realización de aquellos (y alientan o incentivan la de éstos), gravando con consecuencias negativas o «costes», a quien incurra en la conducta inadecuada que se trata de prevenir. La prevención general negativa, así entendida, no solo presenta ventajas desde esta perspectiva frente a una concepción puramente retributiva y metafísica del castigo, sino que parece ser más compatible con una comprensión liberal de la pena que otras teorías preventivas que apuntan a la incapacitación, a la corrección coactiva o a la manipulación de la personalidad del delincuente, intervenciones todas ellas que pueden entrañar, en efecto, injerencias mucho más intensas en la libertad del individuo que las que en general se producen a través de la conminación legal de la pena.

Es muy discutible, sin embargo, que para explicar ese modo en que innegablemente opera la pena (o para persistir en la línea de racionalización y humanización del sistema penal que tiene su origen en la Ilustración) lo más adecuado sea asignarle como función única o principal, precisamente, la intimidación general. Lo cierto es que frente a ello se han alzado objeciones muy importantes, que ponen en cuestión la validez de la intimidación para articular en torno a ella una teoría general de la pena, que pueda resultar empírica y valorativamente consistente.

Por una parte, se ha cuestionado el propio fundamento empírico de la teoría de la prevención general negativa. Desde esta perspectiva se dice que los delitos no se basan generalmente en un cálculo racional de las consecuencias, beneficios y costes que su comisión comporta, y se sostiene incluso que quienes se abstienen de cometer delitos no lo hacen usualmente por temor a la pena, sino por otras razones. Asimismo, se advierte que allí donde el delito se comete, efectivamente, por ese tipo de cálculo, el factor disuasorio más importante no es el de la magnitud del castigo, sino el de la probabilidad de su efectiva imposición –aspecto este último que, no obstante, no desconocen los partidarios de la prevención general negativa, que habitualmente insisten en que el poder de motivación de la pena depende no solo de la gravedad relativa de la misma, sino también de la mayor o menor seguridad de su imposición–.

Un defecto más importante de la teoría de la prevención general negativa estriba en que, al tomar como factor decisivo para determinar la magnitud de la pena la ventaja que el delito reportaría a quien lo cometa, no considera de un modo suficiente que, precisamente desde una perspectiva general, el delito no es tanto una empresa potencialmente provechosa para el autor como un comportamiento perjudicial para la víctima y para la sociedad en su conjunto, y se aleja de la forma en que determina la magnitud de las penas el Derecho positivo, que atiende preferentemente a la importancia de este daño social y, con ello, a la gravedad objetiva del delito –y no prioritariamente a la cuantía del provecho esperado o conseguido–.

En esta misma línea, se ha advertido también que la lógica interna de la intimidación general como fin del castigo podría conducir, entre otros extremos inadmisibles, a castigos desproporcionados en relación con la gravedad del delito. Como advierte Roxin, «la prevención general negativa, se encuentra siempre ante el peligro de convertirse en terror estatal. Pues la idea de que penas más altas y más duras tengan un mayor efecto intimidatorio ha sido históricamente (a pesar de su probable inexactitud) la razón más frecuente de las penas desmedida».

Sin perjuicio de todo lo anterior, el reproche principal que cabe hacer a la teoría de la prevención general negativa afecta, sin embargo, al tipo de racionalidad sobre el que está construida: en ella se atiende de forma unilateral a una razón puramente instrumental, como si ésta fuera la única que es relevante para el Derecho Penal, cuando otras razones, de carácter valorativo, pueden tener para él tanta o más importancia. La teoría de la prevención general negativa se basa exclusivamente en la imagen del hombre como un ser egoísta que persigue racionalmente la maximización de su propio bienestar (modelo del llamado *homo œconomicus*). Dicha teoría asume por ello también un punto de vista

igualmente unilateral acerca de los destinatarios de las normas penales, a los que se trata únicamente como sujetos dispuestos por su propio interés al delito, del que en consecuencia solo podrían ser disuadidos por temor al castigo, y no, por ejemplo, como personas que pueden cumplir lo que las normas exigen porque entiendan que eso es lo correcto, bien en razón del propio contenido de tales normas o bien por respeto a la autoridad legítima de la que emanan.

Este reproche coincide en su orientación con el que Hegel dirigiera a la teoría de la pena de Feuerbach: «con esta fundamentación la pena se equipara al acto de levantar un bastón contra un perro, con lo que el hombre no es tratado conforme a su libertad y a su honor, sino precisamente como un perro». La crítica parece ciertamente algo exagerada si se tiene presente todo el pensamiento de Feuerbach, pero ello se debe, precisamente, a que este autor no llevó hasta sus últimas consecuencias lo que se podría desprender de semejante fundamentación del castigo.

En resumen, cabe decir que las teorías que asignan a la pena, exclusiva o prioritariamente, un propósito de intimidación general, no pueden ser acogidas, entre otras razones, porque no se corresponden con la configuración de los sistemas penales vigentes, ni ofrecen una configuración alternativa que pueda parecer más razonable, y, ante todo, porque, a causa del trato puramente instrumental que dan a los destinatarios de la pena, resultan también normativamente inaceptables.

B) La prevención orientada a la estabilización de la vigencia de las normas esenciales para la pervivencia del sistema jurídico o prevención general «positiva».

Las posibilidades de las teorías de la prevención general no se agotan, sin embargo, en la intimidación. Según las teorías de la prevención general positiva, los efectos de la pena en la sociedad no consisten solo, ni principalmente en la intimidación general; su función es, por tanto, demasiado sutil y compleja para que pueda ser descrita adecuadamente con el tosco mecanismo de la coacción psicológica.

Las teorías de la prevención general positiva suelen tomar como punto de partida el hecho de que la pena estatal no opera aisladamente, sino en un contexto más amplio: el de los medios de control social, entre los que –aparte de las normas y las sanciones jurídicas y, en particular, las penales– juegan también un importante papel otras instituciones, normas y sanciones sociales. Común a todas esas sanciones, sean meramente sociales o jurídicas, es que constituyen formas de reacción frente a la conducta contraria a la norma

correspondiente y que con ellas se pretende garantizar *contrafácticamente* (esto es, a pesar del hecho de su infracción en el caso concreto) el mantenimiento de dicha norma como pauta de comportamiento hacia el futuro. Si a la violación de la norma no sigue una respuesta adecuada su vigencia quedará en entredicho, con lo que aumentará el peligro de que la conducta infractora se repita y se generalice y de que se reduzca correlativamente la confianza de todos en que la norma en cuestión se siga cumpliendo regularmente. Todas las sanciones y, por tanto, también las penales, constituyen así una respuesta a la infracción de las normas cuyo fin es asegurar su efectiva vigencia; dentro del conjunto de todas esas sanciones, las penas se caracterizan por dirigirse a reafirmar y a asegurar, de un modo especialmente drástico, la vigencia de aquellas normas que en cada sociedad se consideran más fundamentales.

A diferencia de lo que sucede con las teorías de la intimidación, las de la prevención general positiva no ven al destinatario de las normas penales, única, ni preferentemente, como un potencial delincuente. La función de la pena es asegurar la confianza general en las normas como pauta de orientación social y, en esa medida, se dirigen muy principalmente a todo aquel que confíe en su efectiva vigencia, ofreciéndole motivos para persistir en tal confianza. La existencia y, llegado el caso, la aplicación de la pena como reacción contra el comportamiento infractor previene la generalización del mal ejemplo que para la sociedad supone la comisión del delito, contribuyendo también de este modo a que sea la confianza en que la norma sea observada y no la expectativa de su infracción lo que determine la orientación en el contacto social. Puesto que la pena conlleva consecuencias desagradables para quien delinca, su conminación puede tener asimismo como efecto el temor de incurrir en ellas, pero, para los partidarios de las teorías de la prevención general positiva, no es eso, fundamentalmente, lo que con la pena se pretende.

Bajo la rúbrica de la prevención general positiva se incluyen, no obstante, concepciones tan diferentes, que, si no se hacen otras distinciones, resulta imposible valorar correctamente lo que aportan a la comprensión de la pena estatal. En atención a las distintas concepciones existentes, debe hablarse más bien de teorías (en plural) de prevención general positiva, pudiéndose distinguir—siguiendo a Feijoo Sánchez— tres grupos de enfoques:

a) Las teorías pedagógico-sociales de la prevención general positiva, que ponen el acento en el poder de la pena para incidir en el conjunto de los ciudadanos, a través del proceso social del aprendizaje y de otros mecanismos de psicología profunda, y para fomentar en ellos una actitud de respeto o fidelidad hacia las normas jurídicas.

El penalista alemán Jakobs destacaba en sus primeros escritos como función principal de la pena el «ejercicio en la fidelidad al Derecho».

b) Las teorías empírico-sociológicas de la prevención general positiva, que atribuyen principalmente a la pena la función de mantener o reforzar la confianza en las normas fundamentales para la sociedad e influir con ello en otros procesos de control que tienden a preservar la integración y la cohesión sociales.

La versión más influyente de las teorías empírico-sociológicas de la pena es la del penalista alemán Hassemer; la originalidad de su pensamiento radica esencialmente en la consideración de la pena dentro del conjunto de medios por los que se produce el control social de la conducta desviada: para este autor, la efectividad de las normas penales presupone la existencia y el correcto funcionamiento de esas otras instancias, que pueden asegurar ya por sí mismas –sin necesidad de recurrir generalizadamente a la pena– un elevado grado de cumplimiento espontáneo de las expectativas sociales de cooperación que son imprescindibles para la coexistencia pacífica de los ciudadanos; además, para Hassemer el propio sistema penal influye en la forma en que se configuran los demás procesos de socialización y control social menos formalizados. En Estados Unidos, una concepción próxima es sostenida por Robinson, quien postula una teoría del *merecimiento empírico* en el que la conminación e imposición de penas se debe basar en las intuiciones directas de justicia efectivamente compartidas por la comunidad. En España, Rodríguez Horcajo ha formulado recientemente una teoría de la pena que, por sustentarse en la disuasión y en los sentimientos de equidad y de cooperación de las personas y por procurar encontrar el fundamento de la pena en la realidad social, podría calificarse como prevalentemente orientada a los planos empírico y preventivo-general negativo, aun cuando incorpora también elementos propios de concepciones preventivo-general positivas.

Las dos modalidades de la prevención general que se han expuesto hasta aquí se adecuan especialmente a la denominación de «prevención de integración» con la que también se conoce la prevención general positiva.

c) En una tercera versión, la de las teorías normativistas, expresivas o comunicativas, la idea central de la prevención general positiva se presenta, en cambio, de un modo más puro y abstracto, sin referencia a concretos efectos de carácter psico-pedagógico o social: la función de la pena consiste simplemente en el restablecimiento en un plano simbólico o comunicativo –no en uno empírico– de la vigencia efectiva del ordenamiento jurídico puesta en cuestión por el delito.

Se trata de un grupo de teorías que ha sido con frecuencia denominado neoretribucionismo, en razón de su proximidad con la teoría de la pena de Hegel; también constituyen enfoques conectados con las concepciones expresivas de la

pena tan extendidas en el mundo anglosajón. El representante más destacado de estas teorías normativistas es el penalista alemán Jakobs, que, tras depurar su concepción de otros elementos que inicialmente contenía (particularmente la muy discutida función de «ejercicio en la fidelidad al Derecho») sostiene últimamente que la función de la pena se limita a la reparación del «daño intelectual» producido por el delito en la vigencia real del Derecho como patrón general de orientación en el contacto social. Un punto de vista semejante había mantenido el penalista italiano Carrara desde mediados del siglo XIX: para él, «el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad» dañado por el delito» (la restauración del «orden conmovido por el delito» o la reparación del «daño mediato o reflejo» o del «daño intelectual» causado al orden social), más allá del daño material causado a un individuo en particular.

Las teorías de la prevención general positiva ofrecen importantes ventajas y, por ello, han ido ganando terreno en los últimos tiempos, aunque presentan también algunos defectos. La atribución a la pena de una función de prevención general positiva, puede ofrecer, en efecto, dependiendo del modo en que concretamente se configure, algunas ventajas frente a otras concepciones. Sobre todo, puede ser conciliada mejor que otras teorías preventivas con aquello que constituye el mérito permanente de la concepción de Kant y, por extensión, de las demás teorías retributivas: la exigencia de que se respete la dignidad como persona del autor del delito –al que se le reconoce su autonomía–, y de que la imposición de la pena encuentre su fundamento en el delito cometido y guarde proporción con la gravedad del perjuicio social y con la responsabilidad de su autor.

No obstante, se han señalado también en la prevención general positiva algunos defectos que afectan, sin embargo, desigualmente a las diferentes versiones en que la misma puede configurarse. Por una parte, las teorías de la prevención general positiva han sido atacadas por su supuesto carácter conservador, tecnocrático o, incluso, autoritario. Esta descalificación global, dirigida inicialmente contra la teoría de los sistemas sociales de Luhmann y, por extensión contra las teorías *funcionalistas* de la pena de Jakobs y, en menor medida, de Roxin, no está sin embargo justificada, pues las teorías de la prevención general positiva son tan autoritarias o liberales, tan conservadoras o progresistas, como pueda serlo cualquier concepción de la pena: todo depende del concreto contenido con el que se las llene. Por lo demás, teorías muy semejantes fueron mantenidas hace mucho tiempo por autores, como el mencionado Carrara, a los que indudablemente aquellos calificativos no casan.

Más importante es, sin duda, el reproche efectuado, entre nosotros, por Luzón Peña, Mir Puig, Pérez Manzano o Silva Sánchez de que esta concepción de la pena no respetaría la autonomía de los individuos y podría llegar a pro-

ducir una intervención más intensa en su fuero interno que la que tiene lugar por medio de la intimidación. Hay que hacer notar, sin embargo, que este reproche solo está en realidad justificado contra aquellas versiones de la prevención general positiva que orientan la pena a la misión de ejercitar a los ciudadanos en el ejercicio de fidelidad al Derecho o que, de cualquier otro modo, le asignan la función de generar en los ciudadanos una actitud de *acatamiento interno* de las normas; esto es, contra las teorías pedagógico-sociales de la prevención general positiva.

Contra las teorías de la prevención general positiva se ha hecho valer, por otra parte, la ausencia de una base empírica que las sustente. Dicha objeción, siendo fundamentalmente cierta, no constituye sin embargo una crítica que afecte en exclusiva a las concepciones preventivo-general positivas de la pena, ni tiene en sí misma una importancia decisiva para pronunciarse a favor o en contra de ellas.

Entre la *verificabilidad empírica* de una teoría sobre la función de la pena y la *corrección* de la misma no se da una relación tal que a mayor verificabilidad de la teoría le corresponda una aceptabilidad mayor: ello se debe a que la corrección de la que aquí se habla no se refiere a su cientificidad o demostrabilidad empírica, sino a su validez o consistencia normativa.

En cualquier caso merece, en efecto, una valoración negativa la pretensión (criticada, con razón, por Pérez Manzano) de que sería posible apelar directamente a la idea de la prevención general positiva para excluir en algunos casos concretos la aplicación de ciertas instituciones –como la suspensión de la pena– orientadas a evitar la desocialización del reo cuando sea necesaria la *defensa del ordenamiento jurídico*, para evitar una merma (difícil de constatar empíricamente) en el sentimiento de seguridad colectiva o en la confianza en la vigencia de la norma que en tales casos, supuestamente, se produciría.

Si las críticas anteriores afectan, con todo, a las versiones de la prevención general positiva más empíricamente orientadas, hay otra que se proyecta particularmente sobre la versión más normativa de estas teorías. Como a las demás teorías puramente comunicativas o expresivas de la pena, a la de Jakobs se ha dirigido el reproche de que no consigue explicar por qué la «respuesta» que el Derecho da al delito –con la que trata de estabilizar las expectativas normativas defraudadas por éste– no se limita a una simple expresión de desaprobación y, por el contrario, ha de consistir precisamente en un mal sensible materializado en el dolor o sufrimiento que la pena comporta. En esta línea, Mir Puig y Pérez Manzano han observado, acertadamente, que, desde esa consideración puramente normativa, casi metafísica, de la pena, no se puede entender lo que ésta tiene de específico frente a otras consecuencias jurídicas. En sus últimos escritos, Jakobs se ha pronunciado también sobre esta cuestión y, sin separarse por lo demás de su teoría de

la prevención general positiva, reconoce que el *dolor* constituye una dimensión de la pena imprescindible para que se pueda cumplir la función de reparar el *daño intelectual* que el delito causa a la *vigencia real* del Derecho.

Seguramente un entendimiento correcto de la función de la pena para dar estabilidad a la cooperación entre los individuos –y contribuir, con ello, a un orden social en el que las cargas de esa cooperación se distribuyan equitativamente– solo es posible si se combinan adecuadamente la perspectiva fáctica y la normativa. Aunque, por razones de principio, se parta de que la norma penal no se dirige tanto a producir una intimidación general, como a señalar y poner a todos de manifiesto el grave desvalor que comporta el correspondiente hecho delictivo, no se puede discutir seriamente que las normas penales anuncian también un mal a quien infrinja lo que en ellas se prescribe y que, por tanto, la conminación e imposición de la pena contribuye asimismo a garantizar la vigencia de las normas dispuestas para proteger los bienes jurídicos esenciales a través de la disuasión, al menos como un motivo complementario para el cumplimiento de esas normas.

En esta línea se sitúan tanto la teoría de la pena últimamente defendida por Jakobs, como la difundida en el ámbito angloamericano por von Hirsch, para quien la pena suministra a los ciudadanos preferentemente razones normativas, y adicionalmente razones prudenciales o instrumentales para el cumplimiento de las normas.

Estos puntos de vista son, por lo demás, compatibles con algunas de las mejores aportaciones de la filosofía moral y política contemporáneas, desde Rawls hasta Habermas, y son también *realistas*, en cuanto que parecen estar confirmados por los resultados obtenidos en investigaciones empíricas recientes, en el campo de la economía del comportamiento, la psicología y la neurociencia.

2.2.2 TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL

Prevención especial, como dijera Bentham, es *la que se aplica al propio delincuente* y se dirige, por tanto, no a la generalidad, sino a una persona determinada que ya ha delinquido, persiguiendo la finalidad de evitar que dicha persona vuelva a delinquir.

La persecución de una finalidad de prevención especial a través de la pena encuentra un límite en la previa comisión de un delito, en razón de que el propio concepto de pena supone que ésta sea siempre una respuesta o reacción frente a un hecho precedente). Los partidarios más radicales de la prevención especial –los autores de la Escuela positiva italiana (Lombroso, Garofalo, Ferri) del últi-

mo tercio del siglo XIX y, más modernamente, en los años 60 del siglo pasado, algunos de los miembros del Movimiento de la Defensa Social (como su fundador, el también italiano Gramatica)–, propusieron eliminar también ese límite y sustituir totalmente la pena por medidas de aseguramiento, tratamiento o corrección, susceptibles de ser impuestas a un sujeto, una vez comprobada su peligrosidad criminal (o social), sin necesidad de que hubiese previamente delinquido. Como ha señalado Mir Puig, la propia radicalidad de tal planteamiento ha impedido que tuviera una influencia directa en la configuración de la pena en el sentido de la prevención especial.

La propuesta más influyente de una teoría preventivo-especial de la pena corresponde a la llamada *dirección moderna* o Escuela sociológica del Derecho Penal, representada por von Liszt (1851-1919), quien sostuvo que la pena solo podría justificarse, como *pena-fin* (o pena final), atendiendo a necesidades preventivo-especiales.

El eclecticismo de von Liszt le llevó a no rechazar, sin embargo, ni la idea de retribución, ni la de prevención general. Para él, la pena *es* retribución por el hecho ya cometido, en cuanto que éste constituye presupuesto imprescindible para su imposición (el Derecho Penal objetivo es el *límite infranqueable de la Política criminal* y una garantía, *Magna Carta*, del delincuente). Por otra parte, tampoco von Liszt pasa por alto *el significado de la amenaza de la pena* –prevención general (negativa)–: la pena advierte y disuade, reforzando los motivos que alejan a los ciudadanos de la delincuencia. Sin embargo, el autor prefiere «dejar de lado» ese efecto, porque lo que le interesa no es la pena en potencia que esa amenaza representa, sino el funcionamiento efectivo de la pena estatal, la pena en acción. La concepción de von Liszt, al contrario que la de Feuerbach, no es, por lo tanto, una teoría de la conminación penal, sino de la ejecución de la pena.

Puesto que *la pena no se impone al hecho sino a su autor*, von Liszt consideraba erróneo que su magnitud se determine atendiendo a la clase de delito cometido y no al tipo de delincuente: la pregunta correcta no es, pues, a su juicio, «¿qué pena merecen el hurto, la violación, el asesinato, el falso testimonio?», sino «¿qué pena merecen este ladrón, este asesino, este testigo falso, este autor de abusos deshonestos?». Desde este punto de vista, el *merecimiento* y la justicia de la pena solo dependen de su necesidad para una protección eficaz de los bienes jurídicos: la pena correcta (es decir, la justa) sería, en todo caso, la pena necesaria. Y esa necesidad se establece con arreglo a criterios de prevención especial, por su adecuación para producir los efectos de protección de bienes jurídicos que puede lograr en relación con los distintos tipos de autores.

Tales efectos podrían ser, según Liszt, de tres clases y se corresponderían, a su vez, con tres distintas categorías de delinquentes:

a) efectos de corrección, implantando o fortaleciendo en los delincuentes habituales (pero aún corregibles) motivos altruistas, prosociales por medio de la ejecución de la pena;

b) efectos de intimidación especial, ofreciendo a los delincuentes ocasionales (no necesitados de corrección) los motivos que les faltan para disuadirlos de la comisión de delitos y ajustarse a lo que la sociedad les exige; tal disuasión sería suficiente frente a esta categoría de delincuentes, que no presentan un riesgo estimable de reincidencia y para los que el delito supone «un episodio, un descarrío generado por influencias preponderantemente externas», por lo que la ejecución de la pena debe servir como intimidación, advertencia o recordatorio dirigido a restablecer la norma violada, en la medida en que lo requieran los impulsos egoístas del delincuente a quien se pretende apartar de la tentación de reincidir.

c) efectos de neutralización o inocuización transitoria o permanente para los delincuentes habituales (irrecuperables o incorregibles), expulsándolos de la sociedad o aislándolos de ella por medio de la ejecución de penas privativas de libertad indefinidas o perpetuas.

El tratamiento propuesto por Liszt para la categoría de delincuentes habituales irrecuperables o incorregibles resultaba en efecto especialmente severo; en su famoso Programa de Marburgo de 1882 señala al respecto lo siguiente: «La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no queremos decapitar ni ahorcar, y como no nos es posible deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado). [...] La ‘eliminación de la peligrosidad’ me la figuro de la siguiente manera. El Código penal debería determinar [...] que una tercera condena por uno de los delitos mencionados más arriba [hurtos, robos, estafas, abusos sexuales, etc.] llevaría a una reclusión por tiempo indeterminado. La pena se cumpliría en comunidad en recintos especiales (presidios). Ella consistiría en una «servidumbre penal» bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo [...]. No se precisaría perder toda esperanza de una vuelta a la sociedad. Los errores de los jueces son siempre posibles. Pero la esperanza debiera ser lejana, y la liberación, muy excepcional [...]».

Aun cuando las concepciones preventivo-especiales presentan, como se verá, inconvenientes insalvables que impiden reconstruir toda la teoría de la pena desde el punto de vista de las finalidades de inocuización/incapacitación, corrección/reforma e intimidación del delincuente, la prevención especial, sin embargo, nunca ha dejado de estar presente en la teoría y, sobre todo, en la aplicación práctica de la pena.

La finalidad de corrección/reforma (a la que ya había apuntado la Escuela correccionalista española de Pedro Dorado Montero y Concepción Arenal o,

como ahora se dice, la finalidad de *resocialización* del infractor –prevención especial *positiva*–), se situó, a partir de la mitad del siglo pasado, en el centro de la atención y ha determinado, en buena medida, la dirección que ha tomado la reforma de los sistemas penales en los países más avanzados, sirviendo de base al diseño de nuevas formas de ejecución de la pena de privación de libertad y de las modernas sanciones alternativas a la prisión, que tienden, en lo posible, a evitar la desocialización y a favorecer la reinserción en la comunidad de los condenados por la comisión de algún delito.

También la forma de prevención especial *negativa* que se produce mediante la *incapacitación* o *inocuización* del condenado –suprimiendo o disminuyendo su capacidad para cometer nuevos hechos delictivos– ha tenido siempre, al menos *de facto*, una considerable importancia en la configuración de la pena: como más de una vez se ha observado, el éxito de ciertas sanciones penales, particularmente el de la pena de prisión, no se explica del todo sin tener en cuenta los efectos de esa clase que produce, y lo mismo cabría decir de las penas de inhabilitación o suspensión, que impiden o dificultan significativamente la comisión de hechos realizados con ocasión del ejercicio del derecho o la función a los que afectan. En el Derecho angloamericano, esta forma de prevención especial ha tenido y sigue teniendo un papel particularmente destacado, pero en el continente europeo prácticamente se dejó de hablar de ella, hasta que en los últimos tiempos se ha producido el redescubrimiento o, como ha dicho Silva Sánchez, el *retorno de la inocuización*, especialmente, aunque no solo, en el campo de la delincuencia sexual violenta.

La otra forma de la prevención especial negativa, la intimidación individual, carece de una significación específica pues, salvo que se establezcan formas de ejecución específicamente orientadas a producirla, que supondrían un tipo de trato inhumano o degradante prohibido por el artículo 15 CE, es un efecto prácticamente indistinguible del propio carácter de mal que la pena entraña y de lo que ello comporta ya para la prevención general.

La consideración de la prevención especial, si no como fin único, sí como fin principal de la pena es perfectamente imaginable, pero contravendría de un modo muy radical varios de los principios en los que se asienta lo que actualmente se entiende por un Derecho Penal aceptable. Por un lado, la prevención especial es aún más inconciliable que la prevención general negativa con el criterio de que la magnitud de la pena debe guardar proporción con la gravedad del hecho cometido: con independencia de la gravedad del hecho, la medida de pena a aplicar se determinaría en función de la tendencia o inclinación del autor a reincidir en el delito.

Por otra parte, asignar a la pena preferentemente una función de prevención especial conduciría a un Derecho penal de autor –contrario al principio del hecho–, en el que éste no es tratado como una persona responsable, ni como un ciudadano, sino como un objeto peligroso o un elemento hostil, un enemigo, frente al que no cabe más que protegerse; en una concepción de tal clase, el delito cometido no sería propiamente el fundamento de la pena, sino solo la ocasión que faculta a tratar de erradicar la peligrosidad de su autor con la imposición de la pena.

En consecuencia, la prevención especial solo puede tener, a lo sumo, el carácter de fin complementario de una pena definida más bien en clave de retribución o de prevención general, planteándose entonces la cuestión de hasta qué punto concretas finalidades de prevención especial pueden tener un espacio legítimo en el marco de una pena concebida en esos otros términos. La respuesta exige un tratamiento diferenciado de sus vertientes positiva y negativa.

En cuanto a lo primero, no hay duda de que tanto en la ejecución de las penas (particularmente en las privativas de libertad) como en su propio diseño no solo es deseable, sino incluso obligado (así lo exige el art. 25.2 CE) tratar de evitar la desocialización del condenado y favorecer su reeducación y reinserción social hasta donde sea posible, ofreciéndole alternativas a la reincidencia en el delito. En tanto la resocialización se dirija meramente hacia el *respeito externo de la ley* (resocialización para la legalidad) y no a la imposición de una actitud interna de fidelidad al Derecho (resocialización para la moralidad), y en tanto el tratamiento se *ofrezca* al condenado y éste lo acepte *voluntariamente* (en la línea de lo postulado por Mir Puig), no resulta problemático que la pena persiga la satisfacción de fines de prevención especial positiva.

Más discutido es hasta dónde resulta legítimo pretender alcanzar con la pena efectos de prevención especial negativa, esto es, de inocuización o incapacitación para cometer futuros delitos. Se trata aquí de la cuestión de cómo se debe repartir entre la sociedad y el autor el riesgo de su eventual reincidencia.

La solución más liberal –apuntada ya por Feuerbach, defendida por algunos autores anglosajones, como Hart o von Hirsch y dominante hasta hace relativamente poco tiempo en la teoría continental de la pena– es la de que la sociedad debe asumir una gran parte de ese riesgo a fin de maximizar la libertad individual: a lo sumo, podrían caber efectos de incapacitación o inocuización en el marco de una pena que resultase adecuada desde el punto de vista de la retribución (en la distribución) y la prevención general; una vez cumplida la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho anterior, solo quedaría al Derecho

Penal volver a intervenir para sancionar una nueva infracción, en el caso de que llegara realmente a cometerse.

El punto de vista contrario estaba ya anunciado en el planteamiento de Bentham y ha prevalecido en los sistemas penales anglosajones: la suposición de que existe en un delincuente un serio peligro de reincidencia se considera desde este punto de vista suficiente para justificar su *incapacitación*, p. ej., mediante la prolongación de la duración de la pena (hasta convertirla, en su caso, en indefinida o perpetua), como sucede con las leyes conocidas como *three strikes and you're out* (porque aplican una regla análoga a la del deporte del béisbol, por la que el jugador queda *eliminado* al tercer fallo) o las que persiguen una *incapacitación selectiva* (agravando la pena a grupos de delincuentes en los que se predice, con criterios actuariales, un riesgo particularmente alto de reincidencia); o mediante la adición de otros sistemas de inocuización, como el control del delincuente peligroso tras el cumplimiento de su condena ordinaria o su sometimiento, de forma *voluntaria* (como condición para acceder a la libertad) u obligatoria a determinados tratamientos dirigidos a invertir su disposición al delito, desde cursos formativos hasta tratamientos farmacológicos (como la llamada *castración química*) que suprimen o atenúan el impulso que podría llevar a delinquir.

Silva Sánchez ha advertido la existencia de *indicios significativos* de que las sociedades actuales no están fácilmente dispuestas a aceptar «la tesis de que la culpabilidad por el hecho ha de definir la frontera absoluta de distribución de riesgos entre individuo y sociedad. (...) Por el contrario, parece que se admite la idea de que la constatación de una seria peligrosidad subsistente tras el cumplimiento de la condena debería dar lugar a alguna fórmula de aseguramiento cognitivo adicional». La muy criticada construcción de Jakobs sobre el *Derecho Penal del enemigo* describe la evolución de los ordenamientos penales contemporáneos en esta dirección, al tiempo que, al menos en parte, pretende justificarla.

La cuestión de fondo estriba en definitiva en cómo conciliar la libertad individual y el respeto a la dignidad de la persona con la seguridad colectiva. Está fuera de duda que una intervención preventiva puede estar justificada, dentro de ciertos límites, frente a sujetos no plenamente imputables a causa de su minoría de edad, por la existencia de alteraciones o anomalías psíquicas graves o por la adicción a determinadas sustancias: las dimensiones pedagógicas o terapéuticas del tratamiento impuesto contribuyen a justificar esa clase de intervención. La cuestión en verdad debatida se refiere a si una intervención semejante resultaría también admisible respecto de personas plenamente responsables: puesto que en ellos esas otras dimensiones no pueden ya contribuir

a legitimarla, solo quedaría para su justificación la utilidad para la sociedad del aseguramiento del comportamiento futuro de esas personas. Esto es muy problemático por varias razones: de un lado, por la propia inseguridad del pronóstico, pero, de otro y ante todo, por la propia definición *normativa* de la persona penalmente responsable como alguien de quien el ordenamiento espera y exige un comportamiento adecuado a Derecho y de quien, en esa medida, no cabe presumir que habrá de cometer un hecho antijurídico. Desde ambos puntos de vista, la inocuización a través de la pena (o por otros medios equivalentes) de una persona responsable se presta a ser interpretada, según advirtió Feuerbach, como el castigo anticipado de un hecho futuro, fáctica y normativamente incierto, para el que el Estado carece de legitimación.

2.3 Teorías mixtas o de la unión y teorías unificadas de la pena

Cada una de las concepciones anteriormente expuestas ofrece alguna perspectiva adecuada para definir el sentido, la función y los fines de la pena, pero, al mismo tiempo, presenta inconvenientes; además, ninguna de ellas, aisladamente considerada, puede captar todos los aspectos relevantes para tal definición. Por ello se ha intentado con frecuencia combinarlos o reunirlos en concepciones más amplias y eclécticas de la pena: surgen así las llamadas teorías mixtas o de la unión que, en la práctica, pueden considerarse dominantes. Estas teorías combinan de distintas formas aspectos de retribución y de prevención (general y especial, en sus vertientes positiva y/o negativa).

Las teorías mixtas o de la unión se presentan en formas muy diversas, según el significado y la importancia que concedan a los componentes que tratan de conciliar y según cómo resuelvan las tensiones que surjan entre ellos (tensiones a las que comúnmente se designa como problema de las *antinomias de los fines de la pena*), que requerirán del establecimiento de reglas o cláusulas de cierre para su superación. Los intentos de solución de este difícil problema han sido numerosos y muy variados. Pueden citarse aquí dos modelos que han sido especialmente influyentes:

a) el modelo (conservador) del Proyecto Oficial alemán de 1962, que ha adjudicado prevalencia al fin retributivo de la pena: la retribución fundamentaría y limitaría —en su mínimo y en su máximo— la pena, pero dada su imprecisión, solo permitiría fijar un marco punitivo dentro del cual la pena final exacta a imponer surgiría de la valoración de fines de prevención general y

especial (ello se corresponde con la teoría alemana del espacio de juego o margen de libertad –*Spielraumtheorie*–).

b) el modelo (menos conservador) del Proyecto Alternativo alemán de 1966, que ha adjudicado prevalencia al fin preventivo de la pena: la retribución (culpabilidad por el hecho) no fundamentaría la pena, sino que solo la limitaría en su máximo, pudiendo imponerse ésta, no obstante, por debajo del mismo en función de lo que exijan necesidades de prevención general y especial; en particular, por necesidades de prevención especial, la pena podría establecerse incluso por debajo de lo que exijan consideraciones de retribución o merecimiento por el hecho cometido (ello se corresponde con la teoría alemana de la prohibición de desbordamiento de la culpabilidad –*Schuldiüberschreitungsverbot*–).

Entre las teorías mixtas destaca la teoría dialéctica de la unión propuesta por Roxin, uno de los autores del Proyecto Alternativo alemán de 1966. Roxin descarta que la pena pueda cumplir cualquier función o finalidad retributiva, pero considera que un elemento central de las concepciones retributivas, la exigencia de que la pena no vaya más allá de la culpabilidad del infractor, ha de ser en todo caso mantenido. Respetando este límite, la pena según Roxin:

a) en el momento de su conminación legal, se dirigiría principalmente a cumplir finalidades de prevención general (positiva) –finalidades que se confirmarían y concretarían en los dos momentos ulteriores de su imposición y ejecución–;

b) en el momento de su imposición y determinación judicial, no se podría superar el límite máximo fijado por consideraciones de retribución (culpabilidad por el hecho) –pese a que así lo aconsejaran, eventualmente, necesidades preventivas–; y

c) en el momento de su ejecución, se debería priorizar la orientación hacia la resocialización (prevención especial positiva).

A dicho planteamiento de Roxin, a pesar de su buena acogida doctrinal, cabe objetar que una segmentación tan estricta entre los momentos de conminación, imposición y ejecución de la pena no resulta posible: así, por ejemplo, la configuración *legal* de la pena debe efectuarse sin que con ello se comprometan las posibilidades de reinserción a tener en cuenta en sede de *ejecución*.

Independientemente de que el intento de Roxin pueda considerarse más o menos logrado, lo cierto es que es necesaria una teoría auténticamente unificada de la pena –y no solo mixta–: la clave del éxito de la institución de la pena estriba ciertamente en que está en condiciones de producir muy distintos efectos, pero no es posible obtenerlos mediante la simple agregación de elementos inconexos sin comprometer su consistencia y eficacia.

2.4 Los fines de la pena en el Derecho español

Ni la Constitución ni las leyes penales vigentes en España definen exactamente la función, ni los fines que la pena deba cumplir. La mención que el artículo 25.2 CE, en su inciso inicial, hace a que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social» (al igual que la referencia del art. 1, párrafo 1.º LOGP a que «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») no significa que aquél sea el único fin, ni siquiera el fin predominante, de la pena. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional español, en cuya jurisprudencia se apunta más bien hacia una concepción mixta de la pena en la que se considera legítimo que ésta persiga, indistintamente, variados fines de prevención general y especial (sobre todo ello, véanse SSTC 19/1988, de 16 de febrero; 150/1991, de 4 de julio; 119/1996, de 8 de julio; 91/2000, de 30 de marzo; 196/2006, de 3 de julio; entre otras).

El Derecho vigente actualmente en España no impone una determinada concepción de la pena, pero desde luego tampoco excluye aquella que, atendiendo precisamente al modelo de Estado consagrado en la Constitución, se considera aquí preferible y que, en la línea desarrollada por Mir Puig, le asigna una función de *prevención limitada* en atención al principio de culpabilidad y a los demás principios limitadores del *ius puniendi*.

La evolución de nuestro Derecho Penal en las últimas décadas no permite identificar una línea uniforme en cuanto a los fines de la pena prevalentes de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. En tal sentido, las reformas penales producidas desde la aprobación del CP de 1995 han oscilado entre profundizar la relevancia de fines preventivo-especiales (positivos) –así, por ejemplo, con las previsiones de dicho CP referidas a la supresión de las penas de prisión de corta duración (en su redacción inicial las de duración inferior a seis meses), al establecimiento y desarrollo de penas alternativas o sustitutivas de la prisión y a la ampliación de las posibilidades de proceder a su suspensión en las infracciones de menor gravedad– y las regulaciones acentuadamente punitivistas de las reformas introducidas a partir de 2003 –que han orientado nuestro sistema cada vez más decididamente hacia un Derecho Penal de la seguridad –o, más bien, del control y aseguramiento del comportamiento futuro a través de la intimidación y la inocuización–.

3. SISTEMA Y CLASIFICACIÓN LEGAL DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Las penas que nuestro vigente Código Penal establece, pueden ser clasificadas atendiendo a distintos criterios:

A) En razón del bien o derecho afectado por ellas el artículo 32 CP distingue entre penas:

a) privativas de libertad (prisión, prisión permanente revisable, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, según el art. 35 CP),

b) privativas de otros derechos (las inhabilitaciones, suspensiones o privaciones de ciertos derechos, las prohibiciones y los trabajos en beneficio de la comunidad a los que se refieren los arts. 39 ss. CP) y

c) de multa (en las formas de días-multa o de cuantía proporcional de los arts. 50 ss. CP).

B) En razón de la persona afectada, se distinguen penas aplicables a:

a) personas físicas (art. 33. 2 a 6)

b) personas jurídicas (art. 33.7 CP; las penas aplicables a personas jurídicas siempre tendrán la consideración de penas graves).

C) En razón de su naturaleza (bien afectado por la sanción y la forma en que ésta lo afecta) y duración, según el artículo 33.1 CP se distinguen penas:

a) graves (previstas en el art. 33.2 CP)

b) menos graves (previstas en el art. 33.3 CP) y

c) leves (previstas en el art. 33.4 CP).

La clasificación de las penas en función de su gravedad tiene consecuencias, por ejemplo, a efectos procesales (determinación de la competencia de los Tribunales) y a efectos sustantivos (prescripción de la pena o cancelación de antecedentes penales –arts. 133 y 136 CP, respectivamente–).

D) En razón de su distinto grado de autonomía, según el artículo 32 CP se distinguen penas:

a) principales (previstas por sí mismas en los preceptos del Código Penal y de las leyes penales especiales en los que se describen y sancionan los distintos delitos) y

b) accesorias (reguladas en los arts. 54 ss. CP y previstas en determinadas disposiciones generales que prevén que se impongan junto a una pena principal, a la que acompañan complementando sus efectos punitivos).

E) En razón de si se establecen por la Ley aisladamente o en combinación con otra u otras, se distinguen penas:

- a) únicas,
- b) cumulativas y
- c) alternativas.

Se habla de penas únicas cuando la ley solo prevé para la infracción en cuestión una pena. Cuando la Ley establece para el delito de que se trate varias penas, puede hacerlo en la forma de penas cumulativas (todas ellas han de ser en principio impuestas conjuntamente) o alternativas (el Juez o Tribunal ha de escoger para su imposición una de ellas).

F) En razón de su previsión legal o de su fijación judicial, se distinguen penas:

- a) originarias (aquellas previstas directamente por la Ley, ya sea como penas únicas o como penas alternativas o cumulativas) y
- b) sustitutivas (aquellas que, bajo determinadas condiciones, el Juez o Tribunal puede imponer en lugar de las anteriores –véase, p. ej., el art. 89 CP e *infra* Capítulo IX, segundo epígrafe–).

LECTURAS RECOMENDADAS

- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999 (5.ª ed.), pp. 795 a 824.
- HIRSCH, A. von, *Censurar y castigar*, trad. de E. Larrauri, Madrid (Trotta), 1998, especialmente capítulos: 1. Introducción (pp. 23 a 29) y 2. Censura y proporcionalidad (pp. 31 a 47).
- JAKOBS, G., «La pena como reparación del daño», en AA. VV., *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá (Legis), 2005, pp. 339 a 351.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona (Reppertor), 2016 (10.ª ed., 1.ª reimp. corregida), pp. 79 a 105.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Pena (Teoría de la) (Voces en cultura de la legalidad)», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 16, abril/septiembre 2019, pp. 219 a 232.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid (Civitas), 2002, pp. 95 a 121.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El retorno de la inocuización», en Arroyo Zapatero y Berdugo de la Torre (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca (Universidad de Salamanca/Universidad de Castilla-La Mancha), 2001, vol. 1, pp. 699 a 710.

CUESTIONES

1. ¿Cuáles son las notas definitorias del concepto de pena y cuál es el fundamento de la pena? ¿Por qué se dice que la pena «mira al pasado» o que «mira al futuro»? ¿Son incompatibles esas dos perspectivas? ¿Por qué se suelen designar también como teorías «absolutas» y «relativas», respectivamente, las teorías de la retribución y de la prevención?

2. ¿Asignan alguna función a la pena las teorías absolutas/retributivas? ¿En qué consisten estas teorías y cuáles son algunos de sus principales partidarios? ¿Qué ventajas presentan? ¿Tienen algún inconveniente?

3. ¿Qué fines asignan a la pena las teorías de la prevención general negativa? ¿Puede citar alguna concepción de la pena que encaje en esa rúbrica? ¿Qué ventajas e inconvenientes cabe atribuir a estas teorías? ¿Qué fin asignan a la pena las teorías de la prevención general positiva? ¿Qué modalidades de estas teorías conoce? ¿Cabe hacer a todas ellas los mismos reproches? ¿Ofrecen todas las mismas ventajas?

4. ¿En qué consisten las teorías de la prevención especial? ¿Cuáles son sus posibles contenidos? ¿Son todos ellos igualmente legítimos? ¿Qué dicen nuestra Constitución y nuestras leyes expresamente de la prevención especial?

5. ¿Qué son las teorías mixtas o de la unión? ¿Puede explicar las razones de su éxito? ¿Podría poner algún ejemplo de una concepción pura (no mixta) de la pena? ¿Plantean problemas las teorías mixtas? En su caso, ¿cómo se podrían resolver tales problemas? ¿Puede explicar qué concepción de la pena acoge nuestro Derecho vigente?

CAPÍTULO VIII

CLASES DE PENAS

LAURA POZUELO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid
(Epígrafes 1 a 3)

SILVINA BACIGALUPO SAGGESE
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid
(Epígrafe 4)

SUMARIO: 1. *Las penas privativas de libertad.* 1.1 La pena de prisión permanente revisable. 1.2 La pena de prisión. 1.3 Otras penas privativas de libertad. 1.3.1 La pena de localización permanente. 1.3.2 La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. 1.4 Rasgos generales del sistema penitenciario español.—2. *Las penas privativas de derechos.* 2.1 Inhabilitación absoluta, inhabilitación especial y suspensión. 2.1.1 La inhabilitación absoluta. 2.1.2 La inhabilitación especial para empleo o cargo público. 2.1.3 La inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo. 2.1.4 La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio. 2.1.5 La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. 2.1.6 Suspensión de empleo o cargo público. 2.2 Trabajos en beneficio de la comunidad. 2.3 Otras penas privativas de derechos. 2.3.1 Privación de la patria potestad. 2.3.2 Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. 2.3.3 Privación del derecho a la tenencia y porte de armas. 2.3.4 Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos. 2.3.5 Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.—3. *La pena de multa: El sistema de días-multa y la multa proporcional.* 3.1 El sistema de días-multa. 3.2 La multa proporcional.—4. *Penas aplica-*

bles a personas jurídicas y entes colectivos. 4.1 Introducción. 4.2 Las penas aplicables a las personas jurídicas. 4.3 Medidas cautelares. *Lecturas recomendadas. Cuestiones.*

1. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Las penas privativas de libertad contenidas en el Código Penal son la pena de prisión permanente revisable, la pena de prisión, la pena de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. En todas ellas, en mayor o menor medida, queda afectado el derecho fundamental a la libertad consagrado en el artículo 17 CE.

1.1 La pena de prisión permanente revisable

La pena de prisión permanente revisable, introducida en el Código penal por la L. O. 1/2015 es la sanción más severa no solo del Código Penal, sino de todo el ordenamiento jurídico español (teniendo en cuenta que la CE prohíbe los tratos inhumanos o degradantes y las penas corporales), ya que priva del derecho fundamental a la libertad de un modo que la hace prácticamente asimilable a una cadena perpetua, pues para su revisión será necesario, además del cumplimiento de una serie de requisitos de difícil consecución, que hayan transcurrido 25 años de condena, durante una buena parte de los cuales, como se verá más adelante, el reo tiene muy limitado el contacto con el exterior (sobre los problemas que esta pena plantea en relación con principios constitucionalmente protegidos, ver Lección 3).

Las concretas condiciones y requisitos para la revisión de la prisión permanente son una forma especial de suspensión de la pena (art. 92 CP) y se verán en detalle en la Lección 10).

1.2 La pena de prisión

La pena de prisión, la segunda sanción más dura del sistema penal, tiene una duración que oscila entre 3 meses y 20 años, aunque el límite máximo puede ser superior: 25, 30 o incluso 40 años, en función de las reglas establecidas en el artículo 76.1 CP.

Es necesario diferenciar la pena de prisión de la prisión preventiva: la primera es una sanción mientras que la segunda es una medida cautelar, lo que significa que todavía no ha habido, por tanto, declaración de responsabilidad penal ni sentencia.

Como se establece en el artículo 58 CP, 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 que haya coincidido con otra privación de libertad impuesta en otra causa que ya haya sido abonada o que sea abonable en ella.

1.3 Otras penas privativas de libertad

1.3.1 LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

Esta sanción supone una privación de libertad que se cumple en el domicilio o en otro lugar que determine el juez, aunque cabe la posibilidad de que se cumpla en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado durante sábados, domingos y días festivos si así lo indica el correspondiente precepto de la parte especial. Esta sanción tiene una duración máxima de seis meses, salvo que se imponga como resultado de la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de una multa, en cuyo caso la duración puede ser superior.

Salvo en los supuestos de cumplimiento en un centro penitenciario esta sanción constituye una especie de arresto domiciliario que puede cumplirse de forma continuada o, excepcionalmente, si el penado lo solicita y el juez lo considera adecuado, en sábados o domingos, es decir, de forma discontinua.

Para garantizarse el cumplimiento efectivo de esta sanción, el artículo 37.4 CP prevé la posibilidad de utilizar medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo.

1.3.2 LA RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA POR IMPAGO DE MULTA

Pese a su inclusión en el catálogo de penas privativas de libertad, la responsabilidad personal subsidiaria que se deriva del impago de una multa puede convertirse o no en una pena privativa de libertad (en prisión o en localización permanente), ya que el artículo 53 CP también prevé la posibilidad de

que pueda cumplirse en forma de trabajos en beneficio de la comunidad. Esta sanción se configura, por tanto, como sustitutivo de la pena de multa en caso de que su importe no resulte satisfecho, sustitutivo al que se acude como remedio para garantizar el principio de inderogabilidad de las penas y para evitar la impunidad que provocaría en otro caso la insolvencia del condenado a pena de multa. El artículo 53.1 CP establece que el impago de la multa se produzca voluntariamente o por vía de apremio, lo que no significa que el reo pueda elegir entre el pago de la multa o la pena privativa de libertad sustitutoria, sino que, en el caso de que el condenado no abone voluntariamente la multa, queda expedita la vía del apremio, tras la cual, si subsiste el impago, se procederá a la exigencia de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

La conversión de la multa en otras formas de sanción como resultado de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa se puede hacer del siguiente modo:

- En pena de prisión,
- En pena de localización permanente (es una de las posibilidades expresamente previstas cuando se trate de delitos leves) –en cuyo caso no será aplicable la duración máxima de 6 meses establecida en el art. 37.1 CP–.
- En pena de trabajos en beneficio de la comunidad, previa conformidad del penado.

Por lo que se refiere a los módulos de conversión:

- Cuando se convierta en una pena de prisión o de localización permanente cada 2 cuotas de multa no satisfechas equivaldrán a un día de privación de libertad, con el límite máximo de que el total de la conversión no supere los 5 años;
- Cuando se convierta en una pena de trabajos en beneficio de la comunidad cada 2 cuotas de multa no satisfechas equivaldrán a una jornada de trabajo.

Los módulos de conversión en caso de multa proporcional no son los mismos que los del sistema de días-multa, al que luego se hará referencia, ya que, conforme a lo establecido en el artículo 50.2 CP la conversión se hará según el prudente arbitrio de los jueces y tribunales y se establece el límite de que en ningún caso puede exceder de un año de duración.

También en relación con las personas jurídicas se prevé la posibilidad de dificultades para pagar la multa o incluso de impago. En estos supuestos, el

nuevo apartado 5 del artículo 53 CP establece la posibilidad de pagar de forma fraccionada la multa durante un período de 5 años, cuando, por la cuantía, se ponga en peligro la supervivencia de la entidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo, o bien cuando lo aconseje el interés general. En el caso de que la persona jurídica no satisfaga, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo señalado, el Tribunal podrá acordar la intervención de la entidad hasta el pago total¹.

1.4 Rasgos generales del sistema penitenciario español

La ejecución de la pena de prisión ha de tener lugar en un establecimiento penitenciario, cuyo funcionamiento interno, así como los principios en los que se basa, están regulados en la LO 1/1979 General Penitenciaria (LOGP) y el Reglamento Penitenciario (RP; RD 190/1996) que la desarrolla. Los principios que rigen la vida en prisión son, por un lado, la reeducación y la reinserción social de los presos (consagrado en el art. 25.2 CE) y, por otro, su retención y custodia.

El fin de la reinserción social se plasma en el denominado tratamiento penitenciario, que según define el artículo 59 de la LOGP consiste en el «conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados» que «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». Para conseguir este objetivo, «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».

Es importante destacar la previsión constitucional (art. 25.2 CE) de que el condenado a una pena de prisión gozará de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, salvo los expresamente limitados por el contenido de la sentencia condenatoria, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Es decir, las limitaciones derivadas de la privación del derecho a la libertad y del sometimiento a las normas internas de funcionamiento del establecimiento penitenciario.

La normativa penitenciaria establece distintos grados o regímenes de cumplimiento de la pena de prisión: el primer grado o cumplimiento en régimen cerrado está previsto para los penados que hayan sido calificados de peli-

¹ V. *infra* 4.2.1.

grosidad extrema o para supuestos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto. En estos casos, existirá una mayor limitación de las actividades en común de los internos y se ejercerá sobre ellos un mayor control y vigilancia. El segundo grado o régimen ordinario es el régimen común, en el que se encuentran la mayoría de los penados. El tercer grado o régimen abierto se caracteriza por ser un régimen de semilibertad que permite al penado mantener mayor contacto con el exterior. Para acceder al tercer grado se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Pronóstico individualizado y favorable de reinserción social del condenado (art. 36.2 CP),
- Satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito (art. 72.5 LOGP).

No obstante, en el caso de delitos de terrorismo se requerirá, además:

- Que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas,
- Que 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.

El último grado es la libertad condicional, en la que el preso puede vivir fuera de la cárcel, aunque esa libertad está sometida a condiciones (sobre la libertad condicional ver Lección 10).

2. LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS

Las penas privativas de derechos se encuentran reguladas en los artículos 39 a 49 CP e implican la privación o restricción de *otros* derechos diferentes a los afectados por las penas privativas de libertad y la pena de multa. Este tipo de sanciones pueden imponerse como penas principales y como penas accesorias. Las penas principales son aquellas que la ley impone específicamente respecto de un delito determinado de la Parte Especial, mientras que son accesorias las penas privativas de derechos que la ley impone junto a otra pena principal o junto a determinado tipo de delitos (arts. 55 y ss.). Las

penas privativas de derechos cuando se aplican como accesorias se clasifican del siguiente modo:

A) La imposición de penas de prisión de duración igual o superior a diez años implicará:

- La imposición, en todo caso, de la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que esta sanción ya esté prevista como pena principal en el caso concreto,

- La imposición, siempre que haya tenido relación directa con la comisión del delito, lo que habrá de determinarse expresamente en la sentencia, de alguna de las siguientes penas privativas de derechos: inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o la pena de privación de la patria potestad.

B) La imposición de penas de prisión cuya duración sea inferior a diez años conllevará la imposición, en función de la gravedad del delito, de alguna o algunas de las siguientes penas privativas de derechos:

- Suspensión de empleo o cargo público,
- Inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena,
- Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad: en todos estos casos se exige que haya existido relación directa con el delito cometido, lo que debe determinarse claramente en la sentencia.

El hecho de que el tenor literal de la ley establezca la posibilidad de imponer «alguna o algunas» de las penas privativas de derechos expuestas más arriba permite al juez imponer una sola o varias, planteándose tan solo la imposibilidad de imponer conjuntamente la pena de inhabilitación para empleo o cargo público y la de suspensión para empleo o cargo público, pues recaen sobre el mismo objeto, pero con diferentes efectos.

C) En los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad y la indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico: en estos casos se podrá imponer, atendiendo a la gravedad de los hechos y a la peligrosidad del delincuente, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos o la prohibición de aproximarse o comuni-

carce con la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez. En caso de delitos relacionados con la violencia de género y doméstica se impondrá, en todo caso, la pena que prohíbe aproximarse o comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.

D) En los delitos del apartado anterior, cuando tengan la consideración de leves se podrá imponer la pena privativa del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos o la que prohíbe aproximarse o comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.

2.1 Inhabilitación absoluta, inhabilitación especial y suspensión

2.1.1 LA INHABILITACIÓN ABSOLUTA

Es la más grave de las penas privativas de derechos, tanto por su duración –hasta 20 años cuando actúa como pena accesoria y 25 cuando se impone como pena principal (art. 473 CP)– como por sus efectos, ya que implica, por un lado, la privación definitiva de todos los honores, empleos o cargos públicos que tenga el penado, incluidos los electivos, y, por otro, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores y empleos o cargos públicos durante el tiempo de la condena. El primero de los efectos de esta sanción afecta a todos los cargos o empleos públicos que tuviera el penado, sin necesidad de que haya existido vinculación con la infracción cometida, e implica su, de manera firme e irrevocable, extinguiéndose la relación, funcional o pérdida definitiva no, del sujeto con los cargos o empleos públicos que tuviera. El segundo de los efectos es la incapacidad para poder obtener tanto los cargos o empleos que se tuvieran, como cualesquiera otros honores, empleos o cargos públicos. Implica, por tanto, una imposibilidad de acceder a la función pública, por cualquiera de sus vías, incluida la electiva, y en relación con todas las administraciones: central, autonómica o local.

Empleo público es el que ostentan los funcionarios públicos, siendo más amplio el concepto de cargo público: aunque implica también una función pública, no se requiere ser funcionario, sino que se puede acceder a él por elección o designación y no reúne el carácter de permanencia o continuidad. Por honores se entiende todos los títulos o distinciones honoríficas que tuviera el condenado, pero sin incluir los títulos académicos.

2.1.2 LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO

Esta inhabilitación tiene su fundamento en el hecho de que el sujeto al que se le impone esta sanción ha utilizado el empleo o cargo público que ejercía como instrumento para la comisión del delito, abusando de la función pública que desempeñaba. Esta sanción, del mismo modo que la inhabilitación absoluta, también tiene dos consecuencias: por un lado, la privación definitiva del empleo o cargo público sobre el que recayere y de los honores que los acompañen, y, por otro, la incapacidad para obtener el mismo empleo o cargo público u otros análogos durante el tiempo de la condena. Pero, a diferencia de la inhabilitación absoluta, esta sanción solo afecta al empleo o cargo público que se determine en la sentencia (en la cual se han de especificar los concretos empleos, cargos y honores sobre los que recae), lo que significa que el condenado puede tener otros empleos o cargos públicos que no quedarán afectados por la imposición de esta pena. Por cargos o empleos públicos análogos se entiende aquellos que supongan el desempeño de funciones semejantes a las que se realizaban en el cargo o empleo del que se privó al condenado.

2.1.3 LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO

Esta inhabilitación priva al condenado del derecho a ser elegido para cargos públicos durante el tiempo de condena. Frente a la inhabilitación especial para empleo o cargo público, la inhabilitación para el derecho al sufragio pasivo se limita a los empleos o cargos públicos a los que se accede por vía electiva, sea ésta de carácter central, autonómica o local, y no implica privación alguna de los empleos o cargos públicos, electivos o no, que el condenado desempeñara.

2.1.4 LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA PROFESIÓN, OFICIO, INDUSTRIA O COMERCIO

Esta inhabilitación implica la privación del ejercicio de una concreta profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho durante el tiempo de la condena, lo que implicará la imposibilidad de dedicarse a una determinada actividad profesional, se requiera o no para su ejercicio una determinada habilitación, licencia o permiso. En caso de que la concreta actividad requiriera algún tipo de título o habilitación, éstos no se pierden y, por tanto, no habría que volver a obtenerlos transcurrido el tiempo de la condena. El fundamento

de esta sanción reside en el hecho de haber utilizado la profesión, oficio, industria o comercio para cometer el delito, vinculación que debe motivarse en la sentencia, la cual, además, ha de determinar qué concreta actividad profesional se ve afectada por la imposición de esta sanción.

En el artículo 45 CP, junto a la profesión, oficio, industria o comercio, se señala, de forma poco concreta, que la inhabilitación también podrá recaer sobre cualquier otro derecho; en un sentido parecido, el artículo 39 CP enumera, dentro del catálogo general de penas privativas de derechos, las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio u otras actividades determinadas en este Código.

La reforma introducida en el CP por la LO 1/2015 ha añadido una nueva modalidad dentro de este tipo de penas privativas de derechos: la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales. Esta nueva sanción está prevista, dentro de la parte especial del CP, para los delitos de maltrato y abandono de animales de los artículos 337 y 337 bis CP.

2.1.5 LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, TUTELA, CURATELA, GUARDA O ACOGIMIENTO

Esta inhabilitación especial implica la privación o restricción de una serie de derechos de naturaleza civil: la patria potestad, la tutela, la curatela y la guarda o el acogimiento. La patria potestad obliga a los padres de los hijos no emancipados a velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles formación, representarles y administrar sus bienes (art. 154 CC); la tutela y la curatela implican la guarda y protección de los menores o incapaces sobre los que se ejerza (art. 215 CC), mientras que la guarda o acogimiento son formas de protección de menores en situación de desamparo (arts. 172 a 174 CC). Es necesario diferenciar esta sanción de la pena de privación de la patria potestad (introducida por la LO 5/2010): con aquélla quedan afectados tan solo los derechos que se derivan de la patria potestad, pero ésta no se extingue. Sin embargo, con la pena privativa de la patria potestad sí se pierde la titularidad del derecho, lo que no obsta para que puedan subsistir otros derechos de los que sea titular el penado respecto del hijo.

Respecto de los demás derechos de naturaleza civil afectados, esta pena privativa de derechos tiene las siguientes consecuencias: por un lado, la extinción de la tutela, curatela, guarda o acogimiento que se ostentara sobre el me-

nor o incapacitado y, por otro, la incapacidad para ser nombrado tutor, curador, guardador o acogedor durante el tiempo de la condena.

El artículo 46 CP establece que la pena de inhabilitación especial para la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento podrá acordarse respecto de todos o de alguno de los menores e incapaces que estén a cargo del penado atendiendo a las circunstancias del caso. La extensión de la privación de este tipo de derechos a los menores no afectados directamente por el delito dependerá del tipo de delito, de su gravedad y del pronóstico acerca del peligro de que pueda volver a repetirse tanto sobre la misma víctima como sobre los demás menores que estén a cargo del penado, debiendo ser la clave la protección de los intereses globales del menor.

2.1.6 SUSPENSIÓN DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO

La pena de suspensión de empleo o cargo público comparte el objeto con la inhabilitación para empleo o cargo público, pero se diferencia de ésta en que no se pierde el cargo o empleo público, sino que se suspende el ejercicio de sus funciones durante el tiempo de la condena. Ello implica, que, una vez transcurrida ésta, el condenado volverá a ocupar su cargo o empleo públicos, pues no los perdió como consecuencia de la imposición de la sanción.

2.2 Trabajos en beneficio de la comunidad

La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad, que aparece por primera vez en nuestro ordenamiento en el Código Penal de 1995, tiene la peculiaridad de que es la única sanción para la que el condenado ha de prestar consentimiento, requisito imprescindible para que no constituyan trabajos forzados, expresamente prohibidos por la CE (art. 25.2). Por ello tiene la naturaleza de pena alternativa o sustitutiva por un lado, como pena principal alternativa, y, por otro, como pena sustitutiva de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa (art. 53.1 CP: en estos supuestos, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo).

Hasta la reforma del CP de 2015, el fundamento de esta sanción, en especial cuando operaba como pena sustitutiva de las penas cortas de prisión, se encontraba en la necesidad de evitar el cumplimiento de este tipo de sanciones por parte de aquellos sujetos que presentaban pronósticos favorables de no reincidencia, ya que en estos casos una pena corta de privación de libertad no permitía alcanzar resultados positivos en materia de resocialización pero le

aportaba los efectos negativos del paso por la prisión. Desde la entrada en vigor de la reforma de 2015, los efectos no desocializadores de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se limitan a los supuestos en los que el trabajo en beneficio de la comunidad es una forma de cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa o en los casos en los que está prevista como pena principal alternativa.

El consentimiento ha de ser expreso, personal y ha de prestarse antes de la imposición de la sanción; esta última exigencia es especialmente relevante, ya que si el consentimiento para los trabajos en beneficio de la comunidad se solicitara tras la firmeza de la sentencia y el penado se negara, se daría una situación de impunidad, puesto que la sentencia no puede imponer sanciones alternativas o condicionadas. Una vez prestado el consentimiento, tanto para la sanción en sí como para el concreto trabajo, la realización de éste será obligatoria para el penado y, en caso de incumplimiento se podrá exigir responsabilidad penal por un delito de quebrantamiento de condena.

Los trabajos consistirán en actividades de utilidad pública, no retribuidas, que, en relación con la infracción cometida, tratarán de reparar los daños causados o de apoyar o asistir a las víctimas. Los trabajos no atentarán contra la dignidad del penado ni estarán supeditados a la consecución de intereses económicos. El concreto trabajo lo proporcionará la Administración, quien establecerá los convenios oportunos con entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública (art. 4 RD 840/2011).

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de un día a un año con jornadas que no superarán las ocho horas diarias de trabajo (arts. 40 y 49 CP). Para determinar las horas por jornada y el plazo en el que deberá cumplirse se tendrán en cuenta las cargas personales y familiares del penado y sus circunstancias laborales, tratando de compatibilizar el cumplimiento de la pena con sus actividades diarias (art. 6 RD 840/2011). Señala el artículo 49 CP que, durante el tiempo en el que se realicen los trabajos en beneficio de la comunidad el penado gozará de la protección que la legislación penitenciaria dispensa en materia de Seguridad Social y de la protección establecida en la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales. Por su parte, el artículo 11 RD 840/2011 precisa más esta previsión al señalar que los penados a trabajos en beneficio de la comunidad únicamente tendrán la protección del Régimen General de la Seguridad Social a efectos de accidentes laborales y enfermedades profesionales por los días de prestación efectiva de dicho trabajo—, salvo en los supuestos en los que realicen talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares, en cuyo caso estarán excluidos de aquella protección—.

2.3 Otras penas privativas de derechos

2.3.1 PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La pena de privación de la patria potestad coexiste con la de privación de los derechos inherentes a la patria potestad (dentro de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o acogimiento). Con esta última quedan afectados solamente los derechos que se derivan de la patria potestad, pero ésta no se extingue. Sin embargo, con la pena privativa de la patria potestad sí se pierde la titularidad del derecho, lo que no obsta para que puedan subsistir otros derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado.

2.3.2 PRIVACIÓN DEL DERECHO A CONDUCIR VEHÍCULOS A MOTOR Y CICLOMOTORES

El fundamento de esta sanción reside en el peligro que ha supuesto la utilización del vehículo a motor o ciclomotor al cometer la infracción, se haya concretado ese peligro o no en un resultado lesivo.

Con independencia del concreto vehículo utilizado en la infracción, vehículo a motor o ciclomotor, la sanción priva del derecho a conducir ambos durante el tiempo de la condena, con independencia de si se poseía o no previamente el permiso para conducirlos. En caso de que la condena tenga una duración superior a dos años, se perderá la vigencia del permiso de conducir si se tuviera en el momento de la infracción.

2.3.3 PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS

El fundamento de esta sanción se encuentra en el peligro que supone haber cometido un determinado delito utilizando un arma (por ejemplo, homicidio o lesiones imprudentes con arma de fuego: arts. 142.3 y 152.2 CP).

La privación prevista en esta sanción afecta tanto al derecho a tener armas como al derecho a portarlas, con independencia de que al cometer la infracción se tuviera o no licencia para ello. En caso de que esta pena se imponga con una duración superior a los dos años implicará la pérdida de la vigencia de la licencia para la tenencia y porte de armas si se tuviera en el momento de la infracción.

2.3.4 PRIVACIÓN DEL DERECHO A RESIDIR EN DETERMINADOS LUGARES O ACUDIR A ELLOS

La imposición de esta sanción implica la prohibición de residir o de acudir al lugar en el que el penado haya cometido el delito o a aquel lugar en el que viva la víctima o su familia, si son distintos. Supone una limitación del derecho fundamental a la libre circulación (art. 19 CE) que encuentra su fundamento en la necesidad de proteger los bienes jurídicos de la víctima o de su entorno familiar ante el peligro de que pueda repetirse contra ellos la conducta delictiva. Es necesario que la sentencia determine de forma concreta el lugar o lugares a los que el penado no puede acudir o donde no puede establecer su residencia, lo que suele circunscribirse a localidades o poblaciones.

Esta pena privativa de derechos no está prevista en el Código Penal como pena principal, sino como pena accesoria respecto de determinado tipo de delitos (art. 57 CP). En los casos en los que esta sanción se imponga junto a una pena de prisión, el cumplimiento será simultáneo, lo que se explica por la necesidad de que la aplicación de esta pena privativa de derechos sea efectiva desde el momento en el que el penado pudiera disfrutar de permisos para salir del centro penitenciario y, por tanto, aproximarse al lugar donde reside la víctima o su familia.

2.3.5 PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE O COMUNICARSE CON LA VÍCTIMA O AQUELLOS DE SUS FAMILIARES U OTRAS PERSONAS QUE DETERMINE EL JUEZ

Esta sanción supone un alejamiento de la víctima o de otras personas de su entorno que tiene diferentes manifestaciones: en primer lugar, impide la aproximación o acercamiento físico a la víctima u otras personas de su entorno, en cualquier lugar donde se encuentren, lo que incluye, específicamente, acercarse a su domicilio, lugares de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ellos. En segundo lugar, impedirá establecer con la víctima o personas de su entorno contacto por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, así como contacto escrito, verbal o visual. En tercer lugar, cuando se compartan hijos con la persona respecto de la cual hay prohibición de aproximación, implicará dejar en suspenso durante todo el cumplimiento de la pena el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, estuvieran reconocidos por una sentencia civil. La imposición de esta sanción no supone que hayan de adoptarse en el caso concreto todas las prohibiciones en

ella previstas, pudiendo referirse solo a alguna o algunas de las manifestaciones que se acaban de exponer.

Desde la reforma de 2015 se añade la previsión de que en los supuestos en los que el condenado tenga declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga origen en un trastorno mental, tendrá que estudiarse la situación concreta para conseguir un equilibrio entre los bienes jurídicos necesitados de protección y el interés superior de la persona con discapacidad, pudiéndose contar para ello con los medios de acompañamiento y de apoyo que sean precisos para lograr el cumplimiento de la medida.

El círculo de personas protegidas por esta pena privativa de derechos comprende a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, estableciendo el alcance de la sanción en función de las necesidades que se presenten en el caso concreto. Para su ejecución, el juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de los medios electrónicos que lo permitan, en concreto, el denominado control telemático de penados, previsto también para el seguimiento de presos clasificados en tercer grado (art. 86.4 RD 190/1996).

Esta pena privativa de derechos no está prevista en el Código Penal como pena principal, sino como pena accesoria, que se impondrá de forma facultativa por el juez en la mayoría de los casos, salvo en los supuestos de delitos relacionados con la violencia de género o doméstica, en cuyo caso la imposición será imperativa.

3. LA PENA DE MULTA: EL SISTEMA DE DÍAS-MULTA Y LA MULTA PROPORCIONAL

La pena de multa es una sanción de carácter pecuniario, que afecta al patrimonio del condenado. Existen dos modalidades de multa como sanción penal: el sistema de días-multa y el sistema de multa proporcional. El primero de ellos constituye el modelo principal, al afirmar el artículo 50.2 CP que «la pena de multa se impondrá, salvo que la ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa». La multa proporcional, actúa, por tanto, como modelo residual, imponiéndose «cuando el Código así lo determine» (art. 52.1 CP).

La multa proporcional está prevista para infracciones como, por ejemplo, los delitos contra la Hacienda Pública (art. 305 CP) o los delitos de cultivo, elaboración o tráfico de drogas (art. 368 CP), en las que la multa se impone atendiendo a factores como el daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por la infracción.

3.1 El sistema de días-multa

Este sistema, también denominado sistema escandinavo por tener su origen en el ordenamiento finlandés a principios del siglo xx, pretende reducir el impacto desigual que una sanción pecuniaria tiene sobre infractores con diferente capacidad económica para hacer frente a su pago. Se busca, en definitiva, la igualdad de incidencia de la sanción sobre personas económicamente desiguales.

El sistema días-multa se basa en dos baremos: por un lado, la extensión temporal, que oscilará entre un mínimo de 10 días y un máximo de 2 años (cuando la duración se fije por meses, se entenderá que abarcan 30 días; cuando se fije por años, se entenderá que su duración es de 360 días). Por otro lado, la cuota a pagar, cuyo mínimo es 2 euros y cuyo máximo es 400 euros en el caso de personas físicas y de 30 euros y de 5.000 euros en caso de personas jurídicas. La existencia de esos dos baremos implica que la determinación de la pena de multa conforme al sistema de días-multa se asienta sobre una doble valoración:

- Por un lado, la extensión de la pena atenderá a la gravedad del delito y a las reglas generales de determinación de la pena,
- Por otro lado, la fijación del importe de las cuotas atenderá a la situación económica del reo.

Para la determinación de la situación económica el artículo 50.5 CP establece que se tendrá en cuenta el patrimonio del reo, sus ingresos, sus obligaciones y cargas familiares y el resto de circunstancias personales que concurran en el concreto supuesto.

La forma de pago de la multa conforme al sistema de días-multa consiste en el abono diario de la cuota establecida en la sentencia. No obstante, el artículo 50.6 CP establece una excepción: el tribunal, de forma 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 en un único pago, bien en los plazos que se determinen. En este último caso, el impago de dos plazos determinará el vencimiento de los restantes.

Cabe la posibilidad de que, tras la sentencia condenatoria, varíe la situación económica del penado. Antes de la reforma introducida en el artículo 51 CP por la LO 15/2003 la redacción legal se refería a que el penado «empeorare de fortuna», pasando en la actualidad a referirse a que el penado «varíase la situación económica». La actual redacción permite interpretar que esa situación ha podido variar a mejor o a peor, y que, por tanto, se pueda modificar el importe

de las cuotas o de los plazos para el pago al alza o a la baja. El problema de esta interpretación es que se trataría de una especie de cláusula *rebus sic stantibus* que permitiría una revisión de la sentencia firme para adaptar las cuantías a la situación económica del reo. En este sentido, señala la Circular FGE 22 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 4441), que no debe promoverse, durante la ejecución de la sentencia, el incremento de la cuantía de la cuota si mejora la situación económica del reo, ya que supondría una agravación *in peius* de la pena determinada en la sentencia firme, difícilmente compatible con los principios rectores de la ejecución penal. Sí entiende, no obstante, que quepa dejar sin efecto un aplazamiento para el pago concedido al reo, basado en su situación económica precaria, si posteriormente el reo mejora de fortuna hasta el punto de que pudiera proceder al pago inmediato.

3.2 La multa proporcional

La pena de multa en forma de multa proporcional es un sistema residual o excepcional respecto del sistema de días-multa, que solo será de aplicación en aquellos preceptos de la parte especial en los que aparezca prevista. En estos supuestos, la multa se establecerá en proporción a alguno de estos factores:

- El daño causado,
- El valor del objeto del delito,
- El beneficio reportado por el delito.

La razón por la que existe un sistema como el de la multa proporcional responde a que existen determinadas infracciones penales en las que el beneficio obtenido, el valor del objeto del delito o el daño con él causado son de tal envergadura que la imposición de una pena de multa con los límites máximos que establece el sistema de días-multa suponen una insuficiente respuesta punitiva.

Para la determinación de la cuantía de la pena de multa proporcional se tendrá en cuenta, principalmente, la situación económica del penado. En caso de que empeorase la situación económica del penado, situación sobre la que ha de investigarse, el artículo 52.3 CP admite la situación excepcional de que el juez o tribunal reduzca el importe de la multa dentro de los límites señalados por la ley para el concreto delito cometido, siendo posible incluso que se autorice el pago aplazado.

En el caso de que se declare penalmente responsable a una persona jurídica y que esté prevista una multa proporcional, su cálculo atenderá a los siguientes criterios

- Beneficio obtenido o facilitado,
- Perjuicio causado,
- Valor del objeto,
- Cantidad defraudada o indebidamente obtenida.

En caso de que el cálculo no sea posible conforme a estos criterios, el Juez o Tribunal, una vez motivada dicha imposibilidad, sustituirá las multas previstas por las siguientes:

- 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.
- 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.
- Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

4. PENAS APLICABLES A PERSONAS JURÍDICAS Y ENTES COLECTIVOS

4.1 **Introducción**

El Código Penal incorporó con la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, a las personas jurídicas como sujetos del Derecho Penal (art. 31 bis CP), estableciendo también un específico catálogo de penas en el artículo 33.7 CP y manteniendo un catálogo de consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP para las asociaciones sin personalidad jurídica².

4.2 **Las penas aplicables a las personas jurídicas**

El artículo 33.7 CP recoge como penas aplicables a las personas jurídicas las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional,
- b) Disolución de la personas jurídica,

² *Vid.* Capítulo X.1.

- c) Suspensión de actividades,
- d) Clausura de sus locales y establecimientos,
- e) Prohibición de realizar actividades,
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas y
- g) Intervención judicial.

La multa es la pena prevista con carácter general, mientras que las demás contempladas en el artículo 33.7 CP quedan reservadas para los casos de mayor gravedad en función de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 66 bis CP.

En todos los delitos previstos para las personas jurídicas se encuentra contemplada la pena de multa. Se dispone en las dos modalidades previstas en el Código Penal: por cuotas días-multa y proporcional.

En la mayoría de los casos, en los que se dispone la multa con base en el sistema de días-multa, sin embargo, si esta resultara inferior al beneficio obtenido o al perjuicio patrimonial causado, la multa se deberá calcular en función de aquéllos (así, por ejemplo, arts. 318 bis 5, 319.4, 328, 348.3, 366, 369 bis, 427.2 y 445.2 CP). Allí donde la figura del delito no lleve aparejada la posible obtención de un beneficio o causación de un perjuicio, se establece la multa conforme al sistema de días-multa.

La multa, sea por días-multa o proporcional, se rige por las reglas específicas dispuestas por el legislador para la pena de multa de las personas jurídicas conforme a los siguientes criterios:

– La duración mínima será de diez días y la máxima de cinco años (art. 50.3 CP); en algunos delitos la duración de la pena de multa se determina en función del marco de la pena que le corresponda a la persona física (así, por ejemplo, arts. 189 bis, 197 quinquies, o 251 bis, CP); la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 euros y un máximo de 5.000 euros (art. 50.4 CP);

– En el caso de multa proporcional, cuando el beneficio obtenido, el perjuicio causado o la cantidad defraudada no sean posibles de determinar, el Juez o Tribunal habrá de motivar la imposibilidad de proceder a su cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:

- Multa de dos a cinco años, cuando el delito cometido por la persona física tenga previsto una pena de prisión de más de cinco años;
- Multa de uno a tres años, cuando la pena de prisión prevista sea de más de dos años y no esté incluida en el apartado anterior;
- Y multa de seis meses a dos años en los demás casos (art. 52.4 CP).

Se dispone la posibilidad de fraccionar el pago de la multa durante un periodo de hasta cinco años cuando su cuantía ponga en peligro la supervivencia de la empresa o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes o cuando sea aconsejable por el interés general (art. 53.5 CP).

Finalmente, se regula la responsabilidad subsidiaria en caso de impago: para los supuestos en que la persona jurídica no satisficiera –voluntariamente o por vía de apremio– la multa impuesta, se podrá acordar la intervención de la misma hasta el pago total de la multa (art. 53.5 CP).

La disolución de la persona jurídica es, a pesar de figurar en segundo lugar, sin lugar a dudas la consecuencia jurídica más grave que se puede imponer a una persona jurídica, pues supone la denominada «muerte civil» de la misma.

El artículo 66 bis CP dispone que para imponer la disolución se debe tener en cuenta «sus consecuencias económicas, sociales y especialmente los efectos sobre los trabajadores».

La suspensión de las actividades sociales es de carácter temporal, ya que de ser definitiva supondría, en la práctica, la disolución de la persona jurídica. Su duración temporal no podrá exceder de cinco años.

La clausura de locales o establecimientos solo puede ser temporal y no podrá exceder de los cinco años. Es esta una pena que ya se disponía como medida en numerosos preceptos del CP anterior a 1995

La sociales en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto prohibición de realizar en el futuro actividades el delito, puede ser definitiva o temporal. En este último caso no podrá exceder de los quince años.

La pena de inhabilitación para las personas jurídicas contempla tres clases diversas de inhabilitaciones:

- a) La inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas,
- b) La inhabilitación para contratar con el sector público y
- c) La prohibición de gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. La duración de esta pena es temporal y puede alcanzar hasta quince años.

La intervención judicial podrá afectar a la totalidad de la organización o solo limitarse a algunas de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. En este sentido, el juez podrá determinar en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, quién se hará cargo de la intervención y los plazos de los informes de seguimiento de la intervención.

Se dispone que reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio del cargo de interventor.

Esta pena solo puede ser impuesta si tiene por finalidad la salvaguarda de los derechos de los trabajadores o salvaguardar los derechos de los acreedores.

4.3 Medidas cautelares

La clausura temporal de locales y establecimientos, la suspensión de actividades sociales y la intervención judicial pueden imponerse no solo como sanción, sino también durante el proceso como medidas cautelares (art. 33.7, últ. párr. CP).

La limitación de la función como medida cautelar solo a estas tres figuras es lógica, toda vez que las demás previstas en el catálogo de penas del artículo 33.7 CP por su carácter definitivo, como la disolución, no pueden nunca ser impuestas de forma cautelar. Como toda medida cautelar también éstas deben cumplir ciertos requisitos: a) *fumus boni iuris*: en el proceso penal este requisito significa que debe existir una razonada atribución del hecho punible a un sujeto determinado; b) *periculum in mora*: en caso de las personas jurídicas concurre cuando exista peligro de ocultación patrimonial.

LECTURAS RECOMENDADAS

BACIGALUPO SAGGESE, S., en AA VV (dir. Gómez Tomillo), «Comentarios al Código Penal», Valladolid (Lex Nova), 2010; «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», en *Diario La Ley* núm. 7541, 5 enero 2011, pp. 1 a 16.

GRACIA MARTÍN L./BOLDOVA PASAMAR M. A./ALASTUY DOBÓN M. C., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el derecho español*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006.

— *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2015.

LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid (Tecnos), 2005 (6.^a ed.).

POZUELO PÉREZ, L., «Penas», en AA. VV. –coord. Molina Fernández–, *Memento Práctico Penal 2011*, Madrid (Ed. Francis Lefebvre), 2010, pp. 417 a 463.

— «Penas», en AA. VV. –coord. Molina Fernández–, *Memento Práctico Penal 2019*, Madrid (Ed. Francis Lefebvre), 2019.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; «*Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada en el Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio)», en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2010, núm. 76, pp. 5 y ss.

CUESTIONES

1. Explique brevemente en qué consiste la pena de localización permanente.
2. ¿Cuáles son las diferencias entre el sistema días-multa y el sistema de multa proporcional?
3. ¿Cuáles son las penas que prevé el Código Penal para las personas jurídicas penalmente responsables?
4. ¿Qué sucede, según lo previsto en el Código penal, cuando no se paga una multa impuesta en una sentencia penal?
5. ¿Es posible aplicar algunas de las penas ya como medidas cautelares en la fase de instrucción de un procedimiento?

CAPÍTULO IX

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA. LAS INSTITUCIONES INDIVIDUALIZADORAS Y LOS SUSTITUTIVOS DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid
(Epígrafe 1)

BLANCA MENDOZA BUERGO
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid
(Epígrafe 2)

SUMARIO: 1. *La determinación de la pena.* 1.1 Instrumentos técnicos para la determinación de la pena. 1.1.1 Marco básico de pena. 1.1.2 Determinación de la pena superior e inferior en grado. 1.1.3 División de la pena en dos mitades. 1.2 Reglas de determinación de la pena. 1.2.1 Determinación del marco abstracto de pena en la parte especial. 1.2.2 Determinación del marco concreto de pena. A) Atendiendo al grado de ejecución del delito. B) Atendiendo al grado de participación en el delito. C) Atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes. D) Excepciones al régimen general. a) Determinación de la pena en los delitos leves y en los imprudentes. b) Determinación de la pena de multa proporcional. E) Reglas de determinación de la pena en los concursos de delitos. a) Concurso real. b) Concurso ideal. c) Concurso medial. d) Delito continuado. e) El problema del orden en la aplicación de las reglas de determinación. 1.2.3 Determinación judicial de la

pena concreta en sentencia. 1.2.4 Determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas.–2. *Las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad.* 2.1 La individualización de la pena y las alternativas a las penas largas y cortas de privación de libertad. 2.2 Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. 2.2.1 Régimen ordinario. 2.2.2 Régimen especial para sujetos dependientes de sustancias. 2.2.3 Régimen extraordinario por razones humanitarias. 2.2.4 Régimen excepcional. 2.2.5 Suspensión de la ejecución de la pena en los delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social y el fraude de subvenciones. 2.3 La expulsión de extranjeros. 2.4 La libertad condicional. 2.4.1 Régimen ordinario. 2.4.2 Régimen privilegiado. 2.4.3 Régimen excepcional. 2.4.4 Régimen extraordinario por razones humanitarias. 2.4.5 La libertad condicional o suspensión del resto de la pena de prisión permanente revisable. *Lecturas recomendadas. Cuestiones.*

1. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

En sentido amplio, la determinación de la pena comprende todas las decisiones legales, judiciales y administrativas que condicionan la clase, la medida y las formas de ejecución de la pena que se impone al delincuente, y comprende tres fases:

- Determinación legal, que es competencia del legislador y abarca la selección del tipo y medida de la pena de los delitos en la Parte Especial y la fijación de las reglas de determinación atendiendo al grado de ejecución, grado de participación, circunstancias atenuantes y agravantes, y concursos;
- Determinación judicial, que culmina con la imposición de la pena concreta en la sentencia; y
- Determinación administrativa, bajo control judicial, referida a la ejecución de la pena, y que adquiere especial relevancia en la pena de prisión –determinación penitenciaria–, en la que intervienen el Juez de Vigilancia Penitenciaria y la Administración penitenciaria.

A ello puede añadirse una eventual fase de determinación gubernativa en el caso de que haya lugar al derecho de gracia mediante indulto parcial, que extingue una parte de la condena.

En sentido estricto, único que desarrolla esta primera parte de la lección, la determinación de la pena comprende el estudio de las reglas, generales (arts. 61 a 72) CP y especiales (arts. 73 a 79 CP), que partiendo de la pena base pre-

vista para el delito en abstracto en la Parte Especial, permiten al juez imponer la pena concreta en la sentencia, y que comprende tres fases:

1. Determinación del marco abstracto de pena en la Parte Especial.
2. Determinación del marco concreto de pena, atendiendo al grado de ejecución, grado de participación, circunstancias atenuantes y agravantes y concursos de delitos.
3. Determinación de la pena exacta por el juez en la sentencia.

Las dos primeras etapas tienen una estructura idéntica: se parte de un marco inicial, en el que la pena se fija entre un mínimo y un máximo, y aplicando una serie de reglas se llega a un nuevo marco por medio de dos operaciones aritméticas: aumento o disminución de la pena en grado, y división de la pena en dos mitades.

En ambos casos, la unidad penológica mínima es de 1 día o día multa, que se consideran indivisibles (art. 70.2 CP).

1.1 Instrumentos técnicos para la determinación de la pena

1.1.1 MARCO BÁSICO DE PENA

Todo el sistema del Código Penal español para determinar la pena se estructura sobre el concepto de marco de pena. El marco fija para cada delito, atendiendo a su gravedad, la pena imponible entre un límite mínimo y un límite máximo, normalmente de duración temporal del castigo. Excepcionalmente, en la multa proporcional la gravedad se mide por cuantía.

Todas las penas (salvo la prisión permanente) admiten grados superiores e inferiores, y pueden dividirse en dos mitades. Si se trata de penas cumulativas, todas ellas deben aumentarse o disminuirse en la misma medida. Si se trata de penas alternativas, el juez debe primero elegir el tipo de pena y, posteriormente, proceder a su aumento o reducción.

1.1.2 DETERMINACIÓN DE LA PENA SUPERIOR E INFERIOR EN GRADO

Las penas superior e inferior en grado a otra dada tienen la misma estructura que ésta: se configuran como marcos contiguos, entre un límite mínimo y un límite máximo, que comienzan donde acaba, respectivamente por arriba o por abajo, el marco de la pena base.

A) *Penas superiores en grado*

a) Límites mínimo y máximo.

El límite máximo de la pena superior en grado se obtiene partiendo del límite máximo de la pena base y sumándole su mitad (art. 70.1.1.^a, primer inciso CP).

El límite mínimo se obtiene partiendo a su vez del límite máximo de la pena base y aumentándolo en 1 día o 1 día multa, según la pena de que se trate (art. 70.1.1.^a, segundo inciso CP), de manera que los marcos básico y agravado sean contiguos, sin solapamientos.

Por ejemplo, en el robo con fuerza en las cosas, cuya pena base es de 1 a 3 años, la superior en grado es de 3 años y 1 día (límite mínimo) a 4 años y 6 meses (límite máximo, resultante de sumar a 3 años su mitad).

b) Exceso en el límite máximo.

En ocasiones, si la pena base es de larga duración o si debe aumentarse en varios grados, la aplicación de las reglas anteriores llevaría a una pena que excede los límites temporales máximos fijados por el Código Penal para las distintas clases de penas. En estos casos, el artículo 70.3 fija unos nuevos límites máximos:

– Si la pena determinada es la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.

– Si es de inhabilitación absoluta o especial, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.

– Si es de suspensión de empleo o cargo público, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 8 años.

– 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.

– 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.

– 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.

– 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.

– 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.

– Si es de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 meses.

B) *Pena inferior en grado*

a) Límites mínimo y máximo.

El límite mínimo de la pena inferior en grado se obtiene restando al límite mínimo de la pena base su mitad –o, en otras palabras, dividiéndola por dos– y el límite máximo, restando 1 día o 1 día multa a ese mismo límite mínimo de la pena base.

Por ejemplo, en el caso del robo con fuerza antes utilizado, cuya pena base es de 1 a 3 años, la inferior en grado iría de 6 meses (límite mínimo resultante de restar a 1 año su mitad) a 1 año menos 1 día (límite máximo, contiguo por debajo al límite mínimo de la pena base).

En el caso de la pena de prisión permanente revisable, el código establece una regla especial conforme a la cual su pena inferior en grado es la prisión de 20 a 30 años (art. 70.4 CP).

b) Exceso en el límite mínimo.

También en este caso se plantea el problema simétrico de que, por reducción de una pena de escasa duración o por aplicación de sucesivas reducciones, se rebasen los límites inferiores previstos para cada tipo de pena. Conforme al artículo 71.1 CP, «en la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente».

El no fijar en este caso un límite mínimo simplifica la solución, pero a cambio puede entrañar la imposición de penas muy cortas. Para reducir los conocidos efectos perniciosos de las penas cortas de prisión, el mismo artículo, en su apartado 2, establece que «cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a 3 meses, ésta será en todo caso sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que

se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente».

1.1.3 DIVISIÓN DE LA PENA EN DOS MITADES

La segunda operación aritmética de determinación de la pena es su división en dos mitades.

Esta operación genera dos nuevos marcos de pena, con sus respectivos límites mínimos y máximos, a partir de un marco previo. Los nuevos marcos operan en todo como los originales: pueden ser a su vez elevados o reducidos en grado o vueltos a dividir en dos mitades, y así sucesivamente, tantas veces como lo requiera la aplicación de las disposiciones de la Parte Especial o de las reglas que luego se examinarán.

El proceso aritmético de división, que el Código Penal no detalla por su aparente trivialidad, resulta en principio tan sencillo como dividir en dos periodos de igual duración el marco de pena del que se parte. Su aplicación solo es problemática cuando no es posible hacer matemáticamente tal división por ser impar la cantidad.

A) *Mitad inferior*

La mitad inferior tendrá como límite mínimo el mismo que la pena original y como límite máximo el que resulte de dividir por dos el lapso temporal que va desde el mínimo al máximo de la pena original (de forma práctica, se suman los límites mínimo y máximo de la pena original y el resultado se divide por dos, obteniéndose así el punto intermedio que marca a la vez el límite máximo de la mitad inferior y el mínimo de la superior, con la salvedad que inmediatamente se hará en relación con el solapamiento de marcos).

B) *Mitad superior*

En cuanto a la mitad superior, su límite mínimo se sitúa en el mismo punto medio entre los límites de la pena original que el límite máximo de la mitad inferior, y su límite máximo coincide con el de la pena original.

No hay en este caso previsión legal alguna sobre la separación de los marcos de las mitades inferior y superior para evitar su solapamiento, pero es aconsejable seguir también aquí el criterio general, de manera que la mitad

superior empiece 1 día o día multa después de que acabe la inferior. Así, por ejemplo, en el robo con fuerza, la mitad inferior de la pena base irá de 1 a 2 años y la superior de 2 años y 1 día a 3 años.

Si no fuera posible la división en dos mitades iguales, por ser impar la cantidad a dividir, no hay una regla clara de solución. De las tres opciones posibles (admitir dos marcos solapados; hacer dos marcos no exactamente iguales; o prescindir del día intermedio), ninguna es del todo satisfactoria, aunque seguramente la menos perjudicial sea la tercera.

1.2 Reglas de determinación de la pena

El procedimiento de determinación comprende las tres fases antes mencionadas: fijación del marco penal abstracto; del marco penal concreto; y de la pena exacta en la sentencia por parte del juez.

1.2.1 DETERMINACIÓN DEL MARCO ABSTRACTO DE PENA EN LA PARTE ESPECIAL

Esta primera fase es, normalmente, la más sencilla. En muchos casos consiste solo en tomar el marco de pena base previsto para el delito en el correspondiente tipo, pero en otros requiere la determinación de la pena superior o inferior en uno o varios grados y/o en sus mitades superior e inferior conforme a las reglas técnicas que se acaban de examinar.

El marco de pena abstracto, o pena-tipo, puede consistir en una pena única, o en varias, que a su vez pueden ser alternativas, cumulativas o una combinación de ambas.

1.2.2 DETERMINACIÓN DEL MARCO CONCRETO DE PENA

Una vez determinado el marco abstracto de pena, es necesario precisar el marco concreto, atendiendo al grado de ejecución, grado de participación, circunstancias atenuantes y agravantes y concursos de delitos.

El principio general es que el marco abstracto previsto en la Parte Especial es el que corresponde al autor del delito consumado sin concurrencia de atenuantes ni agravantes genéricas. Ello se deduce del juego combinado de lo dispuesto en el artículo 61 CP –«cuando la Ley establece una pena se entiende que la impone a los

autores de la infracción consumada»– y artículo 66.1.6.^a CP –cuando no concurren atenuantes ni agravantes se aplicará «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».

Si el hecho no está consumado, sino en grado de tentativa; si el responsable no es autor o partícipe asimilado en penalidad, sino cómplice; o si concurren circunstancias atenuantes y agravantes genéricas, el marco penal concreto se define por aplicación de las reglas contenidas en los artículos 62 a 68 CP –reglas generales para la aplicación de las penas–, a lo que, si concurren varios delitos, habrá que añadir las reglas especiales de determinación de los artículos 73 y ss. CP.

A) *Determinación de la pena atendiendo al grado de ejecución del delito*

Se admiten tres fases relevantes en el *iter criminis*: los actos preparatorios punibles; la tentativa; y el delito consumado.

Descartando este último, en el que la determinación de la pena no requiere la aplicación de reglas especiales, la realización imperfecta del delito entraña siempre un menor desvalor que se traduce en una reducción de la pena.

Los actos preparatorios genéricos –conspiración, proposición y provocación para delinquir– solo se castigan de forma excepcional, cuando así se disponga en la Parte Especial, que también fija la pena concreta, por lo que este caso no tiene importancia a efectos de las reglas generales de determinación que estamos examinando.

En cuanto a la tentativa, el artículo 62 CP prevé la imposición de la «pena inferior en 1 o 2 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», salvo que la tentativa se halle especialmente penada por la ley (art. 64 CP).

Aunque lo normal es que la tentativa acabada entrañe la rebaja en un grado y la inacabada en dos, este criterio podría modificarse por el juego combinado del otro factor, el peligro.

B) *Determinación de la pena atendiendo al grado de participación en el delito*

A estos efectos el Código distingue entre, por un lado, los autores, los inductores y los cooperadores necesarios, cuyo marco de pena es el abstractamente previsto para el delito en la Parte Especial, y, por otro, los cómplices, a

los que, a tenor del artículo 63 CP, se les impone la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito (salvo que la complicidad se halle especialmente penada por la ley –art. 64 CP)–.

El efecto combinado de esta regla y la del artículo anterior provoca una posible acumulación de rebajas que podría alcanzar hasta un máximo de 3 grados menos –hasta 2 por la tentativa y 1 más por la complicidad– respecto del marco de pena original:

		Grado de ejecución	
		Delito consumado	Tentativa
Grado de participación.	Autor. Inductor. Cooperador necesario.	Marco abstracto de pena de la Parte Especial.	–1 o –2 grados.
	Cómplice.	–1 grado.	–2 o –3 grados.

C) *Determinación de la pena atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes*

El último paso en la determinación del marco penal concreto atiende a la presencia de circunstancias atenuantes o agravantes genéricas (de los arts. 21, 22 y 23 CP), y viene regulado en los artículos 66 y 68 CP.

Se trata de un sistema obligatorio– [«los jueces o tribunales observarán (...) las siguientes reglas» –art. 66.1 CP], que se aplica solo a las circunstancias genéricas (atenuantes del art. 21, agravantes del art. 22, y circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP), y solo a los delitos dolosos graves y menos graves, (salvo la regla del art. 68 CP –eximentes incompletas–, que es de aplicación general a todos los delitos).

Reglas de determinación:

El Código establece distintas reglas según las diferentes combinaciones posibles: que no haya circunstancias, que haya solo atenuantes, solo agravantes, o, tanto unas como otras.

Desde el principio se distingue –incluso en su ubicación, con un artículo propio–, la circunstancia atenuante del artículo 21.1 CP –eximente incompleta– del resto de circunstancias. Ello tiene efectos importantes en la determina-

ción de la pena que aproximan la eximente incompleta a las reducciones de grado que resultan del grado de ejecución y participación.

a) Ausencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes.

Si no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes, los tribunales aplicarán «la pena establecida por 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» (art. 66.1.6.^a CP).

b) Concurrencia de una eximente incompleta del artículo 21.1 CP.

Si concurre una eximente incompleta, «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» (art. 68 CP).

Si concurren varias eximentes incompletas, sus efectos se suman. Igualmente, si concurre una eximente incompleta y dos o más atenuantes o una o varias muy cualificadas sin agravantes, se acumulan los efectos atenuatorios de los artículos 66 y 68 CP.

c) Concurrencia de otras circunstancias atenuantes sin agravantes.

Caben dos variantes:

1.^a Si concurre solo una atenuante normal, se impondrá la pena fijada para el delito en su mitad inferior (art. 66.1, 1.^a CP).

2.^a Si concurren dos o más atenuantes o una o varias muy cualificadas sin agravantes, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes (art. 66.1.2.^a CP).

Atenuante muy cualificada es aquella que reúne en grado especialmente intenso los elementos materiales que subyacen a la atenuación. Pueden ser tanto elementos que condicionen una menor antijuridicidad penal, como una menor culpabilidad o una menor punibilidad, dependiendo de la naturaleza de la atenuante.

d) Concurrencia de circunstancias agravantes sin atenuantes.

En este caso, el Código Penal distingue el efecto de la agravante de reincidencia cualificada del resto de agravantes, lo que finalmente arroja tres variantes posibles:

1.^a Cuando concurren solo una o dos circunstancias agravantes se aplica la pena en su mitad superior (art. 66.1.3.^a CP).

2.^a Si concurren más de dos agravantes sin atenuantes, se puede imponer la pena superior en grado en su mitad inferior (art. 66.1.4.^a CP). En este caso la elevación es facultativa. Si, finalmente, el tribunal no hace uso de esta posibilidad, debe imponer la pena en la mitad superior del marco de partida, ya que entraría subsidiariamente en aplicación la regla 3.^a

3.^a Reincidencia cualificada. Si concurre la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir haya sido condenado ejecutoriamente al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, se puede 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 (art. 66.1.5.^a). Los antecedentes por delito leve no se computan a efectos de reincidencia (art. 22.8 párr. 3.^o CP).

Si concurren además atenuantes, no podría aplicarse la elevación en grado prevista en esta regla, que es subsidiaria de la 7.^a Tampoco podrían aplicarse cumulativamente las agravaciones de las reglas 4.^a y 5.^a, que deben interpretarse como alternativas.

e) Concurrencia conjunta de agravantes y atenuantes.

Cuando concurren atenuantes y agravantes, «se 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» (art. 66.1.7.^a CP).

D) *Excepciones al régimen general de determinación de la pena*

a) Determinación de la pena en los delitos leves y en los imprudentes.

Conforme al artículo 66.2 CP, «En los delitos leves y 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». La excepción solo afecta a las reglas del artículo 66.1, no al resto, así que sí son aplicables las reglas relativas al grado de ejecución y participación (arts. 61 a 64) la rebaja de pena en uno o dos grados prevista en el artículo 68 para la eximente incompleta, y las reglas relativas a concursos de delitos (arts. 73 y ss.).

b) Determinación de la pena de multa proporcional.

Por su naturaleza, la pena de multa proporcional tiene un régimen de determinación singular. Conforme al artículo 52.2 CP, «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 solo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable».

E) *Reglas de determinación de la pena en los concursos de delitos*

Bajo el rótulo «Reglas especiales para la aplicación de las penas», se incluyen diversas disposiciones que precisan cómo determinar la pena cuando concurre un concurso real, ideal o medial de delitos, o cuando nos encontramos ante un delito continuado (arts. 73 a 78 bis CP). En realidad, estos preceptos no se limitan a fijar reglas de determinación de la pena, sino que contienen la propia regulación material de los concursos, cuyo estudio corresponde a la teoría del delito.

a) Concurso real.

a') Regla básica: acumulación de penas.

Si se da un concurso real de infracciones –varias acciones independientes que dan lugar a varios delitos–, la regla básica es la acumulación de las sanciones, esto es, la imposición de todas las penas correspondientes a las distintas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si es posible por su naturaleza y efectos (art. 73 CP), o sucesivo, siguiendo el orden de su respectiva gravedad (art. 75 CP).

Esta solución se ajusta bien a la naturaleza del concurso real, pero tiene el inconveniente de que la acumulación puede desembocar en una pena final desproporcionada a la gravedad singular de las infracciones cometidas, e incluso, en los casos extremos, inhumana y que haga imposible la resocialización: prisión perpetua *de facto*, en los casos de acumulación de penas graves.

Para mitigar este efecto, el artículo 76 CP prevé dos límites a la acumulación: uno absoluto y otro relativo, límites que configuran la denominada acumulación jurídica.

b') Límites a la acumulación.

– Límite absoluto. La pena máxima resultante del concurso real –en realidad de cualquier concurso, porque el régimen del real es el más severo, y

opera a su vez como límite expreso del concurso ideal y medial— no puede superar los 20 años en situaciones normales, y 25, 30 o 40 en situaciones excepcionales, esto es, cuando las penas acumuladas sean especialmente graves. En particular, el límite máximo es:

- 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;
- De 30 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos —que no sean de terrorismo— y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años;
- 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; o bien, el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

Si al menos uno de los delitos por los que ha sido condenado el autor está sancionado con la pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en el art 92 CP (valoración conjunta de todos los hechos a efectos de la posible suspensión de la pena de prisión permanente revisable) y artículo 78 bis (progresión a tercer grado en la prisión permanente revisable si concurren otros delitos (art. 76.1.e CP).

– Límite relativo. Para atajar la desproporción que podría resultar de aplicar una pena muy severa por la acumulación de muchas penas de poca entidad, el artículo 76.1 CP establece que la pena final tras la acumulación no puede superar el triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas en que haya incurrido.

Una vez que las penas impuestas cubran los máximos previstos por los límites absoluto y relativo, el resto se declaran extinguidas (art. 76.1 CP).

c') Condiciones para la acumulación: el criterio cronológico.

Las limitaciones a la acumulación se aplican aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar (art. 76.2 CP). Desde la reforma de la LO 1/2015, el Código se inclina en este tema por un criterio estrictamente cronológico, tomando el enjuiciamiento del hecho como límite temporal para la acumulación.

b) Concurso ideal.

a') Regla básica: absorción agravada.

En caso de concurso ideal de infracciones –una sola acción da lugar a varios delitos homogéneos o heterogéneos–, el código opta por la absorción agravada: se aplica la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior (art. 77.2 CP).

b') Límites a la absorción agravada: la punición de los delitos por separado.

El concurso ideal no puede nunca resultar más grave que el real, y por ello se establece expresamente el límite de que la pena determinada conforme a la regla general no pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

Ello sucede, normalmente, cuando las penas en concurso tienen una duración muy distinta, de manera que el efecto de imponer la del delito más grave en su mitad superior sea mayor que el de la acumulación de ambas penas si la más grave ha sido concretada en la fase judicial en la mitad inferior del marco.

c) Concurso medial.

a') Regla básica: exasperación.

Si nos encontramos ante un concurso medial –dos (o más) delitos, siendo uno (o varios) de ellos medio necesario para cometer el otro (u otros)– debe imponerse una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave (art. 77.3 CP).

No se precisa en qué cuantía debe ser superior la pena, así que hay que entender que debe serlo al menos en un día o día-multa.

b') Límites a la exasperación: punición de los delitos por separado.

Tampoco en este caso la pena superior podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos: la pena del concurso real es también límite máximo de la del concurso medial.

d) Delito continuado.

a') Regla básica: absorción agravada o exasperación.

Si está presente un delito continuado –varias acciones u omisiones realizadas en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión,

que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos—, se impone la pena de la infracción más grave en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado (art. 74.1 CP).

Debe entenderse que el marco final abarca o la mitad superior del marco concreto correspondiente a la infracción más grave, o la mitad inferior de la pena superior en grado, pero no un marco ampliado que comprenda ambos. Se trata de una pena alternativa en la que el juez debe decidir cuál de las dos opciones aplica.

La determinación de cuál sea la infracción más grave se hace de la misma manera examinada en el concurso ideal.

b') Reglas especiales para las infracciones continuadas patrimoniales.

El régimen general se aplica a todas las infracciones continuadas que no tengan carácter patrimonial. En las infracciones patrimoniales, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado (art. 74.2, primer inciso).

La expresión legal no deja claro si se trata de una regla especial, alternativa a la del artículo 74.1 CP, o si es complementaria. Conforme a la primera interpretación, en estas infracciones la pena se determinaría de forma directa: sería la correspondiente a un delito patrimonial de cuantía igual a la suma de las cantidades perjudicadas. Conforme a la segunda, la determinación tendría dos fases: primero se procedería como en la anterior opción, tomando la pena del delito correspondiente a la cantidad global, y luego se impondría en su mitad superior, o en la inferior de la superior en grado. El Tribunal Supremo, en su Acuerdo del pleno no jurisdiccional de 30-10-2007, ha resuelto la cuestión admitiendo que puedan darse ambos efectos, según las circunstancias del caso: «El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera del artículo 74.1 queda sin efecto cuando su aplicación resulta contraria a la prohibición de doble valoración».

c') Regla especial para el delito masa.

Cuando concurre un delito masa –infracción continuada contra el patrimonio que revista notoria gravedad y haya perjudicado a una generalidad de personas–, el juez o tribunal ha de imponer, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente (art. 74.2, segundo inciso CP).

f) El problema del orden en la aplicación de las reglas de determinación.

El sistema de reglas que sigue el Código para la determinación legal de la pena es sensible al orden en el que dichas reglas se apliquen, pero la ley guarda silencio sobre el particular.

Ante la ausencia de una decisión legal, las reglas habituales de transitar de lo simple a lo complejo y de lo general a lo especial permiten elaborar un orden básico (que no siempre es respetado por los tribunales):

1.^a Se determina el marco penal abstracto del delito en la Parte Especial, antes que el marco concreto que resulta de aplicar las reglas de la Parte General.

Aquí debe añadirse el supuesto singular del delito continuado patrimonial (incluyendo el delito masa), ya que en estos casos el tipo de la Parte Especial a aplicar depende del perjuicio total causado, por lo que las infracciones singulares se diluyen en una única global.

2.^a Se determina el marco penal concreto de cada delito de acuerdo a las reglas generales de los artículos 61 a 72:

– Se aplican primero las reglas relativas a grado de ejecución y de participación, error de prohibición vencible (art. 14.3 CP) y eximentes incompletas (art. 68 CP), y posteriormente las reglas del artículo 66.1 para el resto de circunstancias agravantes y atenuantes.

3.^a Por último, si concurren varios delitos, se aplican las reglas especiales de los artículos 73 a 79 CP.

1.2.3 DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CONCRETA EN SENTENCIA

Una vez fijado el marco penal concreto, el juez debe imponer en la sentencia una pena exacta, completamente determinada en cuanto a su clase y duración. Con ello termina el proceso de determinación en sentido estricto. En sentido amplio, todavía deben tomarse en consideración las diversas disposiciones relativas a suspensión, sustitución y ejecución, incluyendo los beneficios penitenciarios (apartado II).

El arbitrio judicial preside esta fase, pero la pena concreta debe ser razonable. De acuerdo al artículo 72 CP, los jueces «razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta» de la pena impuesta, disposición que no es más que una aplicación singular de la obligación constitucional de motivar las sentencias (art. 120.3 CE).

Aunque no hay una disposición legal concreta que fije cómo debe proceder el juez, hay varios preceptos (arts. 62; 66.1, reglas 2.^a, 5.^a y 6.^a, y 68) que hacen referencia a diversos criterios que pueden agruparse en torno a los dos que señala la regla 6.^a del artículo 66.1: la mayor o menor gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente.

1.2.4 DETERMINACIÓN DE LAS PENAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

El artículo 66 bis CP contiene una serie de reglas relativas a la determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas. En principio, rigen en este ámbito las mismas reglas de determinación ya examinadas en la responsabilidad de las personas físicas, pero el Código prevé además algunas reglas especiales en relación con las circunstancias atenuantes y agravantes.

Así, salvo en el caso de la multa (art. 33.7.a CP), en el resto de penas aplicables a las personas jurídicas se tendrá en cuenta:

- 1.º Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos.
- 2.º Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
- 3.º El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

El Código prevé además una serie de reglas adicionales que condicionan la imposición de las penas temporales o definitivas:

- 1.^a Si la pena se impone con una duración limitada [penas de los apartados c) a g) del artículo 33.7 CP, impuestas con carácter temporal], ésta no podrá exceder de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.
- 2.^a Para la imposición de estas penas por un plazo superior a dos años deberán darse además alguna de estas dos circunstancias:

- Que la persona jurídica sea reincidente;
- Que se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, entendiendo que se da esta condición cuando la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

3.^a Para la imposición de las penas permanentes [como la disolución o, en su caso, la prohibición de realizar actividades futuras de los apartados b) y e) del art. 33.7 CP], o para la imposición de las penas de prohibición de realizar actividades futuras o de 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 [apartados e) y f) del art. 33.7 CP] por más de 5 años, o deberá darse alguna de las siguientes dos condiciones:

- Que se dé la situación de multirreincidencia prevista en el artículo 66.1.5.^a CP; o
- Que se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, en el sentido antes definido.

2. LAS FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

2.1 **La individualización de la pena y las alternativas a las penas largas y cortas de privación de libertad**

Tras fijar la pena concreta a imponer al sujeto condenado –determinación de la pena en sentido estricto– en algunos casos los jueces pueden tomar otras decisiones relativas a la suspensión o sustitución de la pena y, más adelante, ya durante el cumplimiento de la pena de prisión, sobre la eventual concesión de la libertad condicional.

Bajo el rótulo «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional» del Cap. III del Título III relativo a las penas, reúne el legislador instituciones que no tienen un carácter homogéneo, pese a estar animadas por el objetivo común de evitar o reducir la privación de libertad en determinados casos, en atención, fundamentalmente, a consideraciones de prevención especial.

El fundamento político-criminal del primer grupo de casos, que permite al juez suspender durante un período de prueba el cumplimiento de la pena impuesta, se encuentra en la necesidad de evitar el conocido efecto desocializador de las penas de prisión breves, partiendo de la premisa de que la resocialización en estos casos puede lograrse mejor en libertad que en el medio carcelario:

«evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro», ya que la ejecución de una pena tan breve «no solo impediría alcanzar resul-

tados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo» (STC 224/1992 de 14 de diciembre; *vid.* también STC 209/1993, de 28 junio; 251/2005, de 10 de octubre).

La libertad condicional supone la última fase de ejecución de la pena de prisión, no evita su cumplimiento, pero permite que ese período se pase en situación de libertad bajo ciertas condiciones, favoreciendo el proceso de readaptación progresiva a la vida en libertad.

Tal orientación político-criminal preventivo especial, al igual que el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal y el principio de proporcionalidad, justifican utilizar la pena de prisión solo en aquellos casos en que ésta sea imprescindible y no cuando sea suficiente el recurso a medios menos invasivos en los derechos de los condenados.

Además de los criterios para la aplicación de cada institución, hay pautas o criterios generales que informan el mismo:

- El objetivo preventivo especial como criterio prioritario para la aplicación de estas instituciones.
- La limitación temporal de las penas de privación de libertad que pueden ser suspendidas o sustituidas atendiendo a razones de prevención general.
- La exigencia de una serie de condiciones que se remiten a un pronóstico de escasa peligrosidad criminal.

2.2 Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad artículos 80 y ss. CP

Puede suspenderse condicionalmente durante un plazo, bajo ciertos requisitos, el cumplimiento de una pena privativa de libertad en principio no superior a dos años. Si el sujeto cumple las condiciones y, en su caso, observa ciertas pautas de conducta, pasado el plazo fijado la pena se extingue definitivamente. Se prevé la suspensión, fundamentalmente para sujetos que cometan un primer delito de escasa gravedad y con baja peligrosidad criminal.

Sobre el fundamento preventivo especial de la institución, *vid.* STC 251/2005 de 10 octubre, FJ 6: «en el caso de delincuentes primarios condenados a penas cortas privativas de libertad, las finalidades preventivas especiales [art. 25.2 CE] pueden ser alcanzadas con mayores garantías de éxito si los órganos del Estado que ostentan la titularidad del *ius puniendi* renuncian momentáneamente a ejecutar la pena (...), sin que ello vaya en detrimento de los fines preventivos generales que también han de cumplir las penas».

Los supuestos previstos son los siguientes:

- A) Régimen ordinario artículo 80.1 CP: penas de hasta 2 años, primer delito.
- B) Régimen especial artículo 80.5 CP: sujetos dependientes a sustancias, deshabitados o en tratamiento de deshabitación; penas de hasta 5 años.
- C) Régimen extraordinario artículo 80.4 CP: por razones humanitarias para enfermos (enfermedad muy grave con padecimientos incurables):
- D) Régimen «excepcional» artículo 80.3 CP: por circunstancias personales, reparación del daño, etc.

2.2.1 RÉGIMEN ORDINARIO (ART. 80.1)

Permite al Juez o Tribunal suspender potestativamente la ejecución de cualquier pena privativa de libertad no superior a dos años, «cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos».

A) Los requisitos necesarios para optar a la suspensión de la pena son los siguientes

1.º Primer delito del condenado.

No se computan las condenas por delitos imprudentes, ni por delitos leves, ni los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo (art. 136 CP), o los antecedentes penales por delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2.º Pena privativa de libertad impuesta, o la suma de ellas si se imponen varias, no superior a dos años.

A efectos del cómputo de los dos años no se considera la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Pueden suspenderse todas las penas privativas de libertad (prisión, localización permanente y responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa), incluso si corresponden a varios delitos, siempre que no se exceda el límite de dos años.

3.º Haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito cometido que haya producido el decomiso acordado, en su caso.

Puede considerarse cumplido este requisito si el penado asume el compromiso de satisfacer tal responsabilidad de acuerdo con su capacidad económica y facilita el decomiso. Para evitar desigualdades de acceso al beneficio, se permite a los jueces determinar si es razonable que el compromiso de pago pueda cumplirse en un plazo prudencial y, en su caso, permitir el pago parcial en plazos, solicitando las garantías que estime convenientes para asegurar tal cumplimiento.

B) El procedimiento para la concesión de la suspensión es el siguiente

– La concede discrecionalmente el juez en resolución motivada, valorando las circunstancias mencionadas en el artículo 80.1, 2.º párr. CP, evaluando si mejora el pronóstico de comportamiento futuro y si las necesidades de prevención especial se atienden más adecuadamente renunciando a su ingreso en prisión, evitando la concesión automática de la suspensión de toda pena inferior a dos años. La STC 202/2004, de 15-11-2004, sentó la doctrina de que la motivación suficiente y adecuada ponderación de las circunstancias individuales del penado son requisitos necesarios «dado que esta institución afecta al valor libertad personal (...) y constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el artículo 25.2 CE».

– Se resolverá en la propia sentencia de instancia, siempre que sea posible (art. 82 CP) o, una vez firme la sentencia, con la mayor urgencia, previa audiencia a las partes. En los delitos perseguibles solo previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso a quien le represente, antes de decidir (art. 80.6).

– El plazo de suspensión en este caso, de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, o de tres meses a un año para las penas leves, se fijará por los jueces atendiendo a los mismos criterios del artículo 80.1, párr. segundo. Se computará desde la fecha de la resolución en que se acuerde; si fuera en sentencia, desde que ésta sea firme. No se computará como plazo de suspensión el tiempo en el que el penado esté en situación de rebeldía (art. 82).

C) Las condiciones para la continuidad de la suspensión

1.^a Que el sujeto no vuelva a cometer un delito durante el plazo de suspensión

2.^a Se podrá condicionar la suspensión, si se estima conveniente, al cumplimiento por el sujeto de una o varias de las obligaciones o prohibiciones siguientes (art. 83 CP):

– Limitaciones de movimiento: prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas o lugares, entre otras.

– Prohibición de contacto o comunicación con la víctima, familiares y otras personas que se determine

– Comparecencias ante el juzgado o tribunal, dependencias policiales o servicio de la Administración, para informar y justificar sus actividades.

– Participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de animales, de igualdad de trato y no discriminación, y similares, de deshabituación del consumo de alcohol, drogas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.

– Prohibición de conducir vehículos de motor sin ciertos dispositivos que condicionen su funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, en caso de condena por un delito contra la seguridad vial.

– Cumplir los demás deberes que se estimen convenientes para la rehabilitación social del penado, previa su conformidad, siempre que no atenten contra su dignidad, ni resulten excesivos y desproporcionados y sean necesarios e idóneos para evitar el riesgo de reincidencia o mejorar la reinserción del sujeto, proporcionados en concreto, en función de las características y circunstancias del caso.

– En el caso de delitos relacionados con la violencia de género (arts. 148.4.º; 153; 171.4; 172.2; 173.2 CP) se condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las limitaciones de movimiento o deberes previstos en las reglas 1.^a, 4.^a y 6.^a del aptdo. 1 del artículo 83 (art. 83.2 CP).

Parece posible imponer como condición de la suspensión ordinaria, de manera potestativa para el Juez o Tribunal, el cumplimiento del acuerdo entre las partes en virtud de mediación, o una multa o trabajos en beneficio de la comunidad, de acuerdo con el artículo 84, que no limita su aplicación a los supuestos de la suspensión excepcional recogidos ahora en el artículo 80,3. Resulta discutible, pues en realidad en los dos últimos casos se trata de una encubierta sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Es de dudosa admisibilidad que la suspensión de la pena se condicione a la imposición de otras «medidas» de carácter punitivo (en la E. M LO 1/2015 se le llama penas, en el artículo 80,3 medidas y en el 84 prestaciones o medidas), que en realidad son penas (*vid. infra* apartado II.2.4).

La imposición de las prohibiciones o deberes de movimiento, residencia o comunicación habrá de comunicarse a las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, a fin de que velen por su cumplimiento.

La Administración penitenciaria informará al juez o tribunal de ejecución del cumplimiento o conclusión de las reglas de conducta cuyo control le corresponda, así como de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del sujeto y la posibilidad de que cometa nuevos delitos.

Durante el periodo de suspensión de la pena, en función de la evolución de las circunstancias relevantes, el Juez o Tribunal podrá modificar las prohibiciones u obligaciones impuestas o sustituirlas por otras menos gravosas o acordar su finalización (art. 85).

D) Los efectos de la suspensión y su finalización y revocación:

1.º La suspensión solo afecta a la pena privativa de libertad –impuesta directa o subsidiariamente (STC 209/1993 de 28 de junio, FJ 6)– y no a la responsabilidad civil (art. 80.1 CP) ni, según una opinión extendida, a las penas privativas de derechos accesorias (así, STS 950/1999 de 19 de julio FD 3; STC 209/1993 de 28 de junio, FJ 6; Circular de la FGE 1/2005 de 31 de marzo, XIII).

2.º Si cumplen las condiciones, transcurrido el plazo de suspensión, se producirá la remisión definitiva de la pena (art. 87 CP).

3.º Se revocará la suspensión y se cumplirá la pena suspendida, si el sujeto:

a) Fuera condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión, y ello pusiera de manifiesto «que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida» (art. 86 CP).

A estos efectos la comisión de un delito imprudente no debería suponer la revocación de la suspensión, aunque la ley no distingue en este caso de manera expresa entre delitos dolosos o imprudentes.

b) Si incumpliera grave o reiteradamente las prohibiciones y deberes impuestos, se sustrajera al control de la Administración penitenciaria, o dificultare el decomiso acordado o no cumpliera el compromiso de pago de la responsabilidad civil, salvo incapacidad económica para ello.

c) Si hubiera riesgo de huida del condenado, o para asegurar la protección de la víctima, o cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva (art. 86.4 CP).

d) Si el incumplimiento de las prohibiciones o deberes no fuera grave ni reiterado, el juez o tribunal decidirá si ampliar el plazo de suspensión, sin que pueda exceder de la mitad del plazo inicialmente fijado, imponer al sujeto nuevas prohibiciones o deberes, o modificar las impuestas (art. 86 CP).

En todos estos casos el juez o tribunal resolverá tras oír al Fiscal y a las demás partes.

En caso de revocación de la suspensión, los gastos realizados por el penado para reparar el daño causado por el delito no le serán restituidos, pero sí serán abonados a la pena los pagos de la multa y la prestación de trabajos en beneficio de la comunidad que hubieran sido realizados conforme a las reglas 2.^a y 3.^a del artículo 84.

2.2.2 RÉGIMEN ESPECIAL PARA SUJETOS DEPENDIENTES DE SUSTANCIAS (ART. 80.5 CP)

Modalidad de posible suspensión de la pena para sujetos que hayan cometido el delito «a causa de su dependencia» de ciertas sustancias (drogas, estupefacientes, psicotrópicos, alcohol, u otras de efectos análogos). Está orientada a dar preferencia a necesidades de prevención especial, permitiendo un tratamiento de deshabituación de la drogodependencia sin frustrar la recuperación, aun parcial, que haya logrado el sujeto desde la comisión del delito, si hubiera comenzado o terminado el tratamiento.

A) El carácter excepcional respecto al régimen normal supone que:

- Pueden suspenderse penas privativas de libertad de hasta cinco años;
- No se limita a delincuentes primarios o no reincidentes la concesión del beneficio, atendiéndose a las circunstancias del hecho y del autor (art. 80.5 CP).
- Ha de acreditarse que se cometió el delito «a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el núm. 2 del artículo 20», y certificarse por un centro o servicio público o privado acreditado que el sujeto está deshabituado o en tratamiento para tal fin al acordar la suspensión (art. 87.1 CP).

Requisito común a otras modalidades es la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito y, a pesar del silencio al respecto, cabe imponer alguna de las condiciones establecidas en el artículo 83 CP cuando se estime adecua-

do y, eventualmente, las incluidas en el artículo 84, mientras que son de imposición imperativa las previstas para los delitos relativos a la violencia de género.

B) El período mínimo de suspensión es de tres a cinco años, durante el cual no puede abandonar el tratamiento hasta su finalización (art. 81.2.º CP).

C) Para la remisión definitiva de la pena es necesario que el sujeto no haya delinquido durante el período de suspensión y que acredite su deshabitación, o que sigue el tratamiento y no lo ha abandonado. Si no ha conseguido la deshabitación cabe ampliar el plazo de suspensión y tratamiento por un tiempo no superior a dos años más (art. 87.2 CP).

Los centros acreditados para el tratamiento, obligados a controlar su cumplimiento, facilitarán al juez o tribunal sentenciador la evolución, modificaciones o finalización del tratamiento. Las eventuales recaídas ocasionales de los sujetos en tratamiento de deshabitación que no evidencien su abandono definitivo, no implican la revocación de la suspensión, puesto que se trata que continúen y consigan su deshabitación, lo que podría frustrarse ejecutando de la pena.

D) La revocación se producirá en los mismos casos que en el régimen ordinario, por incumplimiento grave y reiterado de las condiciones, prohibiciones o deberes impuestos, especialmente que no abandone el tratamiento.

2.2.3 RÉGIMEN EXTRAORDINARIO POR RAZONES HUMANITARIAS (ART. 80.4 CP)

Este régimen excepcional, de concesión discrecional por el juez, permite suspender cualquier pena privativa de libertad, sea cual sea su duración y sin someterla a ningún requisito, siempre y cuando el penado sufra una enfermedad muy grave «con padecimientos incurables». La única condición es que cuando el sujeto cometiera el delito no gozara ya de una suspensión de este tipo.

Resulta controvertida la cuestión de si en este caso pueden suspenderse no solo penas privativas de libertad, sino todo tipo de penas. No debe confundirse este supuesto con el previsto en el artículo 60 CP, sin requisitos y para cualquier pena, si una vez firme la sentencia condenatoria le sobreviniere al penado una situación duradera de «trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena». Este caso, tramitado por el juez de vigilancia penitenciaria, prevé que el condenado reciba la asistencia médica necesaria, lo que puede requerir la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad, que no podrá ser más gravosa que la pena a la que fue condenado el sujeto. Si éste recobrara su salud mental se cumplirá la pena si no hubiere prescrito.

2.2.4 RÉGIMEN EXCEPCIONAL (ART. 80.3 CP)

A) Este supuesto de suspensión especial no exige los dos primeros requisitos del régimen ordinario (art. 80. 2,1.^a y 2.^a), esto es, que el condenado haya delinquido por primera vez, ni que la pena total impuesta no exceda de dos años.

B) Son condiciones para poder proceder a la suspensión:

1.^a Que no se trate de un reo habitual (art. 94 CP: quien hubiera cometido tres o más delitos comprendidos en un mismo capítulo en un plazo no superior a cinco años y haya sido condenado por ellos).

2.^a Que la pena o penas de prisión suspendidas no excedan, individualmente, de dos años, aunque si son varias, la suma de las impuestas sí puede ser superior.

3.^a 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. Por ello se condiciona preceptivamente la suspensión a la reparación efectiva del daño, o a la indemnización del perjuicio causado o, en su caso, al cumplimiento del acuerdo de mediación entre las partes.

C) En este supuesto de suspensión de la pena, es también preceptivo que el juez o tribunal imponga una de las «medidas» previstas en el artículo 84, 2.^a y 3.^a CP, esto es:

- El pago de una multa,
- Alternativamente, la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando «resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor».

En el caso de la multa, su extensión se determinará en atención a las circunstancias del caso pero dentro de los límites fijados por el legislador (art. 84.1, 2.^o). En casos de condena por delito de violencia de género o doméstica, solo se impondrá la multa si está acreditado que entre condenado y víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación o de la existencia de una descendencia común, para que el pago de la multa por el condenado no propicie el impago de la prestación a favor de la expareja o hijos y repercuta negativamente en la situación económica de la víctima o su familia.

La duración de los trabajos se determinará por el Juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin exceder de un día de trabajos por cada día de prisión, sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

Estas condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena, llamadas «prestaciones o medidas», en realidad son supuestos de verdadera sustitución de la pena de prisión por otras penas, lo que queda claramente de manifiesto al preverse que el pago o cumplimiento total o parcial de estas prestaciones se abonara (es decir, se restará) al tiempo de la pena de prisión en caso de que se revoque la suspensión y el sujeto tenga que cumplirla. La previsión en la reforma de 2015 de un único sistema de suspensión que abarca todas las instituciones hasta entonces reguladas independientemente (suspensión, sustitución de la pena, e incluso en parte la libertad condicional), encubre como suspensión lo que no deja de ser la sustitución de penas, ahora suprimida injustificadamente como sistema autónomo.

2.2.5 SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA, LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL FRAUDE DE SUBVENCIONES (ART. 308 BIS)

Se prevé una regla especial para la suspensión de la ejecución de la pena en condenas por delitos contra la Hacienda Pública, la seguridad social y el fraude de subvenciones, adicional a las reglas generales: que el condenado haya abonado la deuda tributaria o con la Seguridad Social, o haya reintegrado las subvenciones indebidamente recibidas o utilizadas, o que se revoque la suspensión cuando el penado no cumpla el compromiso de pago de la deuda, o de reintegro de las subvenciones, o de la responsabilidad civil.

2.3 La expulsión de extranjeros

A) Derogado el artículo 88 CP, e integrados algunos casos de sustitución encubierta en la suspensión (art. 80.3 y medidas sustitutivas en el artículo 84 del CP), el artículo 89 CP recoge el único supuesto de una mal denominada sustitución de la pena de prisión, puesto que propiamente no se trata de tal institución, ni tiene nada que ver con el fundamento y fines de la misma, por la ausencia de todo fin preventivo especial, la no previsión de una propia pena alternativa –la expulsión no es tal al no figurar siquiera en el catálogo de penas– y por la condición de los sujetos a la que es aplicable: a los extranjeros residentes legales o no en territorio español, que hayan cometido un delito.

Supone que cualquier ciudadano extranjero –sea o no residente legal en el país– que cometa un delito será expulsado del territorio nacional en lugar de

cumplir la pena de prisión, salvo que ésta o la suma de las impuestas, sea superior a los cinco años. La pena solo se cumplirá, al menos parcialmente, si se considera «necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito», pero la expulsión se llevará a cabo una vez que el condenado haya cumplido la parte de la pena que se determine en la sentencia, o cuando acceda al tercer grado penitenciario (régimen abierto) o a la libertad condicional.

La institución, criticada por la doctrina penal de manera prácticamente unánime ya en sus regulaciones precedentes, se endurece más tras la reforma de 2015, que la extiende a todo ciudadano sin nacionalidad española, incluidos los ciudadanos de países de la UE. Esta extensión se pretende justificar en su «carácter excepcional», solo cuando el autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, «en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y en la Jurisprudencia del TJUE, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente». Sin embargo, el informe del Consejo Fiscal y el del Consejo de Estado destacan los graves inconvenientes de la generalización de la expulsión, poniéndose en duda por determinados sectores su constitucionalidad y su acomodo a la normativa de la UE, al derecho internacional público y los cánones jurisprudenciales elaborados desde el TEDH y el TJUE, aunque el TEDH ha reconocido, con carácter general, la facultad de los Estados de velar por la seguridad pública y de expulsar a los extranjeros condenados por la comisión de delitos, pero siempre que esté reconocido por una ley, sea necesario y sea una medida proporcional (SSTEDH, entre otras, de los casos *Üner v. The Netherlands*, de 18-10-2006, *Kaya v. Germany*, de 28-9-2007).

El artículo 89.4, regula los supuestos y condiciones en que permite la expulsión del ciudadano de la Unión Europea, atendiendo a la Directiva 2004/38/CE. En todo caso se declara aplicable lo dispuesto en el artículo 89.2 sobre la ejecución total o parcial de la pena y la expulsión tras el cumplimiento estipulado, o el acceso al tercer grado o la libertad condicional, acumulándose los dos castigos y comprometiendo así el principio *non bis in idem*.

Atendiendo al tenor literal del artículo 89.3, el juez o tribunal puede acordar la expulsión del condenado en la sentencia, sin audiencia del penado, ni del Ministerio Fiscal ni de las demás partes, lo cual es criticable de plano. A este respecto, el TC ha mantenido la necesidad de oír al penado antes de sustituir la pena por la expulsión del territorio nacional (STC 242/1994, de 20-6 [FJ 6]; STC 203/1997, de 25-11 [FJ 4 y 5]). Por ello debe considerarse necesario proceder a tal audiencia tanto si la expulsión se acuerda en sentencia, o en un momento posterior.

B) El artículo 89, prevé dos supuestos con un alcance distinto en función de la duración de la pena a la que haya sido condenado el sujeto:

1.º Penas de prisión de más de un año: se sustituyen directamente en la propia sentencia condenatoria o, si no fuera posible, posteriormente una vez que la sentencia sea firme, por la expulsión del territorio nacional. No se cumple la pena, salvo que el juez o tribunal aprecie que el cumplimiento de parte de la condena resulta «necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito», es decir, por razones de orden preventivo-general positivo.

Incluso en este caso se ponen topes máximos: la parte de la pena que se ejecute no podrá ser superior a dos tercios de su extensión y, tras ello, procederá la expulsión del penado del territorio español, así como cuando se acceda al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional, casos en los que no habrá sustitución sino acumulación de sanciones (pena de prisión más expulsión posterior).

Se establece que no será aplicable la sustitución cuando, «a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada».

Aunque el criterio mencionado por el legislador, de claro corte preventivo-general positivo, deja un amplio margen de discrecionalidad al Juez o tribunal y podría llevar a aplicaciones que comprometan la seguridad jurídica o el principio de igualdad, la Jurisprudencia, tanto del TC como del TS, ha impuesto una interpretación acorde con la CE y la Jurisprudencia del TEDH de la aplicación de la expulsión, exigiendo una valoración individualizada de las circunstancias del delito y del responsable, para evitar automatismos en la sustitución del cumplimiento de la pena por la expulsión, «no solo en atención a los derechos afectados, sino también desde la perspectiva de la justicia material y del respeto al principio de igualdad (...)» (ATS 1965/2014, de 20-11).

2.º Penas de prisión de más de cinco años, o varias que conjuntamente excedieran esa duración: en este caso se acordará por el juez o tribunal sentenciador la «ejecución de todo o parte de la pena, si resultara «necesario» a los fines de defensa del orden jurídico y restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma. A pesar de la redacción legal poco clara, se interpreta que procederá la ejecución al menos de parte de la pena en todo caso (E. M. LO 1/2010; Circular FGE 3/2015), y que los criterios de prevención general positiva aludidos servirán para decidir el cumplimiento total o parcial de la pena. También es este caso procederá la expulsión tras el cum-

plimiento de la parte de la pena que se determine, o si accede al tercer grado o a la libertad condicional.

La Circular 2/2006 de la Fiscalía consideró que no debe aplicarse la expulsión en delitos cometidos por organizaciones criminales. Sin embargo, el legislador solo la excluye expresamente en el artículo 89.9 CP para los condenados por delitos de trata de seres humanos (art. 177 bis), tráfico ilegal de personas (arts. 312 y 313 CP) y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP).

C) Los efectos de la expulsión son los siguientes:

1.º La prohibición de regresar al país dentro del plazo entre cinco a diez años, contados desde la fecha de la expulsión, atendiendo a la duración de la pena sustituida y a las circunstancias personales del penado (art. 89.5 CP). Si el expulsado regresara a territorio español antes de cumplir el plazo de prohibición de regreso, se revocará la sustitución y se cumplirá la pena sustituida, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal reduzca su duración «cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito». Si fuera sorprendido en la frontera será directamente expulsado, comenzando de nuevo a computarse el plazo íntegramente (art. 89.7 CP).

2.º El archivo de cualquier procedimiento administrativo para obtener permiso de residencia o trabajo en España.

3.º Cuando, al acordarse la expulsión el extranjero no se encuentre o no quede privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, para asegurar la expulsión, se podrá acordar su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros (art. 89.8).

4.º En principio la expulsión se lleva a cabo, sin que sea posible la suspensión de la pena conforme a los artículos 80 y ss. CP; si una vez acordada la expulsión no pudiera llevarse a cabo, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente o, en su caso, a la suspensión de la ejecución de la misma (art. 89.8).

2.4 La libertad condicional

Desde sus orígenes, esta institución ha tenido un carácter muy diferente a las anteriormente analizadas: con ella no pretende evitarse el ingreso en prisión, sino permitir que pueda cumplirse en libertad el último período de la condena a pena de prisión, bajo ciertas condiciones, con la finalidad de favore-

cer una readaptación progresiva a la vida en libertad antes de cumplir la totalidad de la pena, atendiendo así a las exigencias de prevención especial que la CE asigna a las penas privativas de libertad. Calificada como una especie de libertad «a prueba» al final del cumplimiento de la condena, que en nuestro sistema progresivo de ejecución de la pena de prisión constituye el último grado penitenciario (art. 72.1 LO 1/1979 General Penitenciaria), al ser una de las fases de la propia ejecución de una pena de prisión de más larga duración, se acuerda por el juez de vigilancia penitenciaria.

Este sistema fue radicalmente alterado por la reforma de la LO 1/2015, que se propuso transformar la libertad condicional en una modalidad de *suspensión del resto de la pena de prisión*, reconduciendo su regulación a la propia de la suspensión. Esta conversión de instituciones tan distintas a un régimen jurídico común, supone una desnaturalización de la institución, que produce indudables contradicciones e incongruencias y que, en suma, tiene básicamente un fin: generalizar a todos los supuestos de la libertad condicional o *suspensión del resto de la pena* lo que desde la reforma de la LO 7/2003 era una excepción para condenas por delitos de terrorismo, en los que el tiempo pasado en libertad condicional no se computa como parte de la ejecución de la pena, de modo que en caso de revocación de la misma se ha de cumplir todo el tiempo que le restaba por cumplir antes de obtenerla.

La excepción, muy criticada cuando fue introducida, por conculcar principios como la seguridad jurídica, e implicar una preferencia por la retribución en perjuicio de la prevención especial, se ha generalizado partiendo de una idea equivocada: que el período en libertad condicional no es cumplimiento de pena.

De acuerdo con la regulación vigente en los artículos 90 y ss. del CP, existen cuatro modalidades que difieren en parte de sus requisitos.

A) Régimen ordinario: artículo 90.1 CP. Si se han cumplido tres cuartas partes de la condena, el condenado está clasificado en tercer grado penitenciario y ha observado buena conducta.

Requisitos especiales para condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales: artículo 90.8 CP.

B) Régimen privilegiado: (art. 90.2 CP), que a su vez tiene dos modalidades:

a) Con dos tercios de la condena cumplida, y demás requisitos del artículo 90.1: sujetos que por razones de prevención especial merezcan este beneficio;

b) Con la mitad de la condena cumplida, y demás requisitos del artículo 90.1 CP: podrá adelantarse la concesión de la libertad condicional hasta un máximo de 90 días por cada año de cumplimiento efectivo por razones de prevención especial y reparación a las víctimas (art. 90.2, último inciso CP).

C) Régimen excepcional: artículo 90.3 CP:

Para los que cumplen su primera condena de prisión, con la mitad de la condena extinguida, siempre que ésta no supere los tres años de duración y se den los demás requisitos del art. 90.1.

Se excluye esta modalidad para los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

D) Régimen extraordinario por razones humanitarias: artículo 91 CP:

a) Mayor de 70 años, aunque no hayan extinguido tres cuartos ni dos tercios ni la mitad de la condena, pero sí cumplan requisitos a) y c) artículo 90.1 CP;

b) Enfermos muy graves con padecimientos incurables: mismos criterios;

c) Peligro para la vida del interno por su edad avanzada o enfermedad: podrá autorizarse libertad condicional sin requisitos.

2.4.1 RÉGIMEN ORDINARIO (ART. 90.1 CP)

A) En este supuesto se establecen los siguientes requisitos, siendo el primero y el tercero comunes a los supuestos privilegiados del artículo 90.2:

1.º Que el condenado que cumple pena de prisión esté clasificado en tercer grado penitenciario (régimen abierto).

2.º Que haya cumplido ya tres cuartas partes de la pena.

3.º Que el sujeto haya observado buena conducta.

4.º Que el penado haya 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 L. O. G. Penitenciaria.

Se podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena si se dieran los supuestos previstos en el artículo 90.4 CP, relacionados con el incumplimiento del compromiso de pago o la obstrucción al decomiso acordado.

Para decidir sobre la concesión, el juez de vigilancia penitenciaria valorará los aspectos señalados en el parr. 3.º (personalidad y antecedentes del penado, circunstancias del delito cometido, etc.).

B) Requisitos especiales y suplementarios:

a) En condenas por delitos de terrorismo (Cap. VII, Tít. XXII, Libro II CP), o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales: abandono de la actividad terrorista y colaboración activa con las autoridades en las formas previstas en el art. 90.8;

b) Por un delito contra la Administración Pública (Título XIX, Libro II CP), si el penado eludiera el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración, a que hubiere sido condenado.

C) Régimen de la libertad condicional.

a) El juez de vigilancia penitenciaria resuelve de oficio la concesión de la libertad condicional a petición del penado. Si ésta no fuera estimada, el juez podrá fijar un plazo de seis meses, prorrogable motivadamente por un año, para que la pretensión pueda ser nuevamente planteada (art. 90.7 CP).

b) El período de duración de la libertad será en principio entre dos y cinco años, pero no podrá ser inferior al tiempo que le falte al sujeto para cumplir totalmente su condena. El cómputo comienza el día que se le ponga en libertad.

c) El juez puede imponer al sujeto una serie de prohibiciones o medidas de las previstas en el artículo 83, remitiéndose para el régimen de esta «suspensión del resto de la pena y concesión de la libertad condicional» a los artículos 86 (revocación del beneficio) y 87 CP (remisión o extinción de la pena) relativos a la suspensión de la pena.

La alteración de las circunstancias valoradas por el juez de vigilancia penitenciaria, podrá suponer la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya acordadas, o su alzamiento (art. 90.5 CP).

D) Revocación. El Juez de vigilancia revocará la libertad condicional concedida:

a) Si el sujeto fuera condenado por un delito cometido durante el período de libertad condicional (art. 86.1.a). En ese caso reingresará en prisión para cumplir lo que faltara de condena, más la pena por el nuevo delito, sin computar el tiempo pasado en libertad condicional como tiempo de cumplimiento de la condena ni, por tanto, deducirlo de lo que quedara por cumplir al conceder la libertad condicional.

b) Por el cambio de las circunstancias que dieron lugar a la suspensión, que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión (art. 90.5, párr. 3.º CP). Este supuesto, absolutamente indeterminado en las condiciones que motivan un efecto tan grave como la revocación de la libertad concedida, está sometido a la misma condición de no computar el tiempo transcurrido como cumplimiento de la condena.

c) Por incumplimiento grave o reiterado de las prohibiciones, deberes o condiciones impuestos conforme a los artículos 83 y 84 CP, o si dificulta el decomiso acordado, no pagara la responsabilidad civil, o diera información inexacta o insuficiente de su patrimonio (art. 86.1 b, c, d).

2.4.2 RÉGIMEN PRIVILEGIADO (ART. 90.2 CP)

A) Podrá accederse a la libertad condicional con solo dos tercios de pena cumplida, siempre que el penado:

1.º cumpla las condiciones a) y c) del artículo 90.1 CP (tercer grado y buena conducta);

2.º haya desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, o con aprovechamiento del que derive una modificación relevante y favorable de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.

3.º no lo sea por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo (Cap. VII, Tít. XXII, Libro II CP), o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales;

B) El juez de vigilancia penitenciaria una vez extinguida la mitad de la condena, podrá adelantar la concesión de la libertad condicional hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, exigiéndose:

1.º la propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes;

2.º cumplir las circunstancias del artículo 90.1, párrafos a) y c) CP (tercer grado y buena conducta);

3.º que no se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo (Cap. VII, Tít. XXII, Libro II CP), o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales;

4.º haber desarrollado continuamente las actividades indicadas en el requisito 2.º de la modalidad anterior y acreditar la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

2.4.3 RÉGIMEN EXCEPCIONAL (ART. 90.3 CP)

Supuesto que permite, excepcionalmente, acordar la libertad condicional de quienes:

1.º Se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión no superior a tres años.

2.º Hayan extinguido la mitad de su condena.

3.º Acrediten estar en tercer grado y haber observado buena conducta y desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales continuadas o con aprovechamiento.

4.º No haber sido condenados por un delito contra la libertad e indemnidad sexual.

2.4.4 RÉGIMEN EXTRAORDINARIO POR RAZONES HUMANITARIAS (ART. 91 CP)

A) Para quienes hubieran cumplido setenta años, o los cumplan durante la extinción de la condena, o bien para enfermos muy graves «con padecimientos incurables», acreditados según informe médico.

– Que estén en tercer grado y observen buena conducta, aunque no hayan extinguido las tres cuartas partes de la pena, o, en su caso, las dos terceras o la mitad de ésta.

– El juez valorará las circunstancias personales, la dificultad del sujeto para delinquir y su escasa peligrosidad.

B) En caso de riesgo patente para la vida del condenado, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, acreditado por el médico forense y los servicios médicos del establecimiento penitenciario.

– El juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena, sin necesidad de más requisitos, valorando la falta de peligrosidad relevante del penado, con el informe de pronóstico final del centro penitenciario.

– El penado deberá facilitar la información necesaria para evaluar la evolución de su enfermedad y su incumplimiento podrá suponer la revocación de la suspensión de la ejecución, perdiendo el tiempo de libertad para computar la condena restante.

– Son aplicables las condiciones de denegación, revocación y régimen de esta «suspensión del resto de la pena» del artículo 90. 4, 5 y 6.

Para casos de acumulación de penas, el artículo 78 CP establece las reglas especiales del periodo de tiempo de condena que es necesario haber cumplido para poder optar a la libertad condicional.

2.4.5 LA LIBERTAD CONDICIONAL O SUSPENSIÓN DEL RESTO DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE (ART. 92 CP)

La LO 1/2015 introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento penal una llamada prisión permanente revisable, prácticamente asimilable a una cadena perpetua por su regulación y condiciones¹, previendo una regulación específica de la «suspensión» de su ejecución (suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión o libertad condicional), con condiciones de revisión especialmente severas, que abonan un juicio de inconstitucionalidad por infringir los mandatos de resocialización (art. 25.2 CE) y de humanidad de las penas (art. 15 CE).

De acuerdo con el artículo 92 CP, que regula la revisión de la prisión permanente como un supuesto de libertad condicional o, como la denomina ahora el CP, de «suspensión de la ejecución del resto de la pena»:

A) El tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable si el penado:

a) Ha cumplido veinticinco años de la condena o, en caso de acumulación de penas por concurso de delitos, los plazos del tiempo de condena previstos en el artículo 78 bis.

b) Está clasificado en tercer grado.

c) Tiene un pronóstico favorable de reinserción social, atendiendo a los factores señalados en el artículo 92.1, c) –personalidad y antecedentes del penado, circunstancias del delito y las personales y sociales del sujeto, conducta

¹ Sobre la valoración político-criminal crítica de esta pena y los problemas que plantea en relación con principios de relevancia constitucional, V. *supra* Cap. III.

y efectos que quepa esperar de la suspensión, entre otros– y valorando los informes de evolución emitidos por el centro penitenciario y los especialistas que el tribunal determine.

B) En condenas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, el penado ha de cumplir lo previsto en el artículo 92.2 en relación con el abandono de la de la actividad terrorista y la colaboración con las autoridades.

C) El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que interverán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

Una vez extinguidos ya veinticinco años de condena o, en su caso, el periodo de ésta previsto en el artículo 78 bis, el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, si se cumplen el resto de requisitos de la libertad condicional y ha de resolver también las peticiones de concesión de libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año, tras haber sido rechazada una petición, durante el que no atenderá nuevas solicitudes (art. 92.4 CP).

La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años computándose desde la fecha de puesta en libertad del penado (art. 92.3 CP).

Expresamente se prevé también la aplicación a este supuesto de las normas del artículo 80.1 párr. segundo y de los artículos 83, 86, 87 y 91.

La modificación de las circunstancias valoradas para la aplicación de alguna medida del artículo 83 CP, podrá alterar la decisión adoptada, acordándose la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya acordadas, o su alzamiento.

D) Revocación. Además de los supuestos de revocación de suspensión de la ejecución de la pena del artículo 86 CP, cabe que el juez de vigilancia penitenciaria revoque la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida, cuando haya un cambio de las circunstancias que motivaron la suspensión, que ya no permita mantener el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

LECTURAS RECOMENDADAS

BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho* (Marcial Pons), 2019 (en prensa).

BENITO, R., «Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad», *Memento penal*, Madrid (Francis Lefebvre), 2019.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Reglas de determinación de la pena», en *Memento penal*, Madrid (Francis Lefebvre), 2019, n. m. 5420 a 5677.

PEÑARANDA RAMOS, E., «Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional», *Informe de la sección de derechos humanos del ilustre colegio de abogados de Madrid sobre los proyectos de reforma del código penal, ley de seguridad privada y LO del poder judicial (jurisdicción universal)*, Álvarez García (Dir.), Tirant lo Blanch 2014, pp. 48-70.

TAMARIT SUMALLA, J. M., «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional», Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al CP español*, 7.^a ed. Aranzadi, 2016.

CUESTIONES

1. A es autor de una tentativa del delito de asesinato (art. 139 CP), cuya forma consumada tiene señalada una pena de quince a veinticinco años de prisión. ¿Qué marco de pena corresponde a B, que es cómplice de ese delito, si además le es aplicable una circunstancia agravante?

2. C es juzgado por lesiones (art. 147 CP), con la atenuante de legítima defensa incompleta (art. 21.1 CP en relación con art. 20.4 CP) y es considerado semiimputable (art. 21.1 CP en relación con art. 20.1 CP). Determinar el marco penal aplicable.

3. D comete un delito de falsedad en documento mercantil (art. 392 CP) con el fin de usar tal documento para la comisión de una estafa en la venta de una vivienda (art. 250 CP). Señalar la regla concursal aplicable y determinar la(s) pena(s) aplicable(s) y su marco temporal.

4. A fue condenado por un delito imprudente en 2009, y en la actualidad se le condena por un delito de robo con fuerza en las cosas a la pena de 2 años de prisión, quedando acreditada su condición de toxicómano cuando cometió este hecho, aunque cuando se pronuncia la condena se encuentra sometido a tratamiento de desintoxicación de su drogodependencia ¿puede suspenderse la ejecución de la pena de prisión? Razone su respuesta.

5. A es condenado a una pena prisión de un año y solicita que se le suspenda su ejecución a pesar de no cumplir los requisitos de los apartados 1 y 2 del artículo 80 CP. Exponer si es posible acordar la suspensión y, en su caso, bajo qué modalidad y con qué condiciones. ¿Podría acordarse, en su caso, la suspensión condicionada al pago de una multa si el sujeto fue condenado por un delito relacionado con la violencia de género? Razonar la respuesta.

6. El señor A, que ha cumplido dos tercios de la pena de prisión a la que fue condenado por un delito de terrorismo, solicita la libertad condicional. Señalar si es posible acceder a su petición y, en su caso, en qué condiciones.

CAPÍTULO X

LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

SILVINA BACIGALUPO SAGGESE
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *Las consecuencias accesorias del delito.* 1.1 Introducción. 1.2 El decomiso. 1.2.1 Modalidades de decomiso. Decomiso directo de efectos y ganancias del delito (art. 127 CP); Decomiso ampliado de los bienes o ganancias del delito (art. 127 bis CP); Decomiso de los bienes o ganancias del delito sin sentencia (art. 127 ter CP); Decomiso de los bienes o ganancias por actividad delictiva previa y continuada (art. 127 quinquies y sexies CP); Decomiso de bienes de terceros (art. 124 quáter); Decomiso como embargo preventivo (art. 127 octies). 1.3 Medidas aplicables a empresas, organizaciones, grupos o entidades sin personalidad jurídica. 1.4 Toma de muestras biológicas para la obtención de identificadores de ADN.–2. *La extinción de la responsabilidad penal.* 2.1 Concepto. 2.2 Las causas de extinción de la responsabilidad penal de personas físicas. 2.2.1 La muerte del reo. 2.2.2 Cumplimiento de la condena. 2.2.3 Remisión definitiva de la pena. 2.2.4 Indulto. 2.2.5 Perdón del ofendido. 2.2.6 Prescripción del delito. 2.2.7 Prescripción de la pena o medida de seguridad. 2.3 Las causas de extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.–3. *La responsabilidad civil derivada del delito.* 3.1 Concepto. 3.2 Acumulación de la pretensión civil al procedimiento penal y los requisitos para su ejercicio. 3.3 Requisitos materiales y procesales de la responsabilidad civil *ex delicto*. *Lecturas recomendadas. Cuestiones.*

1. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO

1.1 Introducción

Las consecuencias accesorias fueron introducidas por primera vez en el Código Penal de 1995. Posteriormente la LO 1/2015 introduce la incorporación a bases de datos policiales de toma de muestras de ADN. Al tratar estas consecuencias independientemente de las penas y de las medidas de seguridad, el legislador parece pretender darles una naturaleza distinta. En este sentido, tanto el comiso –o decomiso, según lo denomina la LO 1/2015– como las consecuencias aplicables a las empresas tendrían naturaleza de pena, toda vez que requieren para su aplicación la concurrencia de la culpabilidad del autor, mientras que la toma de muestras de ADN, sin embargo, respondería a la categoría de consecuencia jurídica.

1.2 El decomiso

El comiso o decomiso es la confiscación o pérdida de la cosa proveniente del delito o de la que haya sido utilizada para su ejecución, privando de ella al titular o detentador para ser adjudicada al Estado.

Según jurisprudencia constante su finalidad es evitar el aprovechamiento de cualquier efecto que provenga de la comisión de un delito. Con la misma finalidad se introdujo en 1995 el decomiso de las ganancias provenientes del delito para evitar cualquier enriquecimiento sin causa o injusto.

Sobre la naturaleza jurídica del decomiso se ha discutido profusamente en la doctrina. Se ha cuestionado su carácter de pena, pues su función no es retributiva, sino preventiva. Por otro lado, tampoco cumpliría con las exigencias del principio de culpabilidad ni de proporcionalidad de la pena con el delito y con la gravedad del hecho (Manzanares Samaniego). La jurisprudencia más reciente entiende que, en general, las consecuencias accesorias son, en todo caso, un «tercer grado de sanciones» en la línea de los códigos penales alemán y suizo (por todas, STS 857/2012, de 9 de noviembre).

La reforma de la LO 1/2015, consecuencia de la transposición de la Directiva europea 2014/42/EU, de 3 de abril, sobre embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE, supone una reforma radical y, a entender de algún autor, se extralimita sobre las exigencias que establece la propia Directiva, situando la nueva regulación al límite de los principios constitucionales y de las garantías clásicas de del Derecho penal (De Porres Ortiz de Urbina).

1.2.1 MODALIDADES DE DECOMISO

La LO 1/2015 da un nuevo orden sistemático a las modalidades existentes, incorporando nuevas modalidades:

– *Decomiso directo de efectos y ganancias del delito (art. 127 CP).*

El artículo 127.1 CP establece el decomiso ordinario disponiendo que toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya perpetrado o ejecutado el delito, así como de las ganancias provenientes del delito, cualquiera sea la transformación que hubieran podido experimentar.

Por bienes, medios o instrumentos se entiende todo objeto que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica, es decir el objeto con el que se perpetró el delito (armas, instrumentos, etc.).

Tras la reforma de 1995 se incorporó el comiso de las ganancias provenientes del delito; la finalidad perseguida es evidente: imposibilitar el disfrute de patrimonio y el enriquecimiento ilícito.

La interpretación jurisprudencial estaba ya en la línea de las definiciones que ahora establece la Directiva 2014/42/UE: producto del delito es toda ventaja económica derivada, directa o indirectamente, incluyendo cualquier reinversión o transformación posterior del producto directo, así como cualquier beneficio cuantificables y los bienes son de cualquier tipo, materiales e inmateriales, muebles o inmuebles, así como documentos o instrumentos jurídicos acreditativos de un título o derecho sobre ellos.

El artículo 127.3 CP establece que el decomiso por sustitución o por valor equivalente tendrá lugar cuando no sea posible –por cualquier circunstancia– decomisar los bienes, efectos, instrumentos o ganancias del delito. En dicho supuesto, el decomiso se llevará a cabo sobre otros bienes por una cantidad equivalente que corresponda al valor económico de los bienes y/o al de las ganancias que se hubieran obtenido. Igualmente se acordará el decomiso por valor equivalente cuando los bienes decomisados tengan un valor inferior al que tenían en el momento de su adquisición. El artículo 127 septies precisa que el decomiso por sustitución o valor equivalente de los bienes o ganancias podrá tener lugar cuando por cualquier causa de la naturaleza o situación de los bienes el decomiso no se pueda llevar a cabo. Si así fuera, el Juez podrá mediante auto acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan al criminalmente responsable del hecho.

Se critica en la doctrina que no se ponga límite cuantitativo para su aplicación y que sea una disposición obligatoria y no facultativa (De Porres Ortiz de Urbina). También es criticable que esta figura del decomiso por valor equivalente se extienda a todos los supuestos, cuando solo debería tener sentido en el decomiso de ganancias, para evitar el enriquecimiento patrimonial que tiene origen en un hecho ilícito; sin embargo, no parece tener justificación cuando se trata de bienes o efectos del delito, en cuyo caso el fundamento del decomiso es neutralizar la peligrosidad objetiva de la cosa y evitar la comisión de futuros delitos.

– *Decomiso ampliado de los bienes o ganancias del delito (art. 127 bis CP).*

La LO 1/2015 ha previsto que el decomiso se pueda extender a bienes y efectos, así como a ganancias, anteriores al delito concreto enjuiciado. Se ordenará el decomiso de bienes, efectos o ganancias pertenecientes a una persona condenada cuando se pueda inferir de «indicios objetivos fundados» que los bienes, efectos o ganancias provienen de una actividad delictiva y no se acredite el origen lícito. El artículo 127 bis 2 CP establece los indicios objetivos que se deben valorar para entender que las ganancias provienen de una actividad ilícita.

Las Circulares de la Fiscalía General del Estado 4/2010 y la 2/2011 indican que esta disposición hay que entenderla como presunción *iuris tantum* que «solo hace invertir la carga de la prueba». Esta explicación no es válida. Pues ello es, precisamente, lo que una norma penal no puede hacer, pues lesiona el principio de presunción de inocencia. No es lo mismo que se pueda utilizar la prueba de indicios en el marco del juicio oral y bajo las garantías del propio proceso –insistimos, siempre y cuando ésta reúna todos los estrictos requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo– que el hecho de que la ley penal establezca presunciones. Por tanto, en todo caso la simple concurrencia de dichos indicios no permite probar en modo alguno la procedencia ilícita de los bienes/ganancias; a partir de la existencia del hecho constitutivo de alguna de las presunciones enumeradas el tribunal tendrá que probar la relación con la supuesta actividad ilícita que se quiere atribuir a la persona.

No se puede dejar de señalar –aunque no se comparta– la postura que sostiene el TEDH según la cual el principio de presunción de inocencia solo encuentra cabida en cuanto se encuentra directamente vinculado con el principio de culpabilidad. Por tanto, en cuanto que entiende que el decomiso no es una pena ni tiene una naturaleza propiamente penal, no está sometido al principio de culpabilidad, no cabría pensar aquí en la existencia de una vulnera-

ción del principio de presunción de inocencia ni de inversión de la carga de la prueba. El decomiso es «más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal», pues dado que «el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción» (STEDH 696/2005, *Dassa Foundation vs. Lichtenstein*).

– *Decomiso de los bienes o ganancias del delito sin sentencia (art. 127 ter CP)*.

El decomiso de los bienes, efecto y ganancias se podrá decretar aun cuando no medie sentencia, siempre y cuando quede acreditada la situación patrimonial ilícita en un procedimiento contradictorio y se de alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista grave riesgo de que puedan prescribir los hechos;
- b) el sujeto se encuentre en rebeldía y ello impida también el enjuiciamiento y
- c) no se imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.

– *Decomiso de los bienes o ganancias por actividad delictiva previa y continuada (art. 127 quinquies y sexies CP)*.

De forma muy similar a la regulación del supuesto de decomiso ampliado del artículo 127 bis CP se establece un supuesto de aplicación facultativa en caso de bienes y/o ganancias que provienen de forma indiciaria de actividad ilícita previa y continuada del autor.

Este supuesto de decomiso solo se podrá decretar si concurren cumulativamente los siguientes requisitos:

- a) que el sujeto sea o haya sido condenado por los delitos enumerados en el artículo 127 bis 1;
- b) que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada;
- c) que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa. Se repiten aquí los mismos indicios relevantes para valorar la existencia de actividad delictiva que ya se hacen en el artículo 127 bis 2 CP.

Este supuesto de decomiso solo será de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido por su actividad delictiva un beneficio superior a 6.000 euros.

El artículo 127 quinquies 2 CP define los requisitos que permitirán entender la existencia de actividad delictiva continuada: a) cuando el sujeto haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto o por un delito continuado (art. 74 CP), b) o que en el periodo de seis años anteriores al momento en que se inició el procedimiento haya sido condenado por dos o más delitos de los que se refiere el artículo 127 bis o por un delito continuado que incluya dos o más delitos de los que ha derivado la obtención de un beneficio económico. Por si fueran pocas estas presunciones, el artículo 127 sexies CP, establece adicionales presunciones de dudosa constitucionalidad: a) se presumen que todos los bienes del condenado que se adquirieran con seis años de anterioridad a la fecha de apertura del procedimiento han sido adquiridos con ganancias provenientes de la actividad delictiva, b) se presumen que todos los gastos realizados por el penado durante ese periodo se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva, c) se presumirán que todos los bienes fueron adquiridos libre de cargas.

– *Decomiso de bienes de terceros (art. 124 quáter).*

Los bienes de terceros de buena fe no son susceptibles de decomiso ni de embargo (arts. 433, 434 y 1.150 CCiv). No obstante, esta regla de carácter general hay que conciliarla también la Directiva 2014/42/UE (art. 6) sobre el comiso de los bienes que hayan sido transferidos a terceros no responsables del delito.

El nuevo artículo 127 quáter dispone que los bienes transferidos a terceros son susceptibles de decomiso cuando el tercero adquirente conociere que la procedencia de los mismos tiene origen en actividad delictiva o por las circunstancias del caso hubiera tenido motivos para sospechar de su origen ilícito. El Tribunal Supremo ha considerado «tercero de buena fe» al propietario del vehículo utilizado para la comisión de un delito, pero, por el contrario, ha estimado que el naviero fletador de un buque en el que se transportaron mercancías de ilícito comercio no era tercero a estos efectos.

El artículo 127.2 establece además una presunción *iuris tantum* según la cual, salvo prueba en contrario, que hay conocimiento o sospecha del origen ilícito cuando la transmisión haya sido título gratuito o por precio inferior a su valor de mercado.

– *Decomiso como embargo preventivo (art. 127 octies).*

Para garantizar la efectividad del decomiso se estipula como medida cautelar que los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

La aprehensión de los instrumentos del delito ya se encuentra prevista en el artículo 334 de LECrim permitiendo al Juez recoger en los primeros momentos de la investigación las armas, instrumentos o cualquier efecto. Aquí, con la nueva disposición del artículo 127 octies, se permite sobre todo el embargo preventivo de bienes y ganancias, situación no prevista de forma expresa por la LECrim, ya que esta situación no sería tampoco una medida cautelar de embargo para asegurar las responsabilidades civiles del delito, prevista expresamente. Aquí estamos antes un embargo preventivo de los bienes susceptibles de decomiso.

1.3 Medidas aplicables a empresas, organizaciones, grupos o entidades sin personalidad jurídica

Aunque la LO 5/2010 incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis CP) y su específico catálogo de penas (art. 33.7 CP), se mantienen las «consecuencias accesorias» aplicables a «empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica».

El artículo 129 establece como consecuencias accesorias las contempladas –como penas en el art. 33.7 c)– g): la suspensión temporal de actividades (máx. 5 años), la clausura temporal de los locales y establecimientos (máx. 5 años), la prohibición de realizar en el futuro determinadas actividades (definitiva o temporal, máx. 15 años), la inhabilitación temporal para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público, obtener beneficios e incentivos fiscales (máx. 15 años), la intervención judicial temporal (máx. 5 años) (*vid.* art. 33.7).

El artículo 129.2 CP dispone que el Juez o Tribunal solo podrá imponer las consecuencias accesorias cuando el Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de un delito por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Las consecuencias accesorias se deben imponer en el fallo condenatorio de la sentencia.

De acuerdo con jurisprudencia consolidada, se deben aplicar aquí las mismas reglas que las que rigen la aplicación de cualquier otra pena accesoria: el principio acusatorio y la necesidad de que su imposición sea expresamente solicitada, sometida al debate procesal con inmediación y contradicción.

Por último, el artículo 129.3 CP permite las consecuencias accesorias como medida cautelar durante la instrucción de causa.

1.4 **Toma de muestras biológicas para la obtención de identificadores de ADN**

Una importante novedad de la LO 1/2015 es la introducción del nuevo artículo 129 bis que incorpora como consecuencia accesoria la toma de muestras biológicas del condenado para la obtención de identificadores de ADN.

Esta consecuencia accesoria evidencia la necesidad de determinar la naturaleza de estas consecuencias accesorias, pues ya no es posible hablar de un común denominador que permitía dar una respuesta coherente, tanto para el decomiso como para las consecuencias accesorias aplicables a las personas sin personalidad jurídica.

La injerencia que tal medida supone en el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) ha hecho que se haya pronunciado el Tribunal Constitucional, estableciendo los requisitos para que tal consecuencia se ajuste a la Constitución: debe existir un fin constitucionalmente legítimo, que esté prevista en la ley, que se acuerde en resolución judicial motivada y que exista proporcionalidad entre la magnitud de la medida y relevancia del motivo que la promueve.

Se establece un *numerus clausus* de delitos en los que cabe acordar esta medida: delitos «graves» contra la vida, la integridad de las personas, la libertad o indemnidad sexual, terrorismo, o cualquier delito grave que conlleve riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas.

Se dispone que si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas de la dignidad del afectado.

Finalmente se dispone que tales muestras biológicas se inscribirán en la base de datos policial.

2. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

2.1 Concepto

El Código Penal contiene una serie de causas que suponen la extinción de la responsabilidad penal del sujeto por la comisión del delito. Las causas de extinción de la responsabilidad penal son supuestos que suprimen la responsabilidad del sujeto al cumplimiento de la pena por la responsabilidad por la comisión de un delito.

2.2 Las causas de extinción de la responsabilidad penal de personas físicas

2.2.1 LA MUERTE DEL REO

Como consecuencia del principio de culpabilidad y del principio de personalidad de las penas el reproche solo se le puede hacer al autor culpable del hecho y solo éste merece la reprobación de la pena. Por tanto, la muerte extingue la posibilidad de hacer el reproche. También tiene efecto procesal, pues extingue la acción penal (art. 115 LECrim). La muerte de un condenado no extingue la responsabilidad civil que del hecho delictivo se hubiera podido derivar. Esta se transmite a los herederos como pasivo de la herencia. Si el eventual sujeto responsable falleciere durante el procedimiento y no haya recaído aún sentencia firme, al decaer la acción penal, y no haberse podido acreditar la existencia de un delito, no cabrá invocar la responsabilidad civil derivada del delito, sino –y solo si fuera el caso– la eventual responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC, art. 115 LECrim). A diferencia de lo que ocurre en la acción civil, en la penal no cabe la sucesión por los herederos.

2.2.2 CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA

Por cumplimiento de la condena se entienden todas las distintas formas por las que se produce su cumplimiento: transcurso del tiempo, formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 88 ss. CP), la responsabilidad subsidiaria por el impago de multa (art. 53.4 CP), etcétera. El cumplimiento no conlleva la extinción de los antecedentes penales (arts. 136 y 137 CP), que podrán tener efectos penales en los casos de reincidencia o para

la apreciación de habitualidad; tampoco incluye ni la responsabilidad civil derivada del delito, ni las costas procesales.

2.2.3 REMISIÓN DEFINITIVA DE LA PENA

La reforma de la LO 15/2003 incorporó la remisión de la pena que con anterioridad no se incluía como causa de extinción de la responsabilidad penal. Según el artículo 85 CP el transcurso del plazo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad el juez o tribunal acordará la remisión de la pena.

La remisión tiene dos requisitos materiales: que el sujeto no haya vuelto a delinquir (art. 87.5 CP) y que haya observado las reglas de conducta fijadas. Y tiene un requisito formal: debe ser acordada por resolución judicial.

2.2.4 INDULTO

El indulto y la amnistía pertenecen al llamado derecho de gracia [art. 62 i) CE]. El derecho de gracia es la renuncia del Estado como titular del *ius puniendi* al ejercicio efectivo de éste. La Constitución excluye del ámbito del ejercicio del derecho de gracia las responsabilidades penales del Presidente o miembros del Gobierno (art. 102.3 CE).

La amnistía supone, en palabras de Silvela, la derogación transitoria de una ley, mientras que el indulto supone la renuncia efectiva del Estado en un caso concreto.

El indulto se regula la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto y en la Orden de 10 de septiembre de 1990.

Tradicionalmente, se distinguía entre indultos generales y particulares. Los generales quedan expresamente prohibidos por la Constitución. Lo relevante no es que se decrete un indulto con múltiples destinatarios, sino el motivo material que fundamente el indulto: no cabe conceder un indulto por razones genéricas.

El indulto se solicita por iniciativa particular (penados, parientes o cualquier persona en su nombre, art. 19) o por iniciativa oficial (Juez o Tribunal, Ministerio Fiscal, Gobierno, art. 21). El artículo 4.3.º CP confiere también a los tribunales la posibilidad de solicitar el indulto cuando la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u

omisión que no debieran serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos al mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

Se puede indultar toda clase de delitos (art. 1).

2.2.5 PERDÓN DEL OFENDIDO

El perdón del ofendido se regula en el artículo 130.1. 5.º CP y en delitos concretos: en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.3 CP), delitos contra el honor (art. 215.3 CP) y delito de daños imprudentes (art. 267 CP), y se limita en los delitos contra la libertad sexual (191.2 CP). Los requisitos para que el otorgamiento del perdón sea eficaz son los siguientes: ha de ser otorgado de forma expresa, no siendo eficaz cuando sea presunto, ni el que fuera otorgado como consecuencia de amenazas o coacciones o por violencia, y se debe conceder antes de que se haya dictado sentencia.

En los casos de delitos contra menores o incapaces, el perdón del ofendido lo podrán otorgar sus representantes legales pudiendo ser, sin embargo, rechazado por el juez o tribunal una vez oído el Ministerio fiscal (art. 130.1.5.º).

El perdón un acto personalísimo del ofendido y podrá extenderse a todos o solo a algunos de los autores de un delito si fueran varios los que hubieran tomado parte en el hecho. En todo caso, una vez otorgado es irrevocable y no puede ser sometido a condición.

2.2.6 PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

La prescripción del delito excluye toda posibilidad de ejercicio de la acción penal debido al transcurso del tiempo. Por lo tanto, no se puede ni perseguir el delito ni exigir responsabilidad. La prescripción encuentra su fundamento en que el transcurso prologando del tiempo conlleva inexorablemente a cambios en la relación, pretensión y situación jurídica que generó en su momento el reproche penal. Encuentra parte de su legitimación constitucional en la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Los plazos de prescripción están recogidos en el artículo 131 CP y se determinan en función de la naturaleza y duración de la pena o de la infracción. Los plazos se fijan por la duración de la pena a que se refiere el ar-

título 131 en su marco abstracto, que comienza a computarse desde el momento de comisión del delito. La prescripción requiere que haya transcurrido por completo el plazo legalmente establecido sin que el procedimiento se haya dirigido contra la persona indiciariamente responsable del delito. El cómputo de la prescripción no puede interrumpirlo cualquier acto procesal, sino solo aquellos que se dirijan contra el culpable, es decir, que impulsen el procedimiento hacia su conclusión. Por ello el artículo 132.2 establece que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.

2.2.7 PRESCRIPCIÓN DE LA PENA O MEDIDA DE SEGURIDAD

También prescriben por el trascurso del tiempo las penas impuestas en sentencia firme, salvo aquellas impuestas por delitos especialmente graves (arts. 13.1 y 33.2 CP) que no prescriben (art. 133.2 CP). Se trata de la imposibilidad de ejecutar la pena tras haber transcurrido el tiempo desde que se impuso en sentencia firme o desde que se interrumpió su cumplimiento. Igualmente prescriben las medidas de seguridad (art.135 CP) y las medidas aplicables a menores (LO 5/2000, art. 15.3).

Aquí la referencia a la pena no es como en la prescripción de delito la pena en sentido abstracto, sino a la efectivamente impuesta en sentencia firme. A tales efectos, el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de sentencia firme o del quebrantamiento de la condena, si se hubiese comenzado a cumplir (art. 134 CP).

2.3 **Las causas de extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

Tras la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de las penas específicas para éstas por la reforma de la LO 5/2010, también se incorporaron al Código Penal las causas específicas de extinción de la responsabilidad penal de éstas. Aquéllas circunstancias recogidas en el artículo 130.1 CP que por su naturaleza le sean aplicables a una persona jurídica también extinguirán la responsabilidad. Así extinguirá la pena el cumplimiento de la condena, la prescripción y lo mismo cabría decir del indulto. Por el

contrario, el artículo 130.2 CP recoge causas que no extinguen ni modifican la responsabilidad penal de la persona jurídica. La transformación, la fusión, absorción o escisión no extinguen la responsabilidad penal de la persona jurídica y que ésta se trasladará a la nueva entidad que resulte de cualquiera de esas operaciones.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Las penas y las medidas de seguridad no son las únicas consecuencias del delito, sino que también lo es la obligación de reparar los daños y perjuicios que deriven de la comisión del mismo.

3.1 Concepto

La comisión de un delito puede ocasionar daños materiales y/o morales por los que cabe además demandar al autor del mismo por responsabilidad civil derivada del delito a fin de obtener la reparación de dichos daños e indemnizaciones por los perjuicios ocasionados (arts. 106, 116 ss. CP).

La responsabilidad civil *ex delicto* deriva del daño que el hecho delictivo haya podido causar. En este sentido, forma parte de la responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, si como consecuencia de un hecho delictivo acontece un daño que deba ser reparado o indemnizado, es procedente analizar la concurrencia de los específicos requisitos para el ejercicio de la acción civil.

3.2 Acumulación de la pretensión civil al procedimiento penal y los requisitos para su ejercicio

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos de la UE, el Código Penal español permite ejercer conjuntamente la acción penal y la civil por daños y perjuicios que pudieran derivarse del hecho constitutivo de delito (arts. 109 y ss. CP), por ello el ejercicio de tal acción se puede reservar para un momento posterior.

El objeto civil del proceso penal se rige, por otro lado, por lo dispuesto en los arts. 100 y 106.2 y ss. de la LECrim, cuya principal característica es la de posibilitar la acumulación de la pretensión civil al procedimiento penal.

3.3 **Requisitos materiales y procesales de la responsabilidad civil *ex delicto***

La acción de responsabilidad civil está sometida a la concurrencia tanto de requisitos materiales como procesales.

A) Los requisitos materiales son los siguientes: a) existencia de un delito que permita fundamentar la obligación de reparar o indemnizar los daños causados; b) existencia de un daño derivado del hecho que dio lugar al delito; c) existencia de relación de causalidad e imputación objetiva entre el delito y el daño acaecido.

B) Por otro lado, el ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción penal está sometido también a los siguientes requisitos procesales: a) ejercicio de la acción civil conjuntamente con la penal; b) renuncia expresa de acción civil; c) ejercicio en plazo de la acción civil (un año desde «el día que la sentencia quedó firme», art. 1092 CC, art. 1968 CC, art. 1971 CC).

LECTURAS RECOMENDADAS

BACIGALUPO SAGGESE, S., «Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas», en AA. VV. (Dir. E. Bacigalupo), *Curso de Derecho Penal económico*, Madrid (Ed. Marcial Pons), 2005 (2.^a ed.).

GRACIA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBÓN, M.^a C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2015.

HORCAJO, D., en VV. AA., *Memento Penal 2018*, Dir. F. Molina Fernández, Madrid, 2019.

CUESTIONES

1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias?
2. ¿Requiere la aplicación de una consecuencia jurídica la concurrencia de la culpabilidad del autor?
3. ¿Qué pretensión civil puede nacer de la existencia de un delito?
4. ¿Cuáles son los requisitos materiales y procesales de la responsabilidad civil *ex delicto*?
5. ¿Cuál es el fundamento de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal.

CAPÍTULO XI

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *Concepto, fundamento y fines.* 1.1 Concepto. 1.2 Fundamento. 1.3 Fines.–2. *Garantías aplicables a las medidas de seguridad.*–3. *Presupuestos de imposición de las medidas de seguridad.*–4. *Clases de medidas de seguridad.* 4.1 Medidas de seguridad privativas de libertad. 4.2 Medidas de seguridad no privativas de libertad. 4.3 Especial referencia a la libertad vigilada.–5. *Ejecución de las medidas de seguridad.*–6. *Relaciones entre pena y medida de seguridad: Sistemas monista, dualista y vicarial.* 6.1 Sistema monista. 6.2 Sistema dualista (rígido y flexible –vicarial–). *Lecturas recomendadas. Cuestiones.*

1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y FINES

1.1 Concepto

A diferencia de las penas, que han sido siempre parte integrante de los sistemas sancionadores estatales, las medidas de seguridad son consecuencias jurídicas del delito relativamente modernas. La doctrina especializada encuentra unánimemente su origen legal en el Anteproyecto de Código Penal suizo de 1893, obra del penalista Carl Stooss, que articuló por primera vez un sistema sancionador ordenado que preveía simultáneamente penas y medidas de seguridad.

En ese momento, la escuela liderada por Von Liszt planteaba un cambio radical en el modo de comprender la pena. Desvinculándose de las ideas de retribución y prevención general, la Escuela sociológica del Derecho Penal cargaba a esta institución de una finalidad exclusivamente preventivo-especial. Esta era la forma en la que, según su opinión, se podía hacer frente a todo el abanico de posibilidades delictivas que mostraba la realidad criminológica¹. Y lo cierto es que, en principio, una pena desvinculada de los límites impuestos por el ideal retributivo podría ser un mejor remedio frente a la delincuencia (sobre todo frente a aquella que pone en tensión al Derecho Penal de la culpabilidad, como la delincuencia reincidente o la cometida por sujetos que padecen algún tipo de trastorno). Sin embargo, esto no dejaba de esconder un coste evidente: el de una transformación total tanto de la propia pena como del Derecho Penal en su conjunto, que ya no giraría en torno al hecho delictivo sino al autor del delito.

Esta opción, que no fue incorporada en España de una manera duradera hasta el Código Penal de 1995, se ha mantenido en los sistemas penales modernos de impronta continental ya que permite simultáneamente liberar cierta presión sobre la pena (que puede seguir vinculada al principio de culpabilidad y concentrada en su objetivo de prevención general) y satisfacer necesidades específicas de prevención especial a través de las medidas de seguridad (por ejemplo, en relación con hechos delictivos cometidos por sujetos no culpables).

Con todo esto por delante, las medidas de seguridad deben ser definidas como aquellos medios penales que suponen una restricción o privación de bienes jurídicos por la realización previa de una conducta jurídicamente desaprobada considerada materialmente como delito, y que son impuestos por el órgano jurisdiccional competente siguiendo las reglas procesales establecidas. Esto hace que, a grandes rasgos, la medida de seguridad no pueda diferenciarse de la pena todavía en este nivel conceptual, lo que no impide que ambas guarden diferencias en cuanto a su fundamento y su finalidad.

1.2 Fundamento

A diferencia de las penas, que encuentran su fundamento en la culpabilidad o merecimiento de reproche del sujeto que cometió el delito, 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» (art. 6.1 CP). Dicha peligrosidad debe ser entendida como un juicio de pronós-

¹ V. Capítulo VII 2.2.2.

tico acerca de la relevante posibilidad de que el sujeto cometa nuevos delitos en el futuro (probabilidad alta de reincidencia).

Esta peligrosidad exclusivamente criminal y postdelictual permite superar dos problemas siempre latentes en la teoría de las medidas de seguridad:

– Desvincula definitivamente la imposición de las medidas de seguridad de otras «formas de peligrosidad», como podía ser la «peligrosidad social» que mencionaba la Ley 16/70, sobre peligrosidad y rehabilitación social [y que, según su art. 2, afectaba, entre otros, a «1.º Los vagos habituales; 2.º Los rufianes y proxenetas; 3.º Los que realicen actos de homosexualidad; (...) 6.º Los mendigos habituales (...)»].

– Impide la imposición de medidas de seguridad a sujetos que no han cometido previamente ningún delito (abandonando cualquier consideración predelictual de la peligrosidad).

Este concepto, entendido como lo hace nuestro Código Penal, compatibiliza el sistema de medidas de seguridad con los presupuestos de nuestro Estado constitucional, ya que orienta estas reacciones penales exclusivamente hacia la prevención delictiva (y no hacia la represión de determinadas situaciones que, en el mejor de los casos, debe ser enfrentadas exclusivamente mediante políticas sociales) y garantiza unas razonables certeza y seguridad jurídica (eliminando la posibilidad de intervención penal antes de la comisión de un delito).

Sin embargo, esto no puede obviar las dificultades que existen a la hora de realizar la estimación de la peligrosidad criminal. Aunque se han propuesto diversos modelos para facilitarla y abandonar los juicios meramente intuitivos, lo cierto es que la fiabilidad de los métodos clínico, estadístico y mixto es relativamente escasa (Martínez Garay, Maraver Gómez).

A día de hoy resulta muy difícil afirmar con certeza que un sujeto concreto volverá a delinquir en el futuro o que no lo hará, por lo que dichas estimaciones incurren sistemáticamente en lo que se ha denominado como «falsos positivos» y «falsos negativos» (respectivamente, sujetos que son considerados como peligrosos sin serlo realmente, o sujetos considerados como no peligrosos cuando sí lo son). La lógica de la práctica jurisprudencial hace además que los falsos positivos sean más frecuentes que los negativos (frente a la posibilidad de reincidencia, aunque sea baja, siempre resulta menos arriesgado imponer una medida de seguridad, lo que esconde una utilización del Derecho Penal sin fundamento real), y que en muchos casos opere una especie de presunción de peligrosidad de muy difícil refutación (sobre todo cuando se trata de la comisión de determinados delitos graves).

1.3 Fines

El fundamento de la medida de seguridad lleva indefectiblemente a afirmar que su finalidad principal es preventivo-especial, es decir, su objetivo es evitar que el sujeto peligroso vuelva a cometer un delito («contener, menguar o diluir la peligrosidad» –STS 112/18–). Y esto, en algunos casos, se alcanza mediante una intervención positiva (por ejemplo, con medidas terapéuticas) y, en otros, a través de una negativa (de mero aseguramiento, como con algunas medidas de seguridad privativas de libertad)². Además, el artículo 25.2 CE extiende expresamente el mandato de resocialización y reinserción social a todas las medidas de seguridad, por lo que se puede decir que incluso las medidas de seguridad inocuidadoras están vinculadas con esta idea de prevención especial positiva (y con la jurisprudencia constitucional que desarrolla este precepto)³.

Aunque esto sea así, no hay que obviar que una gran parte de la doctrina considera que la medida de seguridad alcanza también finalidades de prevención general del delito (por ejemplo, Roxin habla de ello como el «fin secundario» de la medida de seguridad). Y aunque esto sea más difícil de contrastar, lo cierto es que no se puede descartar sin más que este objetivo se alcance simultáneamente junto con la evitación de la reincidencia. De ser así, las penas y las medidas de seguridad ya no solo serían difícilmente distinguibles a nivel conceptual, sino que también lo serían con relación a su finalidad.

En cualquier caso, la doctrina ha tendido a elaborar una justificación adicional de las medidas de seguridad, en el entendimiento de que esta fundamentación exclusivamente preventiva es inherentemente irrestricta y puede llevar a intervenciones penales ilimitadas. Por ello, es frecuente que junto con la idea de prevención se mencione en este punto el principio de interés preponderante (Roxin, Sanz Morán), lo que implica que la medida de seguridad solo resulta tolerable si alcanza un resultado de prevención de delitos de valor superior a la injerencia estatal en la esfera privada del sujeto (y así lo afirma también la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo –*vid.* por ejemplo, STS 705/2017–). No se trata aquí tampoco de una protección de bienes jurídicos a cualquier precio, sino de una prevención contenida (lo que, de nuevo, vuelve a aproximarse a la pena y a la medida de seguridad).

² V. Capítulo VII 2.2.2.

³ V. Capítulo IV 4.

2. GARANTÍAS APLICABLES A LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Resulta evidente que, por todo lo dicho hasta ahora, a las medidas de seguridad les resulta de aplicación todo el aparato garantístico que se ha desarrollado con relación a las penas. En este sentido, la regulación de las medidas de seguridad no puede desatender los genéricos artículos 10, 14, 15 y 25.1 y 2 CE (la dignidad humana y la igualdad como supraprincipios, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, el principio de legalidad, y la orientación de las medidas de seguridad a la reeducación y la reinserción social, respectivamente). El Código Penal extiende expresamente también todas las garantías derivadas del principio de legalidad a las medidas de seguridad (garantía criminal –art. 1.2 CP–, garantía penal –art. 2.1 CP–, garantía jurisdiccional –art. 3.1 CP– y garantía de ejecución –art. 3.2 CP–⁴) e incorpora en su regulación, y según la doctrina mayoritaria, ideas relacionadas con los principios de intervención mínima y proporcionalidad (art. 6.2 CP).

El resto de principios también resultan de aplicación aquí, por distintas razones. Los principios del hecho, lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos, porque pretenden limitar la posibilidad de criminalización de conductas, y, por tanto, permanecen incólumes con independencia de que la consecuencia asociada al delito sea una pena o una medida de seguridad. También hay que atender al principio de prohibición del *bis in idem*, tanto en su vertiente material como procesal, porque es un requerimiento que se hace al Derecho sancionador en su conjunto (y, de nuevo, importa poco si la sanción toma una forma u otra). El único principio que no vincula a las medidas de seguridad, por su propia naturaleza, es el de culpabilidad, ya que, como veremos, en la gran mayoría de los casos la imposición de una medida de seguridad procede cuando concurre una determinada ausencia de responsabilidad subjetiva (falta total o parcial de imputabilidad). La exigencia de responsabilidad por el hecho propio, que también se vincula con el principio de culpabilidad, sí debe trasladarse intacta al mundo de las medidas de seguridad.

Quizás el principio más discutido con relación a las medidas de seguridad sea el de proporcionalidad⁵. No se duda de que estas medidas deban someterse a un control de idoneidad y necesidad idéntico al que se realiza con relación a las penas. Y así lo prescribe también el Código Penal cuando, por ejemplo, el artículo 6.2 CP establece que las medidas de seguridad «no pueden exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor», el artículo 97.b CP obliga al cese de la medida en tanto que desaparezca la peligrosidad crimi-

⁴ V. Capítulo II 2.2.

⁵ V. Capítulo III 4.

nal del sujeto, y los artículos 101 a 104 CP solo permiten la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad si es necesaria (prefiriéndose entonces de modo general la imposición de medidas no privativas de libertad). Sin embargo, el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto resulta aquí mucho más difuso, al menos en tanto que la intensidad de la medida de seguridad no tiene un único punto de referencia, como sucede en las penas, sino dos: a la gravedad del delito cometido en el pasado se le suma la peligrosidad criminal futura del concreto delincuente. Estos dos factores, a veces, pueden indicar en una misma dirección (por ejemplo, un supuesto de comisión de un delito grave con un pronóstico de reincidencia alto), facilitándose la elaboración del juicio de proporcionalidad en sentido estricto (en este caso correspondería la aplicación de una medida de seguridad de alta duración e intensidad), pero en otras muchas ocasiones esto puede no suceder.

Una parte importante de la doctrina (Jorge Barreiro, Silva Sánchez, Sanz Morán) ha tendido a defender, con distintos matices, la obligación de que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto quede principalmente vinculado a la peligrosidad criminal del sujeto, desatendiendo, en todo o en parte, la gravedad del delito cometido. Así, la medida de seguridad debería ser más intensa y extensa cuando el sujeto tuviera un pronóstico de reiteración delictiva alto (y más aún si ese pronóstico versase sobre la comisión de delitos graves), ya que el fundamento de la misma es la peligrosidad del autor y no la culpabilidad por el hecho pasado. Con ello, además, se mantendrían nítidas las diferencias entre pena y medida de seguridad, no desnaturalizando a esta última, aunque se acepte, en el extremo, que operen límites máximos de cumplimiento para cada tipo de medida, evitándose así que se puedan convertir en intervenciones perpetuas.

Sin embargo, no hay que obviar que la versión más pura de este modelo introduce una indeterminación fuerte con relación a la cuantía de la medida de seguridad a imponer, ya que, como se ha visto, la estimación de la peligrosidad es incierta en un doble sentido relevante aquí: al establecer el riesgo de reiteración delictiva y el tipo de delitos que se cometerán en el futuro con una probabilidad determinada. Y, aunque esto no fuese así, se trataría de una opción que sigue dejando abierta la puerta a la imposición de medidas de seguridad indeterminadas en cuanto a su duración. Frente a esto, la alternativa más moderada (magnitud de la medida de seguridad fijada en función de la peligrosidad criminal del sujeto pero con topes máximos de cumplimiento), no hace sino incurrir en el problema que pretende solucionar: si la duración máxima de esta institución se fija tomando como referencia a algo distinto al pronóstico de reiteración, se desatiende igualmente el fundamento de las medidas de seguridad (lo que conlleva también una desfiguración de las mismas).

Por todo ello, hay autores que defienden, pese a ser una solución dogmáticamente menos limpia, lo apropiado de que la proporcionalidad estricta de las medidas de seguridad se enjuicie como en el mundo de la pena, tomando en consideración exclusivamente la gravedad del delito cometido. Esto es así porque

el ilícito pasado es lo único indiscutible (y, por tanto, es más cierto que una estimación probabilística de la peligrosidad futura) y mesurable con detalle (lo que añade más sofisticación que el sistema de máximos de cumplimiento para cada tipo de medida de seguridad).

Por resultar la opción más garantista, nuestro Código Penal (separándose de la solución aceptada por otros sistemas de nuestro entorno –por ejemplo, el §62 StGB–) ha tomado partido por un modelo de proporcionalidad de la medida de seguridad con el hecho pasado, en un doble sentido:

- El artículo 6.2 CP impide que la medida de seguridad sea «ni más gravosa ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido», lo que iguala el juicio de proporcionalidad en penas y medidas de seguridad.
- El artículo 95.2 CP no permite la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad si la pena que corresponde al delito cometido no es también privativa de libertad, quedando en el otro caso la sola posibilidad de imponer una medida de seguridad no privativa de libertad.

3. PRESUPUESTOS DE IMPOSICIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

La imposición de una medida de seguridad, en atención al artículo 95.1 CP, queda supeditada a la concurrencia de tres requisitos:

1.º Comisión de un hecho previsto como delito. Como establece el artículo 95.1.1.ª CP, no cabe imponer una medida de seguridad si el sujeto peligroso no ha cometido «un hecho previsto como delito». Según la doctrina mayoritaria, dicha expresión debe entenderse como la realización de una conducta típica y antijurídica, descartándose la posibilidad de imponer una medida de seguridad ante un hecho atípico o justificado (por ejemplo, por obrar en legítima defensa –art. 20.4 CP–).

Aun así, lo cierto es que esta exigencia, por la propia estructura de la teoría jurídica del delito aceptada por la doctrina mayoritaria, sigue planteando problemas en supuestos en los que la concurrencia de, por ejemplo, una causa de ausencia de acción o un error invencible de tipo derivados de una alteración psíquica, hace que no podamos hablar propiamente de hecho típico (de injusto). Por eso, parte de la doctrina (con diferencias que no procede examinar aquí, entre otros, Silva Sánchez y Molina Fernández) ha propuesto una interpretación un tanto más laxa del artículo 95.1.1.ª CP, considerando que solo exige la realización de una conducta que materialmente sea considerada como delito (por ejemplo, dar

muerte a otra persona) o una conducta objetivamente lesiva para bienes jurídico-penales (vida), aunque no se pueda hablar propiamente de delito (en el ejemplo, aunque no haya, desde un punto de vista técnico, un delito de homicidio).

Se entienda como se entienda dicho concepto, hay que alabar la opción del legislador de eliminar las medidas de seguridad predelictuales. Y ello es así porque la exigencia de la comisión de un delito previo tiene una triple función garantizadora: refuerza las exigencias básicas del principio de legalidad (en palabras del propio TC, «[l]a imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal [...] [es], pues, [contraria] al principio de legalidad penal, ya que [...] no cabe otra condena –y la medida de seguridad lo es– que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal [...]» –STC 23/1986–), permite afirmar con mayor certeza la peligrosidad criminal del sujeto, y establece límites claros a la función preventiva del Derecho Penal (Rodríguez Mourullo).

2.º Sujeto peligroso en el momento de comisión del delito. Los artículos 20 *in fine* y 95.1 CP, con relación a los artículos 101 y ss. CP, establecen una determinación normativa de este requisito, considerando como tal a tres tipos de sujetos:

– Sujeto inimputable, es decir, aquel que comete un delito sin la capacidad de representarse la significación e ilicitud de sus actos o de comportarse conforme a dicha representación, por concurrir en él de manera completa una causa de exención de la responsabilidad penal de las previstas en los artículos 20.1 a 20.3 CP. Dichos artículos recogen las denominadas causas de inimputabilidad que, de manera muy resumida, concurren cuando un sujeto comete el delito padeciendo una anomalía o alteración psíquica grave (incluido el trastorno mental transitorio), encontrándose en un supuesto de intoxicación plena por el consumo de alcohol u otras drogas (incluidos los supuestos de síndrome de abstinencia por la dependencia a estas sustancias), o sufriendo alteraciones en la percepción que alteren de manera grave la conciencia de la realidad desde el nacimiento o la infancia.

– Sujeto semiimputable, es decir, aquel en el que las causas de inimputabilidad concurren de manera parcial pero todavía suficientemente relevante a los efectos de determinar su comportamiento. En estos casos resulta de aplicación la atenuante denominada «eximente incompleta» (art. 21.1 CP) con relación a la causa de inimputabilidad que aqueje al autor.

Como se trata de sujetos que se encuentran en una situación intermedia entre aquellos que se consideran inimputables y aquellos que son totalmente imputables, el Código Penal establece un sistema híbrido de consecuencias del de-

lito en el que resultan de aplicación penas (atenuadas) y medidas de seguridad de manera cumulativa, conforme al sistema vicarial⁶.

– Determinados sujetos imputables, es decir, aquellos en los que no concurre, ni completa ni incompletamente, una causa de inimputabilidad en el momento del hecho delictivo, pero que cometen delitos especialmente graves o significativos.

El legislador español considera, con buen criterio, que la reacción general frente a los sujetos imputables (culpables) es el castigo a través de la pena. Sin embargo, llevado por la presión social y mediática, desde la reforma operada por la LO 5/10, el Código Penal también incorporó, de manera muy discutible, la posibilidad de imponer a estos sujetos una medida de seguridad no privativa de libertad de características específicas (libertad vigilada) en el caso de la comisión de determinados delitos de gravedad muy diversa⁷.

Una parte de la doctrina entiende que esta posibilidad (la de imponer medidas de seguridad frente a sujetos imputables) se esconde también tras la pena de prisión permanente revisable, que vendría a ser, en su primer tramo indisponible, una pena centrada en la culpabilidad del sujeto, y en su segundo tramo, en el que su ejecución puede ser suspendida si se aprecia un pronóstico favorable de reinserción social⁸, una medida de seguridad orientada exclusivamente a la prevención especial (Lascurain Sánchez, Martínez Garay). A diferencia de la libertad vigilada, aquí estaríamos ya ante una medida de seguridad privativa de libertad, asemejándose ese segundo periodo a una custodia de seguridad.

3.º Sujeto peligroso a futuro (pronóstico de peligrosidad futura). Para la imposición de una medida de seguridad no es suficiente con que un sujeto considerado normativamente como peligroso haya cometido un hecho delictivo, sino que, conforme al fundamento y finalidad de la misma, es imprescindible «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» (art. 95.1.2.ª CP).

Se trata de una exigencia que cumple de una manera muy laxa el requisito, derivado del principio de proporcionalidad, de necesidad de la intervención penal, ya que no hace referencia ni a la magnitud de la probabilidad de reiteración delictiva ni a la gravedad de los delitos que se estiman de comisión futura probable (aunque en cualquier caso eso debe ser tomado en consideración tanto a la hora de determinar el tipo de medida de seguridad a imponer como su duración

⁶ V. *infra* 6.2.

⁷ V. *infra* 4.3.

⁸ V. Capítulo IX 2.4.5.

exacta). Además, resultan aquí relevantes todos los problemas que sobre los pronósticos de peligrosidad se han mencionado más arriba⁹.

4. CLASES DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

En función de la afectación de las mismas al derecho a la libertad deambulatoria, el artículo 96.1 CP distingue entre medidas de seguridad privativas y no privativas de libertad.

4.1 Medidas de seguridad privativas de libertad

El artículo 96.2 CP recoge tres clases de medidas de seguridad privativas de libertad:

- El internamiento en centro psiquiátrico (art. 101 CP).
- El internamiento en centro de deshabitación (art. 102 CP).
- El internamiento en centro educativo especial (art. 103 CP).

Resulta interesante destacar algunas cuestiones comunes a todas ellas:

– Cada medida de seguridad privativa de libertad está prevista para un supuesto específico de inimputabilidad/semiimputabilidad. Así, el internamiento en centro psiquiátrico procede en el caso de la concurrencia, completa o incompleta, de la causa de inimputabilidad del artículo 20.1 CP (arts. 101 y 104 CP); el internamiento en centro de deshabitación se puede aplicar solo cuando concurra, completa o incompleta, la causa de inimputabilidad del artículo 20.2 CP (arts. 102 y 104 CP); y, por último, el internamiento en centro educativo especial se puede imponer solo ante sujetos en los que se aprecie la causa de inimputabilidad, completa o incompleta, del artículo 20.3 CP (arts. 103 y 104 CP).

– Todas se encuentran limitadas por el requisito de su necesidad (lo que lleva a preferir siempre a las medidas de seguridad no privativas de libertad que sean igualmente efectivas para combatir la peligrosidad del sujeto – arts. 101 a 103 CP–), y no pueden ser impuestas si el delito cometido no está incriminado con una pena privativa de libertad (art. 95.2 CP)¹⁰.

⁹ V. *supra*, 1.2.

¹⁰ V. *supra*, 2.

– La duración de ninguna de ellas puede superar la de «la pena abstractamente aplicable al hecho cometido», lo que debe ser entendido como la pena que correspondería al sujeto por la comisión de ese delito de manera culpable, tomando en consideración el grado de ejecución del mismo, la forma de intervención delictiva, y todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya concurrencia no se encuentre conectada con la situación de inimputabilidad/semiimputabilidad que hubiera propiciado la imposición de la medida de seguridad. El Tribunal Supremo al menos acepta que en el cálculo de ese límite máximo no basta con atender a la pena abstracta que corresponde al delito consumado, sino que hay que tener en cuenta también el grado de ejecución del mismo (*vid.*, por ejemplo, STS 33/2018).

Gran parte de la doctrina ha llegado a una solución distinta, con base en el tenor literal de los artículos 101 a 104 CP. En su formulación, los mismos parecen querer distinguir entre el sujeto inimputable y el sujeto semiimputable a la hora de fijar los límites de duración de la medida de seguridad privativa de libertad. Mientras que para los primeros habría que atender a la pena que correspondería al sujeto «si hubiera sido declarado responsable» (arts. 101-103 CP), para los segundos lo relevante sería la «pena prevista en el Código para el delito» (art. 104 CP). Con esto se había llegado a la conclusión de que en el caso de sujetos inimputables la «pena-límite» sería la que hubiera sido concretamente aplicable al mismo (es decir, individualizada) mientras que en el caso de los semiimputables el límite vendría determinado por el marco penal abstracto correspondiente al delito. Esta solución haría de mucha peor condición a los sujetos semiimputables, que verían crecer en su caso el límite de duración de la medida de seguridad privativa de libertad (sin, además, un motivo aparente, porque aun cuando estos, a diferencia de los sujetos inimputables, merecen una parte de reproche, esta cuestión ya queda saldada, como veremos después, por la convivencia de la pena y la medida de seguridad conforme al sistema vicarial¹¹).

Por ello se puede entender que el legislador, utilizando ese matiz literal, quería evitar lo opuesto, es decir, que el sujeto semiimputable fuese considerado de mucha mejor condición que el inimputable (pero también que el plenamente imputable). Este mejor tratamiento surgiría en el caso de que el límite de la medida de seguridad aplicable al sujeto semiimputable se asimilara con la pena que le correspondería individualizadamente por el delito, y, por tanto, operada, además de todas las demás pertinentes, la atenuación prevista para la eximente incompleta (art. 21.1.^a CP) en el artículo 68 CP (a lo que habría que añadir la aplicación en estos casos del sistema vicarial –art. 99 CP–). Así visto, la dicción del artículo 104 CP debe entenderse como una remisión a la pena que el Código Penal, en su plena aplicación (y, por tanto, aplicando las reglas previstas en la parte general –a excepción del art. 21.1.^a CP–) asocia al delito.

¹¹ V. *infra*, 6.2.

En caso de que, una vez cumplida la totalidad de la medida de seguridad, la peligrosidad criminal del sujeto siga persistiendo, el artículo 104.2 CP obliga al juez o tribunal sentenciador a que comunique este hecho al Ministerio Fiscal, para que el mismo, conforme a la Disposición Adicional 1.^a CP, inste «la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil». Esta solución ha sido especialmente criticada por parte de la doctrina, ya que supone recurrir a un mecanismo que no está previsto ni pensado para hacer frente a este fenómeno, y cuyo contenido y ejecución puede ser muy diversos al de la medida de seguridad (Jorge Barreiro).

4.2 Medidas de seguridad no privativas de libertad

Según el artículo 96.3 CP, el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad está compuesto por:

– La inhabilitación «para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo [...] cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo [...]» (art. 107 CP). Hay que destacar que esta medida solo resulta de aplicación, según el propio artículo 107 CP, frente a sujetos inimputables, por lo que no se puede imponer en caso de semiimputabilidad (pero sí la pena, principal o accesoria, de idéntico contenido –arts. 54 y ss. CP–).

– La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España. Realmente se prevé en el artículo 108 CP como una medida de seguridad sustitutiva de otras exclusivamente para estos sujetos, con un régimen muy similar a la «sustitución de la pena privativa de libertad» prevista en el artículo 89 CP¹² (y, junto con todas las críticas que merece esta última, aquí se suma la dudosa procedencia de enfrentar la peligrosidad de un sujeto simplemente desplazándola más allá de unas determinadas fronteras).

– La libertad vigilada (art. 106 CP)¹³.

– La custodia familiar, que es definida por el propio artículo 96.3.4.^a CP como la sujeción al cuidado y vigilancia de un familiar designado que acepte la custodia, no pudiendo en ningún caso ser ejercida sin sometimiento al pare-

¹² V. Capítulo IX 2.3.

¹³ V. *infra*, 4.3.

cer del Juez de Vigilancia Penitenciaria o menoscabando las actividades escolares o laborales del custodiado.

- La privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores.
- La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

Las mismas pueden imponerse en solitario o junto con una medida de seguridad privativa de libertad (art. 105 1.º párrafo CP), y su duración viene determinada sin referencia a la duración de la pena con la que se incrimina el delito cometido:

- La libertad vigilada no puede ser superior a cinco años (art. 105.1.a CP) salvo que el Código Penal fije ese máximo en los diez años (art. 105.2.a CP).
- La custodia familiar no puede ser superior a cinco años (art. 105.b CP).
- La privación del derecho a la tenencia y porte de armas y del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, no puede ser superior a diez años (arts. 105.2.b y c CP).
- La inhabilitación profesional puede tener una duración máxima de cinco años (art. 107 CP).
- La expulsión del territorio nacional del sujeto extranjero no residente legalmente en España tiene obligatoriamente una vigencia de diez años (art. 108.2 CP).

4.3 Especial referencia a la libertad vigilada

Con clara inspiración en el Derecho Penal de menores (*vid.* art. 7.1.h LORPM)¹⁴, la libertad vigilada fue incorporada al Código Penal por la LO 5/10. De manera general puede ser definida como una medida de seguridad no privativa de libertad que esconde bajo un rótulo unitario una multiplicidad de intervenciones privativas de derechos de mayor o menor intensidad, que pueden imponerse aisladamente o de manera cumulativa, y que aparecen a modo de catálogo cerrado en el artículo 106.1 CP.

Dicho artículo supone un compendio, con novedades, de medidas de seguridad que antes se preveían de manera autónoma. Resumidamente, la libertad vigilada se puede concretar en: la obligación de estar localizable, de presentarse en un determinado lugar periódicamente, o de comunicar el cambio de lugar de residencia o de puesto de trabajo; la prohibición de ausentarse de un determinado lugar, o de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras per-

¹⁴ V. Capítulo XII 2.2.3.

sonas; la prohibición de acudir a o residir en determinados lugares y de desempeñar actividades que puedan facilitar la reincidencia; y la obligación de participar en programas formativos/educativos o de seguir tratamiento médico.

Si la misma merece una mención específica no es estrictamente por su contenido, sino por algunas de sus características y por ser indicativa de un «nuevo» modelo de gestión de la reiteración delictiva:

– La característica principal que hace de la libertad vigilada una medida de seguridad especial es que no solo puede ser impuesta frente a sujetos inimputables o semiimputables (art. 105 CP) sino que también se puede imponer, junto con la pena, frente a sujetos imputables en los casos previstos por el Código Penal (art. 106.2 CP). Y esto sucede cuando un sujeto imputable comete uno o varios de los siguientes delitos:

- Homicidio y asesinato (art. 140 bis CP).
- Lesiones, si la víctima es una de las recogidas en el art. 173.2 CP (art. 156 bis CP).
- Violencia doméstica habitual, sea o no de género (art. 173.2 *in fine* CP).
- Contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 192.1 CP).
- De terrorismo (art. 579 bis 2 CP).

Esto supone una absoluta novación de nuestro sistema de consecuencias jurídicas del delito, pues mezclando las penas y las medidas de seguridad, se mezclan las categorías de la culpabilidad y la peligrosidad, que hasta ahora eran mutuamente excluyentes (un sujeto podía ser culpable –imputable– o peligroso –inimputable/semiimputable–, pero no ambas cosas a la vez), con una evidente contradicción de fondo: se trata a los sujetos simultáneamente como si pudiesen responsabilizarse de su actuación (culpables) y como si no pudiesen (peligrosos) (Silva Sánchez).

Además, se puede discutir si un sistema así esconde una forma de volver a las medidas de seguridad predelictuales, no en un sentido formal (pues la imposición de la libertad vigilada precisa de la comisión de un delito previo), pero sí en un sentido material (porque en dicho delito no se manifestó peligrosidad alguna, sino solo culpabilidad).

– Como regla general, la imposición de la libertad vigilada a un sujeto imputable es facultativa para el juez o tribunal sentenciador, pero dicha facultad se convierte en obligación en el caso de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (salvo «cuando se trate de un solo delito cometido por un

delincuente primario» –art. 192.1 CP–) y de terrorismo (salvo «cuando se trate de un solo delito que no sea grave, y su autor hubiere delinquido por primera vez» –art. 579 bis 2 CP–).

Su duración general no puede sobrepasar los cinco años (art. 105.1.a CP), aunque la misma puede determinarse entre los cinco y los diez años (art. 105.2.a CP) en dos supuestos concretos: en el caso de la comisión por un sujeto imputable de uno o más delitos contra la libertad e indemnidad sexuales siempre que al menos uno fuese grave (art. 192.1 CP), o de al menos un delito de terrorismo que conlleve una «pena grave privativa de libertad» (art. 579 bis 2 CP). En el caso de los imputables, el cumplimiento de la libertad vigilada es siempre posterior al de la pena privativa de libertad (art. 105.2 CP).

Todo esto hace que, dejando al margen la prisión permanente revisable, nuestro ordenamiento esté previendo *de facto* la posibilidad de intervenciones penales sobre determinados sujetos de hasta cincuenta años (sucesivamente, cuarenta años de cumplimiento máximo de la pena privativa de libertad –art. 76.1.c y d CP– y diez años de libertad vigilada).

Y realmente dicha intervención puede ser aún más duradera, por dos razones: por un lado, porque un sujeto puede cumplir una condena superior a los cuarenta años (supuestos de condenas no acumulables –art. 76.2 CP– y que, por tanto, se cumplen de manera sucesiva), llegando la ejecución de la libertad vigilada cuando se han extinguido todas las penas (art. 106.2 3.º párrafo CP); por el otro, porque la imposición de varias medidas de libertad vigilada cuyo cumplimiento simultáneo es imposible lleva obligatoriamente a su ejecución sucesiva (art. 106.2 4.º párrafo).

Quizás lo más preocupante de todo es que la tendencia mostrada por la libertad vigilada y su forma de imposición y ejecución no parece ser el final sino más bien el principio de un desarrollo. Esto se puede observar, por ejemplo, en el hecho de que la reforma operada en el Código Penal por las LLOO 1 y 2/15, junto con la incorporación a nuestro ordenamiento de la cadena perpetua, incrementaron simultáneamente las posibilidades de imposición de la libertad vigilada.

Ello muestra un nuevo paradigma, que da un peso primordial a un concepto difuso como «la seguridad ciudadana», que acaba con una forma más o menos humanitaria de entender el Derecho Penal, que piensa exclusivamente en la inocuización del delincuente mediante la acumulación de sanciones, y que supedita las categorías de la teoría jurídica del delito al interés político. En fin, un Derecho Penal menos sofisticado y más autoritario que, paradójicamente, pretende hacer frente a los retos de sociedades cada vez más complejas y pretendidamente más libres.

Hay que reconocer que la incorporación de medidas de seguridad frente a sujetos imputables para su ejecución con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad no es un rasgo exclusivo del Derecho Penal español. Por ejemplo, nuestro referente Código Penal alemán recoge tanto la medida de seguridad de libertad vigilada (*Führungsaufsicht* –§68 y ss. StGB–) como la de custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung* –§66 y ss. StGB–), en términos también allí muy discutibles, y en todo caso, junto con la posibilidad, como en España, de imponer por ciertos delitos una pena de prisión perpetua pero de ejecución suspendible (§38 y 57a StGB). Sin embargo, al menos hay que apreciar que en el sistema alemán estas previsiones específicas han hecho que se libere cierta tensión sobre la pena privativa de libertad, que ciertamente, también por esto, es mucho más moderada en sus máximos (15 años de privación de libertad –§38 y 54 StGB–).

5. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

La regulación general de la ejecución de las medidas de seguridad se encuentra en los artículos 97 y 98 CP. Este último impone la obligación de hacer un seguimiento de la evolución del sujeto sometido a la medida de seguridad, para compatibilizar su ejecución con el principio de necesidad (de tal modo que se pueda saber si en algún momento la misma ha devenido innecesaria por la desaparición de la peligrosidad del sujeto). En el caso de las medidas de seguridad privativas de libertad y la libertad vigilada, el artículo 98.1 CP impone esta obligación al Juez de Vigilancia Penitenciaria, que anualmente tendrá que emitir un informe a este respecto. En el caso del resto de medidas, la obligación recae directamente sobre el Juez o Tribunal sentenciador, sin plazos periódicos fijados (art. 98.2 CP).

Tomando en consideración, en el primer caso, el informe del Juez de Vigilancia Penitenciaria y, en el segundo, la información de la que dispone directamente, el Juez o Tribunal sentenciador puede decidir motivadamente y siguiendo un procedimiento contradictorio (art. 98.3 CP), que se mantenga la ejecución de la medida de seguridad (art. 97.a CP); que cese la misma (art. 97.b CP); que se sustituya la medida de seguridad por otra más adecuada, de entre las previstas para el caso (art. 97.c CP); o que se suspenda la ejecución de esta por un plazo no superior al máximo de su duración (art. 97.d CP).

Por su propia especificidad, la libertad vigilada tiene algunas reglas especiales de ejecución, sobre todo en su inicio. El artículo 106.2 CP, para el caso de ejecución posterior al cumplimiento de una pena privativa de libertad, obliga al Juez de Vigilancia Penitenciaria a que, al menos dos meses antes de la extinción

de esta última, eleve una propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, para que este concrete el contenido de la libertad vigilada, fijando las específicas obligaciones o prohibiciones que se deben seguir. En ese momento, y en atención a su falta de necesidad o su efecto contraproducente sobre el sujeto, el Juez o Tribunal sentenciador puede decidir dejar sin efecto esta medida (art. 106.3.c CP).

6. RELACIONES ENTRE PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD: SISTEMAS MONISTA, DUALISTA Y VICARIAL

Como se exponía desde el principio, la regulación que un sistema penal haga de las medidas de seguridad (o la ausencia de la misma), determina cuál es el camino que este sigue para prevenir la delincuencia. Y las alternativas son, a grandes rasgos, la de enfrentarse a este fenómeno a través de un sistema monista o de un sistema dualista de sanciones.

6.1 Sistema monista

El sistema monista se caracteriza por contemplar una única herramienta frente a la delincuencia, ya sea la pena, ya sea la medida de seguridad. En este modelo, cualquier sujeto que comete un delito, sin mayores distinciones, sufre la imposición de esa única consecuencia jurídica.

El monismo reinó en los sistemas penales hasta el s. xx, con el predominio de la pena como sanción única. Sin embargo, en ese momento se hizo patente la incapacidad de la pena para afrontar cierto tipo de delincuencia. Mientras que la misma alcanzaba finalidades de prevención general suficientes cuando se hablaba de delitos culpables, la ausencia de esta última característica hacía que la pena, o no se pudiese imponer aunque el sujeto fuese peligroso (para no vulnerar el principio de culpabilidad), o que se impusiera pero desatendiendo cualquier necesidad terapéutica. El monismo centrado en la pena lleva dentro, si se quiere, una tacha de ineficacia que aboca a su superación.

El monismo también puede optar por la exclusividad de la medida de seguridad. Aunque esto no ha llegado a plasmarse en ninguna legislación, lo cierto es que sí que hubo apuestas teóricas por esta opción, como la defendida por el Positivismo Criminológico italiano (Lombroso, Ferri). El problema de este monismo no es de eficacia, como sucede con el monismo basado en la pena, pero sí de legitimidad, porque opta por tratar a todos los sujetos como meros peligros a desactivar y no como sujetos que pueden ser motivados mediante normas y que atienden a reproches.

Parte de la doctrina considera que dicho abandono del monismo ha sido más nominal que sustantivo, porque la mayoría de códigos penales modernos acogen el denominado «dualismo tendencialmente monista» (Figueiredo Dias). Este sistema reconoce la existencia de dos consecuencias del delito (pena y medida de seguridad), pero impide que ambas puedan imponerse sobre el mismo sujeto por el mismo hecho, por lo que realmente es un sistema que sigue teniendo una única herramienta frente a cada tipo de delincuente (la pena proporcionada con el injusto culpable frente al delincuente imputable, la medida de seguridad proporcionada con la peligrosidad frente al delincuente inimputable). Este último es el modelo que, con alguna excepción, inspiró la regulación del Código Penal de 1995: el tratamiento que el mismo otorga a los imputables (obviando por ahora la posibilidad de imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada frente a este colectivo) se realiza mediante la pena; la consecuencia jurídica del delito cometido por el inimputable es la medida de seguridad.

Esta opción es la defendida por la doctrina mayoritaria en nuestro país, pero eso no impide que haya soportado también importantes críticas. Por ejemplo, se le ha achacado su incapacidad para gestionar la delincuencia cometida por sujetos solo parcialmente imputables (los semiimputables, que quedan en un punto medio entre las dos categorías), y para enfrentar la peligrosidad que puede residir en sujetos culpables que siguen siéndolo una vez cumplida la pena.

Y al margen de disquisiciones más teóricas, tampoco se puede olvidar aquí que, con relación a los ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España, nuestro Código Penal recoge un sistema prácticamente monista, pues, con las excepciones que en ambos artículos se prevén, tanto el artículo 89 CP como el artículo 108 CP prevén que las penas y medidas de seguridad impuestas a estos sujetos se sustituyan por la expulsión del país, lo que en el fondo es la única sanción que estos sujetos van a recibir (sea como sea todo lo demás). Por ello debe considerarse como una sanción poco preocupada por las ideas de culpabilidad o peligrosidad, pero útil al servicio de una determinada política migratoria (el propio Tribunal Supremo ha considerado a la sustitución prevista en ambos artículos como una «medida de seguridad por razones de política migratoria» –STS 6/18–).

6.2 Sistema dualista (rígido y flexible –vicarial–)

Ante los problemas del modelo monista, la mayoría de ordenamientos penales de origen continental ha optado por la articulación de un sistema dualista (tendencialmente monista o no), que se caracteriza por gozar de un arsenal mayor de consecuencias jurídicas del delito: frente a la exclusividad de la

pena o de la medida de seguridad, el sistema dualista disfruta de ambas («sistema de doble vía»), para alcanzar una mejor prevención de delitos. Lo habitual además es que se reconozca que la pena sirve para reprimir la culpabilidad y la medida de seguridad para prevenir la peligrosidad, pero sin excluir durante la ejecución el intercambio y la sustitución entre ambas sanciones penales si resulta procedente.

Nuestro sistema, tendencialmente monista de corazón, opera realmente como un sistema dualista solo en dos supuestos concretos:

– En el caso de los imputables, que pueden ver acumulada a su pena privativa de libertad la medida de seguridad de libertad vigilada. En este caso, según el artículo 106.2 CP, ambas se imponen para un cumplimiento sucesivo, que comienza con el de la pena privativa de libertad. Esos dos rasgos (acumulación de sanciones y cumplimiento inicial de la pena) son las características definitorias del denominado «dualismo rígido».

Este modelo ha sido criticado por la doctrina mayoritaria porque esconde, como veíamos antes, una tendencia evidente hacia la desproporción¹⁵. Relacionado con esto, es tradicional asimilar este sistema con la idea de «fraude de etiquetas», que pretende desenmascarar el núcleo del dualismo rígido: fragmentar la intervención penal en varias categorías (con distintas «etiquetas»: pena y medida de seguridad) para conseguir una aparente proporcionalidad de cada una de ellas, ocultando que posteriormente ambas se van a acumular y cumplir sucesivamente (consiguiendo fraudulentamente que se considere aceptable una intensidad penal desmesurada). Además, no hay que pasar por alto que en numerosas ocasiones la ejecución de la pena y de la medida de seguridad son bastante similares, con lo que este «fraude» es aún mayor.

Desde otro punto de vista, el dualismo rígido no es más que una muestra de un monismo extremo, no en cuanto al número de sanciones que prevé un determinado Código Penal, sino a la orientación de todas ellas: la exclusiva inoquización del delincuente (se busca «desactivar peligros», se llamen como se llamen las sanciones que se utilicen para ello).

– En el caso de los semiimputables a los que se impone una pena privativa de libertad y una medida de seguridad privativa de libertad, conforme al artículo 104 CP. En esos casos, la ejecución sigue lo establecido en el artículo 99 CP, que recoge las características esenciales de un sistema «dualista flexible» o «vicarial»: se comienza con el cumplimiento de la medida de seguridad; su tiempo de duración se abona al de la pena (por tanto, las sanciones no se acumulan materialmente sino que la duración de una se descuenta a la de la

¹⁵ V. *supra*, 4.3.

otra); y se permite, en el momento de comenzar la ejecución de la pena, suspender la misma si con ello se pone en riesgo los efectos resocializadores alcanzados por la medida de seguridad precedente, o sustituir la medida privativa de libertad por una no privativa.

La doctrina que defiende el dualismo, lo defiende principalmente en estos términos, que son los únicos que hacen desaparecer todos los problemas del dualismo rígido y desactivan el «fraude de etiquetas» mediante la evitación de la acumulación de sanciones.

LECTURAS RECOMENDADAS

- FRISCH, W., «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal», *InDret*, núm. 3, 2007.
- JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid (Civitas), 1976.
- JORGE BARREIRO, A./ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Las medidas de seguridad», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Práctico Penal 2019*, Madrid (Francis & Taylor), 2018, núm. 5900-6020.
- MARAVAR GÓMEZ, M., «Consideraciones político-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos», *RJUAM*, núm. 31, 2015, pp. 283 a 330
- MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad», *InDret*, núm. 2, 2014.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 219, 1965, pp. 759 a 791.
- SANZ MORÁN, A., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Valladolid (Lex Nova), 2003.

CUESTIONES

1. ¿Qué debe entenderse por peligrosidad criminal posdelictual?
2. ¿Pueden imponerse conforme al CP español vigentes medidas de seguridad frente a sujetos plenamente imputables? En su caso, ¿cuál/es?
3. ¿Cuáles son los presupuestos necesarios para la imposición de una medida de seguridad?

4. ¿Cuál es la duración máxima, según el CP español, de las medidas de seguridad privativas de libertad?
5. ¿Por qué se puede relacionar la ejecución prevista en nuestro CP para la libertad vigilada y el sistema dualista rígido de sanciones penales?

CAPÍTULO XII

DERECHO PENAL DEL MENOR

JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO
Catedrático acreditado de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *La responsabilidad penal de los menores. Introducción.* 1.1 La Ley de responsabilidad penal de los menores. 1.2 Ámbito de aplicación de la LRPM. 1.3 Competencia.—2. *Medidas aplicables a los menores.* 2.1 Las medidas privativas de libertad. 2.1.1 Los internamientos. 2.1.2 Permanencia de fin de semana. 2.2 Las medidas no privativas de libertad con orientación educativa. 2.2.1 El tratamiento ambulatorio. 2.2.2 La asistencia a un centro de día. 2.2.3 La libertad vigilada. 2.2.4 La convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. 2.2.5 Las prestaciones en beneficio de la comunidad. 2.2.6 La realización de tareas socio-educativas. 2.2.7 La amonestación. 2.3 Las medidas no privativas de libertad complementarias de las medidas con orientación educativa. 2.3.1 La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. 2.3.2 La privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. 2.3.3 La inhabilitación absoluta.—3. *Las medidas cautelares.*—4. *Mayoría de edad.*—5. *La conciliación y la reparación del daño.*—6. *Reglas especiales sobre la responsabilidad civil.* 6.1 Incoación y legitimación. 6.2 Extensión de la responsabilidad civil. 6.3 Procedimiento, sentencia y recursos. *Lecturas recomendadas. Cuestiones.*

1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN EL DERECHO ESPAÑOL. INTRODUCCIÓN

El artículo 19 del Código Penal (CP) señala que «Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor».

En consecuencia, se fija una edad a partir de la cual se aplica el CP, y se difiere a otra norma la exigencia de responsabilidad penal, por entender que la mayor o menor edad incide en la capacidad de culpabilidad o imputabilidad del sujeto que comete un hecho delictivo, bien sea por falta de capacidad de discernimiento o de madurez suficiente para comprender el sentido de sus actos, sobre todo en las edades más tempranas. Así las cosas, parece más adecuado desde una óptica político-criminal combatir la delincuencia juvenil o de menores con medidas de carácter educativo y formativo que con otras formas de represión y castigo.

1.1 Ley de responsabilidad penal de los menores

Desde el 13 de enero de 2001 está vigente la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LRPM), que supuso la adopción de un modelo educativo-sancionador para responder a los delitos cometidos por los menores de 18 años y mayores de 14, como resultado de un proceso iniciado a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, que puso fin al régimen procesal establecido en el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, que asignaba a los tribunales funciones tanto de instrucción como decisorias.

La Ley se autodefine, correctamente, como una ley «reguladora de la responsabilidad penal de los menores», pues las medidas que contempla son sanciones penales, que se imponen por órganos de justicia penal (los jueces de menores), en un procedimiento penal con las debidas garantías que exige el Derecho Penal, por la comisión de un hecho definido como delito en el CP o en las leyes penales especiales y con fines político-criminales específicos. La Ley representa, pues, el Derecho Penal especial para menores de entre catorce años y dieciocho años autores de infracciones delictivas (delitos dolosos o imprudentes) tipificados en el CP o en leyes penales especiales. Los menores de 18 años y mayores de 14 tienen una imputabilidad disminuida (en mayor o

menor grado según que hayan cumplido o no los 16 años, y de ahí la distinción que hace la LRPM al respecto).

De todos modos, conviene precisar que, frente a lo que pudiera deducirse de su título, la mayor parte de la LO 5/2000 tiene carácter procesal, y solo unos pocos preceptos de la misma son de índole estrictamente penal. De ahí, que pueda hablarse con propiedad de que en la LRPM se encuentran las normas procedimentales que constituyen un auténtico «proceso penal de menores», aunque ciertamente de naturaleza especial por razones subjetivas. Los artículos 16 a 42 de la LRPM contemplan las distintas fases del proceso penal de menores, de manera similar a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.) para el procedimiento abreviado (cuyas normas tienen carácter supletorio), y en las que la actuación del Ministerio Fiscal tiene una importancia capital en su doble y complejo papel de instructor/acusador y de protector de los intereses del menor, a la vez (arts. 6, 16 y 23 LRPM).

La Ley, pues, contiene la suma de aquellas disposiciones especiales, tanto de Derecho material, como procesal y orgánico, que regulan la reacción jurídica a las infracciones penales cometidas por los menores, así como las cuestiones relativas a la ejecución de las sanciones que se les imponen y a la responsabilidad civil derivada de la comisión de dichas infracciones. De esta manera quedan aunadas en un solo texto todas las cuestiones básicas que giran en torno a la figura del menor que ha infringido la ley penal. El RD 1774/2004, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento de la Ley (RLRPM), complementa algunos aspectos como los relativos a la actuación de la Policía judicial y del equipo técnico y, sobre todo, los relativos a la ejecución de las medidas de internamiento, así como el régimen disciplinario de los centros a modo de reglamento penitenciario.

A partir de este modelo de exigencia de responsabilidad, la Ley se basa en el rechazo al sistema histórico y tradicional de responsabilidad del Derecho Penal español, siendo evidente la *voluntas legis* expuesta en la Exposición de Motivos de representar una alternativa o superación del «viejo modelo tutelar, tuitivo, correccional del pasado –anacrónico y obsoleto» característico del derogado Texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948 y que comenzó a desaparecer con la LO 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. (Esta Ley creó un procedimiento respetuoso con las garantías constitucionales, actualizó el sistema de medidas y fijó la edad mínima de doce años para poder someter al menor a responsabilidad penal.)

El texto original de la LRPM ha sido modificado en seis ocasiones por las LL OO 7 y 9/2000, de 22 de diciembre; 9/2002, de 10 de diciembre; 15/2003, de 15 de noviembre; 8/2006, de 4 de diciembre, las dos primeras incluso antes de su entrada en vigor, y, finalmente, por la LO 8/2012, de 27 de diciembre, con el único objeto de atribuir la competencia de los delitos de terrorismo al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

1.2 **Ámbito de aplicación de la LRPM**

En el artículo 1.1 de la Ley, como «Declaración general», se dice: «Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales», si bien ha de tenerse en cuenta que las faltas han sido suprimidas en el CP por la LO 1/2015. Esta Declaración sirve de complemento al contenido del artículo 19 del CP que, como indicamos, establece con carácter general la responsabilidad criminal a partir de los 18 años, en coherencia con los artículos 13 de la CE y 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El ámbito objetivo de aplicación de la LRPM está determinado por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código Penal o en las leyes penales especiales, esto es, en el Derecho Penal de menores no existen infracciones distintas a las del Derecho Penal de adultos y, en consecuencia, la LRPM no contempla un catálogo distinto de las mismas.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, cabe indicar que, con base en un puro criterio biológico o cronológico, la minoría de edad penal, como causa de exclusión de la responsabilidad criminal, ha sufrido un descenso desde los 16 años (edad en que se situaba desde el Código Penal de 1928) hasta la de los 14 que ahora contempla la LRPM. La edad se ha de computar de momento a momento, lo que exige que el Secretario Judicial traiga a las actuaciones, cuando sea necesario, una certificación de la inscripción de nacimiento en el registro civil (art. 375 LECr.), a efectos de determinar el momento exacto del nacimiento.

La Ley distingue en la actualidad dos tramos diferentes:

A) *Menores de catorce años*

A quienes sean menores de catorce años en el instante de la comisión de los hechos delictivos no se les exigirá responsabilidad penal, siéndoles, entonces, aplicables únicamente «las normas sobre protección de menores previstas

en el Código Civil y demás disposiciones vigentes» (art. 3 LRPM), singularmente la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, allí donde se presenten situaciones de riesgo o desamparo (Cruz Márquez) y las normas dictadas por la Comunidades Autónomas que, de acuerdo con la previsión contenida en el art.148.1.20.^a de la CE, han asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía las competencias de asistencia social, sin que exista al respecto una regulación uniforme.

No obstante, si concurrieran en el menor las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del CP (esto es, las causas de inimputabilidad de anomalía o alteración psíquica, estado de intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas o drogas, y alteraciones de la percepción que produzcan una alteración grave de la conciencia de la realidad), únicamente les podrán ser impuestas las medidas terapéuticas de internamiento terapéutico y de tratamiento ambulatorio (arts. 5.2 y 9.5 LRPM).

B) Mayores de catorce y menores de dieciocho años

Este es el tramo contemplado en la LRPM, si bien se distingue, a su vez, entre aquellos que al tiempo de cometer los hechos tuvieren entre catorce y dieciséis años, y los que tuvieren entre dieciséis y dieciocho, a los efectos de aplicar las reglas especiales contenidas en el artículo 10 de la Ley. La duración máxima de las medidas se alarga en el supuesto segundo, de tal manera que, a menor edad menor pena, dependiendo así del proceso evolutivo del menor.

Evidentemente, ello también afectará al régimen de la prescripción contemplado en el artículo 15 LRPM, tanto respecto de los hechos delictivos cometidos por los menores, como de las medidas impuestas.

Debe aquí reseñarse que, a la entrada en vigor de la LRPM, también debían hacerlo los artículos 19 y 69 de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Lo que, y en lo que respecta al artículo 69 CP, no solo no ha ocurrido, sino que dicho artículo, a mi juicio, ha quedado sin contenido práctico alguno. En efecto, el artículo 69 dice: «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».

Esta posibilidad quedó en suspenso y aplazada su vigencia en dos ocasiones (mediante la LO 9/2000, por un plazo de dos años, y, posteriormente, por la LO 9/2002, hasta el 1 de enero de 2007). La LO 8/2006, suprimió «definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los (menores) comprendidos entre dieciocho y veintiún años», según se señala en el párrafo séptimo de su Exposición de Motivos.

1.3 Competencia

Con carácter general, la competencia para conocer de los hechos delictivos cometidos por los menores recae en los Juzgados de Menores, salvo los previstos en los artículos 573 a 580 bis del CP (terrorismo) que corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional (art. 2 LRPM). Esto último, al igual que ocurre en el derecho penal aplicado a los adultos, constituye una auténtica y genuina excepción en materia de competencia. Es, también, ese Juzgado Central el órgano que conocerá de los delitos cometidos por menores en el extranjero cuando, conforme al artículo 23 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y a los Tratados Internacionales, corresponda su conocimiento a la jurisdicción española.

Como se señala en la Declaración general contenida en el artículo 1.1 de la LRPM, y en consonancia con lo establecido en el artículo 97 LOPJ, se establece la competencia objetiva y funcional de los Juzgados de Menores para conocer de los delitos cometidos por los menores, estableciéndose la competencia territorial del Juzgado de Menores del lugar en que se hubieran cometido los hechos presuntamente delictivos (art. 14 LECr.). Creo que hubiera sido preferible dar primacía al lugar de residencia del menor, por su mayor proximidad al ámbito familiar y social del sujeto infractor.

2. MEDIDAS APLICABLES A LOS MENORES

Las medidas, como las denomina la Ley, cuya naturaleza jurídica es controvertida, son sanciones de carácter penal, que, en ocasiones se asemejan a verdaderas penas y, en otras, a medidas de seguridad. Se constituye así un sistema mixto, pues, en ocasiones, su imposición obedece al reproche merecido por su conducta y a la valoración jurídica del hecho cometido (ver arts. 7.3 y 13, por ejemplo), y, en otras, están claramente orientadas a la prevención especial (ver art. 5.2). La ejecución de las mismas, en todo caso, debe atender a la finalidad de reeducación y reinserción social, bajo la perspectiva tanta veces invocada del «superior interés del menor», principio rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el menor, tanto administrativas como judiciales (*vid.* SSTC 124/2002, 47/2009, 127/2013 y 138/2014, por ejemplo).

Por eso, la LRPM concede una gran discrecionalidad al Juez para la elección de la medida o medidas a imponer, su sustitución, así como la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia. En todo caso, la duración

de las medidas privativas de libertad, esto es, las contempladas en las letras a), b), c), d) y g) del artículo 7.1, no podrá exceder «del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal» (art. 8).

En el artículo 7.1 de la LRPM se encuentran recogidas las sanciones penales susceptibles de ser impuestas a quienes con una edad comprendida entre 14 y 18 años cometen una infracción penal. Este precepto ha tenido diversas modificaciones desde su formulación original. Las más llamativas (no las únicas) van referidas a la sucesiva introducción de nuevas medidas (la LO 7/2000, de 22 de diciembre, introdujo la inhabilitación absoluta y la LO 8/2006, de 4 de diciembre, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o personas allegadas) y a la introducción mediante la LO 8/2006 del apartado 4, que regula expresamente los supuestos en los que el juez considera conveniente imponer más de una misma medida. Nos encontramos ante el precepto más extenso de la ley e, incluso, de todo el Derecho Penal español.

Concretamente, tras las modificaciones dichas, la LRPM prevé actualmente las siguientes medidas:

- a) Internamiento en régimen cerrado.
- b) Internamiento en régimen semiabierto.
- c) Internamiento en régimen abierto.
- d) Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto.
- e) Tratamiento ambulatorio.
- f) Asistencia a un centro de día.
- g) Permanencia de fin de semana.
- h) Libertad vigilada.
- i) La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.
- j) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.
- k) Prestaciones en beneficio de la comunidad.
- l) Realización de tareas socio-educativas.
- m) Amonestación.
- n) Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.
- ñ) Inhabilitación absoluta.

Aunque en el precepto se afirme que las medidas están ordenadas «según la restricción de derechos que suponen», no está claro cuál es el criterio del

orden y, en consecuencia, no se puede afirmar que ahí se contemple un orden basado en el criterio de la mayor o menor intensidad en la restricción de los derechos, razón por la cual en aquellos preceptos (como los arts. 8, 11 o 47 LRPM, donde el Juez tiene que seleccionar la medida más grave o más restrictiva de derechos), la ordenación que establece el artículo 7 LRPM carece de relevancia.

Como señalara Feijoo, parece que el precepto ha querido establecer el siguiente orden: sanciones privativas de libertad (internamientos), sanciones restrictivas o que afectan a la libertad ambulatoria y sanciones privativas de otros derechos (o, más bien, otras sanciones no privativas ni restrictivas de libertad ambulatoria), aun cuando, si se analiza detalladamente, este es un orden que presenta continuas excepciones.

Según esto, cabe convenir que las medidas privativas de libertad son: internamiento en régimen cerrado, semiabierto o abierto, internamiento terapéutico, y permanencia de fin de semana (letras a, b, c, d y g del art. 7.1). Dentro de las medidas no privativas de libertad puede operarse con una división referida a aquellas que tienen una orientación educativa, en donde debemos incluir el tratamiento ambulatorio, la asistencia a un centro de día, la libertad vigilada, la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, las prestaciones en beneficio de la comunidad, la realización de tareas socio-educativas, y la amonestación (letras e, f, h, j, k, l, y m, respectivamente, del art. 7.1 LRPM); y las complementarias de las medidas de orientación educativa, que podemos concretar en la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, la privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, y la inhabilitación absoluta (letras i, n y ñ, respectivamente del art. 7.1).

2.1 Las medidas privativas de libertad

2.1.1 LOS INTERNAMIENTOS

De todas ellas, evidentemente, las más gravosas son los internamientos, pues consisten siempre en el ingreso en un centro, al menos durante parte del tiempo que dura la medida impuesta, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.2 LRPM, estas medidas constan de dos períodos: uno, y primero, que se llevará a cabo en el centro correspondiente, y, el segundo, en régimen

de libertad vigilada, sin que la duración total de ambos períodos pueda exceder los límites establecidos en los artículos 9 y 10 LRPM. Para tomar la decisión es preceptivo un informe del equipo técnico y el juez determinará ya la duración de cada período en la sentencia.

– El internamiento en régimen cerrado supone residir en un centro y desarrollar en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio [arts.7.1.a) de la ley, y 24 RLRPM], señalándose en la Exposición de Motivos de la Ley que este régimen «pretende la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo».

Según el artículo 9 LRPM, esta medida solo podrá ser aplicable cuando los hechos estén tipificados como delito grave (castigado con pena de prisión superior a 5 años), o menos grave, siempre que en este último caso se hubiera empleado violencia o intimidación en las personas o se hubiera generado grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas, y cuando el delito se cometa en grupo o el menor perteneciera o actuara al servicio de una banda u organización que se dedicare a tales actividades. Puede interpretarse que es a estos supuestos, siempre que fueren cometidos por menores que tuvieran 16 o 17 años, a los que parece referirse el artículo 10.1.b) LRPM cuando señala que «el hecho revista extrema gravedad», y entendiendo siempre como tal, por expresa decisión legal, aquel en que se apreciara reincidencia. Lo cual es criticable y solo se podría justificar atendiendo a su eficacia desde el punto de vista de la prevención general, lo que, desde luego, no parece ser lo que deba orientar estas intervenciones.

– El internamiento en régimen semiabierto, supone la residencia en un centro, pero pudiendo realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida [arts. 7.1.b) de la Ley, y 25 del Reglamento]. Según la Exposición de Motivos este régimen «implica la existencia de un proyecto educativo en donde desde el principio los objetivos sustanciales se realizan en contacto con personas e instituciones de la comunidad, teniendo el menor su residencia en el centro, sujeto al programa y régimen interno del mismo».

– El internamiento en régimen abierto supone que el menor llevará a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, aunque el menor reside en el centro como domicilio habitual y con sujeción al programa y régimen interno del mismo [arts. 7.1.c) de la Ley,

y 26 del Reglamento]. La diferencia esencial con el internamiento en régimen semiabierto es que, no solo se realizan fuera del centro algunas actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, sino todas las actividades, convirtiéndose el centro exclusivamente en el domicilio habitual.

– El internamiento terapéutico, según se explica en la Exposición de Motivos de la LRPM, se prevé «para aquellos casos en los que los menores, bien por razón de su adicción al alcohol o a otras drogas, bien por disfunciones significativas en su psiquismo, precisan de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica, no dándose, ni, de una parte, las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para el tratamiento ambulatorio, ni, de otra parte, las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación a aquél de un internamiento en régimen cerrado». El internamiento terapéutico puede ser en régimen cerrado, semiabierto o abierto dependiendo de las necesidades de tratamiento que presente el menor [arts. 7.1.d) de la Ley y 27 del Reglamento]. Esta es una medida que, como ya se señaló y de acuerdo con lo establecido en los artículos 5.2 y 9.5 de la Ley, cuando fuera necesario, les es aplicable a los menores en quienes concurren cualquiera de las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del CP.

Esta regulación, que establece hasta cuatro tipos de internamiento, no parece la más adecuada y ha sido, con razón, objeto de críticas por parte de la doctrina especializada. Más bien creo que habría que haber regulado una medida de internamiento, en general, con diversos regímenes de cumplimiento en la línea de nuestro Derecho penitenciario, cuya legislación obedece a una dilatada experiencia y debió aprovecharse el modelo (Abel Souto, Feijoo). El régimen del internamiento es materia más propia del programa individualizado de ejecución de la medida que de una sentencia judicial, pudiendo el Juzgado de Menores en esta concreta fase, y con un alto grado de flexibilidad, diseñar el modo más idóneo de cumplir cada internamiento en función de las concretas características del menor

2.1.2 PERMANENCIA DE FIN DE SEMANA

Aun cuando en el número 21 del apartado III de la Exposición de Motivos de la LRPM se indique que la permanencia de fin de semana lo será en el hogar del menor, la dicción literal del artículo 7.1.g) LRPM permite que la medida pueda cumplirse en un centro, criterio corroborado en el artículo 28.3 RLRPM.

2.2 Las medidas no privativas de libertad con orientación educativa

Deben incluirse en este apartado las medidas que podemos considerar como alternativas a las de internamiento, cuya aplicación debe reservarse para los supuestos más graves y que, en consecuencia, deben utilizarse como último recurso.

2.2.1 EL TRATAMIENTO AMBULATORIO

El tratamiento ambulatorio pretende tratar las mismas situaciones que el internamiento terapéutico, con la única diferencia de que en estos casos es posible que el menor disponga de un tratamiento adecuado permaneciendo en su entorno y sin salir de su vida social y familiar habitual. Consiste en la asistencia al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que atiendan al menor, siguiendo las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de las anomalías o alteraciones psíquicas, de adicciones o de alteraciones en la percepción [arts. 7.1.e) y 16 RLRPM].

Esta es una medida que, como ya se señaló y de acuerdo con lo establecido en los artículos 5.2 y 9.5 de la Ley, cuando fuera necesario, les es aplicable a los menores en quienes concurren cualquiera de las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del CP.

2.2.2 LA ASISTENCIA A UN CENTRO DE DÍA

Esta medida no cuenta con antecedentes en nuestro sistema de justicia juvenil, ni tampoco tiene una referencia directa en el ámbito de adultos, estando más vinculada a los sistemas de protección, como una de las medidas posibles de apoyo a la familia. En todo caso, la medida de asistencia a un centro de día es una de las medidas de menor aplicación por los Juzgados de Menores.

Los menores residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio [art.7.1.f) de la Ley]. Respecto de la ejecución de la medida, en el artículo 17.3 RLRPM se señala que «tendrán la condición de centro de día los recursos incluidos en la red de servicios sociales de cada comunidad autónoma, siempre que se encuentren plenamente integrados en la comunidad y sean adecuados a la finalidad de la medida».

2.2.3 LA LIBERTAD VIGILADA

Esta medida no privativa de libertad cumple un papel protagonista en la práctica, siendo, con mucho, el recurso sancionador más utilizado, junto con el de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, por los Jueces de Menores. Se trata de una medida de gran tradición en nuestro país, muy utilizada en el ámbito del Derecho comparado y que tiene a su favor su mayor eficacia, contrastada empíricamente, frente a otras medidas, especialmente las privativas de libertad.

En la extensa redacción del art. 7.1.h) de la LRPM se indica que «En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida». Además, el menor tiene que seguir ciertas pautas socio-educativas y queda obligado a mantener entrevistas para cumplimentar su programa educativo así como a cumplir, si el Juez lo considera necesario, ciertas reglas de conducta (prohibiciones u obligaciones) como: la obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello; la obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares; la prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos; la prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa; la obligación de residir en un lugar determinado; la obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas; y, cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

A pesar de que se denomine igual, no tiene el mismo contenido que la medida no privativa de libertad del mismo nombre contemplada en el Código

Penal en sus artículos 105.1.a) y 106. Ésta, como medida postpenitenciaria, tiene un mayor componente de vigilancia o control que la de la LRPM.

La elección de la medida o medidas adecuadas debe atender al principio de flexibilidad, atendiendo no solo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente, a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor (art. 7.3 LRPM), si bien este criterio queda bastante atemperado con la actual redacción del artículo 9.

En cuanto a la ejecución de la medida, en el artículo 18 RLRPM se contempla la figura central del profesional encargado de la misma, que carece de una denominación específica en la Ley, y que deberá elaborar un programa individualizado al respecto, exponiendo «los aspectos concretos referentes a los ámbitos personal, familiar, social, educativo, formativo o laboral en los que se considera necesario incidir, así como las pautas socio-educativas que el menor deberá seguir para superar los factores que determinaron la infracción cometida», realizando el seguimiento y control de la medida para su posterior informe al Juez.

Debe reseñarse, también, que esta medida presenta, en cuanto a la determinación de los órganos encargados de su cumplimiento, ciertas particularidades. En general se trata de una medida que es competencia de la entidad pública autonómica, de acuerdo con las reglas generales de la competencia administrativa en materia de ejecución del artículo 45. Sin embargo, cuando se trata de una medida complementaria de una medida de internamiento en régimen cerrado en supuestos de especial gravedad [arts. 10.1.b), párrafo segundo, y 10.2 LRPM], pasa a ser competente de dicho cumplimiento (salvo en Cataluña) la Administración del Estado, a través de Instituciones Penitenciarias (arts. 10.4 LRPM y 8.3 RLRPM).

2.2.4 LA CONVIVENCIA CON OTRA PERSONA, FAMILIA O GRUPO EDUCATIVO

En la Ley se indica que «la persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización» [art. 7.1.j)]. El objetivo de esta medida de convivencia educativa, muy poco utilizada por los Jueces de menores, es apartar temporalmente al menor de un entorno criminógeno (marco familiar deteriorado, conflictivo, muy deficiente, etc.), facilitando así la adquisición de pautas de inmersión en los valores socialmente adecua-

dos. También, en supuestos de malos tratos familiares protagonizados por los menores.

Ante la manifiestamente incompleta regulación por parte de la Ley, el artículo 19 RLRPM procura contemplar de manera más minuciosa los distintos aspectos referidos a la selección de la persona, familia o grupo educativo que se encargará de la ejecución de la medida, sus requisitos y condiciones personales, familiares y económicas, indicando que quien «asuma la convivencia adquirirá las obligaciones civiles propias de la guarda». En el proceso de selección se escuchará necesariamente al menor y, cuando sea el caso, a sus representantes legales, conservando aquél el derecho de relacionarse con su familia, salvo que haya una prohibición judicial expresa.

2.2.5 LAS PRESTACIONES EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Es ésta una medida, que aparece por primera vez en nuestro ordenamiento en la LO 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, muy utilizada en el ámbito del Derecho comparado y que está teniendo una importante aplicación en la práctica.

Tal y como señala el artículo 7.1.k) de la Ley, «la persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad». Consiste, pues, en realizar una actividad, durante un número de sesiones previamente fijado, bien sea en beneficio de la colectividad en su conjunto, o de personas que se encuentren en una situación de precariedad por cualquier motivo.

Aunque la LO 8/2006 ha eliminado la última frase de esta letra j), que hacía referencia a que «se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor», el artículo 20.2.b RLRPM, en consonancia con lo dicho en el apartado III.15 de la Exposición de Motivos de la Ley, señala, como una de las condiciones que deben reunir las actividades, que «estarán relacionadas, preferentemente, con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor».

La orientación educativa de la medida no está dirigida a paliar carencias que presente el menor y que le pueden llevar a delinquir, sino a desarrollar su sentido de la responsabilidad, de la empatía social y a que entienda que la re-

prochabilidad de ciertas conductas está vinculada a las consecuencias nocivas de determinados comportamientos.

2.2.6 LA REALIZACIÓN DE TAREAS SOCIO-EDUCATIVAS

Consiste en la realización por parte del menor, sin internamiento ni libertad vigilada, de actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social [art. 7.1.l) LRPM] y, también, según el apartado III.19 de la Exposición de Motivos, su reinserción social.

Esta medida se muestra especialmente adecuada cuando el menor presenta carencias relacionadas con la interacción social o educativa vinculadas a la comisión del hecho delictivo. Según establece el artículo 21.1 RLRPM, el horario de su realización «deberá ser compatible con el de la actividad escolar si el menor se encuentra en el período de la enseñanza básica obligatoria, y, en la medida de lo posible, con su actividad laboral».

2.2.7 LA AMONESTACIÓN

Se trata de la medida más leve contemplada en la LRPM, idónea para autores primarios entre 14 y 16 años que todavía respetan las figuras de autoridad, que hayan cometido una infracción leve o no demasiado grave y que presenten un buen pronóstico y una socialización adecuada, sin necesidades de intervención por parte del aparato penal, especialmente si ya la propia existencia del proceso es entendido como un coste para el menor.

El juez, en un acto único que tiene lugar en la sede judicial, manifiesta al menor de modo concreto y claro las razones que hacen socialmente intolerables los hechos cometidos, le expone las consecuencias que para él y para la víctima han tenido o podían haber tenido tales hechos, y le formula recomendaciones para el futuro, instándole a no volver a cometer tales hechos [apartado III.14 de la Exposición de Motivos y art. 7.1.m) de la Ley].

Si bien la Ley no establece expresamente si la reprensión tiene que ser pública o privada, ni tampoco las personas que deben estar presentes en el acto de amonestación, parece que la reprensión tiene que ser pública y, al menos deben estar también presentes el Fiscal, las partes personadas, el letrado del menor, un representante del equipo técnico y, si no se acuerda lo contrario, los representantes legales del menor (personas que, según el art. 35, deben asistir a la audiencia).

2.3 Las medidas no privativas de libertad complementarias de las medidas con orientación educativa

2.3.1 LA PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE O COMUNICARSE CON LA VÍCTIMA O CON AQUELLOS DE SUS FAMILIARES U OTRAS PERSONAS QUE DETERMINE EL JUEZ

Se trata de una doble medida, englobada en el término «alejamiento» e introducida por la LO 8/2006, en la línea general de otorgarle un mayor peso a los intereses de las víctimas, con una redacción casi idéntica (salvo matices específicos como la referencia a centros docentes) a las de los apartados 2 y 3 del artículo 48 CP.

2.3.2 LA PRIVACIÓN DEL PERMISO DE CONDUCIR CICLOMOTORES Y VEHÍCULOS A MOTOR, O DEL DERECHO A OBTENERLO, O DE LAS LICENCIAS ADMINISTRATIVAS PARA CAZA O PARA USO DE CUALQUIER TIPO DE ARMAS

Configuradas como medidas restrictivas de derechos, también podrán imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente [art. 7.1.n) de la Ley].

Si no fueran ejecutadas directamente por el Juez de Menores, «se ejecutarán por los órganos administrativos competentes por razón de la materia» (art. 8.4 RLRPM).

2.3.3 LA INHABILITACIÓN ABSOLUTA

Con una dicción similar al contenido del artículo 41 CP, la LO 7/2000, adicionó a la LRPM esta nueva medida de carácter aflictivo con el confesado propósito de su aplicación a los menores «por su creciente participación, no solo en las acciones de terrorismo urbano, sino en el resto de las actividades terroristas». En este sentido, el artículo 10.3 de la Ley dispone la imposición de esta medida, contemplada ahora en la letra ñ) del artículo 7.1, para el caso de que el delito cometido sea, precisamente, uno de los de terrorismo comprendidos en los actuales artículos 573 a 580 bis CP.

La medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

3. LAS MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 28 LRPM contiene las reglas generales de aplicación de diversas medidas de naturaleza cautelar, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir (conjuntamente) u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima. Además, se contempla en el artículo 29 la posibilidad de la adopción de medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad cuando quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 CP.

En cuanto a las primeras, adoptadas mediante resolución judicial motivada y que solamente deben mantenerse mientras persistan las razones que aconsejaron su adopción, podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado (a modo de prisión preventiva y atendiendo a la gravedad de los hechos), libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. De manera similar a lo establecido en los artículos 58 y 59 CP, el tiempo de cumplimiento de las medidas se abonará en su integridad para el cumplimiento de las que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas.

En cuanto a las segundas, se adoptarán las precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, solicitando, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor. Obsérvese que no estamos ante medidas cautelares propiamente dichas, sino ante medidas civiles de naturaleza protectora, resultando un tanto chocante que se pueda determinar la responsabilidad penal de un menor, exento de ella, aunque sea con la finalidad «benéfica» de aplicarle una medida terapéutica.

4. MAYORÍA DE EDAD

Tal y como establece el artículo 14 LRPM, disposición que representa uno de los pilares del endurecimiento punitivo que representó la LO 8/2006, como regla general, cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores.

Si un menor alcanza los 18 años cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado (y solo en régimen cerrado, a diferencia de lo que sucedía hasta la mencionada reforma), es posible que el Juez ordene que el cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario, siempre que la conducta de la persona internada no responda a los objetivos propuestos en la sentencia (art. 14.2 LRPM). Esta opción de cumplimiento pasa a ser prácticamente obligatoria cuando el sujeto tiene más de 21 años (art. 14.3 LRPM), siendo excepcional, aunque también posible, que permanezca en el centro de menores, en todo caso siempre que responda a los objetivos propuestos en la sentencia.

Esta solución político-criminal es desocializadora y criminógena, pues, como señalara Feijoo, la presencia de jóvenes de edad muy avanzada en los centros de menores plantea serios problemas a las administraciones autonómicas. Entre ellos cabe destacar algunos como los siguientes: a) cuanto mayor es la edad de los internos más costosa y complicada se suele hacer la vigilancia, la seguridad y la disciplina en unos centros menos dotados desde esta perspectiva que los penitenciarios, b) cuanto más edades diversas conviven en un mismo centro más compleja se hace la organización interior y c) el contacto de jóvenes de edad avanzada con los más jóvenes suele tener efectos negativos para éstos y representa un factor criminógeno, además de que la convivencia de franjas de edad tan distantes da lugar a procesos de victimización y abusos. Por ello la criticable solución que se ha buscado es separar a los mayores de 18 años de los menores (salvo casos en los que no se plantean dichos conflictos porque el menor está teniendo una evolución positiva y ha dejado de ser conflictivo).

5. LA CONCILIACIÓN Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Como exponentes de las varias alternativas de naturaleza desjudicializadora en interés del menor, reduciendo al mínimo la intervención penal y concediéndole autonomía en el proceso de responsabilización por el hecho delictivo.

tivo cometido, se encuentran en el artículo 19 de la LRPM la conciliación y la reparación del daño entre el menor y la víctima. Ambas son dos manifestaciones del principio de oportunidad procesal reglada (que también aparece en el art. 18 LRPM), en virtud de las cuales y cumplidos los requisitos legales, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del procedimiento incoado contra el menor, siendo esencial el papel de mediador del Equipo Técnico y el informe que al respecto realice (arts. 27.3 LRPM y 5 RLRPM).

Según el artículo 19.2 LRPM, «se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva».

En este contexto, tanto el menor como la víctima eluden un proceso estigmatizador (para el menor) y la víctima no solo interviene en la resolución del conflicto, sino que evita así una hipotética segunda victimización (Pozuelo). Si la conciliación busca la satisfacción psicológica de la víctima, la reparación tiende más bien a la consecución de una satisfacción material (Sánchez García De Paz).

Los requisitos que establece la Ley, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, son: que el hecho imputado al menor constituya «delito menos grave o leve» (esto es, los que el art. 13 CP castiga con pena menos grave o leve, respectivamente –art. 33.3 y 4 LRPM–) y que hayan sido cometidos sin violencia o intimidación.

Además, ya en fase de ejecución de la medida, la conciliación puede dejar sin efecto la medida impuesta en cualquier momento de su cumplimiento, a tenor de lo previsto en los artículos 51.3 LRPM y 15.1 RLRPM, si el Juez lo considera oportuno y así se lo indica la entidad pública de protección o reforma de menores. Incluso cabe añadir, que también la conciliación, como exponente del principio de oportunidad y del instituto de la mediación, es un dato a valorar para el sobreseimiento de un procedimiento disciplinario incoado en los centros por el comportamiento del menor durante su permanencia en ellos (art. 60.5 RLRPM).

6. REGLAS ESPECIALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Los artículos 61 a 64 LRPM contemplan el ejercicio de la acción civil. El modelo de responsabilidad civil previsto en la LRPM para los daños causados por sujetos mayores de 14 años y menores de 18 supone que los menores res-

ponderarán civilmente por esos daños y solidariamente con él los padres, tutores, acogedores y guardadores. Responsabilidad esta última que podrá verse moderada si éstos no hubieran favorecido con dolo o negligencia grave la conducta del menor (art. 61.3 LRPM), lo cual podrá permitir no exigir de manera automática esa responsabilidad a dichas personas por el mero hecho de ostentar una de esas condiciones, sino cuando el menor estuviera a su cargo en el momento en que cometió la infracción, cuya conducta no favorecieron.

De la nueva redacción del enflaquecido artículo 64 LRPM (que continúa rotulándose como «Reglas de procedimiento») se deduce con claridad que el procedimiento ha de seguir «las reglas generales» (así, por ejemplo, en el art. 64.4.^a LRPM) contenidas en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, la reforma operada en la LRPM por la LO 8/2006 ha unificado la pretensión civil con la penal en el fallo penal, si bien mantiene la tramitación de una pieza separada de responsabilidad civil a los solos efectos de determinación de las partes.

6.1 Incoación y legitimación

El inicio de la pieza separada de responsabilidad civil tendrá lugar de manera simultánea a la recepción en el Juzgado de Menores del parte de incoación del expediente procedente de la Fiscalía de Menores («tan pronto como», establece el art. 64.1.^a LRPM y «al propio tiempo», dispone el art. 16.4 LRPM).

Deberá contener cuantas circunstancias consten en relación con la responsabilidad civil: descripción del hecho punible –pudiendo a tal efecto adjuntarse copia de la denuncia o del atestado–, indicación de los menores presuntos responsables, así como de los perjudicados, etcétera.

La legitimación activa originaria para el ejercicio de la acción civil corresponde naturalmente al perjudicado. Sucede, sin embargo, que el Ministerio Fiscal también puede ejercitarla en su condición de clásico «sustituto procesal» del perjudicado (art. 108 LECr.).

La legitimación pasiva, referida a quienes pueden verse afectados por la decisión judicial pretendida, corresponde al menor responsable de los hechos delictivos que originen la pretensión civil, pero también los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, «por este orden», (como responsables solidarios), también, cuando proceda, las entidades aseguradoras (art. 63 LRPM), y, por último y en su caso, la Administración Pública (art. 61.4 LRPM).

6.2 Extensión de la responsabilidad civil

El artículo 62 de la LRPM dispone que «la responsabilidad civil a 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», esto es, el contenido de los artículos 109 a 115 CP. Con dicha remisión a los preceptos del Código Penal, en lo que respecta al contenido económico o reparador de la obligación civil de reparar los daños y perjuicios causados por el hecho punible ejecutado por el menor, se transfiere al ámbito del proceso penal de menores el sistema de reparación establecido con carácter general para la totalidad de los hechos ilícitos penales, según el cual la responsabilidad civil *ex delicto* comprende tres tipos de prestaciones: la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP).

6.3 Procedimiento, sentencia y recursos

Notificado el decreto de incoación del expediente del Ministerio Fiscal al juez de menores, éste ordenará la apertura de la «pieza de responsabilidad civil» y el secretario judicial notificará a los perjudicados su derecho a ser parte en la misma (arts. 16.4 y 64.1.^a LRPM). Si el perjudicado no reserva el ejercicio de la acción civil, habrá de determinar el Juez los demandados civiles, quienes serán también nuevamente notificados por parte del Secretario Judicial a fin de que comparezcan en la misma (art. 64.2.^a y 3.^a LRPM). 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 (art. 64.4.^a LRPM).

La LO 8/2006, simplifica mucho las reglas de procedimiento en esta materia y establece la tramitación simultánea con el proceso principal de la pieza de responsabilidad civil. También, con la reforma operada por la LO 8/2006 desaparece la previsión dicha en materia de recursos, por lo que deberá acudir-se al sistema general de recursos.

LECTURAS RECOMENDADAS

CRUZ MÁRQUEZ, B., *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Madrid (Marcial Pons), 2006.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J./FEIJOO SÁNCHEZ, B./POZUELO PÉREZ, L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores*, Pamplona (Thomson-Civitas), 2.^a ed., 2019.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J./RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (eds.), «El menor ante el Derecho en el siglo XXI», núm. 15 del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid (BOE), 2011.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «La responsabilidad penal del menor y las sanciones aplicables», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 43, 2016, pp. 115-146.

JORGE BARREIRO, A./FEIJOO SÁNCHEZ, B. (eds.), *Nuevo Derecho Penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Barcelona (Atelier), 2008.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M.^a R., *Derecho Penal de Menores*, Barcelona (Bosch), 2007 (4.^a ed.).

CUESTIONES

1. ¿Es posible la aplicación de la LRPM a los mayores de 18 años?
2. Explique en qué consiste la medida de internamiento prevista en la LRPM y exponga las diferentes clases de internamiento.
3. Explique cuáles son los requisitos para imponer una medida cautelar a un menor que ha cometido una infracción penal. Señale también cuáles son sus límites.
4. ¿Cuál es el papel del Ministerio Fiscal en la LRPM?
5. ¿Qué manifestaciones tiene el principio de oportunidad procesal en la LRPM?

«En este libro los autores, profesores de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, han apostado por la brevedad y la síntesis, una senda que solo les está permitido transitar a quienes, como es el caso, poseen un dominio absoluto de la materia a exponer. Lo fácil es hoy engrosar las exposiciones con el ingente material que proporciona la informática. Brevedad y síntesis, sin merma alguna del rigor científico y la claridad expositiva. Todo ello orientado a facilitar a los alumnos la comprensión de las cuestiones básicas del Derecho Penal, expuestas a través de doce lecciones que comprenden el concepto del Derecho Penal, sus principios en el Estado democrático, la vigencia temporal y espacial de la ley penal, la teoría de la pena, las medidas de seguridad y el Derecho Penal del menor. Por todo ello este manual se convierte en un instrumento pedagógico invaluable, sin dejar de ofrecer una panorámica fiable de los grandes temas de la dogmática penal de hoy a cualquiera que sienta interés por conocer el estado de la misma.»

Del prólogo de Gonzalo Rodríguez Mourullo