

LAS PENAS

ARTURO BELTRAN NUÑEZ

Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid
Teniente Coronel Auditor (Excedente)

INTRODUCCION

Si dividimos en tres partes el estudio de la parte general del Derecho Penal, estudiaríamos en la primera la teoría general de la ley penal (principio de legalidad, la ley penal en el espacio, la ley penal en el tiempo, etc.), en la segunda, la teoría general del delito (la acción, la culpabilidad, la participación, etc.) y en la tercera, la teoría general de la pena.

Pero existe hoy el pensamiento de que la teoría de la ley o la del delito van mudando, y deben ir haciéndolo, lentamente, y que se basan más en conceptos culturales generalizados, al menos en determinadas naciones o grupos de naciones, que en las concretas disposiciones de la ley. Y en concreto la dogmática alemana ha venido dominando toda esta zona del Derecho desde la enunciación moderna del principio de legalidad, a las más actuales doctrinas sobre imputación objetiva o sobre la teoría de la probabilidad en el dolo eventual. Por el contrario, la teoría de la pena viene siendo progresivamente influida por doctrinas anglosajonas, de modo que ideas como la sustitución de penas, los trabajos en favor de la comunidad, la "probation", etc., ya no suenan nada exóticas en España. Y a ello hay que añadir que, en conjunto, la teoría de la pena no ha alcanzado el nivel de exquisitez de la teoría del delito y tampoco esa nota de cultura universal por encima de la legislación positiva, con lo que la regulación del sistema de penas varía mucho más profundamente de unos países a otros; los principios que inspiran la legislación penal, también son mucho más mudables con la geografía y ello permite que, de un código a su sucesor, se altere profundamente el sistema de penas como ha

venido a ocurrir (u ocurrirá inmediatamente) con la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

Se ha dicho que el Código Penal supondrá la excarcelación de muchos miles de delinquentes, y que supone una rebaja generalizada de las penas. La afirmación es discutible. Lo cierto es que el nuevo Código, aunque pone algún acento en las ideas de prevención especial y finalidad resocializadora de las penas, no olvida la prevención general, y de ello hay sobradas muestras a lo largo del articulado.

En concreto, los delitos más frecuentes o que crean más alarma social —delitos contra la salud pública, delitos de terrorismo, delitos violentos contra la propiedad, robos con fuerza— o bien ven incrementadas las penas, o prácticamente mantenidas, o tan ligeramente suavizadas nominalmente que, con la eliminación de buena parte de los beneficios penitenciarios, y, en concreto, de la redención de penas por trabajo, crecerá el tiempo efectivo del cumplimiento de las mismas. Otro tanto puede decirse de los delitos contra la vida, la integridad física, y sobre todo contra la libertad sexual en sus atentados más graves.

Como signos distintivos del nuevo sistema de penas (no me atrevo a hablar de principios) podemos señalar:

- El intento de rehuir las penas cortas privativas de libertad (o al menos de su cumplimiento continuado) manteniendo, aunque con matices, la posibilidad de suspensión de condena e introduciendo la posibilidad de sustitución de penas de aquella clase por otras.
- La tendencia a que la dimensión del cumplimiento real de la pena privativa de libertad se aproxime (aunque nunca alcance) a la duración nominal de la misma.
- El endurecimiento de las penas, en los delitos más graves, a veces en sí, en abstracto, y siempre en los casos de formas imperfectas de ejecución, de complicidad o de concurrencia de circunstancias atenuantes cualificadas (por el juzgador) o de eximentes incompletas.

Ejemplo:

Pena mínima para un homicidio en legítima defensa incompleta o con participación de un semienajenado.

a) En el Código Penal vigente (texto refundido de 1973).

- Para el autor, 6 meses y un día de prisión menor.
- Para el cómplice, 1 mes y un día de arresto mayor (con suspensión de condena por ministerio de la Ley en ambos casos).

b) En el Código de 1995.

- Para el autor, dos años y seis meses de prisión.
- Para el cómplice, un año y tres meses de prisión.

(No existe la suspensión obligada de la ejecución de la pena en ningún caso, y en el primero —autor— no es posible tal suspensión ni la sustitución por otra pena.)

CLASES DE PENAS

Podemos clasificar las penas (arts. 32 y 33 del C. Penal) atendiendo:

A) *A los bienes jurídicos a los que afecten; se dividirán en:*

- Penas privativas de libertad.
- Penas privativas de otros derechos.
- Penas de multa.

B) *A que la ley la imponga especialmente o declare con carácter general que otras las llevan o pueden llevarlas consigo:*

- Penas principales.
- Penas accesorias.

C) *A su naturaleza y duración:*

- Penas graves (previstas para delitos graves).

- Penas menos graves (sancionan delitos menos graves).
- Penas leves (sancionan las faltas).

No se consideran penas las medidas cautelares de naturaleza penal; las correcciones gubernativas o disciplinarias y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas (art. 34 de C. Penal).

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (ARTS. 35 A 38)

Son la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa (art. 35).

La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, salvo cuando la Ley disponga excepcionalmente otra cosa; salvedad ésta que convierte en retórica la afirmación inicial (art. 36) por ejemplo en ciertos supuestos de asesinato (art. 140), regicidio (art. 485), terrorismo (art. 572), delito contra el derecho de gentes (art. 605-1), genocidio (art. 607), etc. (lo que por otra parte parece razonable).

La pena de prisión hasta tres años (inclusivo) se considera menos grave; desaparece como pena leve.

El arresto de fin de semana se extenderá desde un fin de semana hasta veinticuatro fines de semana. Podrá superar esta dimensión si se impone en sustitución de otra pena (arts. 37-1 y 88). Cada arresto tendrá una duración de 36 horas y se cumplirá durante los viernes, sábados o domingos en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado, si es posible (esto traerá problemas), si bien oído el Fiscal y previo acuerdo (¿acuerdo?) del reo, el Juez puede ordenar su cumplimiento en otros días de la semana (v. gr., festivos, "puentes", día libre laboralmente) o en depósitos municipales (esto traerá más problemas). Cada arresto de 36 horas equivaldrá a dos días de privación de libertad.

La ausencia injustificada durante dos fines de semana (más bien la no presentación) da lugar al delito de quebrantamiento de conde-

na y faculta al Juez de Vigilancia a acordar que el arresto se cumpla íntegramente.

El arresto hasta de seis fines de semana es pena leve; de siete a veinticuatro, pena menos grave.

En el Derecho extranjero (no me atrevo a decir comparado) el éxito de este tipo de sanciones es discutible. En España su introducción no viene acompañada de una política presupuestaria adecuada y, en cuanto a la mención de los depósitos municipales, más vale no menearlo.

La responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa será pena menos grave o leve, según lo sea la multa a la que sustituya.

PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS (ARTS. 39 A 43)

Se enumeran en el artículo 39 C. Penal: Inhabilitación absoluta y especial, suspensión de empleo o cargo público, privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, trabajos en beneficio de la comunidad.

Los artículos 40 y siguientes establecen la duración de estas penas y los efectos que producen. En lo que se refiere a las penas de inhabilitación y suspensión las variantes respecto de Código Penal, texto refundido de 1973, son escasas. Merece la pena destacar que se establece expresamente que la pérdida del derecho de sufragio se limita al pasivo (a ser elegido) y que se introduce la inhabilitación especial para los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela.

Es relativamente novedosa la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos (art. 39-F), que con redacción similar se repite como pena accesoria en el artículo 57 y como medida de seguridad en el artículo 105-1, c) y d). Sobre esto volveremos más adelante.

Pero la novedad esencial (en nuestro ordenamiento) es la inclusión de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 39-6), una suerte de pena pactada (no puede imponerse sin el consentimiento del penado -art. 49-), pensa-

da para sustituir a otras pecuniarias o privativas de libertad (art. 88.2). Consiste en prestar cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública en jornada no superior a ocho horas (la determinación de actividades se establecerá reglamentariamente y no se prevé la duración mínima diaria del trabajo; ninguna de estas cosas puede considerarse un acierto).

El trabajo puede desempeñarse en el seno de las administraciones públicas o asociaciones de interés general, no se supeditará al logro de intereses económicos, no atentará a la dignidad del penado, será facilitado por la Administración (veremos si esto pasa de ser un pío deseo o convierte la pena en fórmula hueca), su ejecución se desarrollará bajo el control del Tribunal sentenciador (no del Juez de Vigilancia) y el trabajador gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de seguridad social.

Son penas graves restrictivas de derechos:

- La inhabilitación absoluta.
- Las inhabilitaciones especiales y las suspensiones por tiempo superior a tres años.
- La privación del derecho de conducción y de los de tenencia y porte de armas por más de seis años.
- La privación del derecho de residir en determinados lugares o de acudir a ellos por más de tres años.

Son penas menos graves restrictivas de derechos:

- Las inhabilitaciones especiales y suspensiones hasta tres años.
- La privación del derecho de conducción y de los de tenencia y porte de armas de un año y un día a seis años.
- La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos de seis meses a tres años.
- Los trabajos en favor de la comunidad de noventa y seis a trescientas ochenta y cuatro horas.

Son penas leves restrictivas de derechos.

- La privación del permiso de conducción y los de tenencia y porte de armas de tres meses a un año.
- Los trabajos en beneficio de la comunidad de dieciséis a noventa y seis horas.

PENAS DE MULTA (ARTS. 50 A 53)

Son sanciones pecuniarias. Pueden tener carácter de penas originarias o de sustitución de otras penas (art. 88).

Pueden ser de cuantía fija o de cuantía proporcional. Estas últimas se establecen en relación a otro concepto (tanto al duplo o al triplo de lo defraudado, del valor de la cosa, de la ganancia obtenida, v. gr.) y son siempre, aunque su cuantía sea escasa, penas menos graves (es discutiblemente correcto, pero es así, artículo 33-3-f).

Las penas de cuantía fija (por así llamarlas) se rigen por el sistema de días -(o meses, o años)- multa. La duración es de cinco días a dos años. Son penas menos graves las superiores a dos meses; las restantes son leves. Si la pena es sustitutiva de otra, el límite máximo de dos años no rige.

El concepto del día -(o mes, o año)- multa es novedoso en nuestro sistema, pero no es ininteligible o confuso. De hecho manejamos con soltura y comprendemos binomios que combinan un concepto económico y una dimensión temporal (v. gr., salario-hora; sueldo mensual o anual).

La cuota de un día-multa oscila entre un mínimo de 200 pesetas y un máximo de 50.000; la de un mes-multa, (treinta días), entre 6.000 pesetas y 1.500.000 pesetas; la de un año (trescientos sesenta días), entre 72.000 pesetas y 18.000.000 de pesetas.

Si la multa es de cuantía proporcional, el Tribunal puede imponerla en toda su extensión no atendiendo a las reglas generales de determinación de las penas, pero tomando en consideración la concurrencia de circunstancias modificativas y especialmente la situación económica del culpable.

Si la multa es de cuantía fija (día, mes, año-multa), el Juez efectuará (al menos, en teoría, debe hacerlo) una doble operación:

- En primer lugar determinar la extensión de la pena (tantos meses-multa, v. gr.) atendiendo a las reglas generales de aplicación de las penas (grado de ejecución, forma de participación, circunstancias...), es decir, en atención al injusto típico y a la culpabilidad.
- En segundo lugar, fijará el importe de la cuota (trescientas, dos mil, cuarenta mil pesetas-día, v. gr.) atendiendo exclusivamente a la situación económica del reo (patrimonio, ingresos, cargas familiares, etcétera).

No obstante, sobre el subconsciente (o el consciente) del Juez al realizar esta doble operación se estará proyectando la idea de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago (voluntario o por vía de apremio). Pues en efecto, si la extensión de esa responsabilidad es flexible en el caso de las penas de cuantía proporcional, pues queda al arbitrio del Juez con límite de duración de un año (que es mucho), en el caso de los días, meses o años-multa, la responsabilidad personal subsidiaria se establece en un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, sistema terriblemente rígido, que no llega a lo inflexible porque permite su cumplimiento en arrestos de fines de semana o sustituyendo cada día de privación de libertad por una jornada de trabajo en favor de la comunidad. (Con todo el sistema es durísimo: una pena de un año-multa, 72.000 pesetas a 15.000.000 de pesetas; impuesta a una persona sumamente pobre, puede suponer seis meses de privación de libertad, o noventa arrestos de fin de semana.)

El importe de las cuotas puede reducirse excepcionalmente si el reo mudare a peor de fortuna.

Tanto en las multas de cuantía fija, como en las de cuantía proporcional, el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria exonera del pago de la multa aunque se mejore de fortuna.

No se impondrá esta responsabilidad subsidiaria a los condenados (además de la multa fija o proporcional) a pena superior a cuatro años de privación de libertad.

PENAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS (ARTS. 54 A 57)

Es ésta una clasificación de las penas a la que ya se ha hecho referencia. Son principales las que la ley impone especialmente (a cada tipo de infracción) y accesorias aquellas que declara con carácter general que las primeras las llevan o pueden llevarlas consigo (con alguna matización que luego se hará).

Las penas privativas de libertad, consistentes en prisión y arresto de fin de semana, son siempre principales.

Las penas de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión y oficio, industria o comercio, derecho de sufragio pasivo o cualquier otro derecho pueden ser tanto especiales como accesorias. La primera será de imposición obligada como accesoria en caso de condena a pena de prisión superior a 10 o más años; de las demás el Juzgador vendrá obligado a imponer alguna de ellas como pena accesoria atendiendo a la gravedad del delito, si bien la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, o cualquier otro derecho, sólo se impondrá si existe relación, apreciada en la sentencia, entre dicho empleo, cargo, etc., y el delito cometido. En todo caso sólo podrán estas accesorias acompañar a penas de prisión de seis meses a diez años.

Dentro de la sección correspondiente a las penas accesorias (art. 57), se contiene una disposición que permite, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, que los Tribunales acuerden, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente representa, la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito o acuda

a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro de un período de tiempo que dichos Tribunales señalen y que no podrá ser superior a cinco años.

Es harto dudoso que este precepto, pese a su ubicación sistemática, contenga una pena accesoria. En efecto:

- No aparece como consecuencia de otras penas, sino directamente del delito (puede incluso no haber pena: v. gr., absolución por trastorno mental).
- No tienen la duración de la pena principal (conforme a la regla general del artículo 33-6) sino una duración propia.
- Se tiene en cuenta para decidir su extensión, e incluso su eventual imposición, no sólo el criterio de gravedad de los hechos, sino el de peligrosidad del delincuente (peligrosidad muchas veces futura, cuando se haya impuesto una pena privativa de libertad que puede ser larga), criterio propio de las medidas de seguridad.

Por todo ello no parece arriesgado pronosticar un escaso uso de la facultad contenida en esta norma. Puede, sin embargo, ser aplicable a los integrantes de las fuerzas y cuerpos de seguridad (pensemos en el rechazo social de un agente de la autoridad que ha atentado a la intimidad ajena o ha torturado, v. gr.).

DISPOSICIONES COMUNES (ARTS. 58 A 60)

Incluye aquí el Código normas variopintas pero sensatas, tales como:

- El abono de la privación de libertad sufrido preventivamente, tanto para el cumplimiento de la pena impuesta en la causa en que se acordó la prisión preventiva, como en otras siempre que los hechos que en ellas se enjuicien sean anteriores al ingreso en prisión (proscripción lógica de la delincuencia "a crédito").
- Otro tanto ocurrirá con las privaciones de derecho acordadas cautelarmente.
- Si la medida cautelar es de distinta naturaleza a la de la pena impuesta, el Juez

deberá, al ejecutar ésta, tenerla por cumplida en la parte que (razonablemente) estime compensada.

- En caso de trastorno mental duradero y grave que impida al condenado en sentencia firme conocer el sentido de la pena, el Juez acordará que se suspenda la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas, y asegurará la asistencia médica al penado. Restablecido, en su caso, éste en su salud, cumplirá el resto de la pena si no hubiera prescrito, salvo que el Tribunal, por razones de equidad, acuerde dar por extinguida la condena o reducir su duración en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

APLICACION DE LAS PENAS

1. REGLAS GENERALES (ARTS. 61 A 72).

A) *Pena tipo o abstracta.*

Se entiende que es la impuesta por la ley a los autores del delito consumado.

B) *Individualización de la pena en función del grado de ejecución.*

Desaparece la figura del delito frustrado que queda englobado en la tentativa. A los autores de tentativa se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada (lo que parece que excluye la aplicación rígida de las normas relativas a la concurrencia de circunstancias), atendiendo al peligro inherente al intento (v. gr., el arma utilizada, la forma de ataque) y el grado de ejecución alcanzado (tentativa más o menos acabada).

C) *Individualización de las penas en función de la forma de participación.*

El encubrimiento pasa a ser delito contra la Administración de Justicia y desaparece como forma de participación en el delito. A los cómplices de un delito consumado o intenta-

do se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada para los autores del mismo.

D) *Regla especial.*

Las anteriores no se aplicarán en los casos en que la tentativa o la complicidad se penen especialmente por la ley.

E) *Individualización de las penas en función de la concurrencia de circunstancias modificativas:*

E-1. Disposiciones comunes.

- No se tendrán en cuenta los atenuantes o agravantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni las que sean de tal modo inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no podría cometerse. La referencia a los atenuantes es novedosa respecto al Código Penal, texto refundido de 1973.
- Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente en sus relaciones personales con el ofendido en otra causa personal (parentesco, enfermedad mental v. gr.) servirán para atenuar o agravar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurren.
- Las que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellos en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

En estas dos últimas reglas, el Código parece referirse tanto a las circunstancias genéricas como a las específicas, entendiéndose por estas últimas las que dan lugar a tipos agravados (e incluso, aunque es discutible y de dudosa justicia, a tipos privilegiados).

E-2. Disposiciones particulares.

En el Código del 95 las penas ya no se dividen en tres zonas o grados, sino en dos mitades. Pues bien:

- En caso de delitos no circunstanciados o en los que concurren tanto circunstancias atenuantes como agravantes, los Tribunales pueden, en principio, recorrer la pena en toda su extensión, pero adecuando ésta a las circunstancias personales del delincuente, y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia. (Ha de pensarse que la individualización de la pena es susceptible de recursos de apelación o casación, según proceda, pues el arbitrio judicial queda limitado por la racionalidad y la correcta adecuación al caso concreto de los conceptos indeterminados que contiene el precepto.)
- Si concurre sólo una atenuante, la pena se impondrá en su mitad inferior.
- Si concurren una o más agravantes (sin atenuantes), la pena se impondrá en su mitad superior.
- Si concurren dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, el Tribunal, razonándolo en la sentencia, puede imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, aplicándola en la extensión que estime pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias. (Parece que se ha suprimido el requisito de que no concurren agravantes, presente en el texto refundido de 1973, pero sin trascendencia práctica en orden a bajar la pena, pues hay una norma específica para el supuesto de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes. Con todo, la interpretación no será pacífica. Sobre todo si concurren dos o más circunstancias muy cualificadas y una agravante -v. gr., arrebató y arrepentimiento, de especial intensidad ambos, y reincidencia- parece injusto no degradar la pena.)
- Si concurre alguna eximente incompleta, los Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente atendidos el número y la entidad de los

requisitos que falten o concurren, las circunstancias personales del autor, y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes. (Tanto esta regla como la anterior presentan el problema de si la facultad del Tribunal se limita, razonablemente, a optar por bajar la pena en un grado o dos, o se extiende a no bajarla, ya que el Código se refiere a que "podrán imponer" la pena inferior... La interpretación jurisprudencial ha venido sosteniendo que es obligada la rebaja en un grado y facultativa en dos, pero el futuro puede guardar sorpresas.)

(Otro problema que presentan las eximentes incompletas es si la referencia en el precepto a otras atenuantes impide la degradación de las penas en más de dos grados, esto es, si cabe la acumulación de rebajas en caso de semiximentes compatibles -v. gr., legítima defensa y trastorno mental incompletos- o si el término atenuantes incluye a dichas semiximentes, en cuyo caso no cabe acumulación de rebajas.)

Finalmente, hay que decir que el Código prevé la aplicación al menor de 21 años y mayor de 18 de las disposiciones previstas en la ley penal del menor, cuando ésta lo disponga. (Por el momento, el artículo tendrá una vigencia meramente nominal, pues dicha ley del menor no ha entrado en vigor.)

F) Grados inferior y superior de las penas.

Resultan de la aplicación de las siguientes reglas:

- La pena superior se forma partiendo del máximo de la pena anterior y sumando a dicho máximo la mitad del mismo. El anterior máximo (¿más un día?) será el nuevo mínimo y el nuevo máximo aquél más su mitad. Ejemplo: pena superior a la de prisión de uno a cuatro años, será la de cuatro años (¿y un día?) a seis años.
- La pena inferior se forma partiendo del mínimo de la pena anterior y restando de dicho mínimo la mitad de éste. El anterior mínimo (¿menos un día?) será el nuevo

máximo, y el resultado de la resta el nuevo mínimo. Ejemplo: pena superior a la de prisión de diez a quince años, será la de cinco a diez años (¿menos un día?).

En todo caso, aunque la aplicación de las reglas matemáticas resulte una pena superior, se establece que las penas no podrán exceder:

- La de prisión, de treinta años.
- La de inhabilitación absoluta, de veinticinco años.
- Las de privación del derecho de conducción y de los de tenencia y porte de armas, de quince años.
- La de multa, de treinta meses.
- La de arresto de fin de semana, de treinta y seis fines de semana.

Si por aplicación de las reglas matemáticas sobre determinación de la pena resulta una pena inferior a la mínima extensión permitida en la ley para cada clase de pena, se prescindirá de la regla sobre mínima extensión y se aplicará la que resulte de las reglas matemáticas (incluso sancionando un delito en concreto con pena leve -v. gr., al cómplice, trastornado de un delito intentado-).

Por excepción, si la pena que resulta a imponer es la de prisión inferior a seis meses, se sustituirá obligatoriamente por arresto de fin de semana o multa, salvo que proceda la suspensión de la ejecución de la pena.

G) Aplicación analógica.

Cuando la pena señalada en la ley no tenga una de las formas previstas especialmente en el Título Tercero del Libro Primero de la misma (de las penas), se aplicará e individualizará, en cada caso, haciendo uso analógico de las reglas anteriores.

APLICACION DE LAS PENAS

2. REGLAS ESPECIALES (ARTS. 73 A 79).

A) Concurso real (de delitos o faltas).

Supone la ejecución de varios hechos típicos por el mismo sujeto activo, susceptibles

de calificarse separadamente (y de enjuiciarse conjuntamente aunque de hecho se enjuicien por separado).

Como reglas generales, se impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

(Lo que se entiende por posibilidad de cumplimiento simultáneo, es polémico. V. gr., dos penas privativas de libertad no pueden cumplirse simultáneamente, pero la pena privativa de libertad es compatible con la privativa del permiso de conducción, las privativas del derecho a tenencia y porte de armas o la suspensión de cargo público. Posibilidad física o cronológica que, sin embargo, puede dejar sin contenido alguna pena porque ¿qué significado tiene no poder portar armas mientras se esté en prisión, o incluso no poder conducir un vehículo; salvo quizá durante los permisos?)

En todo caso, la ley no aclara cuando es o no posible el cumplimiento simultáneo y se limita a establecer que si éste no es posible, las penas se cumplirán sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad. (Como en el nuevo Código no existen escalas de penas, al menos tan definidas como en el aún vigente, habrá de entenderse que las penas graves se cumplan antes que las menos graves, y éstas antes que las leves, y dentro de cada grupo es polémico si debe atenderse a la pena abstracta o a la concretamente impuesta. V. gr., el robo con intimidación está castigado con pena de 2 a 5 años de prisión, y el homicidio culposo, con pena de 1 a 4 años de prisión. Si el condenado lo fuera a dos años por robo y a tres por homicidio culposo, parece que debería cumplir primero la pena más grave —tres años— aunque el delito por el que se le impone esté en abstracto menos sancionado.)

Como excepción al cumplimiento de todas las penas sucesivamente (lo que sucede con las privativas de libertad), la ley prevé que el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas en que haya incurrido el culpable, declarando extinguidas las demás

desde que las impuestas cubran dicho máximo, que a su vez no podrá superar los veinte años. Pero este límite de veinte años tiene dos excepciones:

- Puede extenderse hasta los veinticinco 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 hasta veinte años.
- Puede extenderse hasta los treinta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años.

B) *Concurso ideal (de delitos o faltas).*

Nos referimos aquí al concurso ideal puro, no al concurso medial o ideal-medial.

En el concurso ideal puro un sólo hecho constituye dos o más infracciones (v. gr., introducir cocaína en España desde un país extranjero, para su difusión aquí, dará lugar a los delitos de tráfico de drogas y contrabando). Se castiga con la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la suma de las penas si las infracciones se penaran separadamente.

En los tipos prohibitivos de causar (v. gr., homicidio, asesinato) el hecho comprende el resultado; por ello se sostiene que hay tantos hechos como resultados (y por eso al que, con un explosivo, mata a tres personas, se le castiga como autor de tres asesinatos en concurso real). Esto parece justo, ya que la pena en el concurso ideal sería la de sancionar la infracción más grave en su mitad superior (lo que evidentemente primaria al asesino masivo). No obstante, si resulta más favorable penar los delitos (o faltas) separadamente, es decir, no exasperar la pena del delito más grave, la punición se hará por separado.

Desaparecidas las cláusulas generales de incriminación culposa (arts. 565, 586 bis y 600) del Código Penal, no hay inconveniente alguno para la existencia de concurso ideal o real de delitos imprudentes (v. gr., el conductor alocado arrolla y mata a cuatro peatones),

lo que va a suponer una mayor frecuencia de ingreso en prisión por delitos de esta índole (ya no hay "crimen culpae" con varios resultados, sino tantos "crimina culposa" como resultados típicos).

No hay inconveniente teórico en aceptar el concurso ideal de faltas; más discutible y de escasa trascendencia práctica es la posibilidad del concurso ideal de delito y falta.

C) *El denominado concurso medial o instrumental.*

Legalmente es considerado una variante del concurso ideal. Se trata de los supuestos en que un delito (o falta) es medio necesario para cometer otro (u otra). Para determinar la pena (o penas) a imponer, se aplican las reglas del concurso ideal.

D) *El delito continuado.*

Regulado en el artículo 74 del Código Penal de 1995, en términos similares a los del actual artículo 69 bis, prevé que quien "en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal, o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior".

"Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones, el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas."

Estas dos primeras reglas del artículo 74 no presentan variaciones sustanciales respecto de la redacción actual del 69 bis; si bien, la referencia a los autores en vez de a los responsables es desafortunada, aunque entendemos que esa redacción no impide la aplicación del artículo a los responsables no autores (cooperadores, v. gr.).

Más discutiblemente afortunada es la obligación de imponer la pena en su mitad superior. Pensemos que si bien cabe la falta continuada (v. gr., cuatro hurtos de diez mil pesetas dan lugar a una falta de hurto), también cabe que la continuidad en la comisión de faltas pase a ser calificada de delito (v. gr., seis hurtos de diez mil pesetas —atendiendo al "perjuicio total causado"— pasan a ser delito de hurto). No se entiende por qué además de este salto de falta a delito haya que castigar tal delito con la pena correspondiente y además en su mitad superior.

También las penas llegan a exasperarse excesivamente, pues ya no es que pueda llegarse a la pena superior en grado como en el Código aún vigente, sino que puede alcanzarse la pena superior en dos grados. Si bien es verdad que la desaparición del número 8 del actual artículo 529 —que no aparece en el artículo 250— impide, al menos respecto del delito de estafa, la aplicación conjunta de la agravación como delito continuado y como delito masa.

Por último, siguiendo una regulación ya clásica, el nuevo código establece que "queden exceptuados de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y contra la libertad sexual; en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva".

E) *Cumplimiento de las penas.*

En caso de concurso real de delitos ya se ha dicho que rige la regla general de acumulación de penas, pero con una serie de límites cuales que dicha acumulación no supere los veinte años, ni el triple de la extensión de la pena más grave, si bien cabe llegar hasta los veinticinco si alguno de los delitos está castigado con pena de prisión de hasta veinte años, o incluso hasta los treinta si alguno de los delitos está castigado con pena superior a veinte años de prisión.

Aquí se venía produciendo un fenómeno irritante en los casos de crímenes terroristas (también en otros pero sobre todo en aque-

llos) cual era una cierta gratuidad de todos los delitos cometidos cuando ya se hubiera sido condenado a pena superior a treinta años, siempre que tales delitos se enjuiciaran en un solo proceso o hubieran podido ser enjuiciados en dicho único proceso. Pues bien, el nuevo Código (art. 78) permite que en estos casos si la pena a cumplir resultare inferior a la mitad de las penas impuestas (v. gr., condena a seiscientos años de prisión con el límite de treinta, límite claramente inferior a la mitad de seiscientos) el Tribunal puede acordar, atendiendo a la peligrosidad criminal del penado, que tanto los beneficios penitenciarios como el computo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas.

La regla es acertada y desacertada al mismo tiempo. Acertada porque era una burla la falta de punición real de los sucesivos asesinatos a partir del primero (o, como mucho, del segundo). Desacertada porque el Estado de Derecho, que debe combatir con toda su energía la criminalidad violenta y, en particular la terrorista, no puede sustituir una burla por otra (ni siquiera para los terroristas) y es una burla establecer que alguien gozará de libertad condicional tras cuatrocientos cincuenta años de prisión o de cuatrocientos si obtiene algún beneficio penitenciario, para acabar concluyendo que lo que ocurrirá será que cumplirá treinta años contados de fecha a fecha. Hubiera sido preferible establecer, sin más, esta regla, o incluso ampliarla (v. gr., hasta los treinta y cinco) o bien permitir al Tribunal no sólo el paso radical que supone que esos beneficios y esa libertad condicional se refieren a la totalidad de las penas, sino también a una cifra intermedia entre la pena que resulte a cumplir, y dicha totalidad (v. gr., cuarenta, cincuenta años) comprendida siempre dentro de los límites naturales de la vida humana.

Tal vez por ello el Código añade la coletilla de que, en caso de que se produzca esta decisión del Tribunal, lo será sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente y que en este caso el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando las circunstancias personales del reo, la evolución

del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

LAS FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

PRIMERA PARTE: LA SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (ARTS. 80 A 87)

A) Forma en que ha de concederse el beneficio.

Ha de hacerse por resolución motivada (que lógicamente adoptará la forma de auto). En dicha motivación, el Tribunal atenderá fundamentalmente a la peligrosidad del sujeto.

B) Penas cuya ejecución es susceptible de suspensión.

B-1. Reglas generales.

Con carácter general, la pena impuesta o la suma de penas impuestas en una sentencia no superior a los dos años de privación de libertad (la regla general era hasta ahora que la penas no fuesen de duración superior al año, y por excepción, en caso de concurrencia de eximentes incompletas que no fuesen de duración superior a dos años. En este punto, el nuevo Código amplía las posibilidades. Por el contrario, las restringe en tanto que ahora una suma de penas superior a dos años de privación de libertad, por ejemplo, tres penas de un año de prisión, impuestas en la misma sentencia, no permiten la concesión del beneficio, lo que antes era posible. Por ejemplo, una gran imprudencia originadora de tres muertes se sancionará, como mínimo, con tres penas de un año si opta por las reglas del concurso real, o con una pena de dos años y seis meses si se opta por las reglas del concurso ideal y, en uno y otro caso, supondrá el ingreso en prisión).

B-2. Reglas especiales.

- El beneficio puede extenderse a las penas privativas de libertad hasta tres años de duración si el delito se hubiera cometido a causa de la dependencia al alcohol o a drogas tóxicas o estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
- También puede extenderse, cualquiera que sea su duración (treinta años de prisión, v. gr.), en el caso de que el penado esté aquejado de alguna enfermedad muy grave con padecimientos incurables. (Posiblemente fuera más claro hablar de enfermedad incurable con sufrimiento grave, pero no destaca el Código precisamente por su precisión terminológica. En todo caso, esta norma va a ser muy discutida y en su aplicación práctica traerá problemas.)

C) *Requisitos de la suspensión.*

C-1. Con carácter general.

- Que el condenado haya delinquido por primera vez. Al efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido o hayan debido ser cancelados.
- Que la pena impuesta o la suma de las impuestas en la misma sentencia no exceda de dos años de privación de libertad. (Ya se hizo un comentario a propósito de las penas a que se podrá extender el beneficio. Debe añadirse ahora que la técnica de la suma de penas referida a *una misma sentencia* llevará a consecuencias muy injustas, pues muchas veces depende de la suerte o de la mera sucesión en el esclarecimiento de los hechos que varios delitos se enjuicien en un solo proceso o en una pluralidad de éstos, aunque en ambos casos pueden tener procesalmente la cualidad de delitos conexos.)
- Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles originadas, salvo que el Tribunal, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas. (No se aclara quiénes pueden ser los interesados; aparentemente lo será siempre el condenado, también el

perjudicado, y pueden serlo los demás responsables civiles solidarios o subsidiarios.)

C-2. Supuestos especiales.

- En el caso de delitos cometidos por dependencia del alcohol o a sustancias estupefacientes o psicotrópicas, no hace falta que se cumplan los requisitos de haber delinquido por primera vez (o tener cancelados o haber podido tenerlos los antecedentes) y que la pena o la suma de éstas no sea superior a los dos años (ya se ha dicho que puede llegar hasta tres años), pero serán precisas estas circunstancias (art. 87).
- Que no se trate de reos habituales. Por tales se entienden los que cometen en un plazo de cinco años tres o más delitos previstos en el mismo capítulo del Código y hayan sido condenados por ello (art. 94).
- Que se certifique suficientemente por centro público o privado debidamente acreditado u homologado que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

En el caso de que el condenado sufra una enfermedad muy grave y con padecimientos incurables, el Tribunal no estará sometido a requisito alguno, pero no podrá conceder la suspensión si en el momento de la comisión del delito el culpable ya tuviera otra pena suspendida por el mismo motivo.

D) *Plazo de suspensión.*

D-1. Con carácter general.

Será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años.

Será de tres meses a un año para las penas leves.

El plazo se fijará motivadamente atendiendo a las circunstancias del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

Ante el silencio del Código, ha de pensarse que estas mismas reglas son aplicables en

caso de suspensión de la pena por causa de enfermedad muy grave del penado.

D-2. Supuestos especiales.

El plazo será de tres a cinco años en el caso de que la pena se suspenda en razón de haberse cometido el delito por la dependencia del culpable al alcohol o a sustancias estupefacientes o psicotrópicas. (Ha de pensarse, ya que la ley dice que éste será siempre el plazo, incluso en las penas leves, que tal ampliación tendrá lugar exclusivamente cuando la suspensión no pueda tener lugar conforme a las reglas generales, por ejemplo en caso de reincidencia, pues parece desproporcionadamente duro aplicar la regla especial al delincuente primario autor de una falta por su dependencia del alcohol, v. gr.)

En el caso de este tipo de delincuentes, si durante el plazo previsto éstos no han conseguido la deshabituación, el Tribunal puede acordar la prórroga del plazo de suspensión por un tiempo máximo de dos años más.

E) *Condiciones de la suspensión.*

E-1. Con carácter general.

La suspensión de la ejecución de la pena queda condicionada a que el reo no delinca durante el plazo fijado por el Tribunal.

E-2. Supuesto especial.

En el supuesto de que se conceda la suspensión a adictos al alcohol o sustancias tóxicas o estupefacientes que hayan delinquido en razón de esa dependencia y se hallen sometidos a tratamiento de deshabituación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que el culpable no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables deberán facilitar al Juez, en los plazos que señale, la información precisa para conocer el comienzo y el fin del tratamiento, así como su evolución y las modificaciones que haya de experimentar.

E-3. Condiciones potestativas. (Lo son en cuanto a su imposición, no en cuanto a su obligatoriedad.)

Además de las anteriores, el Tribunal puede condicionar el beneficio al cumplimiento por el reo de alguno o algunos de los siguientes deberes u obligaciones:

- Prohibición de acudir a determinados lugares.
- Prohibición de ausentarse sin autorización judicial del lugar donde resida.
- Comparecer ante el Tribunal, o servicio de la Administración que éste señale, para informar de sus actividades y justificarlas.
- Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.
- Cumplir los deberes que el Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

F) *Inscripción de la suspensión.*

Hasta tanto no se pronuncien sobre la suspensión, lo que deberán hacer con urgencia tras la declaración de firmeza de la sentencia, los Tribunales no remitirán comunicación alguna al Registro Central de Penados y Rebeldes.

Si la suspensión se deniega, se inscribirá el antecedente en los libros de dicho Registro.

Si la suspensión se concede, la inscripción de la pena suspendida se llevará a cabo en una sección especial, separada y reservada de dicho Registro, a la que sólo podrán pedir antecedentes los Jueces o Tribunales.

G) *Remisión definitiva de la pena.*

G-1. Con carácter general.

Si se cumple el plazo de suspensión y las demás condiciones bajo las que se ha acordado la suspensión, el Tribunal acordará la remisión definitiva de la pena y la cancelación de la inscripción en la sección especial del

Registro de Penados. Este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto.

G-2. Con carácter especial.

En el caso de reos sometidos a deshabitación a sustancias tóxicas o psicotrópicas o al alcohol, el Juez acordará la remisión definitiva si, además de cumplirse el plazo, se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento. Si es necesaria la continuación del mismo, podrá prorrogar el plazo de suspensión otros dos años, tras de los cuales, o del tiempo necesario inferior a dos años, acordará la remisión definitiva, si se ha acreditado en el nuevo plazo, la deshabitación o la continuidad del tratamiento. (No parece correcto equiparar un resultado, cual es la deshabitación, con una mera expectativa como la continuidad del tratamiento. En estos supuestos, los dictámenes periciales e informes de los centros correspondientes serán decisivos a la hora de que el Juzgador decida si es necesaria la continuidad del tratamiento o debe renovarse la suspensión.)

H) *Revocación de la imposición.*

H-1. Regla general.

Si el reo delinque durante el plazo de suspensión fijado, el Juez acordará la ejecución de la pena y su inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

H-2. Reglas especiales en supuestos de deshabitación.

Si se incumple la condición de persistir en el tratamiento de deshabitación a alcohol o drogas de quienes se hallen sometidos al mismo, el Juez también acordará el cumplimiento de la pena, pero también puede acordar, como se ha dicho, la prórroga de la suspensión si es necesaria la continuación del tratamiento.

H-3. Reglas especiales en el caso de imposición de condiciones potestativas.

Si el reo infringe durante la suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez puede tomar, previa audiencia de las partes, alguna de estas resoluciones:

- Sustituir la regla de conducta por otra impuesta.
- Prorrogar el plazo concreto de suspensión impuesto siempre que sea inferior a cinco años y hasta ese límite máximo.
- Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.

I) *Audiencia del ofendido.*

En los delitos que sólo puedan ser suspendidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Tribunales oírán a éste, y, en su caso, a quien lo represente antes de decidir sobre la concesión de los beneficios de suspensión de la ejecución de la pena.

FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

SEGUNDA PARTE: SUSTITUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (ARTS. 88 Y 89)

Es esta una idea, si no absolutamente original, nueva en el Derecho Penal español, y una técnica de evitación de las penas cortas privativas de libertad o al menos de su cumplimiento continuado. Para una mayor claridad, analizamos paso a paso la institución, distinguiendo entre las posibilidades de sustitución en general y las posibilidades de sustitución en los casos de penas impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España.

A. Posibilidad de sustitución en general.

1. *Tiempo y forma de la resolución que acuerda la sustitución.*

Puede ésta acordarse motivadamente, en la misma sentencia o posteriormente mediante auto.

2. *Penas sustituibles.*

2-1. Con carácter general.

Podrán sustituirse las penas de prisión que no excedan de un año y los arrestos de fin de semana.

Los Tribunales atenderán para decidir la sustitución de estas penas por otras a las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado.

2-2. Con carácter especial.

Los Tribunales pueden sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que su cumplimiento habrá de frustrar los fines de prevención y reinserción social.

3. *Penas substitutivas.*

3-1. Las penas originarias de prisión pueden sustituirse por arrestos de fin de semana o por multa.

3-2). Las penas originarias de arresto de fin de semana, pueden sustituirse por multa o por trabajos en favor de la Comunidad.

4. *Equivalencias.*

- Cada semana de prisión se sustituirá por dos arrestos de fin de semana.
- Cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa.
- Cada arresto de fin de semana puede sustituirse por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo en favor de la Comunidad.

5. *Condiciones de la sustitución.*

5-1. De carácter general.

- Las penas han de ser originarias sin que quepa la sustitución de una pena substitutiva por otra distinta. (No deja claro el Código si esta norma rige en el supuesto de que la

primera sustitución venga impuesta por la ley, lo que ocurre en caso de que, por degradación de la pena tipo concreta, la resultante es inferior a seis meses de prisión —art. 71-2 del Código—. Nos inclinamos a pensar que cabe la sustitución en este caso, pues en la sentencia es obligatoria la sustitución por arresto de fin de semana o multa y el Juez puede, en el momento, no tener datos de cuál es la más justa o idónea y descubrirlo en un momento posterior.)

5-2. De las penas de prisión.

5-2.1. Condición necesaria es que no se trate de reos habituales. Su concepto (art. 94) ya se expuso al estudiar la suspensión de la ejecución de la pena.

5-2.2. Condiciones potestativas. En caso de sustitución de estas penas, el Tribunal puede imponer alguna de las condiciones potestativas que, como tales, se estudiaron al analizar la suspensión de la ejecución de las penas.

5-3. De las penas de arresto de fin de semana.

Es precisa la conformidad del reo para su sustitución por multa o trabajos en favor de la comunidad.

6. *Posibilidad de sustitución de la pena originaria por varias penas substitutivas.*

El Código no niega (y aun con los matices que se han hecho) sino la posibilidad de sustitución de las penas substitutivas. Nada se opone a la sustitución de la pena originaria en parte por una pena substitutiva, y en parte por otra. Por ejemplo, diez arrestos de fin de semana podrían sustituirse por doce jornadas de trabajos en favor de la comunidad, y dieciséis cuotas de multa.

7. *Quebrantamiento o incumplimiento de la pena substitutiva.*

En caso de quebrantamiento o incumplimiento total o parcial de la pena substitutiva, se

ejecutará la pena originaria descontando la parte del tiempo que se haya cumplido, de acuerdo con las reglas de equivalencia antes estudiadas.

B) Posibilidades de sustitución de las penas a extranjeros no residentes legalmente en España.

1. *Penas sustituibles.*

Lo será cualquiera de prisión.

2. *Medida de seguridad sustitutiva.*

En efecto, la sustitución no se hace por otra pena, sino por la medida de seguridad consistente en la expulsión del territorio nacional. (Ver artículo 96-3.5.^ª y artículo 33.)

3. *Requisitos de la sustitución.*

- Con carácter general deberá ser oído el penado. Este es el único requisito en caso de penas de prisión inferiores a seis años.
- Si la pena de prisión es igual o superior a los seis años, será preciso que el reo haya cumplido tres cuartas partes de la condena. (En realidad es una sustitución meramente parcial, que equivale a poco más que permitir o imponer que el período de libertad condicional se cumpla fuera de España.)

4. *Consecuencias de la aplicación de la medida.*

El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años, que se fijará atendiendo a la duración de la pena impuesta.

5. *Incumplimiento de la medida.*

Si el reo regresara antes del término de tres a diez años que se fije, cumplirá la pena sustituida o el resto de ella.

Si intentara regresar y fuera sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa.

FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

TERCERA PARTE: LA LIBERTAD CONDICIONAL (ARTS. 90 A 93)

Se trata de una institución de gran arraigo en España que puede, en efecto, considerarse que viene a sustituir a la ejecución parcial y final de las penas privativas de libertad y también que forma parte de dicha ejecución. Se trata, en definitiva, de que el último tramo de la pena se cumpla por el reo en libertad bajo determinados preceptos y en ciertas condiciones.

A) Requisitos para decretar la libertad condicional.

1. *En general.*

- Que el penado se encuentre en tercer grado de tratamiento penitenciario.
- Que haya extinguido tres cuartas partes de la condena impuesta.
- Que haya observado buena conducta.
- Que exista respecto del mismo un pronóstico realizado por expertos individualizado y favorable de reinserción social.

En estos casos, el Juez de Vigilancia deberá decretar la libertad condicional, si bien puede imponer al penado una serie de reglas de conducta, que en realidad son medidas de seguridad (sumisión a tratamiento, privación de licencia o permiso de armas, etc. Ver artículos 90-2 y 105 del Código Penal).

2. *Excepcionalmente puede concederse (no es por tanto obligada la concesión).*

- A quienes cumplan todas las condiciones antes expuestas, excepto la de haber extinguido tres cuartas partes de la condena, siempre y cuando hayan extinguido dos tercios de la misma y merezcan el beneficio por haber desarrollado, en forma continuada, actividades laborales, culturales u ocupacionales.

- A quienes cumplan todas las condiciones antes expuestas, excepto la de haber cumplido tres cuartas partes, o incluso dos terceras partes de la condena, si se produce una de estas dos circunstancias:

1ª. Que hubieran cumplido la edad de setenta años o la cumplan durante la extinción de la condena.

2ª. Que se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables.

B. Duración de la libertad condicional.

Este período durará todo el tiempo que falte para el cumplimiento de la condena.

C. Condiciones de la libertad.

Condición general es no volver a delinquir durante el tiempo de duración de la misma.

La libertad está igualmente condicionada al cumplimiento de las reglas de conducta que haya podido imponer el Juez de Vigilancia.

D. Revocación de la libertad condicional.

1. Causas de la revocación.

Tendrá lugar si el penado delinquire durante el tiempo de duración de la misma. (Hay que entender que debe existir sentencia firme condenatoria por los hechos, y que éstos han de cometerse durante el período de libertad condicional.)

Igualmente se revocará por incumplimiento de las reglas de conducta impuestas por el Juez de Vigilancia.

2. Consecuencias de la revocación.

El penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que le corresponda, sin perjuicio del cómputo de tiempo pasado en libertad condicional (que se tomará en cuenta para la extinción de la pena).

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

INTRODUCCION

No es posible detenerse en este momento en el estudio de la historia y el concepto

mismo de "medidas de seguridad". Basta decir que la experiencia ha demostrado su necesidad, bien como alternativa a la pena en los casos en que ésta no puede imponerse (a los inimputables, v. gr.), bien como complemento de la pena allí donde ésta resulta insuficiente (supuesto de semiimputabilidad, v. gr.) o en que, razones de política criminal, aconsejen un tratamiento complejo o distinto del meramente punitivo.

La razón de ser de las medidas de seguridad suele encontrarse en la peligrosidad del delincuente. Ahora bien, los modernos sistemas penales rehuyen un concepto de peligrosidad disociado de la idea de delito y, en consecuencia, miran con malos ojos y como exponente de sistemas políticos autoritarios la existencia de medidas de seguridad predelictuales. No puede negarse la superioridad moral de estas modernas concepciones que, como hace el Código Penal de 1995 (al contrario de la Ley de Peligrosidad Social que expresamente deroga), sólo contemplan las medidas de seguridad postdelictuales.

Sin embargo, la regulación de las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995 es un tanto confusa, con continuas remisiones a otros artículos del Código, lo que hace su estudio notablemente penoso. De ahí que, dada la función que pretende este trabajo, se buscara la máxima simplificación.

EL CODIGO PENAL

Aunque el Código Penal regula específicamente las medidas de seguridad en el Título IV del Libro Primero, hace otras referencias a ella de la mayor importancia.

Dicho Título IV comprende dos capítulos; el segundo de los cuales se subdivide en dos secciones.

El Capítulo 1º (arts. 95 a 100) se refiere a las medidas de seguridad en general.

El Capítulo 2º se refiere a la aplicación de las medidas de seguridad.

La primera sección del mismo, a las medidas privativas de libertad.

La segunda sección, a las medidas no privativas de libertad.

Pero antes de entrar en el estudio de las mismas, es preciso afirmar que el Código Penal en su Título Preliminar establece los siguientes principios.

A) *Principio de legalidad en su aplicación.*

Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente en la ley (art. 1-2).

B) *Principio de legalidad en su ejecución.*

No podrá ejecutarse medida de seguridad alguna en otra forma que la prevista por la ley y los reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto (art. 3-2 "in initio").

C) *Principios de judicialidad y legalidad procesal en su imposición.*

No podrá ejecutarse medida de seguridad alguna sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales (art. 3-1).

D) *Principio de judicialidad en la ejecución.*

La ejecución de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes (art. 3-2 "in fine").

E) *Principio de mínima intervención (y quizá "mutatis mutandi" de lesividad).*

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).

F) *Principio de proporcionalidad.*

[Tal vez en abstracto, las medidas de seguridad debieran ser de duración indeterminada, esto es, de tanta como fuera necesaria para conseguir la reinserción de quien las sufre. La misma Constitución establece que las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25-2).

Pero es lo cierto que si no se establecen límites, se llega en concreto a soluciones aberrantes cual que un delito menor cometido por un inimputable pueda suponer su internamiento de por vida o poco menos.] Por eso el Código establece que las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena aplicable al hecho cometido, ni exceder del límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor (art. 6-2).

Este principio se refuerza en el artículo 95-2 del Código Penal: Cuando la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido no fuera privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar, a su vez, alguna medida no privativa de libertad.

PRESUPUESTOS DE APLICACION

Son los siguientes (art. 95):

1º Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

2º 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.

3º Que en la sentencia se haya apreciado una eximente o semieximente en base a la inimputabilidad (plena o semiplena) del sujeto (art. 95-1 en relación con los arts. 101 a 104).

CLASES DE MEDIDAS

Pueden ser privativas de libertad y no privativas de libertad (art. 96-1).

Son privativas de libertad (art. 96-2):

1º El internamiento en centro psiquiátrico.

2º El internamiento en centro de deshabitación.

3º El internamiento en centro educativo especial.

Son no privativas de libertad (art. 96-3 y 105):

1º La prohibición de estancia y residencia en determinados lugares.

2º La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

3º La privación de licencia o permiso de armas.

4º La inhabilitación profesional.

5º La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.

6º La sumisión a tratamiento externo en centros médicos de carácter sociosanitario.

7º La obligación de residir en lugar determinado.

8º La prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas.

9º Custodia familiar. El sometido a esta medida, quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

10. Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.

Como puede verse, la lista de medidas es impresionante. Impresiona menos si se piensa que el Código Penal se publica sin reparar en si existen o no medios para cumplirlo, y sin acompañarlo de las medidas presupuestarias precisas. Habrá que esperar a ver en qué quedan las medidas de internamiento en centros especiales e incluso en centros psiquiátricos que reúnan, al tiempo, una mínima garantía de seguridad; o cómo se vigila el cumplimiento de medidas tales como la prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas. (Pensemos que en muy pocos locales se venden exclusivamente bebidas alcohólicas. ¿Podrá acudir a un café o a un supermercado? ¿Quién lo vigilará? ¿Se quebranta la medida si se adquiere el alcohol por mandatario sin visitar el establecimiento?) El Código se limita a decir (art. 105 final) que el Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior y de la Administración

Autonómica informarán al Juez o Tribunal sentenciador sobre el cumplimiento de estas medidas.

APLICACION DE LAS MEDIDAS

A) *A los exentos de responsabilidad.*

1. Reglas generales.

- Puede imponérseles cualquier medida no privativa de libertad que resulte razonable (art. 105), incluso la inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión u oficio, cargo o empleo, cuando el sujeto haya cometido el delito con abuso de dicho ejercicio o en relación con él y pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer dicho delito u otros semejantes.
- Puede acordarse, si es necesaria, la medida privativa de libertad de internamiento en centro adecuado; y el sometido a ella no podrá abandonar dicho establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador (arts. 101 a 103, párrafo 2º). La medida de internamiento no puede durar más de lo que hubiera durado la pena privativa de libertad.

2. Reglas especiales sobre el internamiento.

- Si la exención de responsabilidad fuera por causa de anomalía o alteración psíquica, el internamiento tendrá lugar en centro psiquiátrico (101-1).
- Si la exención de responsabilidad fuera por causa de intoxicación por alcohol o drogas, o por hallarse, al ejecutar el delito, bajo la influencia del síndrome de abstinencia, el internamiento se hará en centro de deshabituación debidamente acreditado (102-1).
- Si la exención de responsabilidad se funda en grave alteración de la conciencia de la realidad, el internamiento se hará en centro educativo especial (art. 103-1).

Aunque resulte asistemático, hay que insistir en que las medidas de internamiento sólo se acordarán *si son necesarias*.

B) *A los semiexentos de responsabilidad (art. 104).*

Han de serlo precisamente por razón de alguna de las anteriores causas, si bien la exención será incompleta y no completa.

El Juez o Tribunal puede imponer en los respectivos casos la medida privativa de libertad correspondiente a los supuestos de exención de responsabilidad; si bien esa medida de internamiento sólo cabrá cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la prevista en la ley para el delito. Igualmente, les serán aplicables las medidas de seguridad no privativas de libertad.

CONCURRENCIA DE PENAS Y MEDIDAS

Ya que no cabe que concurra una pena no privativa de libertad y una medida de seguridad privativa de libertad, los supuestos que pueden plantearse son los siguientes:

- Pena privativa de libertad, concurriendo con medida privativa de libertad. (Será un caso frecuente en delitos graves en los que concurra un semieximente.)
- Pena privativa de libertad, concurriendo con medida no privativa de libertad. (También puede darse en los casos anteriores.)
- Pena no privativa de libertad, concurriendo con medida no privativa de libertad. (Puede darse en cualquier clase de delito, y, en particular, en los menos graves.)

El Código no se plantea los dos últimos problemas, sea porque el legislador no ha caído en ellos, sea porque da por hecha la posibilidad de cumplimiento simultáneo de la pena y la medida. (Posiblemente tiene razón en la mayoría de los casos, pero alguno habrá en que la solución no esté clara.)

Por el contrario, tanto con carácter general (art. 99) como específicamente para los supuestos de exención incompleta de responsabilidad (art. 104), la ley sí resuelve el problema de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad. En este

caso, el Juez o Tribunal acordará el cumplimiento de la medida que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida, el Juez puede acordar la suspensión del cumplimiento de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, si con su ejecución se pusieran en peligro los efectos (de reinserción) conseguidos a través de aquélla. También puede acordar la aplicación de alguna de las medidas no privativas de libertad.

SUSTITUCION DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

A) *Con carácter general (arts. 97-b y 98).*

1. Medida sustituible y medida sustitutiva.

Una y otra pueden ser cualquiera de las aplicables al caso concreto. Esto es, puede sustituir una privativa de libertad a una no privativa de libertad o viceversa, y también sustituirse entre sí las privativas y las no privativas de libertad, siempre con el límite de que sean susceptibles de aplicación las privativas de libertad (que no lo sean si la pena correspondiente al delito no tiene dicha naturaleza).

2. Procedimiento (arts. 97 y 98).

- La sustitución la acordará el Juez o Tribunal sentenciador.
- En procedimiento contradictorio (al menos habrá de ser oído el Ministerio Fiscal y el afectado).
- Durante la ejecución de la sentencia.
- A propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que deberá valorar, al formularla, los informes de los facultativos y profesionales que asistan al sometido a la medida. El Juez de Vigilancia deberá elevar al Tribunal, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, suspensión o sustitución de la medida de seguridad si ésta es privativa de libertad. Si se trata de la medida de internamiento en centro de educación especial, la propuesta deberá hacerse al término de cada curso o grado de enseñanza.

3. Consecuencias de la sustitución.

Si el sujeto, tras acordarse la sustitución, evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la medida (se supone que cabe la sustitución por otra o la aplicación de la inicialmente impuesta).

B) Para los extranjeros no residentes en España (art. 108).

- Pueden sustituirse las medidas de seguridad no privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional.
- Será precisa la previa audiencia del afectado.
- El expulsado no podrá volver a España en el plazo no superior a diez años que se fije por el Tribunal o Juez.

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA

1. Medidas que pueden suspenderse.

Cualquiera.

2. Procedimiento.

El mismo que el previsto para la sustitución con carácter general de las medidas.

3. Requisitos.

No se establecen claramente. La ley (art. 97-c) se refiere a que se suspenderá la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido. Parece, pues, que debe haberse iniciado tal ejecución, y que el resultado ha de ser positivo (si es negativo, cabe la sustitución) hasta el punto de permitir, cuando menos, la duda sobre la eficacia de la medida.

4. Plazo de suspensión.

No será superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia como duración de la medida.

5. Condiciones de la suspensión.

El reo no ha de delinquir durante el plazo de la suspensión.

6. Cese de la suspensión.

- La suspensión se dejará sin efecto si el sujeto volviera a delinquir.
- "Podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código." (Esto no tiene sentido claro. Cometer un delito es volver a delinquir, supuesto ya previsto; caer en estado de alteración psíquica, etc., no parece causa "per se" para dejar sin efecto la suspensión. Sólo la peligrosidad mostrada tras ésta justificará su causa.)

CESE DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

1. Medidas a las que afecta.

Deberá dictarse el cese, cualquiera que sea la medida de seguridad impuesta, en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.

2. Procedimiento.

El mismo previsto para la sustitución con carácter general y suspensión de la medida.

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDAS

A) De medidas de internamiento.

Su quebrantamiento dará lugar al reingreso en el centro de que el sujeto se hubiera evadido o en el que corresponda a su estado, sin perjuicio de que se deduzca testimonio por quebrantamiento de la medida en los casos de semiimputabilidad (arts. 100-104 y 468).

B) De otras medidas.

El Juez puede acordar su sustitución por la de internamiento si ésta estuviese prevista

para el supuesto de que se trate y el quebrantamiento demostrase su necesidad. (En otro caso ha de suponerse que puede acordar la sustitución por otra medida, la continuación de la originaria, o el cumplimiento de la pena si existiera.)

FIN DE LA MEDIDA

Tendrá lugar:

A) Por cese de la misma si desaparece la peligrosidad criminal del sujeto (supuesto ya estudiado).

B) Por suspensión de la medida y cumplimiento del plazo de dicha suspensión (supuesto ya estudiado).

C) Por alcanzar el límite máximo de duración de la medida que será:

1. En las medidas de internamiento su duración no será superior a la pena que se hubiera impuesto si hubiese sido declarado responsable el sujeto (arts. 101 a 104).

2. En las medidas no privativas de libertad, el límite máximo de duración será de cinco años (arts. 105-1 y 107), salvo las de privación de la licencia o permiso de armas, privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores y expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes, en cuyo caso el límite de duración se fija en diez años (arts. 105-2 y 109).