



Intr. al Derecho Penal

Curso 2021-2022

Introducción al Derecho Penal by apuntesdederechoespanol.blogspot.com is licensed under CC BY-NC-ND 4.0. To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Contenidos de la Materia

Contenidos de la Materia	1
Lección I. El derecho penal como mecanismo de control social	5
Capítulo 1º Derecho penal objetivo. Concepto.	5
1. Delitos.....	6
2. Penas y medidas de seguridad.....	7
3. Otras consecuencias jurídicas derivadas de delito.....	8
Capítulo 2º La norma penal y su estructura.....	9
1. Normas penales incompletas	9
2. Normas penales en blanco	9
3. Otras normas penales.....	10
Capítulo 3º Funciones del sistema penal	10
1. Teorías retribucionistas	10
2. Teorías prevencionistas.....	10
3. Teorías mixtas.....	11
Lección II. Derecho penal subjetivo	12
Capítulo 1º El principio de legalidad como exigencia del estado de derecho.....	13
Capítulo 2º Los principios de protección e intervención como exigencia del estado social.....	14
1. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos:	14
2. Principio de intervención mínima:	15
Capítulo 3º Límites del ius puniendi en un estado democrático:.....	16
1. Principio de humanidad de las penas:.....	16
2. Principio de culpabilidad:.....	16
3. Principio de proporcionalidad:.....	17
4. Principio de resocialización:	17
Lección III. El principio non bis in idem y el concurso aparente de leyes penales.....	18
Capítulo 1º El principio non bis in idem.....	18
Capítulo 2º El concurso aparente de leyes penales	20
1. El principio de especialidad	20
2. El principio de subsidiariedad	21

3. El principio de consunción	21
4. El principio de alternatividad	23
Lección IV. El derecho penal español.....	24
Capítulo 1º El código penal de 1995	24
1. Antecedentes	24
2. Reformas	25
Capítulo 2º Legislación penal especial y complementaria	25
Capítulo 3º Relaciones del derecho penal con otras ramas del derecho	26
1. Constitución y Derecho penal	26
2. Derecho penal y Derecho administrativo	27
3. Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho internacional.....	30
4. Derecho penal y Derecho comunitario	31
5. Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho civil.....	31
6. Derecho penal y Derecho procesal	32
Lección V. Evolución de la ciencia penal.....	32
Capítulo 1º Ilustración y ciencia penal.....	33
Capítulo 2º Escuela clásica.....	34
Capítulo 3º El positivismo en la ciencia del derecho penal.....	35
1. Positivismo criminológico	35
2. Positivismo jurídico	36
3. El denominado Positivismo naturalista.....	37
Capítulo 4º Tendencias actuales en la ciencia penal.	37
1. Abolicionismo y Derecho penal mínimo	37
2. Las tesis funcionalistas	38
3. Globalización y sistema penal.....	38
Lección VI. Fuentes del derecho penal.....	38
Capítulo 1º La ley	38
Capítulo 2º El papel de la costumbre y los principios generales del derecho	39
1. La costumbre	39
2. Los principios generales del derecho	39
Capítulo 3º Interpretación de la ley penal	39
Capítulo 4º El concurso aparente de leyes.....	40

Lección VII.	Ámbito temporal y espacial de la ley penal.....	41
Capítulo 1º	Ámbito temporal de la ley penal.....	41
1.	Entrada en vigor y término de vigencia	41
2.	El principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable	42
3.	La retroactividad de la ley penal más benigna.	42
4.	Supuestos especiales: leyes penales intermedias, temporales y de excepción.....	44
5.	El momento de realización del delito.....	45
Capítulo 2º	Ámbito espacial de la ley penal.....	45
1.	El principio general de territorialidad de la ley penal.....	45
2.	Excepciones al principio de territorialidad de la ley penal:.....	47
Capítulo 3º	La extradición y la orden de detención europea.....	49
1.	La extradición. Concepto.	49
2.	Clases de extradiciones	49
3.	Orden europea de detención y entrega.....	51
Capítulo 4º	El asilo.....	52
Lección VIII.	Conceptos, fines y reglas de las penas.....	52
Capítulo 1º	Concepto y fines de la pena. Clases de penas	52
1.	Introducción a las consecuencias jurídicas del delito	52
2.	La pena. Concepto y fines.....	53
Capítulo 2º	Reglas generales de aplicación y determinación de la pena.....	58
1.	Cuestiones generales	58
2.	Reglas de determinación y concreción de la pena.....	59
Lección IX.	La pena privativa de libertad en España.....	64
Capítulo 1º	Concepto y clases	64
Capítulo 2º	Cómputo temporal de las penas.....	69
Capítulo 3º	La suspensión de las penas privativas de libertad	70
1.	Causas de revocación de la suspensión (art. 86.1).....	73
2.	Cumplimiento de las condiciones. La remisión definitiva.....	74
Capítulo 4º	La sustitución de la pena privativa de libertad para ciudadanos extranjeros	75
Lección X.	Ejecución de la pena privativa de libertad.....	77
Capítulo 1º	Ejecución de la pena privativa de libertad.....	77
1.	Sistema progresivo e individualización científica.....	78

2.	Los establecimientos penitenciarios	79
Capítulo 2º	Trastornos mentales sobrevenidos durante la ejecución	79
Capítulo 3º	Libertad condicional	80
Capítulo 4º	Libertad condicional en caso de prisión permanente revisable	81
Capítulo 5º	Beneficios penitenciarios y permisos de salida	81
Lección XI.	Las penas patrimoniales: la multa	82
Capítulo 1º	Sistemas de aplicación de la multa. Regulación de la multa en el código penal vigente	82
Capítulo 2º	Responsabilidad subsidiaria por impago	84
Lección XII.	Las penas restrictivas de libertad y privativas de derechos.	85
Capítulo 1º	Trabajos en beneficio de la comunidad	86
Capítulo 2º	Inhabilitaciones y suspensiones	87
Capítulo 3º	Otras penas privativas de derechos	89
Lección XIII.	Las consecuencias accesorias de delito. Las penas para personas jurídicas.	90
Capítulo 1º	Las consecuencias accesorias	90
1.	El comiso (o decomiso)	90
2.	Consecuencias aplicables a entes sin personalidad jurídica	92
3.	Obtención y registro de indicadores genéticos (art. 129 bis)	93
Capítulo 2º	Penas para personas jurídicas	93
Capítulo 3º	La extinción de la responsabilidad penal	94
1.	La muerte del reo.	95
2.	El cumplimiento de la condena	95
3.	La remisión definitiva de una pena suspendida.	95
4.	El indulto	95
5.	El perdón del ofendido.	96
6.	La prescripción del delito.	97
7.	La prescripción de la pena	99
Capítulo 4º	La cancelación de los antecedentes penales	100
Lección XIV.	Las medidas de seguridad	101
Capítulo 1º	Introducción	101
Capítulo 2º	Requisitos para imponer una medida de seguridad	101
Capítulo 3º	Clases de medidas de seguridad	101
Capítulo 4º	Sujetos sometidos a medidas de seguridad	102

Capítulo 5º	Ejecución de la medida de seguridad	104
Capítulo 6º	Incumplimiento de las medidas de seguridad	104

Lección I. El derecho penal como mecanismo de control social

Los grupos humanos necesitan dotarse de ciertos mecanismos de control social para asegurarse que los individuos se comportan mediante las pautas de conducta que se esperan de ellas. Este se ejerce mediante mecanismos no formalizados jurídicamente y también a través de las normas jurídicas. El Derecho penal constituye el mecanismo de control social más enérgico que dispone el ordenamiento jurídico para imponer pautas de conducta a los individuos.

Yes de la existencia del Derecho penal. Los individuos protegían sus bienes de forma privada en la evolución de los grupos humanos llega un momento en que estas funciones se delegan en el jefe del Grupo, por lo que comienzan a hacerse públicas. Llega tras esto, se advierte que es la amenaza de la sanción lo que hace más efectiva la tutela de los bienes.

Con esto, una vez en la sociedad, se organizó mediante el Estado la tutela de los intereses más valiosos de la colectividad, pasó a ser una función del Estado, entre otras cosas porque el Estado tiene el monopolio legal de la violencia y la defensa de estos intereses. Vinieron amenaza y del uso de la violencia. En este contexto, el Derecho penal fue el encargado y es de cumplir dicha tarea. Por tanto, se pueden obtener algunas de las **principales características** del Derecho penal:

1. Es público en la medida que **es ejercido por el Estado**.
2. Se utiliza con la **finalidad de proteger bienes** valiosos para la sociedad.
3. Consiste en **amenazar con males** a los que pretenden lesionados, poner en peligro dichos bienes.

Con lo dicho podemos, distinguir **dos perspectivas** del Derecho penal:

1. **Derecho penal objetivo**. Como conjunto de normas del ordenamiento jurídico.
2. **Derecho penal subjetivo**. Como la facultad atribuida al Estado de establecer normas penales, exigir su cumplimiento.

Capítulo 1º Derecho penal objetivo. Concepto.

Vamos a usar como definición del Derecho penal la de VON LISZT que ha servido como base a la mayor parte de las formuladas con posterioridad: conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho la pena como legítima consecuencia”.

Sin embargo, hoy en día se necesario introducir ciertos matices en dicha definición:

1. Las normas que integran el Derecho penal objetivo no se limitan a "asociar" un hecho y una consecuencia. Estas pretenden "obligar" a seguir unas determinadas pautas de conducta, amenazándolos con la imposición de una pena si las contradicen.

2. El término "crimen" no muestra una imagen fiel del conjunto de infracciones que regula el Derecho penal. Hoy dichas infracciones son jurídicamente denominadas "delitos".
3. La comisión de una infracción penal puede llevar aparejada la imposición no sólo de una pena, sino también de otro tipo de consecuencias, especialmente la medida de seguridad.¹

Con estos matices podemos definir al Derecho penal objetivo como: “el conjunto de normas jurídicas de carácter público que prohíben la comisión de un delito asociando a éste, como presupuesto, la pena y/o la medida de seguridad como consecuencia jurídica”.

Con lo dicho, vamos a empezar a definir cada 1 de los elementos que componen el Derecho penal objetivo:

1. Delitos.

Constituyen las infracciones penales y la mayoría se incluyen en el Libro II del Código Penal.

Desde un punto de vista formal, delito es la conducta descrita por la ley penal cuya comisión supone la imposición de una pena o de una medida de seguridad; delito es lo que la Ley dice que es delito, sin embargo, desde este estrecho punto de vista cualquier conducta podría ser elevada a la categoría de delito con su simple inclusión en la ley penal, cuando lo cierto es que la dimensión del Derecho penal no acaba en la simple desobediencia de la norma; a ello hay que añadir la dimensión valorativa que representa el antecedente previo de la prohibición. Lo que nos lleva a superar la consideración meramente formal de delito para plantearnos un concepto material del mismo, que *considera que constituirán delito desde un punto de vista material “aquellas conductas humanas que son sancionadas por la Ley penal porque su realización lesiona o pone en peligro un bien jurídico imprescindible para la convivencia pacífica en sociedad”*.

1.1. Teoría general del delito.

En todo delito, sea de la clase que sea, deben concurrir necesariamente una serie de elementos comunes para poder afirmar la existencia de una infracción penal². De forma paralela, esos elementos comunes sirven para determinar otros factores tales como:

- la gravedad del hecho.³
- la respuesta penal que debe recibir el sujeto que lo realizó.⁴

Al estudio de todos esos elementos comunes que son necesarios para afirmar la concurrencia de cualquier infracción penal se dedica la Teoría general del delito.

La teoría del delito constituye una “herramienta” de la que se sirve el penalista para resolver los problemas específicos que plantea la aplicación de los concretos delitos.

Así por ejemplo, a la hora de determinar si se ha cometido un homicidio, conforme a lo dispuesto en el art. 138 CP (“El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de...”) no nos basta con constatar

¹ puede avanzarse una idea esencial que preside todo el sistema penal: la pena exige constatar la culpabilidad del sujeto, mientras que la medida de seguridad pretende neutralizar la peligrosidad del sujeto

² por ejemplo, siempre debe haber un autor y siempre debe haberse lesionado o puesto en peligro un bien jurídico

³ por ejemplo, delito consumado y tentativa

⁴ (por ejemplo, concurrencia de dolo o imprudencia, concurrencia o no de culpabilidad, grado de ejecución del delito, etc.

que “A mató a B”, pues aún será preciso comprobar cómo fue el comportamiento de A (acción y omisión), cómo se produjo la muerte (relación de causalidad e imputación objetiva), con qué intención actuó A (dolo e imprudencia), si el hecho es antijurídico (causas de justificación), si A es culpable (imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad del hecho), etc.

Todos esos elementos⁵ constituyen los “ladrillos” a partir de los cuales se construye el sistema de la teoría del delito, que debe ser coherente para cumplir adecuadamente su función principal en la práctica jurídica: resolver problemas específicos de aplicación. Por ello, la teoría del delito debe edificarse a partir de los cimientos que proporcionan las propias normas penales, pues de nada serviría el sistema si fuera contradictorio con lo que disponen los textos legales vigentes; por las mismas razones, no deben existir contradicciones internas al propio sistema, pues éstas podrían debilitar o incluso derrumbar todo el edificio sistemático.

1.2. Parte especial del Derecho penal, los delitos en concreto.

Cada infracción penal posee unas características específicas que se estudian en la “Parte Especial del Derecho Penal” en la actualidad todas las infracciones penales que recoge el CP se hallan reguladas en su Libro II, denominado “Delitos y sus penas”, el cual se divide a su vez en XXIV Títulos cuyas rúbricas generalmente hacen referencia al nombre del delito principal que regulan o al bien jurídico protegido que se protege en cada uno de ellos.

2. Penas y medidas de seguridad.

La especificidad del Derecho penal frente a los demás mecanismos de control social, e incluso frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico, radica en que sanciona determinados comportamientos sirviéndose de los instrumentos más violentos con que cuenta el Estado: las penas y las medidas de seguridad.

2.1. La pena.

Suele ser definida como “un mal que el Estado impone, por medio de sus órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso establecido a tal fin, al culpable de una infracción penal”. Desde un punto de vista material, puede adelantarse que la pena constituye en todo caso un mal, en tanto que supone una privación de determinadas libertades y/o derechos para quien la sufre. En cuanto a la justificación de la pena hoy por hoy se está de acuerdo en que constituye una “amarga necesidad” para lograr una convivencia pacífica.

La amenaza de la pena es generalmente suficiente para que la conducta no se realice: los ciudadanos se abstienen de actuar porque saben que, de hacerlo, sufrirán la efectiva imposición de esta. Tanto la amenaza como el castigo efectivo parten de que el ciudadano está en condiciones de entender el mensaje, es decir, que la conducta delictiva fue llevada a cabo con un grado suficiente de libre voluntad.

2.2. La medida de seguridad.

Tradicionalmente el Derecho penal ha sido monista, lo que significa que sólo preveía una clase de consecuencia jurídica para el delito: la pena. Sin embargo, a finales del siglo XIX, concretamente en el Anteproyecto de Código Penal suizo, se incorpora un segundo instrumento, la medida de seguridad, apareciendo así el denominado Derecho penal dualista.

⁵ acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.

La medida de seguridad consiste en una privación o restricción de derechos, pero a diferencia de ésta, la medida de seguridad no encuentra su fundamento en la culpabilidad del sujeto, sino en su peligrosidad, entendida como la probabilidad de que una persona cometa en el futuro un hecho tipificado como delito.

Tradicionalmente se han conocido dos tipos de medidas de seguridad, las **pre-delictuales** y las **post-delictuales**: el fundamento de las primeras radicaba en la denominada peligrosidad social del individuo:

1. El fundamento de las primeras radicaba en la denominada peligrosidad social del individuo
2. Las segundas se imponen a aquellas personas que, habiendo cometido una conducta tipificada como delito y teniendo anulada o atenuada su culpabilidad, manifiestan un elevado índice de peligrosidad.

Pero en un Estado democrático de derecho la medida de seguridad tiene que estar sometida a las mismas garantías que la imposición de una pena. Por ello el Tribunal Constitucional (TC) **declaró la inconstitucionalidad de las medidas de seguridad pre-delictuales**, en tanto que constituían sanciones impuestas sobre la base exclusiva de un juicio de probabilidad de acciones futuras no traducido en ninguna conducta lesiva concreta.

Esta es la línea que sigue el CP de 1995, al establecer en su art. 6.1 que “las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”.

Con la exigencia de estos dos requisitos, previa realización de un delito y peligrosidad del sujeto, quedan definitivamente desterradas de nuestro ordenamiento jurídico las medidas de seguridad pre-delictuales.

3. Otras consecuencias jurídicas derivadas de delito.

3.1. Responsabilidad civil derivada de delito.

Además de penas y medidas de seguridad, la comisión de un delito puede acarrear una tercera consecuencia jurídica: la responsabilidad civil derivada del delito, de acuerdo con el artículo 109 CP, “la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”. La cuestión que plantea esta responsabilidad civil es la de dilucidar si forma parte o no del Derecho penal.

La responsabilidad civil ex delito acoge una serie de medidas reparatorias que son de incuestionable carácter y estructura civil, por las siguientes razones:

- I. La responsabilidad civil no es consecuencia directa del delito cometido, como sucede con la pena.
- II. En la responsabilidad civil no rige el principio de personalidad de la pena, pues se transmite a los herederos del responsable.
- III. La responsabilidad civil derivada del delito no se establece de manera proporcional a la gravedad del delito, como ocurre con la pena, sino a partir de los efectos producidos por el mismo.
- IV. Mientras que la acción penal (salvo en contadas excepciones) no se extingue por renuncia del ofendido, la acción civil es plenamente renunciable por quien tenga derecho a ejercerla.

Es cierto que en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad civil derivada de delito normalmente se sustancia en el mismo proceso penal, pero ello se debe simplemente a una cuestión de economía procesal que supone enormes ventajas para los perjudicados por el delito⁶.

3.2. Consecuencias accesorias.

Aparte de las penas y medidas de seguridad, existen otras consecuencias jurídicas de naturaleza estrictamente penal que pueden derivarse de la comisión de un delito. El CP las denomina “consecuencias accesorias” y consisten básicamente en el *decomiso*⁷ y en otras consecuencias accesorias que pueden imponerse en determinados casos a ciertas entidades o agrupaciones que carecen de personalidad jurídica⁸.

Finalmente, el art. 129 bis CP prevé otra posible consecuencia derivada de la comisión de determinados delitos: la obtención y registro de indicadores genéticos.

Capítulo 2º La norma penal y su estructura

A grandes rasgos, puede decirse que las normas penales poseen la misma estructura que las normas de otras ramas del ordenamiento jurídico, pues también en ellas a la realización de un supuesto de hecho se le asocia una consecuencia jurídica. La diferencia de la norma penal con las restantes normas del ordenamiento debe ser buscada en el contenido material de sus elementos: el supuesto de hecho, que en este caso es el delito, y las consecuencias jurídicas, esto es, la pena y la medida de seguridad.

La estructura precepto-sanción a la que se ha aludido es el propio **de las normas penales completas**. Sin embargo, no todos los preceptos penales responden a esta sencilla estructura.

1. Normas penales incompletas

Las normas penales incompletas son supuestos en los que, por razones de técnica legislativa, se expresa en un artículo el comportamiento antijurídico que es considerado delito y en otro la consecuencia jurídica -pena- que debe imponerse al sujeto culpable que lo cometa⁹. En estos casos no se plantea problema alguno, porque el CP ha de ser considerado como un único conjunto normativo que, en tanto que ley penal, tipifica el delito y establece la pena que éste conlleva, aunque lo haga en lugares diferentes de su articulado.

2. Normas penales en blanco

Las normas penales en blanco constituyen un supuesto especial de norma penal incompleta, esta es aquella cuyo supuesto de hecho aparece descrito sólo en parte en la ley penal, y hay por ello que acudir a otras normas no penales para completarlo¹⁰. La problemática que plantean las normas penales en blanco será objeto de estudio más adelante.

⁶ ya que en los sistemas donde se ejercen y resuelven separadamente, concluido el proceso penal, el perjudicado debe incoar un nuevo proceso civil para obtener el resarcimiento. En todo caso el artículo 109.2 CP otorga al perjudicado la posibilidad de exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil (esto es, en un procedimiento separado, una vez finalizado el proceso penal).

⁷ (pérdida de los efectos que provengan del delito y de los bienes, medios o instrumentos con que éste se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del mismo -art. 127 y ss. CP)

⁸ (art. 129 CP)

⁹ así, por ejemplo, en el caso del robo -artículos 237 a 240 CP

¹⁰ así, por ejemplo, en el caso del delito de contaminación -artículo 325 CP: “... el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente...”

3. Otras normas penales

Existe un buen número de normas penales que no responden a la estructura más habitual ya estudiada (**no establecen delitos, penas o medidas de seguridad**), sino que regulan otros aspectos del Derecho penal¹¹. Por otro lado, y aunque el Código Penal es la ley penal más importante, es preciso aclarar que existen otras leyes que contienen preceptos de naturaleza penal¹².

Junto a las anteriores, existe también otro conjunto de leyes que, sin ser con carácter general penales, incluyen entre sus preceptos algunos delitos junto a las penas que llevan aparejadas a estas se le denomina legislación penal especial¹³.

Capítulo 3º Funciones del sistema penal

Las funciones que desempeña en cada etapa histórica el sistema penal dependen en gran medida de la función o funciones que se atribuyen a las penas y medidas de seguridad, que son los medios más característicos de intervención punitiva. Históricamente, se han propugnado tres teorías diferentes para explicar la función de la pena:

1. Teorías retribucionistas

La pena sería una mera retribución, exigida por el ideal de justicia, al sujeto que libremente ha elegido cometer un delito. A partir de esta concepción elaboraron en el pasado sus teorías sobre los fines de la pena KANT y HEGEL. Pueden plantearse varias objeciones a estas teorías:

- Parten de una premisa falsa, pues el delito no es una opción humana absolutamente libre como otra cualquiera.
- Ningún sentido tiene, salvo el de satisfacer la venganza privada, añadir al mal que causa el delito el mal causado por la pena.
- Finalmente, con dichas teorías no es posible explicar la existencia de las medidas de seguridad.

2. Teorías prevencionistas

Asignan a la pena la función de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales. Así, se afirma que mientras la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro. Las teorías preventivas pueden adoptar dos enfoques distintos:

- † **Prevención general (FEUERBACH):** La pena es una amenaza, una coacción dirigida a los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos, reforzando de este modo la efectividad de otros mecanismos de control social.
 - Pero partiendo exclusivamente de esta teoría, sería necesario castigar más duramente aquellos comportamientos que son valorados menos severamente por la sociedad pues las conductas con

¹¹ Así, por ejemplo, el Título Preliminar del CP, que establece algunas de las reglas básicas por las que se rige el Derecho penal, o el artículo 130 CP, que regula determinadas circunstancias en las que se extingue la responsabilidad penal del sujeto.

¹² Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, forma parte de lo que se denomina la legislación penal complementaria, esto es, un conjunto de leyes penales que regulan determinados aspectos peculiares del proceso o del sistema penal.

¹³ así, por ejemplo, la Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando, que incluye los delitos relativos a esta materia.

mayor reproche social requerirían un menor refuerzo. Por otra parte, esta teoría tampoco explica satisfactoriamente la existencia de las medidas de seguridad

† **Prevención especial (DORADO MONTERO, POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO, VON LISZT):**

Propugnan una concepción de la sanción penal como instrumento de prevención dirigido no ya hacia la colectividad, sino hacia el concreto individuo que ha cometido un delito, para que no vuelva a delinquir.

- El **Positivismo criminológico** llegó a equiparar los conceptos de pena y medida de seguridad, entendiendo que la sanción penal debe ser exclusivamente un tratamiento correctivo para el sujeto infractor.
- **VON LISZT** trató de diversificar el fin preventivo especial en función de una tipología delincencial que plasmó en su Programa de Marburgo: para el delincuente ocasional, la pena sería un recordatorio; para el delincuente no ocasional corregible, la pena sería un tratamiento; finalmente, para el delincuente habitual incorregible la pena debería significar su total “inocuidación” es decir, su anulación o neutralización.
- Las **principales objeciones** que se le hacen a estas teorías parten fundamentalmente de los abusos que se cometieron en el pasado en nombre de la “corrección”, “tratamiento” e “inocuidación” del delincuente, además del carácter excesivamente simplificador que posee la tipología propuesta por VON LISZT

3. Teorías mixtas

En realidad, la pena no cumple una función en exclusiva, sino que los tres objetivos (retribución, prevención general y prevención especial) deben tenerse en cuenta en diferentes etapas o momentos de la pena. Así, en la Teoría dialéctica de la unión de ROXIN se distinguen tres etapas fundamentales:

- I. **Fase de conminación legal:** la función de la pena en el momento legislativo es la protección de bienes jurídicos valiosos, y esa protección se busca a través de la prevención general. La ley penal se dirige a todos los ciudadanos, advirtiéndoles de que si afectan a esos intereses valiosos serán sancionados con una pena.
- II. **Fase de aplicación judicial:** ya no tiene sentido la prevención general, porque el delito, es decir, el ataque al bien jurídico, ya se ha producido. En la medición de la pena el juez deberá guiarse por el criterio de la retribución, entendido como proporcionalidad del castigo al daño causado al bien jurídico y al grado de culpabilidad (o peligrosidad) del autor.
- III. **Fase de ejecución de la pena:** deberá atenderse a los fines de prevención especial, pero reinterpretando la noción de tratamiento como “resocialización”, en el sentido de procurar que el sujeto no vuelva a cometer un delito en el futuro¹⁴.

¹⁴ A aquellos individuos que requieran un verdadero “tratamiento” (por ejemplo, enfermos mentales o toxicómanos), deberá imponérseles en su caso una medida de seguridad.

Lección II. Derecho penal subjetivo

Principios limitadores del ius puniendi en un estado social y democrático de derecho

En la Lección anterior se ha definido el Derecho penal objetivo como “el conjunto de normas penales”. Pero el Derecho penal puede contemplarse también desde la perspectiva del titular que dicta y hace cumplir esas normas, analizando el fundamento y legitimación del tal poder, su naturaleza, condiciones de ejercicio y límites. Se habla en este caso del Derecho penal subjetivo o ius puniendi (literalmente “derecho a penar”) y con ello se hace referencia al conjunto de potestades que tiene el Estado en relación con la creación y aplicación de las normas penales.

Dicha potestad se deriva del principio de soberanía y se refiere tanto a la capacidad de creación de normas penales, que corresponde al poder legislativo, como a la aplicación de las mismas, que corresponde al poder judicial.

El ius puniendi, esto es, la capacidad de establecer qué conductas son delitos y con qué sanciones se van a castigar, es en la actualidad monopolio exclusivo del Estado, básicamente por dos razones:

1. Si el castigo de los comportamientos delictivos se dejara en manos de **la venganza privada**, se flexibilizaría este mecanismo de control social hasta convertirse en uno informal y, por tanto, **inseguro y arbitrario**.
2. Al constituir la privación de libertad la sanción reglada más contundente y grave de la que dispone el ordenamiento jurídico, su regulación **debe ser competencia exclusiva del pueblo soberano**, a través de sus legítimos representantes.

El enorme poder que proporciona al Estado el establecimiento de qué debe ser delito y con qué pena ha de castigarse pone de manifiesto la necesidad de determinar una serie de límites al ius puniendi que sirvan para controlar el ejercicio de dicho poder en el marco de nuestro concreto modelo de Estado, tal y como queda consagrado en la Constitución.

El punto de partida de **dichos límites se encuentra, por ello, en el art. 1.1 de la Constitución Española (CE)**, el cual establece que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”. Los tres componentes de esta fórmula sirven de base a todos los principios limitadores del ius puniendi en nuestro ordenamiento:

1. **El principio del Estado de Derecho** impone el sometimiento de la potestad punitiva al ordenamiento jurídico, lo que da lugar a los límites y garantías derivados del principio de legalidad.
2. **La noción de Estado Social** sirve para legitimar la intervención del Derecho penal sólo en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad, de lo que se deriva la vigencia de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de intervención mínima.
3. **La concepción de Estado Democrático** obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio de los ciudadanos, de lo cual se derivan, como límites a la potestad punitiva, los principios de humanidad de las penas, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización.

Capítulo 1º El principio de legalidad como exigencia del estado de derecho

Constituyeron el primer principio limitador del ius puniendi, y se trata fundamentalmente de un límite formal, porque afecta no tanto al contenido mismo del poder punitivo del Estado como a sus presupuestos y condiciones de ejercicio.

El principio de legalidad, consustancial al Estado de Derecho, tiene su origen histórico en la revolución francesa, y vino a materializar el deseo de sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por la soberanía popular, esto es, por la voluntad general expresada a través de la Ley. El Derecho penal, por su especial importancia, queda sometido al principio de reserva de ley, lo cual significa que sólo mediante ley se pueden crear normas penales.

La formulación actual del principio de legalidad tiene su origen en FEUERBACH, que ya en el S. XIX la acuñó del siguiente modo: "Nullum crimen, nulla poena sine lege".

Feuerbach asoció el principio de legalidad a su teoría de la coacción psicológica de la pena: se **trata de amenazar a los ciudadanos con la aplicación de una pena para que se abstengan de cometer el delito**. Pero para que tal función pueda llevarse a cabo es necesario que los ciudadanos conozcan el alcance de la amenaza penal y sobre todo, sepan cuál es el ámbito de las conductas prohibidas. De esta manera resulta necesaria la definición previa de las conductas prohibidas, así como de las penas que habrán de ser impuestas por su comisión.

El principio de legalidad en materia penal da lugar a unas trascendentales garantías del ciudadano frente al Estado que limitan el ejercicio que pueda hacer éste del poder punitivo:

1. **Garantía Criminal:** "Nullum crimen sine lege", impide que se reputé delictiva una conducta no tipificada previamente en la ley penal y castigada por ésta con una pena. Ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya calificado como tal. La garantía criminal se encuentra plasmada en los artículos 9.3 ("La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...") y 25.1 CE ("Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito..., según la legislación vigente en aquel momento").
2. **Garantía Penal:** "Nulla poena sine lege"; no sólo los delitos, sino también las penas han de venir recogidas en la ley. Esta garantía impide que pueda imponerse al ciudadano una pena que no se halle previamente establecida por Ley. La garantía penal también cierra el paso a las denominadas penas arbitrarias y a las penas indeterminadas, y prohíbe al Juez o Tribunal modificar el marco penológico establecido en la Ley.
3. **Garantía Jurisdiccional:** 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 penales procesales. Los delitos y las penas se establecen por la Ley, que representa la voluntad del pueblo, pero la interpretación y aplicación de la Ley, la función de juzgar, corresponde exclusivamente a los Tribunales de Justicia, según el principio de división de poderes (art. 117.3 CE). Sólo los jueces se hallan legitimados para aplicar el Derecho penal, y además han de

hacerlo en la forma prevista por la ley, esto es: a través de un juicio rodeado de una serie de garantías para el acusado.

4. **Garantía Ejecutiva:** Las penas, una vez impuestas por el juez, sólo pueden ser ejecutadas de acuerdo con lo que establecen la ley y los reglamentos. En la actualidad, la ejecución de la pena más importante, la privativa de libertad, se regula en la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria y en su Reglamento de desarrollo.

De forma simultánea, del principio de legalidad se derivan ciertos requisitos que debe reunir la norma penal:

1. Requisito de "**lex praevia**": es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito y qué pena puede imponérsele por ello. Dicho requisito implica la irretroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición. No está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales favorables al reo.

2. Requisito de "**lex scripta**": se *excluye como fuente del Derecho penal la costumbre*. Por otra parte, no basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que haya sido emanada de la soberanía popular, es decir, que sea una *ley aprobada en el Parlamento, y refrendada por una mayoría cualificada* (rango de Ley Orgánica), porque las leyes penales siempre afectan a derechos fundamentales.

→ Las normas penales que prevean **pena de prisión deben tener carácter de Ley Orgánica** porque afectan al derecho fundamental a la libertad ambulatoria previsto en el art. 17 CE.

→ Las normas penales que prevean **pena de multa también deben tener rango de Ley Orgánica**, en la medida en que el impago de la multa penal genera la denominada responsabilidad personal subsidiaria, que obliga al reo a cumplir un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas.

→ Las normas penales que prevean **penas de inhabilitación para el ejercicio de cargos o empleos públicos deben asimismo tener carácter de Ley Orgánica**, en la medida en que constituye un derecho fundamental recogido por la Constitución el acceso a las funciones públicas (art. 23 CE).

3. Requisito de "**lex stricta**": impone un *cierto grado de precisión a la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo* (analogía in malam partem). La necesidad de que la ley penal sea precisa da lugar al denominado "mandato de determinación", en cuya virtud debe determinarse de forma suficientemente clara y diferenciada la distintas conductas punibles y las respectivas penas que pueden conllevar; prohíbe la utilización de cláusulas absolutamente generales y la imposición de penas totalmente indeterminadas.

Capítulo 2º Los principios de protección e intervención como exigencia del estado social

El Derecho penal de un Estado social y democrático de derecho solo se justifica como un sistema de protección a la sociedad. Por ello, no puede castigar cualquier conducta, sino *sólo aquellas que son socialmente nocivas, por afectar negativamente a las condiciones esenciales de la vida en común de los ciudadanos*; esto es, aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, y siempre que se demuestre que la intervención del Derecho penal resulta necesaria. De lo anterior se derivan los siguientes principios:

1. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos:

En cuanto la lesión o el peligro para los bienes jurídicos constituye el contenido esencial del concepto de delito, opera como límite material del ius puniendi, como garantía para los ciudadanos. El Estado social y democrático

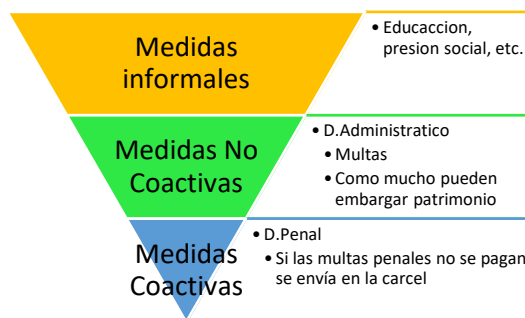
de Derecho sólo puede acudir al Derecho penal para proteger bienes jurídicos. Prohibir por prohibir carece de sentido y de legitimación. No es cometido propio del Derecho penal ejercitar a los ciudadanos en la virtud de la obediencia, ni el mero establecimiento de deberes jurídicos. La función genuina del Derecho penal consiste en proteger la sociedad mediante la tutela eficaz de las condiciones fundamentales de la vida en común de los ciudadanos, de los bienes jurídicos. Como consecuencia de este principio, las incriminaciones penales no pueden pretender la protección de meros valores éticos o morales, ni la sanción de conductas socialmente inocuas. La intervención punitiva del Estado sólo se legitima cuando se salvaguarda intereses o condiciones que reúnan dos notas: en primer lugar, la de la generalidad (se ha de tratar de bienes o condiciones que interese a la mayoría de la sociedad, no solo a un sector de ésta); en segundo lugar, la relevancia: la intervención penal sólo se justifica para *tutelar bienes jurídicos esenciales para el hombre y la sociedad.*

2. Principio de intervención mínima:

La tarea del Derecho penal es precisamente la de intervenir lo mínimo posible para conseguir el máximo de libertades. El principio de intervención mínima expresa de este modo un límite político criminal, de carácter material, del ius puniendi, que tiene una doble manifestación o concreción: el principio de subsidiariedad o ultima ratio, y el de fragmentariedad.

2.1. Carácter subsidiario del Derecho penal:

El Derecho penal no es el único sector del ordenamiento que tutela bienes, tampoco el único dotado de resortes coactivos (aunque sí el que **cuenta con los instrumentos sancionadores más drásticos**). En consecuencia, no será legítimo acudir a medios de especial severidad como los penales, si cabe utilizar con éxito medios de naturaleza no penal que son menos devastadores. **Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos** (Derecho civil, Derecho administrativo, Derecho laboral, etc.) **antes de acudir al Derecho penal**, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una "**ultima ratio**". Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales, como las civiles (por ej. nulidad del negocio jurídico, reparación de daños y perjuicios...) y las administrativas (multas administrativas, sanciones disciplinarias...). **Sólo cuando ninguno de los medios anteriores resulte suficiente estará legitimado el recurso a la pena o la medida de seguridad.** Importa destacar este aspecto especialmente, frente a la tendencia que se percibe hoy en día hacia una excesiva intervención punitiva ("huida al Derecho penal").



2.2. Carácter fragmentario del Derecho penal:

El Derecho penal presenta un aspecto fragmentario porque no debe proteger todos los bienes jurídicos, sino nada más que **los considerados como fundamentales por la propia sociedad**, y sólo frente a los ataques más intolerables que puedan amenazarlos. El Derecho penal no debe instrumentar una protección absoluta de todos los bienes jurídicos, sino una tutela parcial y selectiva de los más relevantes, y sólo frente a determinadas modalidades de ataque a los mismos, las que entrañan un mayor riesgo.

Capítulo 3º Límites del ius puniendi en un estado democrático: principios de humanidad de las penas, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización

Un Estado Democrático debe tener un Derecho penal al servicio de los ciudadanos, lo que implica el respeto a la dignidad humana, a la igualdad real de los individuos y a su participación en la vida social. De lo anterior se derivan, como límites al ius puniendi, los principios de humanidad de las penas, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización.

1. Principio de humanidad de las penas:

La dignidad del individuo, como valor supremo del ordenamiento, se deriva entre otros de los arts. 10 (“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes... son fundamento del orden político y de la paz social”) y 15 CE (“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...”). A tenor de este principio se entienden proscritas aquellas penas y medidas de seguridad que por su contenido, naturaleza o duración pugnen con la dignidad del ser humano.

Más concretamente, el artículo 15 CE prohíbe la tortura y las penas inhumanas o degradantes (así, la pena de muerte, las penas corporales, los tratamientos psico-quirúrgicos y demás técnicas de intervención agresiva en la personalidad del individuo - uniformes, cadenas de presos, etc.). También las penas privativas de libertad de larga duración plantean serios reparos, pues ni pueden ir orientadas a la reinserción, en el sentido del artículo 25.2 CE, ni sus efectos irreversibles eluden la prohibición del artículo 15 CE.

2. Principio de culpabilidad:

La culpabilidad expresa el conjunto de condiciones necesarias para poder reprochar alguien la comisión del hecho delictivo que justifica la imposición de una pena. Del principio de culpabilidad se desprenden a su vez una serie de exigencias:

2.1.Principio de personalidad de las penas:

Impide castigar a alguien por un hecho ajeno. Hoy nadie admite la responsabilidad colectiva que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia o a todo un pueblo por el hecho cometido por uno de ellos. En base a este principio sólo se pueden imponer penas a quien ha realizado el delito, ya sea autor o partícipe.

2.2.Principio de responsabilidad por el hecho:

El ser humano responde ante la ley penal por lo que hace (acciones y omisiones), **no por lo que es**. Todo delito presupone, por tanto, una acción o una omisión, un comportamiento, ya que en definitiva el Derecho regula la coexistencia externa de los individuos, no su conciencia. De este principio se derivan básicamente dos consecuencias: en primer lugar, nadie puede ser condenado por sus pensamientos o deseos; en segundo lugar, la forma de ser del sujeto, la propia personalidad de éste, no puede servir de fundamento a la responsabilidad penal o a la agravación de la misma.

2.3.Principio de dolo o culpa:

En el **Derecho primitivo** no regía este principio, sino el contrario de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado, **según la cual bastaba la causación de un daño para afirmar la responsabilidad penal**, aunque el autor no hubiese querido dicho daño (dolo), ni el mismo se debiera a imprudencia (culpa). El fundamento de

esta exigencia reside en la propia función del Derecho penal: proteger bienes jurídicos a través de la amenaza del castigo. **Castigar la causación objetiva de resultados imprevisibles e inevitables sería inútil e ineficaz.**

2.4. Principio de atribuibilidad, reprochabilidad o motivabilidad:

Para que un individuo sea condenado, como culpable, por la comisión de un delito es necesario que el hecho realizado sea atribuible, reprochable, a su autor. Ello no sucede cuando el sujeto es "inimputable", esto es, no susceptible de ser motivado por la norma, en la medida en que no entiende lo que ésta significa. **El principio de culpabilidad así entendido responde a la necesidad de que el hecho punible pertenezca a su autor, no sólo materialmente, sino como obra de un ser responsable, de una racionalidad normal.**

Dicho principio impide que se pueda imponer una pena, prevista para quien puede ser motivado normalmente por la Ley, a personas que no gozan de dicha capacidad de motivabilidad (p. ej., enfermos mentales, niños). En caso de sujetos inimputables que han cometido un delito, el principio de atribuibilidad se sustituye por el de peligrosidad (sólo puede imponerse una medida de seguridad al sujeto que se ha constatado que es peligroso, esto es, que puede volver a cometer en el futuro nuevos delitos).

3. Principio de proporcionalidad:

El principio de proporcionalidad hace referencia a la relación entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena, y rechaza el establecimiento e imposición de penas desproporcionadas respecto de la valoración social del hecho cometido. El principio de proporcionalidad exige asimismo que un menor grado de culpabilidad implique un menor grado de pena a imponer. Este límite debe tenerse en cuenta además a la hora de establecer la duración de la medida de seguridad, que igualmente debe ser proporcional al grado de peligrosidad del sujeto.

4. Principio de resocialización¹⁵:

La exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social conduce a reclamar que el Derecho penal evite la marginación indebida del condenado o sometido a una medida de seguridad, adoptando medidas para prevenir su definitivo aislamiento social. Cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de tal forma que impida en lo posible sus efectos desocializadores y facilite, una vez cumplida la condena, la adecuada reincorporación del recluso a la vida en sociedad. Por otro lado, un Estado Democrático, en el que se garantiza el pluralismo, no puede exigir un determinado sistema de valores, así que la resocialización no puede consistir en que el individuo asuma el código de valores de la mayoría o de la clase dominante. Por **ello la resocialización hay que entenderla en su sentido mínimo**, esto es, como la posibilidad de lograr que el individuo aprenda a vivir en sociedad sin cometer delitos. El principio resocializador se deriva directamente del artículo 25 CE, que constituye un mandato dirigido a las instituciones penitenciarias y al legislador para que se ejecuten las penas privativas de libertad de orientándolas hacia la reeducación y reinserción del reo.

¹⁵ Marco constitucional: 25.2CE; Marco penitenciario: 1LOGP.

Lección III. El principio non bis in idem y el concurso aparente de leyes penales

Capítulo 1º El principio non bis in idem

El principio *non bis in idem* es una regla elemental dentro del sistema penal. Al menos de aquel deseo de ser democrático. Con carácter general, este principio consagra el derecho a no ser *sancionado* o *juzgado* dos veces cuando hay identidad de sujeto, de hecho y de fundamento, por lo que además de configurarse como un derecho subjetivo del ciudadano, se impone como una limitación constitucional al *Ius Puniendi* del Estado. Aunque es un principio que no está expresamente contemplado en nuestra Carta Magna, el Tribunal Constitucional –STC 2/1981, de 30 de enero– ya tuvo la oportunidad de señalar que, sin duda, es un principio de trascendida constitucional vinculado al principio de legalidad y que, por tanto, es susceptible de amparo (art. 53.2 CE y art. 41 LOTC).

De la definición genérica ofrecida al inicio se desprende que este principio repliega sus efectos tanto en el ámbito del Derecho penal –en sentido sustantivo– como del Derecho procesal penal –en sentido adjetivo. **En sentido adjetivo o procesal se pone el acento en la prohibición de que una persona sea juzgada dos veces por el mismo hecho** o, dicho de otro modo, declara que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos. Aquí interviene lo que se denomina la «cosa juzgada», que se declara cuando las sentencias ya no son recurribles y ya se ha tomado una decisión acerca de la responsabilidad penal del sujeto en esos hechos.

En sentido material, incide en la vertiente sancionadora, esto es, en el derecho a no ser sancionado dos veces. Este principio actúa fundamentalmente prohibiendo que sobre el mismo supuesto de hecho recaiga una duplicidad de consecuencias jurídicas –una infracción administrativa y un delito. Pero no solo se infringe este principio con una doble sanción por parte distintos ordenamientos jurídicos y órdenes jurisdiccionales, sino también por una doble *valoración* de hecho y fundamento dentro de las normas penales. Así, es fácilmente visible que cuando un sujeto se apodera de un bien mueble ajeno con intimidación no podrá calificarse el hecho, por un lado, como robo y, por otro, como hurto en concurso medial con un delito de amenazas, ya que el desvalor del hecho queda contemplado en toda su extensión en el tipo complejo del robo que absorbe los elementos típicos del hurto y la amenaza.

En este mismo sentido, el art. 67 del CP establece la regla de la inherencia, de modo que no permite aplicar las agravantes «*que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse*». Este precepto veta que puedan apreciarse circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que ya hemos tenido en cuenta para subsumir un hecho en un delito u otro. Esto se muestra muy claro en el ejemplo de la circunstancia agravante de alevosía que eleva el homicidio (art. 138) a la categoría de asesinato (art. 139.1). En efecto, en este caso hemos valorado ya bajo la figura del asesinato que el sujeto que mató a otro lo hizo con alevosía. De modo que querer aplicar, además, la agravante genérica de alevosía del art. 21.1 daría lugar a una infracción del non bis in idem porque ya hemos tenido en cuenta esa circunstancia para calificar el hecho de matar a otro más gravemente. El reflejo de esta diferencia no solo es meramente nominal, es decir, no simplemente consiste en afirmar que el sujeto responsable de matar a otra persona es autor de un delito de asesinato y no de un delito de homicidio, sino que eso conlleva una pena mucho mayor que pasa de los 10 a 15 años previstos para el homicidio a los 15 a 25 años que contempla el asesinato. Esa elevación en la pena se debe, precisamente, a la concurrencia de alevosía que el Derecho penal castiga más severamente dado que el autor alcanzó su propósito neutralizando las posibilidades

de defensa de la víctima, asegurándose de esa forma el resultado deseado. En cierto modo, podríamos decir que los 15 primeros años de prisión sancionan «la muerte», el resultado natural que comparte con el homicidio, y los otros 10 años que incorpora ex novo el asesinato «el modo» en que causó esa muerte.

La pervivencia del *non bis in idem* requiere un juicio de ponderación entre los bienes jurídicos que se han visto lesionados como consecuencia de la acción del sujeto y los tipos penales que quedan concernidos para su desvaloración. Cuando varios tipos penales tutelen el mismo bien jurídico habrá que optarse por aquél que de modo más completo y específico describa el marco de ejecución del suceso, en caso de que haya un sustrato de lesión con relevancia penal que no ha quedado valorado por el tipo será el momento en que habrá que plantearse la apertura de un concurso de delitos. Un ejemplo claro de esto último sería el de las lesiones que sufre la víctima con ocasión de un delito de violación (art. 179 CP). El Tribunal Supremo (v.gr., STS, Sala 2ª, 62/2018, de 5 de febrero, FJ. 8) distingue dos situaciones: si las lesiones son consustanciales al acto de penetración –por ejemplo, lesiones genitales– pero no han sido dolosa o imprudentemente abarcadas por su autor, estas se entienden desarrolladas en unidad natural de acción, es decir, que al ser tan estrecha su vinculación al acto que da lugar a la violación que quedan absorbidas en su desvalor y no se pueden sancionar independientemente; pero si, en cambio, son lesiones como consecuencia de la violencia que se emplea para lograr imponer el acto de penetración habrá que aplicar también el tipo de las lesiones, ya que la integridad física ni se tutela ni ha de verse afectada por la violencia en los delitos de agresión sexual y violación, eso sería tanto como que la víctima se resistiese de tal modo que a su autor le sea necesario emplear una violencia que va más allá de lo meramente instrumental. Este ejemplo pone de manifiesto que el elemento clave en este análisis es decidir si estamos ante una *unidad de hecho* o una *pluralidad de hechos*, pero esto no se debe decidir conforme a criterios naturalísticos en el que el número de movimientos corporales o resultados materiales determinen aquella unidad o pluralidad, sino que solo se puede decidir atendiendo a la tipicidad de los delitos, pues son los tipos penales los que fragmentan y recortan la realidad en función de aquello que se quiere proteger y su relevancia jurídico-penal en la descripción del supuesto de hecho. En el ejemplo expuesto estamos ante dos supuestos de pluralidad de acciones. Sin embargo, en el primero solo se entiende aplicable el delito de violación y, en el segundo, el delito de violación en concurso con un delito de lesiones (algunos de los arts. 149 y ss.) y ello porque, a pesar de ser dos marcos de ejecución similares, en uno se ha generado una lesión adicional que no queda desvalorada por el tipo de violación y el legislador ha decidido mediante la tipificación de los delitos de lesiones que la integridad física ha de tutelarse autónomamente.

Son diversas, por tanto, las hipótesis que se barajan: 1) que un único hecho infrinja varias normas penales que estructuralmente son similares y tutelan, total o parcialmente, el mismo bien jurídico (concurso de normas –especialidad–); 2) que una única acción infrinja varias normas penales cuyos bienes jurídicos estén protegidos por el legislador de modo independiente (concurso ideal de delitos); 3) que una pluralidad de hechos infrinjan, en principio, varias normas penales, pero que han sido unificadas bajo un solo tipo penal más amplio o complejo que contempla en su descripción todas esas infracciones (concurso de normas –consunción–); 4) y, finalmente, una pluralidad de hechos cada uno de los cuales comete un delito autónomo (concurso real o medial de delitos).

Por lo tanto, tal y como afirman ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC (2017: 178) «la unidad o pluralidad de hechos se alza como la frontera de separación entre el concurso aparente de normas penales y el concurso de infracción». Esto explica que, si bien el concurso de normas desempeña una herramienta que garantiza que el principio *non bis in idem* no se conculque, los concursos de delitos también juegan un papel muy importante en la delimitación de aquello que merece varias sanciones penales y aquello que solo puede ser retribuido por una sola norma penal.

Capítulo 2º El concurso aparente de leyes penales

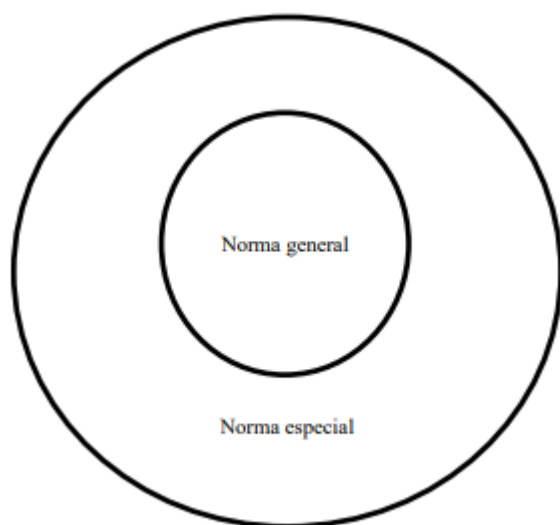
Según CASTELLÓN NICÁS (2000: 17), «se concibe el curso de normas penales como la situación jurídico-penalmente relevante en la que varias normas penales coinciden de forma auténtica, real, en la regulación de un único supuesto de hecho, de modo que cualquiera de esas normas que concurren pueden calificarlo, pues todas ellas abarcan el contenido de injusto y de culpabilidad o la mayor parte del contenido de injusto y de culpabilidad que caracteriza esa actuación delictiva, y sólo una puede ser de aplicación para incidir en la vulneración del principio *non bis in idem*, siendo, por tanto, de la misma índole el bien jurídico protegido en cada una de las normas en concurso». La definición que nos ofrece esta autora parece lo suficientemente completa para desengranar en qué consiste el concurso aparente de leyes penales y qué papel desempeña en el sistema penal. En definitiva, las exigencias del principio *non bis in idem* obligan al juzgador a seleccionar la norma que mejor abarca el hecho y para tomar esta decisión tiene a su disposición una serie de criterios normativos previstos en el artículo 8 del Código penal.

1. El principio de especialidad

(artículo 8.1.ª CP: «El precepto especial se aplicará con preferencia al general»)

En virtud del principio de especialidad (*lex specialis derogat lex generalis*) el juzgador debe seleccionar la norma que reproduce las características de otra general, pero que además añade o especifica algún elemento del que carece la general. De este modo, se da una relación de *species-genus* que ha de ser *lógico-estructural*. Por ejemplo, no estamos de acuerdo con aquellos que afirman que entre el robo y el hurto exista una relación de especialidad, puesto que estructuralmente no son semejables. Mientras que el delito de hurto se estructura como un delito simple, el delito de robo lo hace como un delito compuesto. Esa relación se da, por ejemplo, entre el robo y las coacciones, ambos delitos compuestos, en la que el robo aparece como norma especial respecto a la general de las coacciones porque añade el elemento del apoderamiento como elemento que especifica aquello que se impone mediante la violencia o la intimidación. Hay especialidad, en cambio, entre el delito de homicidio (norma general) y el delito de asesinato (norma especial); ambos se estructuran como delitos simples con la diferencia de que el asesinato especifica las causas que hacen que «matar a otro» se eleve a la consideración de asesinato. Así, también es norma especial el delito de matrimonio forzado (art. 172 bis) respecto a las coacciones básicas (art. 172.1), aunque contemplen la misma pena (pena de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 12 a 24 meses), ya que el primero contiene los elementos comunes de las coacciones básicas, pero especifica en qué consiste la imposición: el matrimonio que no se desea contraer. El que la especialidad se funde sobre una relación lógica-estructural, meramente de comparación abstracta, y no en una relación de valor se pone de manifiesto en el hecho de que la pena no se erige aquí como un criterio a tener en cuenta.

Didácticamente se recurre al ejemplo de dos círculos concéntricos, lo cual permite poner de relieve cómo se lleva a cabo la selección de la norma penal aplicable al caso desde el punto de vista de la especialidad, esto es, de un modo lógico-estructural.



2. El principio de subsidiariedad

(artículo 8.2^a CP: «El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea tácitamente deducible»)

En este caso, la norma aplicable es aquella declarada subsidiaria respecto a otra principal o, dicho de otro modo, aquella que se aplica cuando uno de los elementos incluidos en la principal no concurra en el caso específico. Tal y como se declara en el precepto, la subsidiariedad puede ser expresa o tácita.

Un ejemplo de subsidiariedad expresa en la elección de la norma aplicable se encuentra en el art. 172.1.2º que establece que la coacción para impedir el ejercicio de un derecho fundamental será castigada con la pena de prisión de 21 meses a 36 meses y multa de 18 a 24 meses, «salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código». Otro tipo penal que incorpora la técnica de la subsidiariedad expresa se contempla en el art. 556 CP cuando indica que «serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad». En este último caso se supedita la aplicación del art. 556 CP a la no concurrencia de los elementos del art. 550 CP que se refieren a la concurrencia de violencia o intimidación.

Por su parte, las relaciones de subsidiariedad tácita suelen apreciarse en los casos en que cada fase de ejecución de un delito puede tener encaje un tipo penal distinto. Así, el que consuma un delito de incendio con la puesta en peligro de la vida de una persona (art. 351.1), comete a su vez, una tentativa de asesinato (art. 139) si la finalidad del incendio era causar la muerte de una persona. En este caso la tentativa de asesinato no se aplica en virtud de esta subsidiariedad tácita.

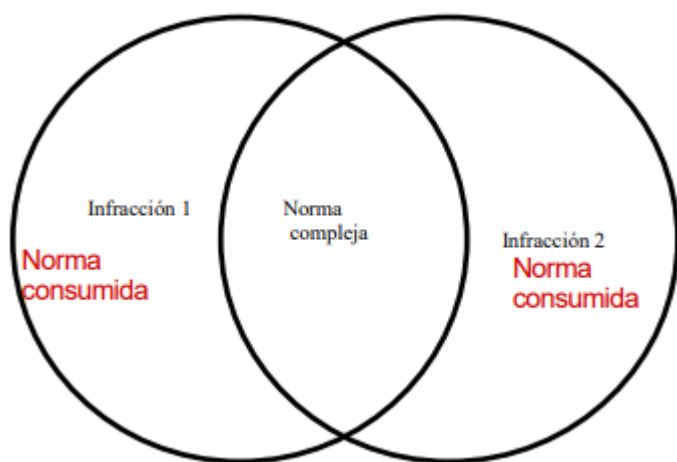
3. El principio de consunción

(artículo 8.3.^a CP: «El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél»)

El principio de consunción, al contrario de lo que sucedía con la especialidad, se funda sobre una relación de valor de lo concreto. Hablamos aquí de tipos estructuralmente amplios o complejos que con la realización de la conducta prevista y su punición están castigando otras infracciones agotadas en aquel.

La consunción se plantea, fundamentalmente, en dos hipótesis que se diferencian según concurra o falte una vinculación típica entre ellos. La primera hipótesis da lugar a los denominados delitos complejos que son tipos penales que surge de la vinculación de una sucesión de conductas que, autónomamente consideradas, pueden ser ya constitutivas de delitos autónomos. Ejemplo prototípico de estas estructuran forma el delito de robo y el delito de agresión sexual. Así, el delito de robo, por ejemplo, se estructura sobre los elementos del hurto y de las amenazas –intimidación– y, en su caso, el maltrato de obra. El delito de agresión sexual con los elementos del abuso sexual y, nuevamente, de las amenazas –intimidación– y, en su caso, el maltrato de obra. No obstante, estos ejemplos son muy útiles para poner de manifiesto que la consunción no es un criterio que se derive de la valoración del hecho, sino de la mera contemplación del tipo. Es importante señalar el orden en esto ha de llevarse a cabo. Es decir, estamos ante un hecho que previamente ha sido sometido a una valoración y graduación de cuáles son los bienes jurídicos que se han visto lesionados, de modo que posteriormente puede ser llevado al tipo para analizar desde la descripción de sus elementos típicos la posible consunción, que no es ilimitada.

Con un ejemplo se verá más claro. No es posible decidir si, en efecto, se absorbe en el tipo de agresión sexual o robo la manifestación de la «violencia» sin previamente haber valorado cuál ha sido el resultado de la misma. Así, podrá afirmarse que la «violencia» absorbida en su grado máximo será el maltrato de obra. Todo aquello que exceda de este, provocando lesiones a la integridad física, habrá de desvalorarse independientemente a través del concurso de delitos, ya que al ser una relación de valor no sería asumible que el tipo de robo absorba un delito que en los casos más graves pueden alcanzar hasta los 12 años de prisión. El caso de la intimidación es menos problemático porque la doctrina y la jurisprudencia han establecido que coincide con la descripción del delito de amenazas debidamente tipificado en el art. 169 CP. Pero sin valoración no puede haber un ejercicio de consunción acertado.



Ahora se recurre al ejemplo de dos círculos intersecantes para observar cómo la intersección o vinculación de varias infracciones autónomas (v.gr., abuso sexual + amenaza o maltrato de obra) se funde en una sola infracción –un solo injusto– para, de este modo, crear un nuevo delito complejo (v. gr., agresión sexual con violencia o intimidación). O una sola infracción (v. gr., amenaza o maltrato de obra) queda absorbida por otra más amplia o compleja (v.gr., matrimonios forzados con violencia o intimidación).

Por otra parte, el segundo caso de consunción se da en los casos de progresión delictiva. Hablamos de casos en los que no es posible cometer un delito sin que en el desarrollo del mismo se agoten necesariamente hechos que dan lugar infracciones penales independientes. Ejemplo: no es posible cometer un delito de estragos (art. 346) sin cometer uno de daños (arts. 263 y ss.). Un delito de robo en casa habitada (art. 241) sin cometer un delito de allanamiento de morada (art. 202). O, finalmente, el delito de lesiones correspondiente (arts. 149 y ss.) que se consume dentro del delito de homicidio (art. 138). Precisamente la imposibilidad de cometer uno sin el otro, su inherencia, impide su punición separada.

4. El principio de alternatividad

(artículo 8.4^a CP: «En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor»).

La regla de la alternatividad –también llamada subsidiariedad o consunción impropia– es una regla última, a la que solo puede acudir el juzgador en defecto de la operatividad de las reglas de especialidad, subsidiariedad y consunción.

Se refiere a supuestos en los que dos preceptos son perfectamente aplicables y no se observan, en principio, diferencias en la previsión de su supuesto de hecho. En esta hipótesis la norma menos grave solo puede ser aplicada en defecto de la más grave, ya que esta absorbería a la primera.

Así, se plantea alternatividad entre el delito de acoso sexual del art. 184.2 y el delito de amenazas condicionales del art. 171.1, dado que ambas consisten en «el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal», que cede a favor del delito de amenazas condicionales con mal no constitutivo de delito, ya que contempla una pena de 3 meses a 1 año de prisión o multa de 6 meses a 24 meses frente a la pena de 5 a 7 meses de prisión o multa de 10 a 14 meses del acoso.

No obstante, téngase en cuenta que un amplio sector de la doctrina defenderá que entre estos preceptos hay una relación de especialidad para poder sostener la aplicación del acoso frente a las amenazas condicionales, pues desde nuestra tesis el art. 184.2 deviene prácticamente en inaplicable en los casos de amenaza, que no así en los casos de prevalimiento. Esta es la consecuencia de una mala técnica legislativa, «la sanción al legislador», puesto que, en puridad, entre ambos delitos no hay relación de especialidad alguna, ya que no son tipos penales equiparables desde el punto de vista lógicoestructural. El delito de acoso sexual del art. 184 se configura en su apartado segundo como un delito compuesto (prevalimiento o amenaza + actos de acoso sexuales del apartado primero) y, sin embargo, el delito de amenazas condicionales del art. 171 constituye un delito simple que sanciona proferir una amenaza sometida a una condición determinada. Tampoco podría decirse que es la consunción la que interviene en esta hipótesis. Recuérdese que su fundamento se basaba en una relación de valor que tenía en cuenta la gravedad de las conductas e infracciones que consumía, pero que esta consunción era limitada puesto que el principio de proporcionalidad no podría explicar por qué una conducta con un desvalor mucho mayor (el derivado de los actos de acoso sexual junto a las amenazas) recibe una sanción mucho menor, ni viceversa. En consecuencia, sería la opción del art. 171 la preferible, aunque como se ha comentado no faltan los autores que para eludir la práctica derogación tácita del elemento «con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación» del art. 184.2 mantendrán argumentos a favor de la especialidad. Quizá, entonces, podrá plantearse un concurso de delitos –

probablemente medial- entre el art. 171.1 y el apartado primero del art. 184, pues tampoco puede quedar sin respuesta penal los actos constitutivos de acoso sexual.

Lección IV. El derecho penal español

La historia política reciente de España ha ido acompañada de cambios constitucionales y cambios en el Derecho penal positivo, aun cuando la estructura esencial del Código penal de 1848, y especialmente el de 1870, hayan subsistido hasta 1995. Esta continuidad en el armazón penal no es una peculiaridad de nuestro país. Tampoco el resto de países europeos han renunciado al sistema codificador que se inició en Francia con el Código Penal de 1810. Dicho sistema va más allá del simple afán sistematizador y se presenta como la manifestación de la sensibilidad en torno al Estado de Derecho liberal y su correlativo principio de legalidad penal: los Códigos suponen la expresión racionalizada de ese principio.

Naturalmente todos los países, incluso los que han gozado de mayor continuidad en sus regímenes políticos, han ido introduciendo cambios periódicos en sus Códigos, o los han sustituido por Códigos completamente nuevos. Unas veces ello ha obedecido a cambios totales en el sistema político, y otras veces las modificaciones de las leyes penales se explican por la asunción de nuevos planteamientos técnicos y político criminales. En síntesis, pues, los retoques a los Códigos Penales no son una peculiaridad de la historia penal española; y tampoco lo es haber tenido más de un Código penal.

Capítulo 1º El código penal de 1995

1. Antecedentes

Dentro del proceso de democratización iniciado en la década de los setenta del siglo XX, se acometieron una serie de reformas concretas del sistema penal. La convicción de que un sistema político totalmente nuevo, acorde con la Constitución de 1978, necesitaba de un Código Penal nuevo, fue siendo asumida por todos. La necesidad del nuevo Código Penal podía apoyarse, por sí sola, en la vetustez técnico jurídica del Código entonces vigente (el Texto Refundido de 1973), que era incapaz de acoger los principios de la moderna doctrina y de la política criminal que correspondía a un Estado social y democrático de Derecho. En resumen, las razones esenciales que justificaban la necesidad de un nuevo Código Penal, acorde a los planteamientos de la CE de 1978, eran: razones de coherencia política (por el cambio de un régimen dictatorial a uno democrático), razones de agotamiento técnico del Código anterior, así como la necesidad de disponer de leyes penales que permitieran desarrollar una nueva política criminal que la sensibilidad democrática y social de nuestros días exigía de modo ineludible.

Paralelamente a los trabajos y Proyectos que se realizaron desde 1979 a 1995, se produjo un complejo proceso de reformas del Código Penal de 1973. Las causas y el objeto de estas reformas no se pueden aglutinar en una explicación común. En síntesis cabe decir que unas, las primeras, son consecuencia de los acuerdos entre las diferentes fuerzas políticas españolas que fueron conocidos como los *Pactos de la Moncloa*, entre los cuales había un grupo destinado precisamente al establecimiento de garantías y libertades que pasaba por la modificación de ciertos artículos del Código Penal. Otras de esas reformas sintonizan ya con la Constitución Española, promulgada en 1978. Finalmente, un tercer grupo de reformas fue produciéndose al hilo de reclamaciones de la doctrina científica y la jurisprudencia, o de insuficiencias del viejo Código puestas de manifiesto por la realidad cotidiana.

Las reformas de artículos o de grupos de artículos no fueron sino remedios temporales para situaciones urgentes en lo político criminal o en lo constitucional. Pero estas reformas no podían esconder la realidad de que un Código, que necesita ser constantemente reformado, tiene un límite de resistencia, es decir, admite únicamente una serie de artículos nuevos, pues los Códigos, a diferencia de las recopilaciones de leyes, aspiran a tener una coherencia interior sobre la cual pueda construirse un sistema jurídico equilibrado.

Hasta 1995 se llega sin un nuevo Código Penal acomodado a la Constitución. El impulso final para la aprobación del nuevo Código Penal se produce a partir de 1989. En aquel entonces el Ministerio de Justicia ordena que los trabajos de la Comisión especial para el proyecto de Código Penal, que estaban relativamente adormecidos, se impulsaran con urgencia, lo que dio lugar al Borrador de Código Penal de 1990, antecedente directo del Anteproyecto de Código Penal de 1992. Cuando este último texto llevaba andado la mitad del camino de su tramitación y discusión parlamentaria, las Cortes se disolvieron y el proyecto decayó. Dos años más tarde, el mismo proyecto, modificado con las enmiendas que habían sido aceptadas y algunas otras pequeñas variaciones, regresó al Congreso como Proyecto de Código Penal de 1994, el cual, tras experimentar numerosas modificaciones en las dos Cámaras, alcanzó la aprobación final el 8 de noviembre de 1995, decretándose una *vacatio legis* de seis meses, de modo que entró finalmente en vigor en mayo de 1996.

2. Reformas

A pesar de tratarse de un Código Penal relativamente nuevo, el CP 1995 ya ha sido objeto de una treintena de reformas. Las primeras se produjeron en el ámbito de la violencia callejera y el terrorismo, seguidas de otras para adecuar la regulación penal a la nueva configuración profesional del ejército y endurecer el régimen de los delitos contra la libertad sexual y la inmigración ilícita, y otras muchas dedicadas a la reforma de preceptos concretos. Por su parte, las Leyes Orgánicas 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo, constituyeron macro-reformas globales de todo el texto punitivo.

Especialmente significativa fue la reforma penal de 2015, que entre otras muchas cosas introdujo en nuestro ordenamiento penal la prisión permanente revisable, suprimió el Libro III dedicado antes a las faltas penales y modificó sustancialmente el Libro II dedicado a los delitos, incluyendo cambios drásticos hasta en figuras delictivas tradicionalmente inalteradas, como el homicidio y el asesinato.

Hasta el momento, las últimas reformas del Código Penal han sido introducidas en 2019 (LO 1/2019, de 20 de febrero, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y LO 2/2019, de 1 de marzo (en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar de accidente) y 2020 (LO 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente).

Capítulo 2º Legislación penal especial y complementaria

El Derecho penal español no está contenido únicamente en el Código Penal, sino también en una serie de leyes penales especiales, cuya definición ya se vio en la Lección 1ª del temario. La existencia de estas leyes está reconocida en el artículo 9 CP, según el cual: "*Las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones previstas en este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas*".

Entre la legislación penal complementaria (también definida en la Lección 1ª) puede citarse por su importancia la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979, promulgada inmediatamente después de la Constitución Española y aprobada por unanimidad en el Congreso y por aclamación en el Senado.

Capítulo 3º Relaciones del derecho penal con otras ramas del derecho

1. Constitución y Derecho penal

El Código penal es la norma más relevante del sistema jurídico después de la Constitución. Así lo recuerda la propia Exposición de Motivos del CP, hasta el punto de que se ha dicho que el Código Penal puede ser considerado una “Constitución negativa”, pues mientras que la Constitución establece el catálogo de los derechos de los individuos, el CP incide negativamente sobre el régimen de ejercicio y disfrute de esos derechos. Las relaciones del Derecho Penal con el Derecho Constitucional se manifiestan tanto en el ámbito del delito como en el ámbito de la pena.

1.1. *En el ámbito del delito*

El texto de la Constitución Española obligó a iniciar un doble proceso de reforma de las leyes penales en relación a las conductas hasta entonces tipificadas como delito: de este modo, fue necesario llevar a cabo un proceso de descriminalización, para despenalizar determinados comportamientos que eran perseguidos durante el régimen franquista, y simultáneamente un proceso de criminalización, para penalizar ciertas conductas atentatorias contra derechos fundamentales o bienes jurídicos reconocidos en el texto constitucional.

-Descriminalización: sobre todo a partir de 1989, se comienza a despenalizar determinadas conductas, que dejan por ello de ser delitos. Así por ejemplo, determinadas conductas relativas a la moral sexual o los antiguos delitos de reunión clandestina.

-Criminalización: la Constitución Española ha obligado a penalizar, entre otras conductas, las torturas, los delitos contra los derechos de los trabajadores y los delitos contra el medio ambiente (en este último caso, por expreso mandato del artículo 45.3 de la Constitución).

Estos procesos suelen producirse de forma concatenada; es decir, la descriminalización que tiene lugar a partir de la nueva Constitución Española ha provocado en la mayoría de los casos, como consecuencia necesaria, un posterior proceso de criminalización, en la medida en que los antiguos intereses que recibían tutela penal son sustituidos por otros valores consagrados constitucionalmente. Así por ejemplo, el proceso de descriminalización ha supuesto la derogación de los antiguos delitos contra la confesión católica, que han sido sustituidos, mediante un proceso de criminalización, por los actuales delitos contra la libertad de culto. Lo mismo ocurre con la moral sexual: al descriminalizarla, aparece como nuevo valor digno de tutela penal la libertad sexual, de modo que resulta necesario tipificar como delito las conductas que atenten más gravemente contra dicho valor.

1.2. *En el ámbito de la pena*

Toda pena, por el hecho de serlo, influye de un modo u otro sobre el régimen completo de disfrute o ejercicio de un derecho fundamental. Así, toda pena privativa o restrictiva de libertad incide sobre los derechos reconocidos constitucionalmente en los artículos 17 (libertad personal) y 19 (libre circulación), pero también, aunque indirectamente, sobre los del 18 (honor e imagen, estigmatizados éstos por la condena penal) y hasta los del 23 (pena accesoria de privación del derecho de sufragio).

Por otra parte, la CE contiene preceptos que, directa o indirectamente, afectan y conforman el sistema punitivo. De todo ello resulta lo que podría denominarse el programa penal de la Constitución.

Así por ejemplo:

1. Principio de Legalidad: obliga a que los delitos y las penas vengan establecidos por la ley, y se consagra en el art. 9.3 CE ("*La Constitución garantiza el principio de legalidad...*") y en el art. 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*").
2. Prohibición de determinadas penas: el art. 15 CE prohíbe la pena de muerte y las penas inhumanas o degradantes. La Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, abolió la pena de muerte en tiempo de guerra.
3. Prohibición de limitar arbitrariamente los derechos de los presos: de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.2 CE, las penas privativas de libertad se orientarán a la reinserción y reeducación del reo y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión gozará de sus derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

2. Derecho penal y Derecho administrativo

El Derecho administrativo mantiene fundamentalmente dos tipos de relaciones con el Derecho Penal: completa el supuesto de hecho de varios preceptos penales (normas penales en blanco) y constituye, al igual que el Derecho penal, un mecanismo de control social de carácter formal.

2.1.El Derecho administrativo como complemento de las normas penales. Las leyes penales en blanco

En varias ocasiones, el supuesto de hecho de la norma penal debe ser completado acudiendo a una normativa que no tiene carácter penal; esta remisión puede hacerse a normas con rango de ley (por ejemplo, el artículo 260.2 CP remite a la Ley Concursal: "*... fuera de los casos permitidos por la ley...*") o a normas de rango inferior (por ejemplo, el artículo 325 CP, que se refiere a "*... leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente...*").

Y sin embargo, el principio de legalidad en materia penal obliga a que todas las normas penales posean rango de ley (requisito de *lex scripta*, derivado del artículo 53 CE); además, la legislación penal es competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.6º CE) y por ello las Comunidades Autónomas no pueden establecer delitos y penas. Por otro lado, las leyes penales deben establecer con la suficiente exactitud y taxatividad la conducta que está penalmente prohibida (requisito de *lex stricta*).

¿Cómo es posible entonces que la regulación penal se remita a menudo a una normativa no penal para completar los supuestos de hecho punibles? Este interrogante ha sido contestado por una reiterada jurisprudencia constitucional, que puede resumirse del siguiente modo:

-En la redacción de los supuestos de hecho penales, no siempre es posible utilizar elementos descriptivos (como "matar", "causar una lesión", etc.), ya que cuando se trata de proteger bienes jurídicos menos aprehensibles que los tradicionales (vida, salud), como son por ejemplo el "equilibrio de los ecosistemas", la "seguridad en el trabajo", la "salud pública", etc., a menudo resulta muy difícil describir exactamente las diferentes formas en que dichos bienes jurídicos pueden resultar atacados. En estos casos, el legislador penal tiene que incluir en la redacción del supuesto de hecho *elementos valorativos*, que pueden ser de dos tipos:

1. Elementos *valorativos-sociales*: son los susceptibles de "valoración" por la sociedad y, en última instancia, por el juzgador (por ejemplo, los "*actos de exhibición obscena*" a los que alude el artículo 185 CP, o las injurias constitutivas de delito, que conforme a lo dispuesto en el artículo 208 CP serán las que "*por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas en el concepto público por graves*").
2. Elementos *valorativos-normativos*: dichos elementos, que son determinados atendiendo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, se utilizan en la técnica de ley penal en blanco (también denominada *accesoriedad administrativa*).

La accesoriedad administrativa puede adoptar tres formas distintas:

- a. *Accesoriedad conceptual*: la ley penal incluye un elemento normativo que se halla descrito en alguna norma jurídica que no es penal (por ejemplo, el concepto de especies "catalogadas en peligro de extinción" del artículo 332.2 CP, que viene descrito en la Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad).
- b. *Accesoriedad de derecho*: la ley penal se remite a un conjunto normativo de carácter general (leyes, reglamentos, etc.) para completar el supuesto de hecho (por ejemplo, en el caso del artículo 325 CP, ya comentado).
- c. *Accesoriedad de acto*: la ley penal se remite no ya a una norma extra-penal de carácter general, sino a un acto administrativo singular, como por ejemplo un permiso o licencia para conducir (artículo 384 CP).

-En relación con el uso de los diferentes tipos de elementos en la descripción de los supuestos de hecho previstos en las normas penales, y el empleo de la técnica de ley penal en blanco, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que:

1. Cuando ello sea posible, debe emplearse en la redacción de las conductas prohibidas penalmente elementos descriptivos, que son los que mejor satisfacen los principios de taxatividad y seguridad jurídica, derivados del de legalidad.
2. En aquellos supuestos en que no sea posible describir exactamente las agresiones al bien jurídico que pretende protegerse utilizando este tipo de elementos, deberá darse prioridad a los elementos valorativos-normativos frente a los valorativos-sociales, pues estos últimos generan mayor inseguridad jurídica.
3. El uso de la técnica de ley penal en blanco o accesoriedad administrativa no infringe los principios limitadores de *ius puniendi* siempre que:
 - a. *La remisión esté justificada por las necesidades de protección del bien jurídico que se pretende tutelar.* Por ejemplo, las necesidades de tutela del bien jurídico "equilibrio de los ecosistemas" pueden ser distintas en las diferentes Comunidades Autónomas, lo que justificaría que la normativa administrativa que complementa la norma penal sea también distinta en cada Comunidad Autónoma.

- b. *El núcleo esencial de la materia de prohibición penal debe encontrarse siempre en el precepto penal.*
La normativa administrativa de rango inferior a ley que lo complementa debe limitarse a establecer aspectos de detalle (como por ejemplo el tipo de sustancias tóxicas y el nivel de vertidos que resulta prohibido). El valor a proteger penalmente y la pena a imponer deben encontrarse nítidamente descritos en la norma penal.
- c. *No son admisibles las remisiones globales, o remisiones in totum, a la normativa administrativa.*
La norma penal debe establecer un desvalor añadido, distinto de lo que prohíbe la norma administrativa. Así por ejemplo, sería inconstitucional una norma penal que se limitara castigar como delito al que "infrinja las disposiciones generales protectoras del medio ambiente". ○ *El Derecho administrativo como mecanismo de control social formal*

El Derecho administrativo sancionador constituye, al igual que el Derecho penal, un mecanismo de control social formal que se puede estudiar asimismo desde dos vertientes: el Derecho administrativo objetivo (la normativa) y el Derecho administrativo subjetivo, que constituye la potestad sancionadora de la Administración.

Cuando la Administración hace uso de esa potestad sancionadora es posible en muchos casos que entre en colisión con el *ius puniendi* del Estado. Así, hay varios supuestos en que un mismo hecho puede constituir al mismo tiempo delito e infracción administrativa (por ejemplo, conducir con una determinada tasa de alcoholemia en sangre o la prevaricación de funcionario público).

En tales casos, ha de aplicarse el *principio non bis in idem*, en cuya virtud no se puede sancionar dos veces a un individuo por un hecho idéntico cuando la sanción se impone por la misma causa (identidad de sujeto, hecho y fundamento sancionador). De conformidad con dicho principio, en el ámbito penal:

1. Un mismo hecho no puede ser penalizado dos veces (por ejemplo, el artículo 238 CP castiga como robo con fuerza en las cosas, entre otros supuestos, el robo cometido con fractura de puerta o ventana; castigar con otra pena añadida los daños causados en la ventana para robar violaría el principio *non bis in idem*).
2. No se puede aplicar una agravante que ya ha sido tomada en consideración en la redacción del supuesto de hecho punible (por ejemplo, el artículo 139.1 CP castiga como asesinato el matar a otro con alevosía, por lo que no podrá aplicarse al culpable de este delito, además de la pena prevista para el asesinato, la agravante de alevosía del artículo 22.1 CP, porque ésta ya ha sido tenida en cuenta en la pena principal).

El principio *non bis in idem* también rige, por regla general, cuando se trata de sanciones de diferente naturaleza; así, en principio un mismo hecho no puede ser castigado al mismo tiempo con una sanción penal y una sanción administrativa si hay identidad de sujeto, hecho y fundamento sancionador. Pero hay algunos casos en que este principio no es aplicable, y por tanto es posible imponer ambas sanciones; son aquellos supuestos en que la sanción administrativa no tiene el mismo fundamento que la sanción penal.

La potestad sancionadora de la Administración puede tener dos fundamentos distintos:

1. *Fundamento correctivo:* en estos casos, la potestad sancionadora se dirige a todos los ciudadanos para mantener el orden social (por ejemplo, las infracciones en materia de tasas de alcoholemia en sangre). En tales supuestos, tanto la sanción penal como la sanción administrativa cumplen idéntica función (protección de intereses sociales, o bienes jurídicos –en el ejemplo anterior, protección de la seguridad vial). Por lo tanto, rige en estos casos el principio *non bis in idem*, ya que existe identidad de fundamento sancionador, y en su virtud sólo podrá imponerse una de las dos sanciones: la pena en

aquellos casos en que la conducta sea especialmente grave; la sanción administrativa en los supuestos más leves.

2. *Fundamento disciplinario*: en estos supuestos, la norma administrativa se dirige a personas que tienen una especial relación o vinculación con la Administración, para asegurar el funcionamiento de la propia organización administrativa. Es lo que se denomina "relación de sujeción especial con la Administración" y justifica, por ejemplo, la imposición de sanción disciplinaria al funcionario público que prevarica. En estos casos, la sanción penal y la administrativa cumplen objetivos distintos: la primera protege bienes jurídicos y la segunda se encarga de la autotutela de la organización administrativa. Por tanto, en principio podrán imponerse ambas sanciones.

El problema radica en que, paulatinamente, la Administración ha ido ampliando el ámbito en el que ejerce su denominada función disciplinaria a sectores que en principio le son ajenos. Así, y contando en ocasiones con el respaldo del Tribunal Constitucional, se ha afirmado que están vinculados por una "relación de sujeción especial con la Administración", por ejemplo, los internos en instituciones penitenciarias, los deportistas federados, los militares, etc.

En cualquier caso, la aplicación del principio *non bis in idem* comporta tres importantes efectos en el orden procedimental:

1. La actuación sancionadora de la administración debe ceder ante la actuación de los tribunales penales, y no podrá intervenir hasta que se hayan pronunciado éstos.
2. Si el juez o tribunal penal competente estima la existencia de delito, no cabrá sancionar administrativamente en aquellos casos en que la norma administrativa tenga fundamento correctivo.
3. En el resto de supuestos, la Administración deberá respetar en su actuación *a posteriori* la declaración de hechos surgida en el proceso penal, puesto que no es posible admitir por parte del Estado una valoración doble y discrepante sobre los mismos hechos.

3. Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho internacional

1. *Conflicto de leyes*: este punto está en relación con la eficacia espacial de la ley penal y los supuestos de extraterritorialidad, temas que se verán más adelante en otra lección. Puede adelantarse que se trata de determinar qué ley se aplica a determinado hecho delictivo cuando éste implica a diferentes países (por ejemplo, una banda armada formada por ciudadanos españoles comete un atentado en Francia y posteriormente huye a Gran Bretaña). También poseen puntos de conexión las leyes penales españolas con las internacionales en lo que respecta al establecimiento de determinadas cláusulas de exclusión personal de la pena (por ejemplo, la inmunidad de la que goza el personal diplomático).
2. *Eficacia de los Tratados y Acuerdos Internacionales en el Derecho penal*: mediante algunos de ellos, los Estados se comprometen a adoptar determinadas disposiciones en materia penal; conforme a lo previsto en el artículo 96 CE, estos tratados tienen eficacia vinculante para el Estado español y, por lo tanto, despliegan eficacia en ámbito penal. Así por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que fue ratificada por España en 1987.
3. *Crímenes internacionales*: si bien no puede hablarse estrictamente de un verdadero Derecho penal internacional (pues el *ius puniendi* es monopolio exclusivo de cada Estado), sí que existen determinados delitos que pueden ser perseguidos con independencia del lugar donde hayan sido cometidos. Se denominan crímenes internacionales, y entre ellos se encuentran, por ejemplo, el genocidio, los crímenes de guerra o los crímenes de lesa humanidad. Para perseguir estos delitos se creó en 1998 la Corte Penal Internacional. El Estatuto de Roma, que regula su funcionamiento, entró en vigor en 2002.

Antecedentes históricos de esta jurisdicción penal internacional son, en primer lugar, los procesos de Núremberg y Tokio, en los que fueron juzgados como criminales de guerra los altos mandos militares nazis y sus aliados japoneses por sendos tribunales creados por los Estados vencedores de la II Guerra Mundial. A partir de estos procesos, la Organización de las

Naciones Unidas comenzó una serie de trabajos que culminaron, tras casi cincuenta años, en el establecimiento de una jurisdicción penal internacional de carácter permanente. De este modo, el 17 de julio de 1998 era aprobado en Roma el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que la declara competente para juzgar delitos como el genocidio, crímenes de guerra o de lesa humanidad. Todos estos delitos están ya regulados, de una u otra forma, en la mayoría de los países que han suscrito el Estatuto de Roma, de modo que no se trata de crear delitos nuevos, sino de establecer un procedimiento que evite que estos crímenes queden impunes cuando el Estado competente para juzgarlos no ejerza esta competencia, porque no pueda o porque no quiera ejercerla. Por ello esta jurisdicción internacional es complementaria de la nacional, es decir, sólo intervendrá cuando no lo haga el principal Estado implicado.

4. Derecho penal y Derecho comunitario

La Unión Europea (UE), como institución independiente de los Estados que la conforman, no posee *ius puniendi*, de modo que no existe en la actualidad un Derecho penal comunitario. Sin embargo, las disposiciones jurídicas de la UE influyen en el Derecho penal propio de los Estados miembros; esta influencia puede tener efectos despenalizadores o penalizadores.

1. *Efectos despenalizadores*: las disposiciones jurídicas de la UE tienen primacía sobre el Derecho interno de los Estados miembros. En relación con el Derecho penal, esto significa que un Estado no puede sancionar, y menos calificar como delito, una conducta que esté permitida por el Derecho comunitario (en este sentido se dice que la UE tiene *ius puniendi* negativo). Así por ejemplo, los Tratados UE establecen el principio de libre circulación de mercancías y trabajadores comunitarios dentro del territorio de la Comunidad. Esto ha obligado a modificar los delitos de contrabando e inmigración ilegal.
2. *Efectos penalizadores*: El Derecho comunitario pretende que las normas sancionadoras de sus Estados miembros sean, si no idénticas, al menos muy similares por lo que respecta a la protección de los intereses de la UE, a fin de evitar que existan "paraísos de impunidad" dentro de las fronteras comunitarias.

Este objetivo trata de conseguirse utilizando dos técnicas:

- a. Asimilación: la UE obliga a los Estados miembros a proteger un interés comunitario del mismo modo a como se tutela ese interés cuando es nacional. Así por ejemplo, el artículo 209 del Tratado de Maastricht establecía: "*los Estados miembros adoptarán las mismas medidas para evitar el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopte para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros*"; como consecuencia de este principio (ahora consagrado en el art. 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), fue reformado en España el delito fiscal, y ahora los artículos 305 y 306 CP castigan en términos similares ambos tipos de fraude. Esta técnica tiene dos defectos, que pueden provocar resultados insatisfactorios: en primer lugar, es posible que la conducta no esté tipificada como delito en algún país, y entonces no se conseguiría la homogeneidad de las legislaciones (por ejemplo, si en un país de la UE el fraude fiscal constituyera sólo una infracción administrativa); en segundo lugar, es frecuente que, aun siendo calificado en todas las legislaciones de los Estados miembros como delito, cada uno de ellos establezca una pena diferente, de modo que tampoco en este caso se conseguiría la homogeneización.
- b. Armonización: para evitar los problemas anteriores, la UE puede promulgar una norma en la que se obligue a los Estados miembros a adoptar un mismo régimen para sancionar los ataques a determinados intereses comunitarios. Así por ejemplo, puede obligar a los Estados a imponer penas de prisión con una determinada duración mínima para los jefes de organizaciones mafiosas dedicadas al tráfico de personas para su explotación sexual.

5. Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho civil

1. El legislador penal tipifica como delito determinadas conductas que también son protegidas por el Derecho civil. Así por ejemplo, la propiedad (que es protegida a través de los delitos de hurto, robo, etc.), la familia (que se protege a través de los delitos contra las relaciones familiares), el matrimonio (protegido entre otros a través del delito de bigamia), etc. De una u otra manera, la inmensa mayoría de las instituciones civiles cuenta con tutela penal.
2. Determinados preceptos del Código Penal se remiten a conceptos propios del Derecho civil; así por ejemplo, el concepto de matrimonio en el delito de bigamia o los conceptos de propiedad y posesión en los delitos

patrimoniales. De todos modos, en algunos supuestos los conceptos utilizados por el Derecho penal no tienen exactamente el mismo significado que cuando se utilizan por el Derecho civil, y no existen reglas fiables para determinar *a priori* qué conceptos coinciden y cuáles no; hay que comprobarlo caso por caso. Así por ejemplo, para el Derecho civil una estatua que está colocada en el jardín de una vivienda puede ser un bien inmueble por accesión, mientras que para el Derecho penal constituye una cosa mueble, en la medida en que puede ser objeto de un delito de hurto o robo.

3. Responsabilidad civil derivada de delito: como se vio en otra lección anterior, la comisión de un delito puede conllevar, además de responsabilidad penal, responsabilidad civil si dicho delito produce daños o perjuicios. Este tipo de responsabilidad está regulada en los artículos 109 y ss. del Código Penal, y puede comprender la restitución, reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales o morales. El perjudicado puede optar por exigir esta responsabilidad civil ante la jurisdicción penal, o bien reservarse las acciones para un posterior proceso civil, pero esta jurisdicción estará sujeta a los hechos que declaren probados en el proceso penal. Por otro lado, el conjunto de responsables civiles puede ser más amplio que el de responsables penales, e incluso a veces puede no coincidir.

6. Derecho penal y Derecho procesal

Ambas ramas del ordenamiento se ocupan del tratamiento jurídico del delito, de sus responsables y víctimas, pero son dos disciplinas autónomas:

-El Derecho penal básicamente establece los delitos, así como las penas y medidas de seguridad que llevan aparejados.

-El Derecho procesal regula el procedimiento en virtud del cual se declara a una persona inocente o culpable y, en este último caso, se le impone la pena que debe cumplir. Las garantías procesales se dirigen, en esencia, a asegurar que sólo se pueda condenar a un individuo cuando se haya destruido por completo la presunción de inocencia.

Básicamente, el proceso penal se divide en tres fases distintas:

1. *Instrucción*: es la fase dedicada a la investigación. El juez instructor trata de averiguar si hay indicios de racionales de delito, y en caso afirmativo, de identificar a los posibles responsables, que de este modo pasan a ser "investigados" (antes llamados "imputados") en la causa.
2. Juicio oral: tanto la defensa como la acusación exponen sus alegaciones y pruebas ante el juez, tribunal y/o jurado que debe dictar sentencia (depende del tipo de delito que se cometa y de la pena que lleve aparejada). El juicio penal es siempre presencial y, por regla general, se celebra en audiencia pública.
3. Sentencia: el juez o tribunal determina en la sentencia su fallo, absolutorio o condenatorio. En la sentencia se establece, en su caso, las penas y/o medidas de seguridad que deberá cumplir el condenado. La sentencia penal puede también determinar la responsabilidad civil derivada de delito, a no ser que el ofendido haya optado por ejercitar su acción ante la jurisdicción civil.

Lección V. Evolución de la ciencia penal

El hecho de que el Estado se atribuya la facultad de imponer penas, esto es, de privar al individuo de sus bienes jurídicos más personales e importantes, ha llamado la atención de los pensadores de todos los tiempos sobre el fundamento, contenido y fin de este derecho. Aunque ya en la filosofía griega encontramos el germen de lo que posteriormente serán las principales teorías penales, es a partir de la Ilustración cuando se sientan las bases para la discusión de todos los temas esenciales sobre el delito y la pena y, con ello, las bases para construir una verdadera Ciencia del Derecho penal.

Capítulo 1º Ilustración y ciencia penal

La Ilustración supuso la crítica y posterior ruptura con los planteamientos políticos, filosóficos y jurídicos que habían servido para consagrar los pilares del Antiguo Régimen. Sin duda, ello va a tener una repercusión muy importante en todos los aspectos del Derecho penal. Fueron muchas y variadas las aportaciones que hizo la Ilustración al Derecho penal, y que luego serían recogidas y desarrolladas por los autores de la Escuela Clásica. Estas aportaciones van referidas principalmente a la instauración de un sistema de límites al poder punitivo, y consecuentemente un catálogo de garantías para el ciudadano frente a ese poder.

Particularmente significativa en el nuevo planteamiento de la cuestión criminal es la obra de BECCARIA, “De los delitos y las penas” (1764); obra de gran trascendencia en la época, y de la cual se ha dicho que representa el manifiesto de la dirección liberal en Derecho penal, su grito de guerra. En ella critica BECCARIA la irracionalidad, la arbitrariedad y la crueldad de las leyes penales y procesales del siglo XVIII y, partiendo de la idea del contrato social, fundamenta el principio de legalidad aplicable a los delitos y las penas, la conveniencia de una política de prevención del crimen, y su teoría utilitarista del castigo.

BECCARIA basa su alegato contra el sistema penal de la Monarquía absoluta en la teoría del contrato social. Este sella el origen de la sociedad civil, de la autoridad y del propio derecho a castigar. En palabras de BECCARIA, “las leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad”. Fue, pues, la necesidad la que obligó a los individuos a ceder parte de su libertad, y es cierto que cada uno quiere ceder de ella la porción más pequeña que sea posible. Por tanto, toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica.

El principio de legalidad, el de la división de poderes, las necesarias limitaciones del arbitrio judicial y la proporcionalidad de las penas no son sino consecuencias de este punto de partida.

BECCARIA profesa una concepción utilitarista de la pena. Dado que por el contrato social los ciudadanos renunciaron a parte de su libertad en aras de la felicidad (utilidad), la pena inútil atenta contra la justicia, y sobre todo, contra las bases mismas del contrato social. Una pena inútil, afirma BECCARIA, olvida que la autoridad ha de mandar a individuos felices, no a una tropa de esclavos, y que el castigo no puede fundamentar la convivencia en una temerosa crueldad. Como otros penalistas de la Ilustración, entiende BECCARIA que la pena se justifica porque es necesaria para prevenir futuros delitos: “El fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. ¿Se podrá en un cuerpo político que, bien lejos de obrar con pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, se podrá, repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los flacos tiranos? ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve, las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y duradera sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo... Para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes”.

BECCARIA denuncia tres vicios perniciosos del Antiguo Régimen: las leyes no responden a intereses generales, sino que son genuinos privilegios de unos pocos; los poderes públicos piensan, erróneamente, que el modo de evitar la comisión de delitos es castigarlo todo, incluso conductas indiferentes, lo que en realidad genera nuevos

delitos; desde un punto de vista técnico las leyes de su época adolecían de claridad y precisión, concediendo unas desmedidas facultades interpretativas al juez.

En su lugar, propone BECCARIA una política criminal basada en cinco pilares: leyes claras y simples; predominio de la libertad y la razón sobre el oscurantismo; ejemplar funcionamiento de la justicia libre de corrupciones; recompensas al ciudadano honesto, y elevación de los niveles culturales y educativos del pueblo. La obra de BECCARIA contiene también una severa crítica a la desigualdad del ciudadano ante la ley, a la pena de muerte, el empleo del tormento, etc.

Capítulo 2º Escuela clásica

Como consecuencia de los postulados de la Ilustración surge un movimiento doctrinal al que se conoce con el nombre de Escuela Clásica. Conviene rechazar desde el principio toda idea de grupo, ya que su denominación como Escuela Clásica fue posterior, y en ella se agrupan autores y tendencias divergentes e incluso contradictorias en algunos puntos concretos.

Son postulados fundamentales de la Escuela Clásica:

- A. Conciben el derecho como derecho natural, inmutable en el tiempo y no un producto histórico. Esta premisa da lugar a que los tratados de la Escuela Clásica no sean un sistema de Derecho positivo, sino ideales jurídicos aplicables en todo tiempo y lugar.
- B. El delito no es concebido como un producto de la realidad, sino como un ente jurídico; es un concepto exclusivamente formal. El delito expresa la relación contradictoria entre el hecho y la ley; el delito no es acción, sino infracción.
- C. La responsabilidad se asienta sobre el libre albedrío. El hombre es responsable porque libremente ha optado por infringir la ley, pudiendo haber optado por su observancia. El delito es consecuencia del mal uso que se hace de la libertad por razones circunstanciales.
- D. En cuanto a la fundamentación, legitimación y delimitación del castigo, las teorías de la Escuela clásica se mueven entre el retribucionismo y la prevención.
- E. Como heredera de las ideas Ilustradas, la Escuela Clásica considera que los derechos del hombre exigen el legalismo y el humanitarismo.

Uno de los principales representantes de la Escuela Clásica es CARRARA, para quien el delito es una noción jurídica que implica una necesaria referencia a la norma, la cual a su vez expresa el ideal de justicia. A esta particular concepción ideal del delito, desprovista de todo contenido real o empírico se deben tres importantes consecuencias: el delito es infracción de la norma; el delincuente solo interesa como sujeto activo de la infracción y no como individuo real; la esencia del derecho a castigar es sólo la justicia (no la defensa), y la justicia reclama que quien hace un mal sufra un mal (retribucionismo).

La Escuela Clásica contribuyó de forma trascendental a la Ciencia del Derecho penal, hasta el punto que se considera el origen de la misma, pero no por ello está exenta de crítica. Preocupada por buscar un nuevo marco legislativo más acorde con las ideas de la Ilustración, la Escuela Clásica no supo responder a las necesidades de prevención de una sociedad en cambio, que además estaba afectada por un creciente proceso de industrialización. Sus sistemas gozaban de una admirable lógica interna y armonía, pero derivaban de unos postulados teóricos apriorísticos, y no de la realidad concreta y sus necesidades.

Capítulo 3º El positivismo en la ciencia del derecho penal

En la segunda mitad del siglo XIX surgen dos grandes corrientes: el Positivismo criminológico, desarrollado sobre todo en Italia, y el Positivismo jurídico, fundamentalmente en Alemania. La diferencia esencial entre ambas reside en su objeto de análisis: el positivismo criminológico estudió el delito y el delincuente como realidades naturales, mientras que el positivismo jurídico se centró en el análisis de las normas jurídicas.

1. Positivismo criminológico

En el siglo XIX las ciencias físicas y de la naturaleza alcanzaron un gran auge, lo que supuso el prestigio del método de la observación y la experiencia, el cual trató de trasladarse a las ciencias sociales y jurídicas, en las cuales se esperaba conseguir el mismo grado de eficacia que dicho método había demostrado en el campo de la física o la medicina. La concurrencia en el siglo XIX de este nuevo enfoque, unido a la evolución del modelo del Estado, producen un profundo cambio de orientación: la Ciencia del Derecho penal pretende adoptar el método de las ciencias de la naturaleza, el método científico.

En Italia, la irrupción de la Scuola Positiva está indisolublemente unida a la obra de LOMBROSO, y la culminación y el desarrollo de sus consecuencias a FERRI y GAROFALO. Las características más notables de esta Escuela son las siguientes:

- A. Sustitución del método deductivo por el científico, concretamente el método empírico. No se trata ya de partir de premisas incuestionables y elaborar un sistema.
Hay que partir de los hechos que se producen en la realidad; la observación y el análisis de los mismos son los pilares sobre los que se asienta el método positivista.
- B. La adopción de este método implica una variación sustancial del objeto de análisis: En lugar del delito como ente jurídico abstracto, como mera infracción de la norma, el delito se concibe como una acción llevada a cabo por un determinado individuo y que responde a unos factores causales.
- C. El Positivismo criminológico centra su estudio en la persona del delincuente como individuo sometido a la herencia biológica y a los influjos del medio físico y social. Si para la Escuela Clásica el delincuente era sólo el sujeto activo del delito (un elemento más de los que componen la infracción criminal), para el Positivismo criminológico el delito se convierte en mero síntoma de la personalidad de su autor, pasando éste a ser el protagonista de la Ciencia penal.
- D. Para los positivistas italianos la creencia en el libre albedrío es una mera ilusión. La conducta de los hombres está sometida a la ley de la causalidad como los demás fenómenos naturales, y determinada por un complejo de fenómenos físicos y sociales. Es preciso indagar sobre las causas naturales o sociales que han originado el comportamiento delictivo. Pero como la sociedad necesita defenderse, se sustituye la responsabilidad moral la responsabilidad social: el individuo es responsable por el hecho de vivir en sociedad; el hecho de que no haya responsabilidad moral (culpabilidad) no quiere decir que sea excluido del derecho.
- E. El análisis de los factores determinantes del comportamiento delictivo hace que conciban la lucha contra la criminalidad como algo integral, como una misión del Estado que no debe limitarse a la aplicación de la pena cuando el ordenamiento jurídico penal ha sido infringido, sino que ha de actuar en unos casos sobre el mismo delincuente, y en otros sobre los factores exógenos que le llevan al delito, para lograr así reducir las cifras de criminalidad.
- F. Abandonan toda postura retribucionista en relación a la sanción penal, sustituyéndola por la idea de prevención. La pena es defensa social, es decir, medida destinada a la prevención de delitos

futuros, y es prevención especial, porque actúa sobre el delincuente. Se busca la adecuación de la pena a las condiciones particulares de cada delincuente, de modo que posibilite la superación de su peligrosidad. La existencia de delincuentes incorregibles llevará a la introducción del criterio de la inocuización a través de la pena capital o la cadena perpetua.

- G. Los derechos de la sociedad predominan sobre los del delincuente. Ya que cada sujeto peligroso tiene características peculiares que no pueden ser previstas en la ley, las garantías legales ceden al arbitrio judicial y al penitenciario (sentencia y ejecución indeterminadas).

El positivismo criminológico, en la medida en que estudia las causas del delito, constituye el origen de la actividad científica que hoy denominamos Criminología. Por lo que respecta al Derecho penal, su aportación más importante consiste en subrayar la necesidad de concebir la lucha contra el delito como una de las tareas generales del Estado, dar un contenido a la reacción penal distinto del puramente represivo, y traer a un primer plano al sujeto delincuente. Por el contrario, debe valorarse negativamente el olvido en sus propuestas de las garantías individuales, y el haber prescindido del estudio del derecho vigente.

En España, el Positivismo criminológico tiene alguna incidencia especialmente en la obra de DORADO MONTERO, según el cual el principal fin de la pena es la corrección o enmienda del delincuente. El Estado debe proponerse no sólo la adaptación del delincuente a la vida social, sino su enmienda a nivel interno, reformando su voluntad. El fin de la pena es pues restablecer en el sujeto la voluntad justa. Todo aquél que haga mal uso de su libertad externa debe ser privado de ella en la medida necesaria, ser considerado como si fuera un menor de edad y objeto de una segunda educación. El fin de la justicia penal para DORADO MONTERO es recuperar al delincuente, de modo que la pena se transforma en pura "Pedagogía correccional". De este carácter y de su concepción como "bien para el delincuente", deriva DORADO MONTERO que la pena debe ser individualizada e indeterminada. Convertida la pena en un bien, que el delincuente terminará exigiendo, es necesario que ese bien se aplique a todos los que lo necesiten. No cabe pues mantener el principio de irretroactividad de la ley penal, pues es exigencia de justicia aplicar al criminal el tratamiento más adecuado, y no los que, impuestos al tiempo de dictar sentencia, hayan quedado desfasados. Pero la propuesta de DORADO MONTERO es utópica, pues descansa en una ciega confianza en el humanitarismo, admitido el cual el tema de las garantías no debería ser objeto de excesiva preocupación.

2. Positivismo jurídico

La recepción del positivismo por parte de la ciencia alemana de Derecho penal tuvo efectos distintos a los producidos en Italia. También se efectúa un cambio de método, pero el objeto de investigación será el derecho positivo, las normas jurídicas vigentes. Dentro del positivismo jurídico pueden diferenciarse dos direcciones esenciales: la estrictamente normativista y la sociológica, que también suele denominarse positivismo naturalista.

Para los representantes del Positivismo jurídico normativista, cuya figura principal es BINDING, el análisis del jurista debe vincularse completamente a la ley vigente. Los principios generales del Derecho no constituyen algo a priori, preexistente a la norma, sino que son deducidos de los propios textos legales. Por ello, cualquier problema que no quede dentro del derecho positivo carece de interés para el penalista.

BINDING defiende una concepción exclusivamente retribucionista de la pena, dado que estima que las finalidades preventivas supondría incluir valoraciones metajurídicas.

3. El denominado Positivismo naturalista

El principal problema del Positivismo normativista fue el de alejar el derecho positivo de la vida real y cotidiana, defecto que intenta ser superado por el Positivismo naturalista.

En Alemania, el representante más importante del Positivismo naturalista es VON LISZT, fundador de la llamada Escuela sociológica o “joven escuela alemana”. Tanto VON LISZT como los demás representantes de esta escuela parten de las exigencias del nuevo modelo de Estado, lo que les lleva no sólo a una diferente orientación en cuanto a los fines de la pena, sino también a una distinta concepción de la propia ciencia del Derecho penal.

VON LISZT entiende que la actividad científica en el Derecho penal debe abarcar dos ámbitos: por un lado el estudio del delito y de la pena en la realidad, conforme al método empírico; por otro lado, el estudio sistemático de los preceptos penales de acuerdo con el método jurídico. Desde esta perspectiva, VON LISZT acabará concibiendo como ideal una Ciencia Total del Derecho Penal (gesamte Strafrechtswissenschaft), en la que se integrarían todos los saberes concernientes al delito (Criminología, Política criminal y Derecho penal).

Capítulo 4º Tendencias actuales en la ciencia penal.

Desde los años sesenta del siglo pasado la dogmática jurídico penal se halla inmersa en una fase de transición, caracterizada por el predominio de corrientes de signo ecléctico.

A este esquema responde la aportación de ROXIN, que intenta superar las barreras existentes entre el Derecho penal y la Política criminal, haciendo del sistema punitivo un instrumento válido para la solución satisfactoria (político-criminalmente) de los problemas reales de la sociedad. Para ello, sugiere ROXIN una decidida reorientación del Derecho penal, de forma que todas las categorías penales se redefinan en función de las exigencias político criminales. Así se evita el contrasentido del Positivismo jurídico en el que pudiera seguir siendo dogmáticamente correcta una interpretación que, desde un punto de vista político criminal, no resolviese el problema de forma adecuada. Se busca por tanto un Derecho penal orientado a sus consecuencias. En cualquier caso, ROXIN da cabida a valores y principios garantistas en el momento de configurar su sistema de Derecho penal.

1. Abolicionismo y Derecho penal mínimo

En la Ciencia penal ha habido cierto consenso en las últimas décadas en torno a la idea de que el Derecho Penal es la forma más grave de intervención del Estado frente al individuo, que tiene para este último unas consecuencias altamente estigmatizadoras, y que por ello es preciso restringir y justificar al máximo su intervención. En esta línea se enmarca por ejemplo el Garantismo penal, corriente que tiene entre sus representantes a FERRAJOLI.

Las ideas anteriores, junto a la crisis del pensamiento resocializador, hace que un sector de penalistas realicen diversas propuestas, que van desde las puramente abolicionistas hasta las reduccionistas del sistema penal. Estas últimas vienen representadas inicialmente por la búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad, así como en la reivindicación de enfoques más garantistas en la interpretación y aplicación de las leyes. Actualmente se centran en dos aspectos: la vía despenalizadora, en abierta oposición a la tendencia expansionista del Derecho Penal contemporáneo, y las propuestas consistentes en devolver protagonismo a la víctima en el conflicto penal.

2. Las tesis funcionalistas

Para JAKOBS y sus seguidores, la misión del Derecho penal es exclusivamente la prevención general, entendida como prevención general positiva. El centro de atención se traslada al sistema social, subordinando a su buen funcionamiento cualquier valoración ética, política, individual o colectiva. El individuo se contempla exclusivamente como un centro de imputación de responsabilidades. El derecho es tan sólo un instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas. Y el Derecho penal tiene como misión asegurar la confianza de los ciudadanos en la norma. Así, la comisión de un delito se estima socialmente disfuncional no ya porque lesione o ponga en peligro un bien jurídico, sino porque cuestiona la confianza institucional en el sistema normativo. El delito es ante todo una falta de fidelidad hacia el Derecho, una amenaza para el sistema social.

3. Globalización y sistema penal

La globalización, y más concretamente la idea de un mercado global, es el eje sobre el que gira todo un nuevo orden social en el que la política mundial es un mero instrumento a favor de los poderes económicos. Es el propio orden social y económico, con su incapacidad para establecer los necesarios equilibrios, el que contribuye a la aparición de actividades ilegales en el ámbito de la economía transnacional. Las mafias y los negocios ilegales internacionales se erigen en verdaderos poderes económicos.

El carácter primordialmente económico y organizado de la criminalidad de la globalización, y la asignación al Derecho penal de cometidos fundamentalmente prácticos, en el sentido de una mayor eficacia, en la respuesta a los ilícitos propios de la globalización y de la integración supranacional, podría traducirse en una expansión del Derecho penal, acompañada de la consecuente flexibilización de las categorías, relajación de las garantías y relativización de los principios limitadores del ius puniendi. Ante la amenaza que la expansión del Derecho penal supone para las garantías consolidadas en nuestros sistemas penales, HASSEMER propone en Alemania una redistribución formal de lo ilícito mediante la institución de un nuevo ordenamiento sancionador, al que denomina “Derecho de intervención”.

Lección VI. Fuentes del derecho penal

Capítulo 1º La ley

Como se analizó en la Lección 2ª, el principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva, e incluye una serie de garantías (criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución) y requisitos (lex praevia, lex scripta, lex stricta) que genéricamente se pueden reconducir a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que permite la ley. La consecuencia más importante que se deriva del principio de legalidad en el marco de las fuentes del Derecho penal es que la ley es la única fuente normal y directa de estas normas y consecuentemente, la única capaz de crear delitos, penas y medidas de seguridad.

Las leyes autonómicas no son fuente del Derecho penal, pues la Constitución Española recoge entre las competencias exclusivas del Estado la legislación penal (art. 149.6 CE). También en la Lección 2ª, a propósito del requisito de lex scripta, se vio cómo la ley penal debe tener necesariamente carácter de Ley Orgánica, en la medida en que supone limitación de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 81 CE).

Capítulo 2º El papel de la costumbre y los principios generales del derecho

Con carácter general, el art. 1 del Código Civil establece como fuentes del ordenamiento jurídico la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Junto a estas tres fuentes se cita, como complemento del ordenamiento jurídico, la doctrina reiterada que se establezca en la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las fuentes.

Sin embargo, como ya hemos visto, la única fuente válida en Derecho penal es la Ley, de modo que las otras fuentes mencionadas por el Código Civil no pueden crear directamente Derecho penal, aunque en algunos casos pueden coadyuvar a la interpretación, aplicación e integración de las normas penales.

1. La costumbre

Con carácter general, en el ordenamiento se reconocen tres tipos de costumbre:

- I. Costumbres contra legem: son las que regulan alguna realidad en contra de lo regulado por la ley. Su aplicación está prohibida en todo caso, porque la costumbre es subsidiaria del Derecho, así que no puede ir contra la ley, que es fuente principal del ordenamiento.
- II. Costumbres praeter legem: son las que regulan alguna realidad no regulada por la ley, de modo que con carácter general se aplican en defecto de ésta, para cubrir las lagunas del ordenamiento. Pero el Derecho Penal se caracteriza precisamente porque no tiene lagunas normativas: sólo es delito lo que la ley dice que es delito, así que todo lo que no viene explícitamente previsto por las normas penales está permitido penalmente. Por esta razón también está prohibido el uso de este tipo de normas en el ámbito penal.
- III. Costumbres secundum legem: son las que se usan para interpretar la norma ("según la ley"), razón por la cual también se suele hablar de ellas como "costumbres interpretativas". Estas sí pueden utilizarse en el Derecho penal, pero sólo en su función interpretativa de los preceptos penales, para conocer el verdadero significado de la norma penal. Así por ejemplo, en el caso del art. 208 CP: "Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves".

2. Los principios generales del derecho

Informan a todo el ordenamiento jurídico, y desde esta perspectiva pueden ser tenidos en cuenta en la interpretación y aplicación del Derecho penal, siempre que no contravengan lo dispuesto por la Ley. Uno de los principios generales del derecho más utilizados en la aplicación de las leyes penales es el de in dubio pro-reo: en caso de duda razonable sobre la concurrencia de un hecho típico o circunstancia agravante, o sobre la culpabilidad o participación de un individuo en el delito, deberá aplicarse la norma de la forma más favorable al reo.

Capítulo 3º Interpretación de la ley penal

Los distintos métodos de interpretación pueden clasificarse en función de diferentes criterios:

⇒ En relación al sujeto que interpreta la norma penal:

1. Interpretación auténtica: es la interpretación que realiza el propio legislador, y por ello siempre es vinculante. Así por ejemplo, el art. 239 CP: "Se considerarán llaves falsas..."
2. Interpretación judicial: la que realizan los jueces y tribunales a la hora de aplicar los preceptos penales en un proceso (así por ejemplo, la interpretación que realice un juez

al juzgar un delito de exhibicionismo -art. 185 CP- de lo que debe considerarse “actos de exhibición obscena”). Esta interpretación no es vinculante más allá del caso que se esté juzgando, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene mucha influencia en los órganos judiciales inferiores.

3. Interpretación doctrinal: es la que realizan los penalistas, o lo que es lo mismo, la doctrina, en sus estudios sobre las leyes penales. Esta interpretación no es desde luego vinculante, pero en ocasiones, especialmente cuando la misma interpretación se mantiene por un número importante de penalistas, puede ser adoptada por la jurisprudencia o por el propio legislador.

⇒ En relación con el método de interpretación:

1. Interpretación literal o gramatical: es interpretar la letra de la ley, su texto, según las propias palabras, esto es, el sentido gramatical del precepto. El principio de legalidad, establece al respecto un límite: no se puede ir más allá de la letra de la ley.
2. Interpretación sistemática: con carácter general, el Código Penal está ordenado conforme a una sistemática, de tal modo que cada Título del Libro II trata sobre un bien o bienes jurídicos. En ocasiones, el significado del precepto sólo puede adquirir su verdadero sentido cuando se interpreta en el marco de la ubicación sistemática que se le ha dado.
3. Interpretación teleológica: está muy ligada a la anterior, y consiste en buscar el fin de la norma, del precepto. Así por ejemplo, se trata de hallar la vinculación de la norma con la tutela de un determinado bien jurídico.
4. Interpretación histórica: se trata de conocer el momento histórico en que se introduce un precepto en el CP, y qué intención tenía el legislador al establecer ese precepto, para poder valorar si las circunstancias históricas han cambiado.

⇒ En relación con el resultado de la interpretación:

1. Interpretación declarativa: cuando el resultado de la interpretación coincide con lo que el precepto dice, es decir, con una interpretación gramatical.
2. Interpretación restrictiva: se dan ciertos casos que en principio pareciera que entran dentro del supuesto de hecho de la norma, pero después de interpretarlo correctamente, se hace evidente que quedan fuera de su ámbito.
3. Interpretación extensiva: es la contraria (incluir casos que van más allá de la literalidad de la norma). En Derecho Penal está prohibida esta modalidad de interpretación, porque exceder la literalidad del precepto supone hacer analogía in malam partem.

Capítulo 4º El concurso aparente de leyes

A la hora de aplicar la ley penal puede ocurrir, y de hecho sucede con cierta frecuencia, que una determinada conducta pueda ser ubicada, en principio, en varias normas penales, siendo finalmente sólo una de ellas la de aplicación preferente. Es lo que se ha denominado por la doctrina concurso aparente de leyes penales. Se dice que hay concurso aparente de leyes cuando un mismo caso parece subsumible en el supuesto de hecho de dos o más normas penales.

Es preciso distinguir el concurso de leyes, regulado en el artículo 8 CP, del concurso de delitos, regulado en los artículos 73 a 77 CP. Mientras que en el concurso de leyes la norma finalmente aplicable es sólo una de las posibles,

en el concurso de delitos o bien hay varios hechos que constituyen varios delitos (concurso real: por ejemplo, dos disparos y dos muertes), un solo hecho que constituye varios delitos (concurso ideal: por ejemplo, un disparo a un agente de autoridad puede constituir homicidio y atentado) o un delito que es medio necesario para cometer otro (concurso medial: por ejemplo, falsedad en documento para cometer una estafa). Un ejemplo de concurso de leyes sería el que se da respecto de los artículos 138 y 139 (homicidio y asesinato).

El artículo 8 del CP establece los distintos criterios aplicables para resolver el concurso de leyes:

- i Relación de especialidad (art. 8.1 CP): “El precepto especial se aplicará con preferencia al general”. La ley especial contiene las características de la ley general, a las que añade otras que la especifican todavía más, por lo que es de aplicación preferente. De este modo, en la relación de especialidad las leyes formarían círculos concéntricos.
- ii Relación de subsidiariedad (art. 8.2 CP): “El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible”. En estos casos, el precepto subsidiario se aplica sólo cuando uno de los elementos incluidos en el principal no concurra en el caso.
- iii Relación de consunción (art. 8.3 CP): “El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”. Hay dos leyes en principio aplicables al caso, pero el desvalor de una ya está contemplado en el desvalor de la otra
- iv Relación de alternatividad (art. 8.4 CP): “En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”. En estos supuestos la relación entre las leyes no se produce en círculos concéntricos, sino secantes.

Lección VII. Ámbito temporal y espacial de la ley penal

Capítulo 1º Ámbito temporal de la ley penal

1. Entrada en vigor y término de vigencia

Las reglas sobre promulgación y entrada en vigor de las leyes penales son las comunes para el conjunto del ordenamiento. Con arreglo al art. 91 CE, el Rey sanciona las leyes aprobadas por las Cortes

Generales, promulgándolas y ordenando su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE). Sin embargo, la eficacia de la ley no se produce hasta su *entrada en vigor* después del periodo de *vacatio legis* que, a falta de disposición específica, será a los veinte días desde su publicación (art. 2.1 CC), en cuyo cómputo cuentan los días inhábiles (art. 5 CC).

No obstante, los plazos de *vacatio legis* de las leyes penales suelen ser regulados específicamente. Aunque tradicionalmente ha sido en sentido amplio como garantía de seguridad jurídica (v. gr., la *disposición final 7ª CP 1995 estableció un plazo de seis meses*); con todo, en la última etapa, han prevalecido las regulaciones de sentido limitador, hasta el punto de que buena parte de las últimas normas penales han entrado en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (p. ej., las *L.O 7/2003 y 11/2003*). Durante el plazo de *vacatio legis* las leyes carecen de eficacia alguna y no puede ser aplicada, lo que significa que todavía se encuentra vigente, de existir, la ley anterior. Este el período se decreta para que la ciudadanía y los operadores jurídicos conozcan el contenido de la Ley. Entran en vigor pasado dicho plazo.

Las leyes penales dejan de tener vigencia con su derogación, regulada con carácter general para todo el ordenamiento en el art. 2.2 CC. La derogación puede ser:

- a) *expresa*, cuando se mencionan explícitamente las normas que son abrogadas por la ley posterior (como en el caso de la disposición derogatoria, apartado 1, CP 1995) o cuando la misma ley regula el momento en el que dejará de tener vigencia (leyes temporales)
- b) *tácita*, que resulta aplicable a las normas que son incompatibles con lo dispuesto en la nueva ley; no obstante, esta forma de derogación debe tomarse con la cautela que corresponde a su grado de incertidumbre (una cláusula de derogación tácita en este sentido se contiene en el apartado 2 de la disp. derogatoria CP 1995).
- c) *por vía constitucional*, que es una forma particular de derogación (*anulación*) de las normas penales. Es aquella que sobreviene en los casos en que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma o un precepto, al resolver recursos o cuestiones de inconstitucionalidad. En relación con ello, el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que la apreciación de inconstitucionalidad tendrá efectos retroactivos cuando suponga una exclusión o limitación de la responsabilidad, es decir, cuando sea beneficiosa para el reo. En los casos opuestos, de generación de una situación jurídica más gravosa, no podrá ser de aplicación retroactiva.

2. El principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable

La retroactividad de una ley es su capacidad para ser aplicada a supuestos anteriores a su vigencia. En Derecho penal impera de forma absoluta el *principio de irretroactividad* de las leyes penales que creen o agraven la responsabilidad criminal, por exigencia de los arts. 9.3 y 25.1. El principio goza por tanto de rango constitucional, ya que se garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables y de las restrictivas de derechos individuales. Asimismo, el Código penal establece expresamente como este principio se aplica sobre los *delitos* y las *penas* y las *medidas de seguridad*. Así, el art. 1.1 CP establece la imposibilidad de castigar la realización de alguna conducta que no estuviere prevista previamente como delito en la ley penal; por su parte, el art. 2.1 CP impide también la irretroactividad de las penas y las medidas de seguridad, de modo que no podrán imponerse en caso de que no estuvieren asociadas (por su naturaleza o duración) a un delito con carácter previo a su comisión.

El fundamento de la irretroactividad se relaciona con la significación material del *principio de legalidad* –que exige una *lex praevia*–, en concreto con su garantía criminal y penal (seguridad jurídica), y del *principio de culpabilidad* que requería que el sujeto fuere motivable por la norma penal para poder replegar su efecto preventivo general. En efecto, atentaría contra la seguridad jurídica que de forma ulterior una norma pudiese considerar como delito, o sancionar con mayor pena, una conducta que no era considerada como tal, o no con tanta gravedad, en el momento de su realización.

3. La retroactividad de la ley penal más benigna.

Determinación de la ley penal más favorable. Alcance de la retroactividad

Frente al principio general de irretroactividad de la ley, en materia penal se admite de forma no problemática la *retroactividad de las leyes penales favorables*, es decir, aquellas que después de que el sujeto responsable haya cometido el delito excluyen o atenúan la responsabilidad criminal. Al margen de la previsión expresa de este

principio en el art. 2.2 CP, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 8/1981, 131/1986) ha extraído dicho principio, *a sensu contrario*, del art. 9.3 CE.

El *fundamento* de tal principio, al margen de consideraciones humanitarias, se deriva del hecho de que, si la nueva norma más benigna expresa un cambio de la valoración jurídica del hecho, parece más justo tratar los supuestos anteriores como los posteriores, además de que ya no existe necesidad preventiva-especial de penar (o de penar tanto) ese supuesto. Por lo demás, la aplicación retroactiva no implica en estas ocasiones una vulneración de la garantía de seguridad jurídica. Como puede imaginarse, al igual que sucedía con la irretroactividad, son retroactivas favorablemente tanto las leyes que despenalicen conductas constitutivas de delitos como aquellas que reduzcan la gravedad de la pena (por su naturaleza o duración) a imponer al culpable.

El art. 2.2 CP prevé un *ámbito amplio de alcance* de la retroactividad. En efecto, según esta disposición, la retroactividad puede operar 1) tanto cuando no se han juzgado aún los hechos, 2) como cuando se ha dictado ya sentencia, pero no ha comenzado a cumplirse la pena e 3) incluso cuando ésta haya sido ya parcialmente cumplida —en los dos últimos supuestos sería necesario dictar una nueva sentencia que extinga la condena o reduzca la pena.

El precepto no menciona, sin embargo, la posible aplicación de la retroactividad a los casos en que la condena se haya cumplido ya en su totalidad, duda que no ha sido claramente solventada por la jurisprudencia. Ante ello, un sector doctrinal entiende que también en esos supuestos ha de operar la retroactividad, suprimiendo los antecedentes penales o dejando de tenerlos en cuenta a efectos de reincidencia o de suspensión condicional de la pena. Se argumenta que el art. 2.2 CP no se opone a esta interpretación que, en cualquier caso, es la más justa.

Otro sector doctrinal, en cambio, considera que si en su amplitud el art. 2.2 CP no ha previsto estos supuestos, no pueden ser alcanzados por la retroactividad.

No siempre es fácil la determinación de cuál es la ley más favorable. No plantea problemas dicho interrogante en los casos en que la ley posterior despenaliza una conducta. Tampoco resultan particularmente complejos los casos en que la ley posterior prevé una pena de la misma naturaleza, pero de menor duración o cuantía, si bien los marcos penales han de ser comparados no en abstracto, sino en el resultado concreto derivado de la aplicación de las correspondientes circunstancias atenuantes y agravantes.

Sin embargo, las dificultades son mucho mayores en otros casos. En primer lugar, en los supuestos en que se produce una nueva configuración típica, de modo que la comparación necesaria para determinar qué ley es más beneficiosa exige una reconsideración de la calificación típica de los concretos hechos. En segundo lugar, en los casos en que las penas en presencia son distintas o presentan una penalidad compuesta, es decir, se aplican varias penas al delito y una es más beneficiosa y otra más perjudicial.

La decisión sobre cuál es la ley más favorable en estos casos corresponde exclusivamente al juez, quien no obstante deberá oír al reo (art. 2.2; disp. trans. 2ª CP). En cualquier caso, no es posible tomar los elementos más beneficiosos de una y otra ley penal, formando de esta forma una tercera ley nueva, y usurpando competencias exclusivas del legislativo, como establece expresamente la disposición transitoria 2ª CP.

4. Supuestos especiales: leyes penales intermedias, temporales y de excepción

- Las **Leyes penales intermedias** son aquellas que entran en vigor tras la comisión del hecho, pero son sustituidas por otra antes del juicio o del pleno cumplimiento de la condena. Las dudas en relación con ellas se plantean cuando la ley sea más favorable, ya que siendo desfavorable no es posible plantear su aplicación retroactiva.

En relación con las favorables, frente a un sector minoritario de la doctrina que plantea su inaplicabilidad, la mayor parte de los analistas y la jurisprudencia coincide en admitir su eficacia retroactiva. Ello se fundamenta en que el art. 2.2 CP no impide tal interpretación y, sobre todo, en que es la solución más justa –en el sentido de favorable al reo– y la única que puede evitar diferencias inadmisibles de tratamiento derivadas de cuestiones incidentales, como, v. gr., *la mayor o menor celeridad del sistema judicial en la celebración del juicio*. La tercera ley, más grave, en todo caso resulta desfavorable para el reo, y no puede por tanto tener efectos retroactivos.

- Las **leyes temporales** y las **de excepción** son las dictadas para un período de determinado de vigencia, bien sea definido por un lapso concreto de tiempo, bien por una situación concreta, como pueden ser catástrofes, guerras o estados de excepción.

Estas leyes tienen como finalidad prevenir la comisión de ciertos delitos en tiempos propicios para ello (por ejemplo, en caso de catástrofe). Suelen, por tanto, ser más severas que las leyes penales ordinarias y tienen un tiempo de vigencia muy corto (solo hasta que se solucionada la emergencia o situación excepcional), de modo que los juicios por hechos sucedidos mientras estaban en vigor las leyes temporales o de excepción suelen celebrarse cuando ya no están vigentes. Para evitar que por esta razón las leyes temporales carezcan de eficacia la doctrina y el propio Código penal niegan la posibilidad de aplicar la retroactividad de la posterior más favorable, lo cual haría casi inaplicables las leyes temporales y de excepción. Por esta razón, el art. 2.2 CP dispone 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».

- Las **leyes penales en blanco** y las **disposiciones con elementos normativos** plantean problemas en los casos en que una reforma ulterior (posterior al momento de realización del hecho) de la normativa extrapenal resulta más beneficiosa para el reo.

En relación con estos supuestos, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia consideran que cualquier modificación de la regulación extrapenal que constituya una situación más beneficiosa conforma materialmente una ley penal más favorable y determina, en consecuencia, la aplicabilidad retroactiva de la reforma. Sin embargo, un sector moderno de la doctrina española y alemana reclama un planteamiento diferenciador. En este sentido, si la modificación de la normativa extrapenal afecta al núcleo del injusto penal (accesoriedad de Derecho) se dará un efecto penal de retroactividad si es favorable al reo, mientras que en los supuestos en que dicha reforma sólo afecte elementos típicos sin eficacia sobre lo que en realidad se prohíbe (accesoriedad conceptual o de acto) no procederá tal efecto. Así, *por ej. en relación con un delito de falsificación de moneda, imagínese el caso de que dicha conducta sigue siendo castigada de la misma forma y lo único que se reforma es que la moneda respecto de la que se cometió el delito deja de ser de curso legal*. En estos casos seguiría habiendo necesidad preventiva –general y especial– de aplicar la ley vigente en el momento de comisión del hecho, aun después de que la moneda se retire, porque el núcleo del injusto no ha cambiado, que es falsificar moneda.

5. El momento de realización del delito

Resulta necesario saber cuál es el momento en que se considera cometido el hecho delictivo para aplicarle, en principio, la ley que estuviera vigente en aquel momento.

Sin embargo, la precisión de cuál es el *momento de realización del delito* es una cuestión problemática 1) en los casos en que media un lapso de tiempo entre la verificación de la acción u omisión y la producción del resultado (v. gr., se dispara a una persona, que acaba muriendo semanas después) y 2) en los casos en que la figura delictiva prevé la prolongación temporal, como sucede en los delitos permanentes (detenciones ilegales, art. 163.1 CP) y los delitos que requieren habitualidad (maltrato habitual, art. 173.2 CP).

En relación con el primer género de supuestos problemáticos mencionado, aquel en el que la producción del resultado se retrasa en relación con la verificación de la acción o la omisión, la doctrina mayoritaria defiende que a *efectos de prescripción* el momento de comisión del hecho tiene que ser el de la producción del resultado, pues de referirlo al de la acción (u omisión) podría conducir a la inadmisibles prescripción del delito antes de que se verificase su resultado. Por otro lado, en materia de *sucesión de leyes penales* –es decir, qué ley resulta aplicable cuando entre la acción u omisión y la producción del resultado se aprueba una ley penal distinta que afecta a ese supuesto de hecho–, el art. 7 CP dispone expresamente que se considerará como momento de comisión del hecho a efectos de la ley aplicable aquel en el que el «*sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar*». De este modo, el legislador ha dado refrendo legal a la denominada «teoría de la acción» que ubica el tiempo de comisión del delito cuando se verifican el inicio de actos ejecutivos típicos de la conducta en los delitos activos. Más complicado resulta en los delitos omisivos, en cuyo caso la doctrina considera que deberá fijarse en cualquier momento en que el sujeto pudo cumplir con su deber jurídico de actuar. No obstante, el principio de retroactividad de leyes penales favorables opera también en aquellos casos en que entre la realización de la conducta y la producción del resultado se apruebe una ley penal que destipifique el delito o imponga una pena (por su naturaleza o extensión) menos grave.

En el segundo conjunto de supuestos comentados (delitos permanentes o que exigen habitualidad), la doctrina mayoritaria tiende a sostener que el momento de comisión del delito es todo el periodo de duración de la conducta, es decir, todo el tiempo abarcado desde primer acto hasta el último, de modo que una nueva ley que aparezca antes de este último, si es desfavorable, sería inaplicable, por comportar efectos retroactivos respecto del inicio de la ejecución típica. Por el contrario, si es favorable sí resultaría aplicable.

Capítulo 2º Ámbito espacial de la ley penal

1. El principio general de territorialidad de la ley penal

En materia de ámbito espacial de aplicación de la ley penal el principio general es el de *territorialidad*, es decir, que la ley penal se aplica a los hechos cometidos en el territorio de ese Estado, con independencia de la nacionalidad de los responsables y, al mismo tiempo, no resulta aplicable a hechos cometidos más allá de dicho ámbito territorial. Este principio básico se deriva del hecho de que el *ius puniendi* es una manifestación básica de la soberanía de un Estado, y el territorio es el ámbito espacial de manifestación de esa soberanía. También por el principio de inmediación y en beneficio de la correcta disposición y mejor valoración de las pruebas.

Este *principio de territorialidad* está previsto en el ordenamiento español en los arts. 8.1 del Código Civil y art. 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la

En el ámbito marítimo forma parte de este concepto de territorio el mar territorial, esto es, la zona adyacente a las costas (incluyendo el agua, el lecho marino y el subsuelo) delimitada por la línea de 12 millas marítimas a contar desde la línea de bajamar escorada (art. 3 Convención sobre Derecho del Mar de 1982, arts. 2 y 3 L. 10/1977, sobre Mar Territorial).

Integran también el concepto de territorio a efectos penales el espacio aéreo situado sobre el espacio terrestre y el mar territorial (art. 1 L. 48/1960, sobre Navegación Aérea). Queda excluido de ello, no obstante, el espacio sideral o ultraterrestre, que no es susceptible de apropiación estatal.

Las naves y aeronaves bajo pabellón español quedan incluidas en este concepto de territorio, por expresa disposición del art. 23.1 LOPJ, sin distinguir entre naves y aeronaves militares o del Estado y privadas, y con independencia de que se encuentren en espacio territorial español, libre o sujeto a la soberanía de otro Estado. No obstante, el propio art. 23.1 LOPJ excepciona de esta regulación lo que puedan disponer los tratados internacionales suscritos por España, que algunos suelen distinguir entre 1) naves y aeronaves militares y 2) naves del Estado y privadas. Las primeras estarán sujetas en todo caso a la ley penal de sus Estados; respecto de las segundas se establecen con carácter general el mismo principio, pero se excepciona en los casos en que estén en juego intereses de los Estados en cuyo ámbito territorial se encuentren.

1.1.El lugar de realización del delito

El problema del *lugar de realización del delito* tiene repercusión en diversas cuestiones, fundamentalmente en materia de aplicación espacial de la ley penal y para la competencia judicial, pues según el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es competente, en principio, para el enjuiciamiento de un hecho el juez o tribunal del lugar donde el delito se haya cometido.

La determinación del lugar de comisión del delito es problemática en los casos en que hay separación geográfica entre el comienzo de la ejecución y la consumación (v. gr., *una carta con un paquete bomba se envía desde España, pero explota en un país extranjero; un individuo envenena la comida de la víctima en Madrid, que muere al llegar a Alemania*).

En relación con este interrogante, como no existe una regla jurídica que lo determine, por lo que la doctrina y la jurisprudencia acude a distintas teorías para intentar solucionar el problema de la determinación del lugar de realización del delito y, así, el de la Ley aplicable a ese espacio. De este modo, existen tres teorías distintas. En primer lugar, un sector minoritario de la doctrina acoge la *teoría de la actividad*, según la cual el delito se comete donde se realiza la acción u omisión que posteriormente dará lugar al resultado. En segundo lugar, estaría la *teoría del resultado*, que entiende cometido el delito donde se materializa o produce el resultado, esto es, la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico protegido. Y, finalmente, la doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo (Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005) defienden la *teoría de la ubicuidad*, que considera cometido el delito tanto en el territorio en el que se verifica la acción o la omisión como en aquel en el que se produce el resultado. Esta teoría se considera preferible no sólo porque elimina lagunas de punición, sino también porque la soberanía del Estado se ve concernida tanto por la verificación de la acción u omisión cuanto por la producción del resultado en su territorio. Serán luego los Estados los que decidan entre ellos quien enjuicia, siendo normalmente aquel que inicia con mayor celeridad y prontitud las diligencias. Con todo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en ocasiones suele complementar esta teoría con la *teoría del resultado* para resolver conflictos

de competencia cuando distintos tribunales quieren conocer de un mismo asunto, considerando que, en última instancia, ha de tener más peso el resultado que la realización de la acción u omisión.

2. Excepciones al principio de territorialidad de la ley penal: la extraterritorialidad o aplicación extraterritorial de la ley penal

Como excepciones a la regla general de territorialidad, existen algunos supuestos en los que la Ley penal del Estado puede aplicarse más allá de su territorio. No obstante, esta extraterritorialidad es supletoria a la territorialidad, esto es, solo opera cuando el país donde se cometan los hechos no quiera o no pueda juzgarlos. Estos supuestos excepcionales son los siguientes:

A) Principio personal o de la personalidad: Según este principio, el Estado puede aplicar su ley penal a sus propios nacionales, aunque hayan delinquido en el extranjero. La razón de ser de este principio reside en impedir una situación de impunidad en los casos en que un ciudadano nacional, después de delinquir en el extranjero, se refugie en su propio país intentando acogerse al *principio de no extradición del nacional* a otro Estado que lo reclame, en cuyo caso la sanción de su comportamiento debe ser de acuerdo con su ley penal nacional (salvo en la UE, en el marco de la orden de detención y entrega europea de los arts. 34 a 62 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea).

El art. 23.2 LOPJ recoge dicho principio, permitiendo la aplicación de la ley penal española a los españoles (de origen o a los extranjeros que hayan adquirido la nacionalidad española después de haber cometido el delito, pero antes de ser enjuiciado) que hayan cometido un delito en el extranjero, siempre que se den los siguientes requisitos:

- a) la exigencia de doble incriminación, esto es, que el hecho sea punible tanto en el lugar de enjuiciamiento como en el de comisión, 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 este requisito;
- b) que el agraviado o el Ministerio Fiscal interponga querrela ante los tribunales españoles;
- c) que el infractor no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero (*non bis in idem*); en caso de que haya sido penado y haya cumplido parcialmente la pena, ello se tendrá en cuenta para la rebaja proporcional de la condena que corresponda.

B) Principio real o de protección de intereses: En virtud de este principio puede aplicarse la ley penal de un Estado a hechos cometidos por nacionales o extranjeros fuera del territorio nacional cuando el delito afecte a intereses o bienes jurídicos de particular importancia para la protección del Estado que reclama la competencia.

Este principio se encuentra previsto en el art. 23.3 LOPJ⁴ y permite la aplicación de ley penal española cuando los hechos sean susceptibles de ser calificados, conforme a la misma, como delitos de interés estatal, a saber: a) traición y contra la paz o independencia del Estado (arts. 581-604 CP); b) contra el titular de la corona, su consorte, su sucesor o el regente (arts. 485-491 CP); c) rebelión y sedición (arts. 472 y ss. y -544 y ss. CP); 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 (arts. 389 CP); e) falsificación de moneda española y su expedición (arts. 386-388 CP); f) cualquier otra falsificación que perjudique el crédito o intereses del Estado, y la introducción o expedición de lo falsificado; g) atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles (arts. 550-556 CP); h) delitos cometidos en el ejercicio de su función por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los cometidos contra la Administración pública

española; i) delitos relativos al control de cambios (arts. 6-8 L. 40/1979, sobre Régimen Jurídico del Control de Cambios).

La aplicación del principio real a cualquiera de estos supuestos queda condicionada a la exigencia impuesta por el principio *non bis in idem*, de que el sujeto no haya sido absuelto, penado, indultado o no haya cumplido por completo la sanción en el extranjero.

C) Principio de justicia universal o mundial: En virtud de este principio puede aplicarse la ley penal española por la comisión determinados delitos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando lesionan bienes jurídicos reconocidos por el conjunto de la comunidad internacional.

El reconocimiento de este principio por lo Estados supone no solo una asunción de competencias, sino también el compromiso en la persecución de hechos lesivos para intereses de carácter supranacional y frecuentemente lesionados por formas de delincuencia nacional. Por tanto, se trata de un instrumento que posibilita la persecución, por cualquier Estado que lo asuma, de hechos que se han cometido fuera de sus fronteras, pero en cuya represión se encuentra interesado como miembro de la comunidad internacional.

En el principio de Justicia universal no se exige que los hechos sean también delictivos en el lugar de comisión (doble incriminación) como, en cambio, ocurre con el principio personal. Si en la Justicia universal no se exige la doble incriminación es precisamente porque opera respecto de bienes que interesan a la comunidad internacional y por esa razón se admite la intervención extraterritorial de la jurisdicción de otros Estados incluso cuando los hechos no sean delictivos donde se cometieron. Es evidente que los antecedentes de este principio nos sitúan en escenarios donde, en ocasiones, eran los poderes estatales los que llevaban a cabo estos crímenes, como puede suceder con el genocidio o la lesa humanidad.

El principio de justicia universal se encuentra regulado en el art. 23.4 LOPJ⁵. Sin embargo, diferentes reformas (LO 1/2009, de 2 de noviembre; LO 1/2014, de 13 de marzo y LO 2/2015, de 30 de marzo) han ido limitando cada vez más las posibilidades de aplicación de este principio.

Fue especialmente contundente la reforma operada por la LO 1/2014, de 13 de marzo, de Modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la Justicia Universal. Con ella se amplían los delitos para los que se puede aplicar este principio, pero también se establecen unos requisitos concretos para cada delito para poder ser perseguidos –y no los requisitos genéricos introducidos en 2009.

En efecto, el vigente art. 23.4 LOPJ contiene una larga lista de delitos en los que la jurisdicción española se declara competente para perseguirlos extraterritorialmente en virtud de la justicia universal, pero los requisitos exigidos en cada uno de ellos hacen que no pueda considerarse ampliado el principio, sino todo lo contrario, puesto que tales principios, en general, al referirse a la necesidad de que el responsable o la víctima tenga nacionalidad española, desvirtúan o incluso hacen desaparecer por completo el principio de Justicia universal, caracterizado precisamente en su definición tradicional por permitir la persecución de hechos cometidos fuera del territorio nacional, con independencia de la nacionalidad del autor o la víctima.

Rige el *principio de subsidiariedad*, en cuya virtud para que un Estado pueda declararse competente para perseguir extraterritorialmente unos hechos por el principio de Justicia universal es necesario que no se haya iniciado un procedimiento en un tribunal internacional o en otro país, salvo que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo valore que tal procedimiento no tiene posibilidades reales de prosperar (art. 23.5 LOPJ).

Capítulo 3º La extradición y la orden de detención europea

1. La extradición. Concepto.

La *extradición* es el acto y el procedimiento de cooperación internacional destinado a impedir que los responsables de algún delito, todavía no juzgados o bien ya condenados, eludan la acción de los tribunales nacionales competentes para juzgarles o ejecutar la pena impuesta.

El proceso de extradición consiste en la solicitud de un Estado (requiriente), que se considera competente para enjuiciar los hechos o ejecutar la pena de un delincuente que se encuentra o refugia en otro Estado (requerido) al que se solicita su entrega. De este modo, se diferencia de la simple *expulsión* del territorio español de un extranjero, el cual no se pone a disposición de otro Estado a efectos penales.

Con carácter general, en todo procedimiento de extradición rigen los principios constitucionales de legalidad y reciprocidad contemplados en el art. 13.3 de la Constitución que establece que «*La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo*».

2. Clases de extradiciones

A) En relación con las clases de extradición se pueden diferenciar las siguientes clases de extradición:

1. **Extradición activa:** el procedimiento se regula en los arts. 824 a 833 de la LECrim y consiste en que el Estado español requiere o reclama la entrega del infractor a otro Estado (requerido), para que pueda ser juzgado o ejecutada la pena.

Según el art. 827 LECrim, procederá la petición de extradición activa cuando:

- 1.º así esté establecido en el correspondiente Tratado de extradición con el país en el que se encuentre el infractor;
- 2.º en defecto de Tratado, procederá en los casos en que lo permita el ordenamiento jurídico del Estado requerido que se solicita la entrega;
- 3.º en defecto de ambas circunstancias, la solicitud activa de extradición procederá en atención al principio de reciprocidad (si España la hubiese concedido a ese país si se lo solicitase tratándose de un caso con iguales circunstancias).

En todo caso, la solicitud activa de extradición solo podrá pedirse frente a los siguientes sujetos:

- 1.º De los españoles que habiendo delinuido en España se hayan refugiado en país extranjero.
 - 2.º De los españoles que, habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto del en que delinquieron.
 - 3.º De los extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo.
2. **Extradición pasiva:** se regula en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (en adelante, LExP). Concorre cuando el Estado español es el requerido para que entregue a un infractor que se encuentra en su territorio. La concesión de la extradición está condicionada a los siguientes requisitos:

- a) solo procederá la extradición pasiva en los casos en que el Estado requirente también concedería a España (requerido) la extradición de ser el estado requirente (*principio de reciprocidad*, art. 13.3 CE);
- b) el hecho debe estar tipificado como delito tanto en el ordenamiento jurídico español (Estado requerido) como en el del Estado requirente (*principio de doble incriminación*);
- c) no ha podido recaer una sentencia condenatoria, absolutoria o un indulto sobre el mismo sujeto por los mismos hechos (*principio non bis in ídem*);
- d) una vez que hubiera sido concedida la extradición pasiva, no se podrá juzgar o sancionar al sujeto por delitos diferentes de aquellos por los que se hubiera concedido la extradición, salvo que se solicite y conceda autorización ampliatoria de la extradición (*principio de especialidad*);

Asimismo, la extradición pasiva deberá ser denegada por España en los siguientes casos:

- a) por la comisión de delitos con pena privativa de libertad inferior a un año o ejecución inferior a cuatro meses (art. 2 LExP, *principio de olvido o marginación de hechos leves*).
 - b) por la comisión de delitos políticos o militares (art. 4.1 y 4.2 LExP); se excluye del delito político el terrorismo (arts. 13.3 CE y 4.1 LExP).
 - c) cuando se sospeche que el extraditado no va a recibir un juicio justo, va a ser perseguido por su ideología, religión, raza, etc. (art. 5.1 LExP), juzgado por un tribunal de excepción (art. 5.1 LExP) o sometido a penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 4.6 LExP).
 - d) Cuando se trate de ciudadanos españoles (*principio de no entrega de nacionales*), de extranjeros por delitos que corresponda juzgar a los tribunales españoles, de extranjeros asilados en España o de menores de edad cuya entrega dificultaría su reinserción social.
3. **Extradición en tránsito:** se habla igualmente de extradición en tránsito (arts. 20 LEx)), en los casos en que el Estado español acepta el traslado a través de su territorio de un sujeto que otro Estado requerido ha acordado entregar a un tercer Estado requirente. Para ello, será necesario el previo cumplimiento de los mismo requisitos y condiciones que para la extradición pasiva.
4. La **reextradición** (arts. 21.1 LExP) se da en los casos en que el Estado español ha logrado la entrega de un infractor y, posteriormente, decide su extradición o entrega a un tercer Estado con mejor derecho para juzgarlo o sancionarlo.

B) En atención a los órganos que intervienen en el procedimiento de extradición se habla, en términos generales, de: **a) extradición judicial**, cuando la solicitud y el acuerdo de entrega se deciden exclusivamente por los tribunales de los países implicados; **b) gubernativa**, cuando en tal procedimiento intervienen exclusivamente los gobiernos de ambos países; **c) mixta**, sistema más frecuente, cuando intervienen en el procedimiento tanto los gobiernos como los jueces.

El sistema español de extradición es, en principio, **mixto**. Así, en la extradición activa, el juez español que conozca de la causa en la que está procesado el reo ausente acordará de oficio o a instancia de parte pedir la extradición y la cursará mediante suplicatorio dirigido al Ministerio del Interior, salvo que mediante Tratado vigente con el país en el que se encuentre el infractor pueda pedirla directamente al juez extranjero (art. 829 LECrim).

La extradición pasiva se rige, en principio, por lo dispuesto en el correspondiente Tratado de extradición. En defecto de tratado específico, la LExP regula el siguiente procedimiento mixto: el Estado extranjero puede

presentar la solicitud bien por vía diplomática (en cuyo caso, la remitirá el Ministerio de Asuntos Exteriores español al Ministerio de Justicia), o bien directamente ante el Ministerio de Justicia. El Gobierno debe decidir si procede continuar la tramitación por vía judicial. Si es así, remitirá lo actuado a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que resolverá si admite o no la petición de extradición. En caso negativo, la resolución será firme. En caso positivo, para admitir la solicitud, el Gobierno debe decidir, sin posibilidad de recurso, si acepta la petición informada favorablemente en vía judicial, en atención al principio de reciprocidad, y a la seguridad, orden público y demás intereses esenciales de España.

3. Orden europea de detención y entrega

Entre los países miembros de la Unión Europea no rigen las normas referidas a la extradición, sino otro instrumento jurídico denominado *orden europea de detención y entrega*, también conocida con las siglas ODE o como *euroorden*. En la actualidad, la orden europea de detención y entrega se regula en el Título II (arts. 34 a 62) de la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea* que, a su vez, derogó la hasta entonces Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega que adoptaba la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 (2002/584/JAI).

La ODE es un instrumento aplicable entre Estados de la Unión Europea que tiende a satisfacer demandas estatales parecidas a la extradición, solo que con un procedimiento mucho menos formal y más ágil. Consiste en un mecanismo por el que la autoridad judicial competente de un Estado miembro (*Estado de emisión*) reclama la entrega de una persona a la autoridad judicial de otro Estado miembro (*Estado de ejecución*) en cuyo territorio se encuentra, con la finalidad de que sea juzgada por un delito con pena o medida de seguridad privativa de libertad igual o superior a 12 meses (art. 37.1) o de que cumpla la pena o medida de seguridad privativa de libertad igual o superior a 4 meses (art. 37. 2).

Son varias las diferencias con el procedimiento de extradición. La principal es que la orden europea de detención y de entrega es un procedimiento estrictamente *judicial*, sin intervención gubernativa, pues solo son los tribunales los competentes para emitir una resolución judicial de este tipo (art. 35).

En este contexto, el principio de reciprocidad al que se aludía en la extradición se ve superado por el *principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales* que obliga a las autoridades nacionales a reconocer y ejecutar las resoluciones dictadas por aquellos otros Estados miembros de la UE. En consecuencia, la Ley declara para un amplio catálogo de delitos la «ausencia de control de la doble tipificación» (art. 20.1), por lo que el Juez o Tribunal del Estado de ejecución no habrá de comprobar que el delito perseguido también se encuentra contemplado en su ordenamiento jurídico-penal nacional.

Por su parte, la ODE permite la entrega de nacionales a otros países de la UE para que puedan ser juzgados por delitos cometidos en su territorio. No obstante, se puede supeditar esta entrega a que la ejecución de la pena finalmente impuesta sea cumplida en el país de origen del penado (art. 55).

En virtud del principio *non bis in ídem*, se habrá de denegar una ODE cuando a) la persona reclamada haya sido indultada por los mismos hechos, b) se haya dictado una resolución judicial de sobreseimiento, condenatoria o absolutoria en el Estado de ejecución por los mismos hechos o c) la persona reclamada no pueda ser penalmente responsable por su edad (art. 48.1).

Capítulo 4º El asilo

En términos genéricos, el asilo es la protección concedida por un Estado a la persona que se refugia en su territorio, huyendo de la persecución de la que es objeto por parte de otro Estado.

El art. 13.4 CE reconoce el derecho de asilo y remite a una ley la regulación de los términos en que el Estado español podrá conceder asilo a ciudadanos de otros países. Tal mandato fue desarrollado en un primer momento por la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de Condición de Refugiado, sustituida posteriormente por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

El **derecho de asilo** es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la *condición de refugiado* en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967. Dicha condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él.

Además, se regula el **derecho a la protección subsidiaria** para aquellos que, sin reunir los requisitos para obtener el derecho al asilo o ser reconocidos como refugiados, tienen motivos fundados para creer que si regresan a su país de origen serán objeto de *a)* una condena a pena de muerte, *b)* torturas o *c)* amenazas graves contra la vida o la integridad física.

La protección concedida con el derecho de asilo y la protección subsidiaria consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido, así como en la adopción de medidas como la autorización de residencia en España, la expedición de los documentos de viaje e identidad necesarios, la autorización para desarrollar actividades laborales, profesiones o mercantiles, o cualquiera otras que puedan recogerse en los Convenios Internacionales sobre refugiados suscritos por España.

Lección VIII. Conceptos, fines y reglas de las penas

Capítulo 1º Concepto y fines de la pena. Clases de penas

1. Introducción a las consecuencias jurídicas del delito

La norma penal está compuesta por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Describe delitos y determina que en caso de cometerlos se le aplicará a su autor una consecuencia jurídica. El Derecho penal recoge tres categorías de consecuencias jurídico-penales: la pena, la medida de seguridad y las consecuencias accesorias.

Tradicionalmente, y durante el Siglo XIX, el Derecho penal ha sido un sistema *monista*: sólo contaba con la pena como única consecuencia aplicable a quien cometía delitos. Pero a finales del mencionado Siglo –y hasta la actualidad– se incorporó la medida de seguridad como otra posible reacción penal posible ante la constatación de

una conducta delictiva. Es por ello por lo que a partir de entonces se viene hablando de que el Derecho penal acoge un sistema *dualista* en cuanto a sus consecuencias jurídicas.

Y es que la pena, al estar limitada por las exigencias del principio de culpabilidad, se mostraba como una reacción jurídica insuficiente para hacer frente a determinados grupos de criminales peligrosos que, por falta de culpabilidad, resultaban impunes (los inimputables).

Así la *pena* pasa a aplicarse con carácter general a los sujetos culpables (imputables), que son aquéllos que han cometido un delito y a los que se les puede imputar dicho delito por ser sujetos motivables psicológicamente, esto es, que tienen las condiciones psíquicas necesarias para entender el sentido de lo que se prohíbe en la norma penal y actuar en orden a dicho entendimiento.

Por su parte, las *medidas de seguridad* se aplican, siempre que se den una serie de requisitos, y con carácter general, a aquellos que, considerados “peligrosos”, han cometido un hecho previsto como delito pero que no se les puede imputar por no ser sujetos motivables psicológicamente, por no tener las condiciones mínimas necesarias para entender el sentido de lo que se prohíbe en la norma penal, o no poder actuar en orden a dicho entendimiento, lo que los convierte en sujetos no culpables (inimputables).

Además de éstas, se encuentran las llamadas *consecuencias accesorias*, que son aquellas privaciones de derechos de carácter preventivo que por poder afectar a terceros no responsables del delito y por no exigir ni la culpabilidad ni la peligrosidad requerida a las penas y las medidas de seguridad, respectivamente, no pueden ser consideradas ni unas ni otras, lo que les otorga una naturaleza *sui generis*. En la actualidad existen tres clases:

- a) el *comiso* o pérdida de los efectos del delito, de los bienes, medios o instrumentos con que éste se haya cometido, así como de las ganancias provenientes del mismo (arts. 127 y 128 CP),
- b) las llamadas *consecuencias accesorias del art. 129*, aplicables a empresas, organizaciones, agrupaciones de personas o entidades sin personalidad jurídica que hayan cometido un delito (pues si tienen personalidad jurídica, desde 2010, se les impondrán *penas*).
- c) una nueva (tercera) consecuencia accesoria introducida en el Código en 2015 en el art. 129 bis, que consiste en la posibilidad del Juez de ordenar forzosamente la toma a algunos condenados de determinados delitos graves de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN, así como su inscripción en la base de datos policial.

2. La pena. Concepto y fines

2.1. Concepto de pena.

La *pena* es la consecuencia jurídica del delito de mayor antigüedad, y en el momento presente sigue siendo la más importante. Constituye el instrumento central del que se sirve el Estado para sancionar y tratar de evitar conductas que atentan gravemente los derechos más importantes de los ciudadanos.

En la doctrina española suele hacerse una remisión al *concepto* de *pena* aportado por CUELLO CALÓN, para quien es ‘*la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal*’.

El carácter de *privación o restricción de bienes jurídicos* es una nota que la pena comparte con otro género de consecuencias jurídicas –penales o extrapenales–, como las medidas de seguridad o las sanciones administrativas.

Esta nota implica que la pena es un “mal” para el condenado, con independencia de la percepción subjetiva que se tenga de la misma.

Otra nota que se desprende del concepto de pena es que la misma sólo puede ser *impuesta de acuerdo con la ley*, es decir, está sujeta por completo al *principio de legalidad*, como dispone expresamente el art. 2.1 CP.

Una tercera nota derivada de la definición de pena permite diferenciar esta consecuencia jurídica de otras sanciones, como las impuestas por las autoridades administrativas. Se trata de la exigencia de que la pena *se aplique por parte de los juzgados o tribunales penales*, en un proceso “penal” revestido de todas las garantías, según dispone el art. 3.1 CP.

Además, en cuarto lugar, se ha de aplicar al *culpable* de una infracción penal tipificada por la ley (por tanto, no se aplica al *no culpable*).

Como criterio de cierre de la definición de pena, el art. 34 CP dispone que no se reputarán penas: a) la detención y prisión preventiva, así como las demás medidas cautelares de naturaleza penal (por ej., la prohibición de salir del país acordada por el juez de instrucción durante la investigación de los hechos); b) las multas y demás sanciones que, en virtud de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los administrados o a los subordinados (por ej., una multa impuesta por una infracción de tráfico); c) las privaciones de derechos y las demás sanciones que establezcan las leyes civiles o administrativas (por ej., una indemnización acordada como responsabilidad civil deriva del delito).

2.2. Justificación y fines de la pena.

Un planteamiento bastante extendido entiende que la justificación de la pena reside en la infracción criminal realizada, esto es, en la comisión, de modo culpable, de un injusto tipificado por la ley penal, así como en su necesidad para evitar la comisión de más delitos en el futuro. De este modo, se entiende que la pena ha de ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y necesaria, para prevenir la ulterior afectación de bienes jurídicos fundamentales para la comunidad. Junto a esta orientación resulta sugerente la tesis de FERRAJOLI, para quien la justificación de la pena reside tanto en la prevención de los delitos, como medio de protección de la comunidad, cuanto en la prevención de las reacciones privadas e informales ante los mismos (venganza), que generarían un grado mayor de violencia social. En suma, la justificación de la existencia de la pena, y del propio DP, es su virtualidad para contener el nivel de violencia social existente en la comunidad (la pena es una realidad amarga, pues sin ella la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible).

La cuestión de los fines de la pena ha venido siendo uno de los elementos básicos de debate en la historia del pensamiento penal. Existen varias teorías sobre la finalidad o función de la pena.

- A) La teoría más tradicional **entiende que la pena cumple una función de retribución por el delito cometido**, exigida por el ideal de Justicia, de merecimiento. Ello se vincula a la idea de que el mal ha de ser castigado, y ha tenido diversas fundamentaciones clásicas, que van desde las aportadas por las distintas religiones a las que formularon filósofos como KANT o HEGEL. La pena es un castigo y cumpliría únicamente la función de castigar por los delitos cometidos.

Estas teorías triunfaron durante el siglo XIX, probablemente por dos razones: a) el retribucionismo se adecua mejor a lo que opina el imaginario colectivo, esto es, a lo que haría la mayoría (“venganza”) si el delito nos afectase directamente; b) si un mal (el delito) se castiga con otro mal (la pena), y ésta sólo cumple esa función de castigo, se respetaría el principio de proporcionalidad (No obstante, la defensa del criterio de

proporcionalidad entre la pena y el delito no implica el sostenimiento de la concepción retribucionista como tal (habría que castigar al delincuente de la misma forma en cómo ha delinquido). Por otra parte, la función de realización de la Justicia únicamente con el castigo no se compadece bien con los cometidos del actual modelo de Estado que establece que las penas deben ir dirigidas a la resocialización del delincuente).

B) El segundo conjunto de **teorías de prevención** -que han gozado de mayor seguimiento que el retribucionismo- defienden que la **pena tiene una función de prevenir delitos**. La pena se justificaría, de este modo, no por ser expresión de la realización de la Justicia respecto de delitos pasados, sino por su capacidad para prevenir delitos futuros. Estas tesis se deslindan claramente en dos familias teóricas: la *prevención general* y la *prevención especial*.

a) Según **la prevención general**, la pena cumple la función de evitar futuros delitos que puedan surgir de cualquier miembro de la colectividad. La pena pretende que la sociedad (cualquier miembro de ella) no cometa delitos. En el Antiguo Régimen, esta prevención frente a la colectividad se encomendaba a la ejecución brutal de las penas. Sin embargo, tras la Revolución Francesa, se ubicó tal cometido en el momento de la amenaza penal, contenida en la ley penal. **De este modo, la pena funciona como coacción psicológica a los ciudadanos, contenida en la ley. Por su parte, la ejecución serviría para confirmar la seriedad de la amenaza legal. Esta vertiente intimidatoria de la prevención general se conoce como 'prevención general negativa'.**

Esta vertiente convive con otra tesis de no menor aceptación en el presente: la **'prevención general positiva'**, según la cual la prevención del delito frente a la colectividad también puede conseguirse mediante la afirmación positiva del Derecho; **esto es, aplicando y ejecutando las penas se consolida la conciencia social de la norma, esto es, las convicciones jurídicas fundamentales aceptadas por la mayor parte de la sociedad.**

(La prevención general como único fin de la pena, sin conjunción con otras teorías, resulta inadmisibile. Daría lugar a resultados como los siguientes: tendrían que llevar penas más severas los delitos que más se cometen por la colectividad, sean o no graves, mientras que los que menos se cometan, normalmente los más graves y repudiados por la sociedad, serían los que tendrían que llevar penas menos graves).

b) Una segunda teoría que adjudica a la pena **la función de prevenir futuros delitos es la de la prevención especial, que pretende evitar tales conductas por parte de quien ya ha delinquido**. Por tanto, según esta teoría, el fin de la pena sería evitar que el que ya ha delinquido lo vuelva a hacer.

La prevención especial inició su auge en las últimas décadas del siglo XIX, cuando fue defendida, entre otros, por la *Escuela Positiva* italiana. La formulación más depurada de la *prevención especial* fue entonces aportada por **VON LISZT**, quien señaló que dicha **finalidad de la pena se realiza de diferente forma según las clases de infractores**: la pena operaría a modo de **'recordatorio'** en el caso de los delinquentes ocasionales; mediante la resocialización en los supuestos de delinquentes no ocasionales pero corregibles; mediante la inocuidación (separación) por aislamiento, en los casos de delinquentes habituales incorregibles. De este modo, las tres vertientes de la prevención especial son la *intimidación (especial)*, la *resocialización* y la *inocuidación* (o control asegurativo).

La teoría de la prevención especial ha gozado de amplísima acogida a lo largo del s. XX. Ha permitido el establecimiento de diversas instituciones que, en función de las condiciones del infractor, permiten renunciar total o parcialmente a la imposición de la pena en delitos poco graves si ello fuere bueno para que el delincuente no vuelva a delinquir: así, nuestro CP recoge la *suspensión condicional de la ejecución de las penas privativas de libertad*. Al mismo tiempo, la ideología de la prevención especial ha inspirado

la legislación penitenciaria, al incluir el tratamiento individualizado del penado o conceder el 3º grado o la libertad condicional en función de la buena conducta o la evolución en el tratamiento del penado.

No obstante, la prevención especial ha entrado en una cierta crisis durante las últimas décadas, principalmente por el cuestionamiento del ideal de *resocialización*. Al margen de ello, la prevención especial no es suficiente por sí sola para legitimar la pena, pues su consideración en solitario daría lugar a consecuencias insostenibles. En efecto, de acuerdo con la prevención especial, la pena no sería necesaria, por ejemplo, en los casos en que el sujeto está plenamente integrado en sociedad, y difícilmente puede volver a encontrarse en las condiciones que le llevaron a delinquir (ej., delitos económicos o de cuello blanco), y ello con independencia de la gravedad de la infracción cometida.

C) Las **críticas referidas a las distintas tesis impulsaron la aparición de teorías eclécticas** (o *teorías de la unión*, entre la retribución y la prevención), **que combinan planteamientos a partir de la aceptación de elementos parciales de cada teoría**, concediendo mayor protagonismo, casi siempre, a la prevención, bien sea general o especial.

En particular, cabe reseñar la existencia de teorías que adjudican diferentes fines para los distintos momentos de operatividad de la pena. En concreto, **ROXIN elaboró *teoría dialéctica de la unión***, según la cual en el momento de amenaza o conminación legal la pena persigue el fin de protección de bienes jurídicos fundamentales mediante la función de prevención general; en el momento de aplicación judicial, la pena sirve, en primer lugar, a los objetivos de prevención general, en la medida en que la imposición supone la confirmación de la seriedad de la amenaza legal; pero, en segundo lugar, es necesario observar en este momento que dentro del marco penal de la pena ésta se aplicará proporcionalmente a la gravedad del hecho y las “circunstancias del delincuente”, con el fin de que no vuelva a delinquir (prevención especial). Además, no se puede obviar que la efectiva imposición de la pena supone la efectiva imposición de un mal (retribución). En esta fase, se cumplirían, pues, las tres funciones. Por último, en el momento de la ejecución de la pena, la pena sirve a los fines de prevención especial, atendiendo fundamentalmente a los fines de reinserción y resocialización, por lo que la pena se cumplirá de una forma con la que se procure que el sujeto no vuelva a delinquir en el futuro (prevención especial).

La configuración legal del Derecho penal en España demuestra que la pena cumple una función esencialmente preventiva, y no de realización de la Justicia. Así lo pone de relieve el art. 25.2 CE que señala que las penas privativas de libertad estarán orientadas a la resocialización (prevención especial), aunque ello no significa que la CE excluya las demás funciones de prevención general y retribución.

2.3.CLASES DE PENAS

Las penas establecidas en el CP pueden clasificarse con arreglo a distintos puntos de vista:

A) **Por razón del bien jurídico o derecho afectado**, pueden dividirse en:

- a) *Pena de muerte (privativa de la vida)*. La pena de muerte está completamente abolida en el ordenamiento español. La CE la abolió en su art. 15, sentando la salvedad de lo que pudiesen disponer las leyes penales militares *para tiempos de guerra*. Con posterioridad, la L.O. 11/1995 la excluyó de los preceptos del CP Militar

de 1985 que la preveían. La pena capital se encuentra igualmente proscrita en el art. 2 Carta Derechos Fundamentales UE.

- b) *Penas que atentan contra la integridad física y corporal.* Como la tortura, las penas corporales, la mutilación o los trabajos forzados. Están prohibidas en nuestro ordenamiento por los artículos 15 y 25 de la CE.
 - c) *Penas privativas de libertad.* Consisten en la reclusión del sujeto en un lugar determinado –generalmente un establecimiento penitenciario–, en el que se le priva de su libertad de movimientos y se le somete a un régimen de vida específico. En nuestro CP se prevén cuatro tipos de penas privativas de libertad: la *prisión perpetua revisable*; la *prisión*, la *localización permanente* y la *responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa* –RPSIM– (art. 35 CP).
 - d) *Penas privativas de derechos.* Las penas privativas de *otros* derechos, como categoría distinta de la multa y de las penas privativas de libertad, son sanciones que implican una limitación de ciertos derechos políticos, civiles o profesionales. De acuerdo con el art. 39 CP, son penas privativas de derechos: a) la inhabilitación absoluta; b) la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho; c) la suspensión de empleo o cargo público; d) la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; e) la privación del derecho a la tenencia y porte de armas; f) la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; g) la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que el Juez o tribunal determine; h) la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que el Juez o tribunal determine; i) los trabajos en beneficio de la comunidad –TBC–; j) la privación de la patria potestad.
 - e) *Penas patrimoniales (privativas del patrimonio).* Se conocen como penas patrimoniales las sanciones que tienen por objeto el patrimonio. Aquellas penas patrimoniales que se imponen y deben satisfacerse en dinero son denominadas ‘*penas pecuniarias*’. Nuestro CP sólo recoge una pena patrimonial, en concreto de carácter pecuniario: la pena de multa, que presenta dos modalidades de imposición, el sistema de días-multa o de multa por cuotas y la multa proporcional.
- B) En función de su naturaleza y duración.** Esta clasificación se pretende que tenga un sentido fundamentalmente procesal, en la medida en que puede tener efectos sobre qué juez o tribunal es competente para conocer de las diferentes clases de delitos. De acuerdo con el art. 13 CP, los delitos serán *graves*, *menos graves* o *leves*, dependiendo de si la pena impuesta a los mismos es *grave*, *menos grave* o *leve*, lo que dependerá de su duración o naturaleza.
- Según el art. 33 CP, según su duración, son penas *graves* la prisión permanente revisable, la prisión superior a cinco años, la inhabilitación absoluta, las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años, la privación de la patria potestad, y las aplicables a las personas jurídicas. Son penas *menos graves* la prisión de 3 meses a 5 años, las inhabilitaciones especiales de hasta 5 años, la multa y la localización permanente de más de 3 meses, la multa proporcional en todo caso, y los TBC de 31 días a 1 año. Son penas *leves* la multa y la localización permanente hasta 3 meses y los TBC hasta 30 días. Según el art. 13.4 CP cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse grave y menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”.
- C) Penas principales y penas accesorias.** Son penas *principales* aquellas que se aplican por sí solas, sin depender de otras para su imposición; son las que vienen recogidas en cada delito concreto. Penas *accesorias* son aquellas que, a mayores, y aunque no vengan recogidas en el delito, pueden ser impuestas junto a la pena principal, que condiciona su duración, cuando así lo estime el juez y, en algunos casos, cuando tengan relación con el delito cometido (art. 33.6 CP).

Las penas accesorias sólo resultarán efectivamente aplicadas cuando así lo declare de forma expresa la sentencia condenatoria. (así, por ejemplo, la pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal en el delito que se trate; o los delitos relativos de violencia de género siempre llevarán como accesoria la pena de prohibición de aproximarse a la víctima -están en arts. 54 a 57 CP (leerlos)-).

D) Penas únicas, cumulativas y alternativas. Son penas *únicas* aquellas que consisten en una única sanción de determinada naturaleza (p. ej., art. 138 CP: prisión de 10 a 15 años).

Son penas *cumulativas* las sanciones constituidas por dos o más penas de distinta naturaleza, que deben imponerse conjuntamente (p. ej., art. 271 CP: prisión de 2 a 6 años, multa de 18 a 36 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, de 2 a 5 años).

Penas *alternativas* son aquellas de distinta naturaleza previstas para un determinado delito, de modo que el órgano jurisdiccional ha de optar por la imposición de una sola de ellas (p. ej., art. 294 CP: prisión de 6 meses a 3 años o multa de 12 a 24 meses).

Capítulo 2º Reglas generales de aplicación y determinación de la pena

1. Cuestiones generales

La concreción de la pena a imponer por la comisión de un determinado delito se lleva a cabo a través de un proceso en el que cobran protagonismo tanto la letra de la ley como la decisión de los jueces.

El punto de partida de este proceso de **determinación** es el **marco penal abstracto establecido** con carácter general en el correspondiente **precepto legal**, que viene referido al autor de la infracción consumada.

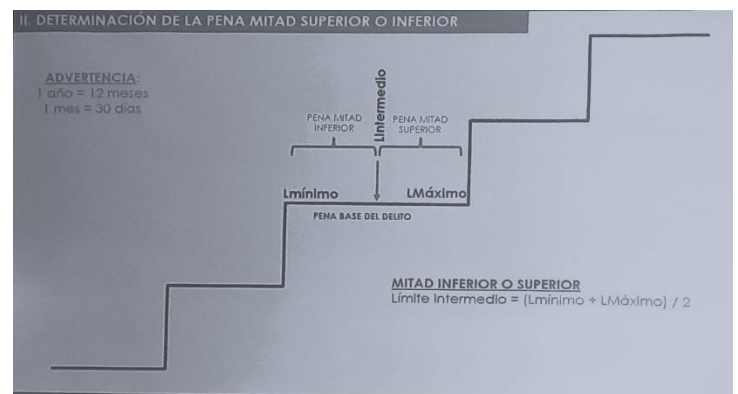
Una serie de circunstancias legalmente determinadas suponen, en un segundo momento, una **concreción inicial del marco penal abstracto**. Se trata fundamentalmente de cuestiones relativas al grado de ejecución del ilícito (consumado o tentativa), al grado de participación del sujeto y a la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad (agravantes y atenuantes); el efecto de estas circunstancias puede ser tanto de ascenso o descenso de grado, cuanto de aplicar la sanción en su mitad inferior o superior.

CUESTIONES GENERALES DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN ABSTRACTO

PRIMERA FASE: determinación legal de la pena en abstracto (marco penal)

- 1.º Calificación del delito
- 2.º Determinación legal del marco abstracto de la pena
 - a) Grado de ejecución del delito
 - b) Grado de participación
 - c) Eximentes o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (agravantes o atenuantes)
 - d) Pluralidad de delitos

SEGUNDA FASE: determinación o individualización judicial de la pena en concreto



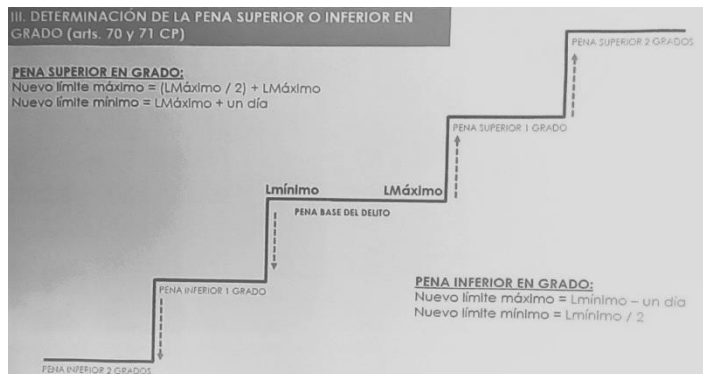
El tercer momento en el proceso de determinación de la pena viene constituido por la **individualización judicial**. En esta última fase, son los jueces los encargados de concretar en una determinada cuantía el marco penal inicialmente delimitado, de forma motivada y teniendo en cuenta las circunstancias relativas al injusto, a la

culpabilidad y a los fines de la pena que todavía no hayan sido tomadas en consideración. Específicamente, el art. 72 CP impone la obligación de razonar en la sentencia el grado y la extensión concreta de la pena impuesta.

2. Reglas de determinación y concreción de la pena

2.1. Conceptos básicos en la determinación de la pena en abstracto

¹⁶ La regla para el cálculo de las **penas superior e inferior en grado** a una dada se encuentra recogida en el art. 70.1 CP. Según el mismo, la **pena superior en grado** se calculará tomando el límite máximo de la pena dada y añadiéndole la mitad de su cuantía, que será el nuevo límite máximo de esa pena superior en grado; su límite mínimo será el máximo de la pena dada (de la que se parte), incrementado en un día o, en su caso, en un día-multa. *Ej.: la pena superior en grado a la de prisión de 6 a 10 años prevista en el art. 164 CP (secuestro bajo condición) es la prisión de 10 años y 1 día a 15 años.* La **pena inferior en grado**, también de acuerdo con el art. 70.1 CP, se calcula restando del límite mínimo de la sanción de referencia la mitad de su cuantía, que será el nuevo límite mínimo de esa pena inferior en grado; su límite máximo será el mínimo de la pena dada (de la que se parte), reducido en un día o, en su caso, en un día-multa. *De este modo, la pena inferior a la del art. 164 CP sería la de prisión de 3 a 6 años menos 1 día.*



El art. 71.1 CP dispone que en la determinación de la pena inferior en grado podrán rebasarse los límites inferiores consagrados con carácter general para cada clase de sanción. No **obstante, cuando la operación de reducción en grado dé lugar a una pena de prisión inferior a 3 meses, la misma será sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente** (art. 71.2 CP).

En la determinación de las penas superiores o inferiores en grado, así como en la de las mitades inferior o superior de una pena no es posible fraccionar unidades penológicas (p. ej., medio día de prisión, o medio día-multa), sino que el día y el día-multa operan como indivisibles (art. 70.2), lo que supondrá fijar el límite en cuestión en la unidad penológica correspondiente, despreciando el decimal.

El CP no recoge regla alguna para determinar la duración, en los casos de penas de prisión o privativas de derechos, de los meses y los años. Para los días-multa, sin embargo, el art. 50.4 CP dispone que los meses serán de 30 días y los años de 360. En la práctica se ha venido operando tradicionalmente respecto de aquellas sanciones con el criterio de que los meses son de 30 días y los años de 365. No obstante, algunas sentencias han extendido el baremo del art. 50.4 CP relativo a la pena de multa, lo que parece acertado, porque dotaría al sistema de penas de uniformidad e igualdad.

El art. 70.3 CP establece una regla específica para la determinación de las penas superiores en grado. Según el mismo, cuando en el ascenso en grado se superen los límites máximos consagrados con carácter general para cada pena, habrá de operarse de la siguiente manera:

¹⁶ Hoja de calculo para calcular los limites en automático en este [enlace](#).

- A)** En caso de la pena de *prisión* (en la que el límite máximo general de duración es de 20 años), el límite podrá llegar hasta 30 años, lo que no significa que siempre deba alcanzar tal cifra, sino que, en la determinación de la pena superior en grado no podrá excederse éste.
- B)** En caso de pena de *inhabilitación absoluta o inhabilitación especial*, el límite podrá llegar, más allá del general de 20 años, hasta 30 años.
- C)** En el caso de las penas de *suspensión de empleo o cargo público* podrá alcanzar 8 años.
- D)** En el caso de las penas de *privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores* el máximo podrá alcanzar 15 años.
- E)** En el caso de las penas de *privación del derecho a la tenencia y porte de armas* el máximo podrá alcanzar 20 años.
- F)** En el caso de las penas de *privación del derecho a residir en determinados lugares, o acudir a ellos*, el máximo podrá alcanzar 20 años.
- G)** En el caso de las penas de *prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal* el máximo podrá alcanzar 20 años.
- H)** En el caso de las penas de *prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal* el máximo podrá alcanzar 20 años.
- I)** En el caso de la pena de *multa* el límite podrá alcanzar, más allá de los 24 meses previstos con carácter general en el art. 50.3 CP, 30 meses.

Por último, con relación a la pena de prisión permanente revisable, el artículo 70.4 establece que la pena inferior en grado es la de prisión de 20 a 30 años.

El sistema de determinación de la pena del CP establece la posibilidad de división de la misma en mitades, que, en su caso, podrán subdividirse sucesivamente. La determinación de cada mitad no presenta en principio mayor problema, acudiéndose a una simple operación aritmética, que en todo caso debe respetar el criterio de que el día o el día-multa son unidades penológicas indivisibles (art. 70.2 CP). Si bien resulta una cuestión discutida, parece que cabe admitir el solapamiento de las mitades, de modo que, *p. ej., una pena de multa de 6 a 12 meses tiene una mitad inferior de 6 a 9 meses (180 a 270 días) y una mitad superior de 9 a 12 meses (270 a 360 días).*

2.2. Calificación del delito y reglas de concreción del marco penal

1º. Identificar el tipo penal aplicable

En primer lugar, habrá que identificar cuál es el tipo penal que se aplica al supuesto de hecho después de comprobar que se dan todos los elementos del tipo penal en cuestión: los objetivos (conducta, sujetos, objeto material, que el resultado es causa de la acción) y los subjetivos (dolo o culpa, según el delito, y el resto de elementos subjetivos del tipo).

CALIFICACIÓN DEL DELITO Y DETERMINACIÓN DE LA PENA EN ABSTRACTO

1. Identificar el **TIPO PENAL** aplicable (arts. 138-616 quater)
2. **GRADO DE EJECUCIÓN** del delito (arts. 61 y 62): *consumación o tentativa*
 - 2.1. Consumado: pena prevista en el delito
 - 2.2. Tentativa: pena inferior en 1 o 2 grados
3. **GRADO DE PARTICIPACIÓN** en el delito (arts. 61, 62 y 63):
 - 3.1. Autoría, inducción y cooperación necesaria: pena prevista en el delito
 - 3.2. Complicidad (cooperador no necesario): pena inferior en 1 grado a la fijada por la Ley para el autor
4. **EXIMENTES** (art. 20)
 - 4.1. Eximente completa: exención de pena
 - 4.2. Eximente incompleta (art. 68): pena inferior en 1 o 2 grados
5. **AGRAVANTES o ATENUANTES** genéricas
 - 5.1. Agravantes genéricas (art. 22)
 - 5.2. Atenuantes genéricas (art. 21)
 - 5.3. Mixta de parentesco (art. 23)
 - Valoración en delitos dolosos: reglas del art. 66 CP
 - Valoración en delitos imprudentes o leves: libre apreciación judicial
6. **PLURALIDAD DE DELITOS**: concurso real (arts. 73, 75 y 76), ideal (art. 77.2) o medial (art. 77.3) delito continuado (art. 74.1)

2º. Grado de ejecución del delito: ¿consumación o tentativa?

En cuanto a las reglas de concreción de la pena, el art. 61 CP dispone expresamente que la sanción establecida por el precepto de la PE es la prevista para el autor de la infracción consumada.

En consecuencia, el art. 62 CP dispone que en casos de *tentativa* (acabada o inacabada) de delito se impondrá obligatoriamente la pena inferior en uno o dos grados, dependiendo del peligro inherente al intento y del grado de ejecución alcanzado (grado de ejecución).

3º Grado de participación en el delito

Por otra parte, la sanción prevista en la norma de la PE se refiere a los *autores*, lo que la hace aplicable tanto a los autores en sentido estricto cuanto a los partícipes equiparados a los mismos por el art. 28 CP, esto es, *inductores* y *cooperadores necesarios*. Por lo demás, el art. 63 CP dispone para los *cómplices* la imposición de la pena inferior en un grado, que se puede sumar, en su caso, a la reducción de grado correspondiente a la infracción intentada. (El art. 65.3 CP determina que en los *delitos especiales* –en los que solo puede ser autor del delito personas con determinadas condiciones o cualidades personales no compartidas por los partícipes, el órgano jurisdiccional podrá imponer la pena inferior en grado a inductores y cooperadores necesarios).

De acuerdo con el art. 64 CP, los escasos supuestos de tentativas y complicidades especialmente penadas por la ley no se ajustarán a las reglas anteriores (*ej., de tentativa, el delito de cohecho del art. 423.1; de complicidad, el delito de asociación ilícita del art. 518 CP*).

4º Concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes genéricas

La última fase de la concreción legal de la pena se refiere a las reglas previstas para la concurrencia o no concurrencia de las *circunstancias atenuantes y agravantes genéricas* (arts. 21, 22 y 23 CP). Dichas reglas están en el art. 66 CP y son aplicables únicamente a los delitos dolosos. Son las siguientes:

- 1.^a Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.
- 2.^a Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.
- 3.^a Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.
- 4.^a Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.
- 5.^a Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.^a Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

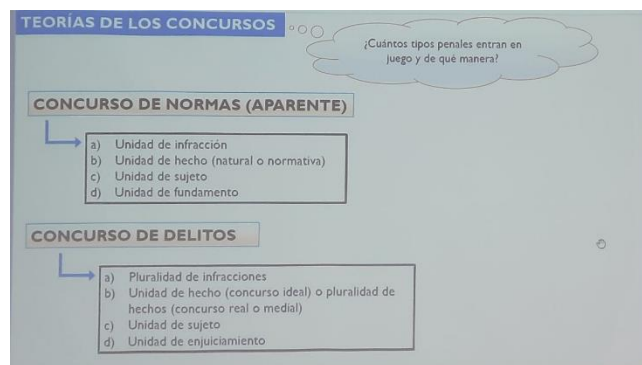
7.^a Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8.^a Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión. Para los delitos imprudentes, el órgano jurisdiccional no queda sujeto a estas reglas, sino que podrá aplicar las penas a su prudente arbitrio.

Cuando concorra una *eximente incompleta* del 21.1 CP (cuando no se dan todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal), habrá de imponerse la pena inferior en uno o dos grados en función del número y entidad de los requisitos que falten o concurren, a las circunstancias personales del autor y al resto de las circunstancias atenuantes o agravantes (art. 68 CP), sin perjuicio de la aplicación, a posteriori, del art. 66 CP si hay otras atenuantes o agravantes.

5.º Pluralidad de delitos

En caso de **pluralidad de delitos**, rige la regla general de la *acumulación material* (concurso real) esto es, al responsable de dos o más delitos se le impondrán las penas correspondientes a las distintas infracciones. Dicha acumulación puede revestir dos modalidades de cumplimiento: simultáneo (al mismo tiempo) o sucesivo (primero se cumple una después otra).



En primer lugar, en virtud del art. 73 CP, las diferentes penas impuestas en el marco de un concurso real se cumplirán simultáneamente si ello fuere posible, lo que sucederá si son de distinta naturaleza o si, siendo de la misma, no se desnaturalizan por su cumplimiento simultáneo (*ejs: de acuerdo con este criterio general, las distintas penas privativas de libertad —prisión, localización permanente y RPSIM— no son susceptibles de cumplimiento simultáneo*). Sí serán, en cambio, de cumplimiento simultáneo determinadas penas privativas de derechos, en función de la diversidad de sus efectos (*p. ej. una inhabilitación especial para empleo o cargo público y una privación del derecho a la tenencia y porte de armas*). Las penas de multa son de cumplimiento simultáneo con las privativas de libertad, así como con las privativas de derechos. Lo mismo sucede entre las penas de días-multa y las de multa proporcional, así como con varias multas proporcionales entre sí; por el contrario, diversas penas de días-multa no son de cumplimiento simultáneo. Las penas privativas de libertad pueden ser de cumplimiento simultáneo con las de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial y suspensión de empleo o cargo público y con las de prohibición de residir o acudir a determinados lugares a de aproximarse a la víctima. Por lo que se refiere a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, privación del derecho a la tenencia y porte de armas y los Trabajos en Beneficio de la Comunidad (TBC), serán de cumplimiento simultáneo con la de prisión sólo durante los permisos de salida o durante la aplicación del régimen abierto o de la libertad condicional).

Si las distintas penas impuestas no fueren de cumplimiento simultáneo, se procederá a su cumplimiento sucesivo, siendo para ello seguido el orden de su gravedad respectiva (art. 75 CP). Esta mención de la gravedad de las penas

debe entenderse referida a la gravedad en abstracto, de modo que las penas privativas de libertad han de ser cumplidas siempre de forma prioritaria.

No obstante, a parte de la regla general con la que al responsable de dos o más delitos se le impondrán la suma de las penas correspondientes a las distintas infracciones (*acumulación material*), dicha regla no está exento de algunos límites, que lo convierten en un procedimiento de *acumulación jurídica*. El art. 76.1 CP recoge dos límites a los supuestos de cumplimiento sucesivo:

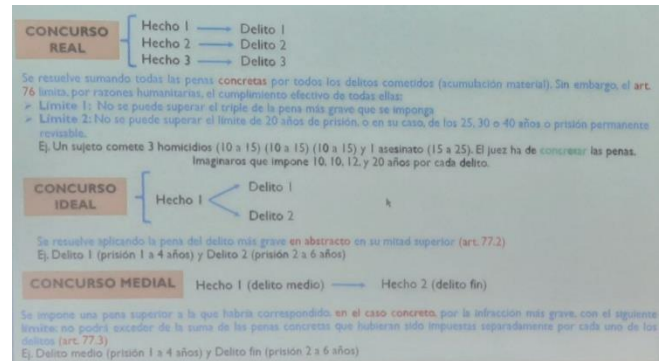
1º Límite: que el tiempo de cumplimiento efectivo de la condena no exceda del triple de la pena mayor de las impuestas.

2º Límite: en cualquier caso, el tiempo de cumplimiento dimanante del primer límite no podrá ser superior a 20 años; no obstante, en las penas de prisión este límite podrá ser:

- de 25 años si alguno de los delitos por los que el sujeto ha sido condenado está castigado por la ley con una pena de hasta 20 años,
- de 30 años si uno de esos delitos tiene prevista una pena superior a 20 años,
- de 40 años si al menos dos de esos delitos tienen prevista penas superiores a 20 años,
- de 40 años si ha sido sancionado por varios delitos de terrorismo y al menos uno tiene prevista pena superior a 20 años,
- o de prisión perpetua revisable cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable.

Según el art. 78 CP (doctrina Parot), en los casos en que con la aplicación de estos criterios de *acumulación jurídica* ello implique que la pena a cumplir sea inferior a la mitad de la que resultaría de la simple *acumulación material*, el juez **podrá** acordar que los permisos de salida, la clasificación en 3º grado y la libertad condicional se calculen sobre la totalidad de las penas en virtud de esa *acumulación material* (y no de la *acumulación jurídica*). Esta decisión será **obligatoria** en el caso de los límites de 25, 30 y 40 años antes citados. No obstante, el JVP podrá no acordarla obligatoriamente, en estos casos, si hubiera un pronóstico favorable de reinserción social del recluso y valorando las circunstancias personales de éste y la evolución del tratamiento penitenciario, aunque con la excepción de los condenados por delitos de terrorismo que no podrán acceder nunca al 3º grado hasta que cumplan la 4/5 parte de condena y a la libertad condicional hasta que cumplan 7/8 de ésta).

A parte de estos supuestos de concurso real, en los casos de *delito continuado* (que se produce cuando; a) en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, b) se realice una pluralidad de delitos que ofendan a uno o varios sujetos y c) infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza), el art. 74.1 CP dispone la imposición de la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.



En estos casos, cuando se trate de infracciones patrimoniales (art. 74.2 CP), la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado, lo que llevaría a considerar los hechos a efectos penológicos como un solo ilícito patrimonial por la cuantía total del perjuicio causado. Ej., *la diferencia entre el delito y la delito leve de estafa reside en el perjuicio causado, si exceda o no de 400 euros, por lo que 3 delitos leve de estafa por una cuantía de 150 € cada uno se sancionarán con una pena de prisión correspondiente al delito de estafa – pues la suma son 450 euros y supera el límite cuantitativo de 400 € del delito- (art. 248 CP).*

El mismo art. 74.2 CP establece que en estos supuestos de delitos continuados patrimoniales, si “*el hecho reviste notoria gravedad y perjudica a una generalidad de personas*” (lo que se llama “delito masa”, el juez podrá imponer la pena superior en uno o dos grados en la extensión que estime conveniente.

Finalmente, el art. 77 CP dispone una regulación para los casos de concurso ideal (cuando un solo hecho constituye dos o más delitos) o de concurso medial (cuando uno es medio necesario para realizar el otro). En el concurso ideal se prevé la aplicación de la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior. Sin embargo, si esta pena así determinada excede de la que represente la suma de todas las penas que correspondería aplicar si se penaran los delitos por separado, se aplicarán éstas. En cuanto al concurso medial, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66, es decir, aplicará las atenuantes y agravantes correspondientes.

2.3. La individualización judicial de la pena en concreto

La última fase del proceso de determinación o concreción de la pena es la individualización judicial (determinar qué pena concreta se aplica dentro del marco penal). Esta fase ha de estar dirigida por la racionalidad el cual ha de guiar su labor individualizadora, especialmente, “*por la consideración de las circunstancias personales del sujeto y de la gravedad del hecho*” (art. 66.1.6ª CP).

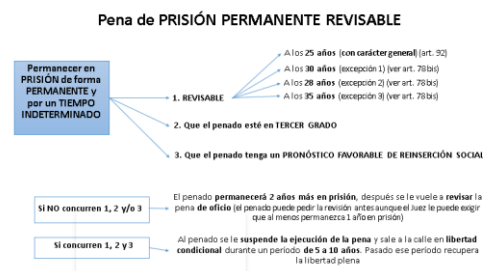
Cuando la infracción penal enjuiciada tenga la naturaleza de *delito leve*, el juez tendrá un mayor margen de maniobra. Según el art. 66.2 CP podrá fijar la pena a su prudente arbitrio y de acuerdo con las circunstancias del caso y del sujeto, sin sujeción a las reglas generales de determinación de los apartados anteriores (arts. 61-72 CP), como la división en mitades o los ascensos o descensos en grado.

Lección IX. La pena privativa de libertad en España

Capítulo 1º Concepto y clases

Las *penas privativas de libertad* constituyen el núcleo del catálogo de penas de nuestra legislación criminal. Consisten en la reclusión del sujeto en un lugar determinado –generalmente un establecimiento penitenciario–, en el que se le priva de su libertad de movimientos y se le somete a un régimen de vida específico. Las penas privativas de libertad previstas en el ordenamiento penal español son cuatro: la *prisión permanente revisable*, la *prisión*, la *localización permanente* y la *responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa* –RPSIM– (art. 35 CP).

A) Aunque el artículo 35, como acabo de indicar, distingue entre la pena de **prisión permanente revisable** y la de prisión, lo cierto es que la primera se trata de una pena de prisión especial, porque ni su contenido (la privación de la libertad ambulatoria) ni su lugar de cumplimiento (un centro penitenciario) difieren de la de prisión. Lo que sí varía, claro está, es el hecho de que se trata de una pena de una duración indeterminada.



Básicamente, la pena de prisión permanente revisable constituye una pena excepcional porque se reserva para supuestos de extrema gravedad, que según el Código son 1) el asesinato cualificado, 2) la muerte del Rey o del heredero, 3) la muerte por atentado terrorista, 4) la muerte de jefe de estado extranjero o persona internacionalmente protegida por Tratado, y 5) la muerte, agresiones sexuales o lesiones graves de una persona en delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad. En todos estos casos la pena de prisión permanente revisable es preceptiva (obligatoria) para el Juez, nunca facultativa.

De todos modos, paradójicamente, no se trata de una pena con contenido propio, regulado y diferenciado, sino que acaba siendo una privación de libertad de duración indeterminada, sometida a un proceso de revisión por el mismo tribunal sentenciador y unas condiciones específicas de acceso a los permisos de salida, el tercer grado y la libertad condicional.

En concreto, la revisión se realizará:

- A los 25 años (regla general). (art. 92 CP)
- A los 30 años, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más (art. 78 bis CP).
- A los 28 años, en delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, siempre que el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total de entre cinco y veinticinco años menos un día. (art. 78 bis CP).
- A los 35 años, en delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, siempre que el penado lo haya sido por varios delitos, y dos o más de ellos estén castigados con una de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión

permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más. (art. 78 bis).

Esos (1) plazos no implican necesariamente que la revisión se vaya a conceder. Será necesario, además, que el (2) penado esté en tercer grado y que “el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un (3) pronóstico favorable de reinserción social”. (Como puedes observar, el margen de arbitrio es enorme (y la referencia a la “personalidad” del penado, de lo más perturbadora), hasta el punto de que el tribunal puede elegir a los especialistas que hayan de emitir el informe).

Si el tribunal considerase que **no concurren** los requisitos de la revisión, el penado permanecerá dos años más en prisión, pasados los cuales, el tribunal reabrirá de nuevo la cuestión. También el penado podrá volver a solicitar la revisión cuando lo desee, a salvo de que el tribunal le fije un plazo de hasta un año para no volver a pedirla de nuevo después de una denegación.

Pero aun cuando en el penado a prisión permanente revisable **sí concurren** esos requisitos, eso no supone la extinción de la pena, sino que estará durante un plazo de entre 5 y 10 años sometido a lo que el Código llama la “suspensión de la ejecución del resto de la pena”, (una nueva versión de la libertad condicional), que coincide sustancialmente con una suspensión de la pena (es decir, puede estar sujeto a todo tipo de deberes y prohibiciones). Superado finalmente este último escollo, el penado recuperará su libertad, aunque, vistos los dilatados plazos que se prevén en el Código, será prácticamente para acabar su vida fuera de la prisión (casi como una cadena perpetua en sentido estricto).

B) En el DP del Antiguo Régimen la prisión no tenía generalmente un sentido de pena, sino que cumplía una función meramente procesal: la de custodia del procesado en espera de juicio o de ejecución de la pena. Las penas consistían en la pena de muerte, tortura, penas corporales, los trabajos forzados, el destierro o la deportación. Sólo con el movimiento de reforma penal impulsado por la Revolución francesa las penas de muerte y corporales dejaron su papel central en las legislaciones penales, a inicios del s. XIX, a la privación de libertad. En la segunda mitad del s. XX ha sido acogida la idea del fin resocializador de la prisión salvo desde 2015 con la incorporación de la prisión perpetua revisable. Como dice el art. 25.2 CE, la pena de prisión ha de estar

necesariamente orientada hacia la resocialización del penado (aunque como vimos, éste no tiene por qué ser el único fin de la pena), y no puede consistir en trabajos forzados.

En nuestra legislación actual la pena de prisión puede definirse como la consecuencia jurídica del delito consistente en una privación de libertad de duración continua y determinada, ejecutada generalmente en un centro penitenciario, en el que se está recluso bajo un determinado régimen de vida y actividades. El contenido aflictivo de la pena se concentra principalmente en la libertad de movimientos.

Los límites temporales genéricos de la pena de prisión vienen establecidos por el art. 36.2 CP, que dispone una duración general entre 3 meses y 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente código.

Con el establecimiento de un límite mínimo de 3 meses, el CP ha optado por excluir de nuestra legislación algunas de las “penas cortas privativas de libertad”. Estas sanciones han sido rechazadas por la doctrina penal señalando que, a pesar de que se establecen para delitos de escasa gravedad, producen un desarraigo del entorno social y laboral del penado, determinando su estigmatización, no permiten el desarrollo de un tratamiento resocializador, sino que por el contrario contribuyen al contagio criminal, y son ineficientes económicamente.

Pudiera suceder que por la aplicación de una atenuante, o ante casos de complicidad o tentativa, la pena de prisión resultante pudiera ser inferior a 3 meses, aunque en estos casos, la pena se sustituirá por multa, TBC 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 (art. 71.2 CP).

El límite superior de la pena de prisión es, de acuerdo con el art. 36.1 CP, de 20 años. En este punto el CP parecería seguir igualmente las más significadas líneas político-criminales actuales, que postulan una reducción de los máximos de la pena de prisión, tanto por la necesidad de humanizar esta sanción, cuanto por el convencimiento de la irrecuperabilidad social de los penados sujetos a largas privaciones de libertad continuadas.

Sin embargo, tal límite máximo de la privación de libertad resulta relativo, ya que al mismo se prevén diversas excepciones.

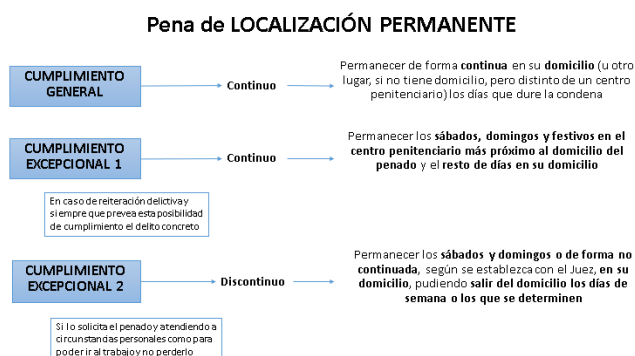
En primer lugar, buen número de preceptos imponen una pena de prisión superior a 20 años (ej. los antes mencionados delitos que tienen como pena la prisión permanente revisables o los arts. 138 (homicidio agravado: de 15 años y un día a 22 años y 6 meses), 139 (asesinato: prisión de 15 a 25 años) o 473 (promotores y jefes principales de una rebelión: de 25 a 30 años).

En segundo, cuando haya 2 agravantes y ninguna atenuante se podrá aplicar la pena superior en grado, pudiendo superar en su caso, los 20 años (art. 66.1.4ª).

En tercer lugar, el propio art. 76 CP excepciona el límite máximo de 20 años, en los casos de comisión de varios delitos, permitiendo que el mismo alcance: a) 25 años, cuando el sujeto sea condenado por dos o más delitos, y alguno tenga prevista pena de prisión de hasta 20 años; b) 30 años, cuando el sujeto sea sancionado por dos o más delitos y alguno tenga prevista pena de prisión superior a 20 años; c) 40 años, cuando el sujeto sea sancionado por varios delitos y, al menos dos tengan prevista pena de prisión superior a 20 años; d) 40 años, cuando el sujeto sea sancionado por varios delitos de terrorismo, y al menos uno tenga prevista pena de prisión superior a 20 años

La pena de prisión será pena “grave” cuando su duración sea superior a 5 años, y “menos grave” cuando se extienda entre 3 meses y 5 años (art. 33 CP).

C) La pena de localización permanente, introducida por la L.O. 15/2003, consiste en la obligación impuesta por el órgano jurisdiccional al penado de permanecer en su domicilio o en un lugar determinado (que, en principio, no será un establecimiento penitenciario) por un plazo máximo de 6 meses (art. 37.1 CP). Es una sanción de privación de libertad, de ejecución continua o discontinua, que en su caso puede ser objeto de control telemático por pulseras o tobilleras que permitan la localización del reo.



En principio, su cumplimiento es continuo. Además, desde 2010, se prevé la posibilidad de que, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el juez podrá acordar en sentencia que la pena se cumpla los sábados, domingos y festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado (el resto de los días en su domicilio). En tercer lugar, el órgano jurisdiccional también puede decidir, como tercera forma de cumplimiento, previa solicitud del penado, y en atención a las circunstancias del caso, que la pena se cumpla sólo los sábados y domingos, o de forma no continuada (art. 37.2 CP) en su domicilio, pudiendo salir del domicilio los días de semana o que se determinen, lo que pretende garantizar el eventual mantenimiento de las responsabilidades laborales del penado.

El incumplimiento de la pena de localización permanente supondrá, según el art. 37.3 CP, la comisión de un delito de quebrantamiento de condena (art. 468.1 CP). Las circunstancias de ejecución de la pena se regulan en el RD 515/2005.

D) La RPSIM es considerada una pena privativa de libertad (art. 35), aunque está regulada en el tratamiento que el Código da a las penas de multa. Consiste, básicamente, en el ingreso en prisión de forma subsidiaria ante el impago de la pena de multa. A este respecto, el art. 53 señala que si el condenado no satisficiera voluntariamente la multa impuesta quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de

privación de libertad por cada 2 cuotas diarias no satisfechas que, tratándose de delitos leves, podrán cumplirse mediante localización permanente.

Capítulo 2º Cómputo temporal de las penas

A los efectos de la duración de las penas privativas de libertad, el art. 38 CP dispone que si el reo no estuviese preso, la duración de la pena comenzará a contarse desde el momento en que el sujeto ingrese en el establecimiento adecuado para su cumplimiento. En cambio, si el penado estuviese preso (en prisión preventiva), el cómputo se iniciará desde el día en que la sentencia condenatoria ha adquirido firmeza.

De acuerdo con lo previsto en el art. 58 CP, el tiempo de privación de libertad sufrido por el sujeto en concepto de prisión preventiva le será abonado a los efectos de cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en la que fue aplicada esa medida cautelar. También podrá (potestativo) serle abonada en otra causa, por decisión del JVP acordada de oficio o previa petición del penado, pero sólo cuando tal abono no se haya ya producido en la causa de referencia, y cuando los hechos delictivos respecto de los cuales se produce el abono sean anteriores a la imposición de la prisión preventiva.

Si el que está en prisión preventiva resulta absuelto, según el art. 294 LOPJ, ~~tendrá derecho a una indemnización si son absueltos por inexistencia del hecho imputado o si por esta misma causa¹⁷ ha sido dictado auto de sobreseimiento libre, y siempre que se le hayan irrogado perjuicios, pero no en los demás casos de absolución o de pena de menor duración a la prisión preventiva.~~

~~No obstante, si se considera que estos otros casos constituyen errores judiciales, existiría también deber de indemnizar, puesto que el art.121 CE establece el deber del Estado de indemnizar en caso de error judicial. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.~~

En ningún precepto del CP se disponen las reglas operativas para el cálculo de meses y años, pero en la práctica con la pena de prisión se funciona como si los meses fuesen de 30 días y los años de 365.

¹⁷ Lo tachado y resaltado en negrita es inconstitucional por Sentencia del TC 85/2019, de 19 de junio. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-10913>

Capítulo 3º La suspensión de las penas privativas de libertad

El CP actual se ha hecho partícipe en cierta medida de la crítica doctrinal a las penas privativas de libertad de corta duración, excluyendo de su catálogo de sanciones las penas de prisión inferiores a 3 meses de duración.

Además de ello, el legislador ha dejado abierta la puerta a que las penas privativas de libertad de corta duración no excluidas del CP puedan dejar de ser aplicadas en los casos en que ello parezca más adecuado desde la perspectiva de la prevención especial, sin menoscabo irreparable de la prevención general. Para ello, el CP ha arbitrado las instituciones de 1) la suspensión condicional de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80-87 CP) y 2) de la sustitución de la pena de prisión para ciudadanos extranjeros (art. 89 CP).

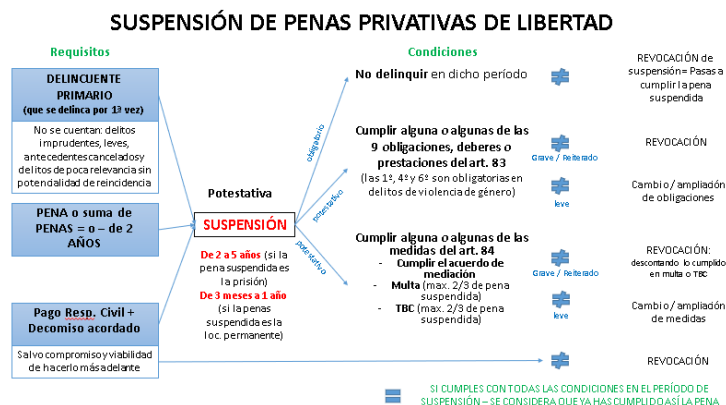
La **suspensión** comporta dejar sin ejecutar las penas privativas de libertad impuestas en sentencia firme, siempre que concurran ciertos requisitos y siempre que el Juez o tribunal valoren como improbable la futura comisión de delitos por parte del sujeto al que se le suspende la pena. Así, el art.80.1 señala que "los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad (...) cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos". Por lo tanto, se podrá suspender la ejecución de cualquier pena privativa de libertad (prisión, localización permanente y RPSIM), excepto, lógicamente, la prisión permanente revisable.

2.4. Régimen general de suspensión: Requisitos (art. 80.2):

1. Que se trate de un delincuente primario. A tal efecto, no se tienen en cuenta las anteriores condenas ni por delitos imprudentes ni por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o debieran serlo. Además, y ésta es una novedad de la reforma de 2015, "*tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros*", es decir, delitos de poca o nula relevancia o gravedad (está especificación implica que el hecho de haber sido condenado por la comisión de un delito no impide, de por sí, la concesión de la suspensión).

2. Que la pena impuesta o la suma de las penas impuestas no supere los 2 años. Dicho límite incluye tanto la pena única no superior a 2 años como la suma de varias penas que no superen dicha cantidad.

3. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles y se haya practicado el decomiso acordado en sentencia. De todos modos, el propio artículo señala que este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo con su capacidad



económica y de facilitar el decomiso¹⁸ acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine.

Es decir, si el sujeto tiene poca capacidad económica -y para evitar que se le dé un trato desigualitario respecto de sujetos con muchos recursos económicos-, basta con que se comprometa a pagar la responsabilidad civil en la medida de sus posibilidades. Además, habrá debido practicarse el decomiso. De esta manera, se trata de evitar maniobras dilatorias dirigidas a eludir la entrega de esos objetos, especialmente las ganancias del delito.

Asimismo, el artículo 80 señala que si la responsabilidad civil es muy alta o hay una expectación social sobre el caso concreto, podrán requerírsele al penado las garantías oportunas.

- En todo caso, la **concesión** de la suspensión es competencia del Juez o Tribunal sentenciador, y es **potestativa**: es decir, aunque el reo cumpla con todos los requisitos, el Juez puede denegarle la suspensión, aunque de manera motivada.

Así, de acuerdo con el artículo 80.1, para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho (y, en particular, su esfuerzo para reparar el daño causado) sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

Una vez concedida, los **plazos de la suspensión** de la pena son:

- de 2 a 5 años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años;
- de 3 meses a 1 año para las penas leves (localización permanente).

Condiciones de la suspensión durante el período de suspensión (arts. 83, 84 y 86):

- La principal (y obligatoria) es que el condenado no puede delinquir en dicho período.
- Además, durante ese tiempo, el Juez puede imponer al condenado el cumplimiento de una cada vez más numerosa serie de obligaciones, deberes y prestaciones. Estas condiciones son, sin embargo, potestativas para la autoridad judicial (salvo en el caso de violencia de género que veremos), pero el legislador ha previsto una doble limitación para su imposición:

- a) ha de resultar necesario para evitar la comisión de nuevos delitos y,
- b) los deberes y obligaciones no pueden ser excesivos y desproporcionados.

Además, el artículo 85 señala que durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el juez o tribunal podrá acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas o su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas.

¹⁸ Decomiso, proceso por el que el Estado se queda con los bienes y materiales que se han utilizado para cometer el Delito.

De acuerdo con el **artículo 83**, se pueden imponer las siguientes condiciones:

- 1.^a *Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio.*
- 2.^a *Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.*
- 3.^a *Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal.*
- 4.^a *Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.*
- 5.^a *Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.*
- 6.^a *Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.*
- 7.^a *Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.*
- 8.^a *Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.*
- 9.^a *Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.*

En todo caso, *cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge*, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.^a, 4.^a y 6.^a.

- Por si fuera poco con lo previsto en ese artículo 83, el **artículo 84** señala que el juez también podrá (potestativo) condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

- 1.^a *El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.*
- 2.^a *El pago de una multa.*

3ª. La realización de trabajos en beneficio de la comunidad (TBC).

Eso sí, las dos últimas “prestaciones” sólo podrán imponerse hasta un máximo de 2/3 de la pena suspendida (en el caso de la multa, el módulo de conversión para este cálculo será el de dos cuotas de multa por cada día de prisión, y en los TBC de una jornada de TBC por cada día de prisión).

Además, en el ámbito de la violencia de género, la suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad al pago de una multa sólo será posible cuando se acredite que no existen relaciones económicas derivadas de la relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común. Ello con la finalidad de garantizar el pago de la pensión derivada de procesos de separación, divorcio o medidas extramatrimoniales.

1. Causas de revocación de la suspensión (art. 86.1)

1) Por haber sido condenado el sujeto por la comisión de un nuevo delito durante el período de suspensión, salvo que el delito cometido no “haga decaer la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión”. La condena debe recaer durante el período de suspensión (sentencia firme), pues, como veremos inmediatamente, una vez pasado satisfactoriamente dicho plazo, se produce la remisión de la pena.

2) Por incumplimiento grave o reiterado de las prohibiciones y deberes que se le hayan impuesto de acuerdo con los artículos 83 / 84 o por sustracción del penado al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

Si, en cambio, el incumplimiento no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá: a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas o b) prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

3) Por causas relativas al decomiso o relacionadas con el pago de la responsabilidad civil, en concreto, por no cumplir el compromiso de pago de las responsabilidades civiles (salvo que carezca de capacidad económica) o por facilitar información inexacta o insuficiente sobre sus bienes que hayan sido objeto de decomiso o sobre los bienes de su patrimonio.

Si se da alguna de las causas anteriores, se **revocará la suspensión** y el sujeto cumplirá su pena, con las siguientes precisiones:

a) Los gastos del penado para reparar el daño causado no serán restituidos.

b) Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2ª y 3ª. Es decir, se le descontará de la pena a cumplir el tiempo que haya pasado realizando TBC o un día de condena por cada dos cuotas de multa que haya satisfecho.

2. Cumplimiento de las condiciones. La remisión definitiva

Como señala el art. 87.1, *“transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena”*.

Además de este régimen general de suspensión de las penas privativas de libertad, la Ley recoge **regímenes de suspensión especial o extraordinario**

1. Suspensión extraordinaria común.

Es una novedad de la reforma operada por la LO 1/2015 (art. 80.3 CP):

“Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

Las especialidades de este régimen extraordinario respecto del general son 1) que el sujeto puede no ser delincuente primario (e, incluso, puede ser reincidente). Los únicos excluidos son los reos habituales, esto es, *“los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello”* (art. 94). Además, 2) las penas que se le suspendan pueden superar en su conjunto los 2 años, bastando con que individualmente no excedan de dicha cifra.

Pero además, el art. 80.3 señala que esta suspensión extraordinaria se condiciona a la **reparación efectiva del daño o a la indemnización del perjuicio causado** conforme a las posibilidades físicas y económicas del sujeto, **o al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en la mediación**, sin que se admita (como sí cabe en la suspensión genérica) el compromiso de pago. Además, es **obligatorio** (y no potestativo, como en el régimen general) **imponer el pago de una multa o la realización de TBC**, en al menos 1/5 de la duración de la pena suspendida.

Por lo demás, al sujeto que se acoja a esta suspensión extraordinaria le es aplicable el resto de condiciones y previsiones del régimen de la suspensión ordinaria.

2. Suspensión extraordinaria por causa de enfermedad incurable

El art. 80.4 permite suspender la pena privativa de libertad de los condenados aquejados de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, sin exigir para ello ningún requisito, ni siquiera en cuanto a la duración de la pena impuesta (es decir, puede suspenderse incluso una pena superior a 2 años). De todos modos, el propio art. 80.4 señala que esto sucederá *“salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo”*. Ello es debido, evidentemente, a que la comisión de un nuevo delito revela que pese a la existencia de la enfermedad el sujeto es aún peligroso.

3. Suspensión extraordinaria por causa de toxicomanía

El tercer supuesto viene regulado en el artículo 80.5 CP que permite la suspensión de las penas privativas de libertad a aquellos condenados que hayan cometido el delito a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el 20.2 (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos), aun cuando no concurren los requisitos 1º y 2º previstos en el art. 80.2, es decir, aunque no sean delincuentes primarios y la pena sea superior a dos años. En efecto, el artículo 80.5 permite suspender penas de hasta 5 años (1ª gran diferencia con el régimen general).

La 2ª diferencia es que, aparte de las condiciones generales de la suspensión, el régimen extraordinario para toxicómanos cuenta con un requisito adicional a mayores: que al tiempo de decidir sobre la suspensión el condenado se encuentre o ya deshabitado o sometido a tratamiento de deshabituación y, en este último caso, que no lo abandone hasta que éste finalice. De todos modos, el propio precepto, siendo sensible a la idea de que el sujeto dependiente a las sustancias mencionadas tiene problemas de socialización más acentuados y a que resulta muy duro el proceso de abandonar su adicción, señala que no se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si éstas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación.

La 3ª diferencia es que el plazo de suspensión será de entre 3 y 5 años, y no de 2 a 5 (o de 3 meses a 1 año) como en el régimen ordinario.

Por último, el artículo 87.2 condiciona la remisión de la pena suspendida a que el sujeto se haya deshabitado o haya continuado el tratamiento. *“De lo contrario” –señala el precepto– “el juez o tribunal ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años”.*

Capítulo 4º La sustitución de la pena privativa de libertad para ciudadanos extranjeros

Otra importante modificación que introdujo la LO 1/2015 en el Código penal fue la eliminación del régimen general de sustitución de las penas de prisión inferiores a 1 años, y excepcionalmente las inferiores a 2 años, por otras penas como la multa, los TBC o la localización permanente, sustitución que era susceptible de aplicarse a cualquier sancionado con aquella pena siempre que se dieran unos requisitos.

Además, la otra clase de **sustitución** que estaba en el Código, esto es, la **de la pena de prisión para extranjeros sustituida por la expulsión**, ha sido objeto en 2015 de una modificación radical en su regulación, siendo además, ahora, la única clase de sustitución que sigue vigente a día de hoy (antes tenía otras condiciones y era aplicable sólo a extranjeros sin residencia legal en España, ahora a cualquier extranjero).

Regulada en el **art. 89 CP**, sus líneas maestras son las siguientes:

-Como regla general, todas las penas de prisión (no localización permanente ni responsabilidad personal por impago de multa) superiores a 1 año de prisión deberán ser sustituidas por la expulsión del territorio español.

-La pena se sustituirá al condenado que tenga la condición de “ciudadano extranjero”, es decir, toda persona que no cuente con la nacionalidad española, al contrario de la regulación anterior, en la que se expulsaba al “*extranjero no residente legal en España*”.

No obstante el art. 89 recoge una serie de **excepciones a la sustitución**: contempla ciertos supuestos en los que el extranjero cumplirá en todo o en parte la pena impuesta en España. Son las siguientes:

- 1) De forma potestativa, el juez o tribunal puede acordar la ejecución de una parte de la pena en España, que no podrá ser superior a 2/3 de su extensión, siempre y cuando resulte necesario para “*asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito*” (¿qué significa esto?), procediendo a la sustitución del resto de condena por la expulsión del penado del territorio español, aunque sólo cuando aquél acceda al 3º grado o se le conceda la libertad condicional.
- 2) Además, de forma obligatoria, si la pena o la suma de las penas es superior a 5 años, el cumplimiento total o parcial de la pena en España será obligatorio. En todo caso, una vez cumplido el período decretado, o se acceda al 3º grado o a la libertad condicional, el resto de la pena se sustituirá por la expulsión.
- 3) No procederá 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 (art. 89.4).
- 4) No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis, esto es, delitos de trata de seres humanos, tráfico y recluta ilegal de mano de obra y de inmigración ilegal (art. 89.9).
- 5) De hecho, es posible incluso la expulsión de **ciudadanos de la UE**, aunque, de acuerdo con el artículo 89.4, la sustitución de las penas de prisión por la expulsión del territorio nacional se contempla con carácter excepcional, por lo que sólo se permite si representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. (art. 89.4)
- 6) Además, si el **ciudadano hubiera residido en España durante los diez años** anteriores a la condena, sólo procederá la expulsión si: a) Hubiera sido condenado por algún delito contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie un riesgo grave de que vuelva a cometerlos o b) Hubiera sido condenado por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. (art. 89.4).

En los casos 5) y 6) si se procede a la sustitución de la pena por la expulsión se adoptará lo estipulado en el punto 2), es decir, el Juez decretará el cumplimiento total o parcial de la pena en España y, una vez cumplido el período decretado, o se acceda al 3º grado penitenciario o a la libertad condicional, el resto de la pena se sustituirá por la expulsión. En el caso de que no se considere la sustitución, el condenado cumplirá íntegramente su pena en España.

- La **sustitución consiste en la expulsión del territorio español por tiempo de 5 a 10 años**, desde el momento de la expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado (art. 89.5 CP).

En caso de incumplimiento -esto es, de regreso a España antes de esa fecha- cumplirá las penas que fueron sustituidas en su integridad, salvo que el órgano jurisdiccional entienda que su cumplimiento íntegro es *“innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito”* (no me resisto a seguirme preguntando qué significa esto), en cuyo caso, cumplirá sólo la porción de pena que el juez o tribunal determine.

Si fuera sorprendido en la frontera será expulsado directamente por la autoridad gubernativa reiniciándose el plazo de prohibición de entrada en su totalidad (art. 89.7 CP).

LECCIÓN 8. PARTE I. **ESQUEMA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD PARA CIUDADANOS EXTRANJEROS.**

A) Regla general.

Extranjero/a **con o sin** Residencia en España → → → → → Condena de Pena de Prisión superior a **1 año** → → → → → Sustitución → → → → → **EXPULSIÓN.**

B) Excepciones (el extranjero cumplirá en todo o en parte la pena impuesta en España).

1. EXPULSIÓN potestativa:

- 3º grado o lib. condicional;
- No haber cumplido más de 2/3 de la pena.

2. Pena(s) superior(es) a 5 años → **Obligatorio** cumplimiento en España → **NO EXPULSIÓN.** Una vez cumplido un período decretado ó 3º grado o lib. condicional → **EXPULSIÓN.**

3. Arraigo en España → Expulsión desproporcionada → **NO EXPULSIÓN.**

4. Condenas por delitos Arts. 177bis, 312, 313 y 318bis (trata de seres humanos, tráfico y recluta ilegal de mano de obra y de inmigración ilegal) → **NO EXPULSIÓN.**

5. Ciudadanos/as UE → **NO EXPULSIÓN.** Si representa amenaza grave, con carácter excepcional → **CABE EXPULSIÓN.**

6. Residido en España durante 10 años anteriores condena → **NO EXPULSIÓN.** Si condena por una serie de delitos graves → **EXPULSIÓN.**

- Si no expulsión, cumplimiento íntegro pena prisión en España.
- Si expulsión, duración 5 a 10 años.

Lección X. Ejecución de la pena privativa de libertad

Capítulo 1º Ejecución de la pena privativa de libertad

La labor fundamental que otorgan la Constitución Española y la Ley Orgánica General Penitenciaria al sistema penitenciario es la de:

- 1) garantizar el cumplimiento de las penas impuestas por los jueces,

- 2) asegurar la custodia de los reclusos y proteger su integridad. Pero esta misión no sería completa ni eficaz si no estuviera orientada a
- 3) la rehabilitación y reinserción social de los reclusos.

Se aspira a que el paso por la cárcel no sirva, como en tiempos pasados, a modo de escuela de delincuentes sino, por el contrario, para prepararlos para una vida en libertad en la que puedan integrarse en la sociedad sin necesidad de cometer delitos.

Se entiende por rehabilitación o reeducación social la intención de compensar las carencias formativas y educativas del recluso ofreciéndole formación, acceso a la cultura y a programas de desarrollo de la personalidad. Se entiende por reinserción social la intención de introducir al recluso en la sociedad poco a poco, a los efectos que su adaptación a la vida en libertad sea progresiva y que no vuelva a cometer delitos.

Toda la organización del sistema penitenciario y los medios materiales de que dispone están orientados a cumplir con la máxima eficacia los objetivos anteriores.

1. Sistema progresivo e individualización científica

La entrada en prisión es un hecho traumático que se pretende paliar, en la medida de lo posible, acogiendo al interno en un **módulo de Ingresos**. El recién llegado es reconocido por el servicio médico y se entrevista con un equipo técnico que lo evalúa y le asigna el régimen de vida de acuerdo con criterios de separación y clasificación teniendo en cuenta su personalidad e historial delictivo.

Antes de que pasen dos meses desde que se recibe la sentencia, la Junta de Tratamiento, presidida por el director del centro penitenciario e integrada por un equipo técnico multidisciplinar, propone el grado penitenciario en el que, inicialmente, el preso debe cumplir la condena (mientras no se decida, el preso estará en segundo grado). El sistema penitenciario español se basa fundamentalmente en tres grados en los que puede ser clasificado el recluso:

- **Primer Grado o Régimen Cerrado:** para aquellos penados que se consideran internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados a los otros regímenes, bien inicialmente, bien por una involución en su personalidad o conducta. Los clasificados en Primer grado cumplen su condena en Centros o módulos de régimen cerrado, o en departamentos especiales ubicados en Centros de régimen ordinario, con absoluta separación del resto de la población reclusa, y en todo caso en celdas individuales, con una limitación de las actividades en común de los internos y un mayor control y vigilancia sobre los mismos (máximo control, cacheos diarios, intervención de todo correo, no *bis a bis* ni permisos de salida, 21 horas en celda, 3 horas de patio (y posibilidad de 3 horas más en trabajo en grupo)).
- **Segundo Grado o Régimen Ordinario:** la mayoría de la población penitenciaria es clasificada en este grado. Los presos deben realizar su vida conforme al horario aprobado por la Dirección del Centro, que garantizará ocho horas de descanso nocturno, un mínimo de dos horas para que el interno pueda dedicarlas a asuntos propios y tiempo suficiente para atender a las actividades culturales y terapéuticas y a los contactos con el mundo exterior (aunque estos contactos están fuertemente limitados). (2 presos por celda, y toda la tarde y noche en celda).
- **Tercer Grado o Régimen Abierto:** Suele aplicarse a aquellos reclusos que ya han cumplido una parte importante de su condena (por regla general, dos tercios, y como mínimo la cuarta parte de la condena). Se entiende que durante este grado debe prepararse al preso para que su incorporación a la sociedad sea gradual. Entre otras posibilidades, se contempla la de que el interno trabaje durante el día en el exterior del Centro y vuelva a él para dormir.

Este sistema es progresivo, lo que significa que todo interno puede progresar a Tercer Grado o Régimen Abierto en función del tiempo de cumplimiento de la pena y de su evolución, una vez analizada su conducta, participación en actividades, comportamiento en salidas de permisos, etc., y también se puede endurecer su régimen en caso de

comportamiento negativo (progresión y regresión de grado). El sistema es individualizado por que el tratamiento (actividades, terapias...) se aplican a cada individuo según sus circunstancias propias.

Ninguna clasificación es definitiva y todos los grados son revisados obligatoriamente pasados unos meses (6 meses, como regla general).

2. Los establecimientos penitenciarios

Aunque en teoría deberían existir tres tipos principales de establecimientos (los de preventivos, los de cumplimiento de penas y los especiales -para cumplimiento de medidas de seguridad-), la masificación de las cárceles y la necesidad de economizar recursos ha provocado que la mayoría de los centros penitenciarios de nuestro país sean “polivalentes”, esto es, susceptibles de ser ocupados con presos de distinta naturaleza y grado, que se encuentran separados en “módulos” o “departamentos especiales”, pero dentro de la misma macro-prisión. A pesar de lo anterior, aún pueden diferenciarse los siguientes tipos de establecimientos penitenciarios:

- **Centros penitenciarios ordinarios:** Para aquellos casos en que el cumplimiento de la condena impuesta por el juez exige la reclusión permanente del interno en medio cerrado (centros polivalentes), o bien para custodiar a los presos preventivos que están a disposición judicial.
- **Centros de Inserción Social (CIS):** Estos centros están destinados a internos que cumplen su pena en Régimen Abierto (tercer grado) o que se encuentran en un proceso avanzado de reinserción. A través del CIS se gestionan también las penas alternativas que no exigen el ingreso en prisión, como los TBC, la suspensión de la ejecución de la pena y la localización permanente. También se lleva a cabo el seguimiento de las libertades condicionales.
- **Unidades de Madres:** La legislación española contempla el derecho de las madres reclusas a mantener a sus hijos con ellas hasta que cumplan los tres años. En estas Unidades, tanto las madres como sus hijos tienen un horario adecuado a las circunstancias y están separados del resto de la población penitenciaria.
- **Hospitales psiquiátricos penitenciarios:** Son centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad a internos diagnosticados con trastornos mentales. Las personas a las que los jueces ingresan en estos hospitales han sido consideradas inimputables por presentar cualquier anomalía o alteración psíquica, especialmente trastornos mentales graves de tipo psicótico, que les impide comprender la ilegalidad del hecho delictivo.

Capítulo 2º Trastornos mentales sobrevenidos durante la ejecución

El art. 60 CP establece que cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si el preso se hallara en un centro penitenciario de cumplimiento, el trastorno mental sobrevenido conllevará normalmente su traslado a un hospital psiquiátrico penitenciario para cumplir la medida de seguridad, por un tiempo máximo igual que el de la duración total de la condena que se le hubiere impuesto.

Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

Si se consiguiera restablecer la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito (descontándole el tiempo de duración de la medida de seguridad), sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por

razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

Capítulo 3º Libertad condicional

La libertad condicional se regula en los artículos 90 a 92 CP y, desde 2015, como una forma de “suspensión de la ejecución de la pena”. En ocasiones se la ha denominado “el cuarto grado”, aunque con su nueva configuración como suspensión de pena se hace más difícil seguir considerándolo así. Se trata de una puesta en libertad anticipada del recluso, aunque sujeta a determinadas condiciones. La libertad condicional puede concederse con carácter general a los reclusos en quienes concurren las tres circunstancias siguientes:

- a. Que se encuentren en el **tercer grado** de tratamiento penitenciario.
- b. Que se **hayan extinguido las tres cuartas partes (3/4) de la condena** impuesta. Excepcionalmente, este requisito puede ser dispensado, siempre que no se trate de miembros de organizaciones terroristas o criminales, en los siguientes casos (de adelantamiento de la libertad condicional):
 - (adelantamiento) El recluso haya cumplido dos tercios (**2/3**) de la condena, y merezca dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.
 - (adelantamiento) El recluso **haya cumplido la mitad de la condena**, haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en el apartado anterior y acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso. En estos supuestos, **podrá adelantársele la libertad condicional del plazo anterior (2/3) un máximo de 90 días por cada año de condena efectivamente cumplida**.
 - (adelantamiento para delincuentes primarios) El recluso haya extinguido la **mitad de su condena**, se trate de delincuente primario (su primera condena) no superior a los 3 años, y hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales (siempre que no sean delitos contra la libertad sexual).
 - El recluso hubiera cumplido la edad de 70 años, o la cumpla durante la extinción de la condena (potestativo, en función de la peligrosidad del sujeto y su capacidad para delinquir).
 - Se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables (potestativo, en función de la peligrosidad del sujeto y su capacidad para delinquir).
- c. Que hayan observado **buena conducta** y tengan un **pronóstico individualizado y favorable de reinserción social**, emitido por las autoridades penitenciarias. No se entiende cumplida esta circunstancia si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil, pudiendo hacerlo. En el caso de miembros de organizaciones terroristas, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines de la banda armada y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por de la banda 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 a las que haya pertenecido, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno que lo rodean y su colaboración con las autoridades.

El juez de vigilancia, al decretar la suspensión de la ejecución de la pena y conceder la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las siguientes reglas de conducta o medidas:

1. Prohibición de acudir a determinados lugares.
2. Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.
3. Prohibición de ponerse en contacto con personas que pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos.
4. Prohibición de ausentarse sin autorización del juez del lugar donde resida.
5. Comparecer personalmente ante el juzgado, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.
6. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.
7. Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol o drogas
8. Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial.
9. Cumplir los demás deberes que el juez estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad.

El período de suspensión de la ejecución de la pena de prisión y la libertad condicional durará de **2 a 5 años**, aunque nunca podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento. Si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, para cumplir la parte de la pena pendiente de cumplimiento, aunque el tiempo transcurrido en libertad condicional **no** será computado como tiempo de cumplimiento de la condena.

Capítulo 4º Libertad condicional en caso de prisión permanente revisable

La libertad condicional se convierte en la vía jurídica para que la prisión perpetua sea revisable y, por tanto, no perpetua en sentido estricto, así como constitucional, pues siempre será posible que, cumplidos los requisitos que el art. 92 CP, el condenado pueda salir de prisión. Requisitos (*también vistos en el Tema 8.1*):

- A. Que el penado haya cumplido **25 años de su condena** (sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos de comisión de varios delitos, en los que el penado deberá haber cumplido 25, 28 o 30 años según el caso (art. 78 bis))
- B. Que se encuentre clasificado en **tercer grado**.
- C. **Pronóstico favorable de reinserción social**.

El período de suspensión de la ejecución de la prisión perpetua durará de **5 a 10 años**. Si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, para cumplir la parte de la pena pendiente de cumplimiento, aunque el tiempo transcurrido en libertad condicional **no** será computado como tiempo de cumplimiento de la condena.

Capítulo 5º Beneficios penitenciarios y permisos de salida

Se entiende por **beneficios penitenciarios** aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento. Hay dos: el adelantamiento de la libertad condicional (ya visto) y el indulto particular (que concede el Rey). La Junta de Tratamiento del Centro penitenciario es la que propone al Juez de Vigilancia Penitenciaria la concesión del beneficio.

Por su parte, los **permisos de salida** que pueden concederse a los reclusos son de dos tipos:

- **Ordinarios:** Se podrán conceder, previo informe del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta 7 días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de 36 o 48 días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido $\frac{1}{4}$ parte de la condena o condenas y no observen mala conducta.
- **Extraordinarios:** En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan.

Lección XI. Las penas patrimoniales: la multa

Las penas que tienen por objeto el patrimonio se denominan *penas patrimoniales*. Cuando las penas patrimoniales se imponen y deben satisfacerse en dinero, reciben el nombre de *penas pecuniarias*. En el CP 1995 sólo existe una pena patrimonial, que reúne además el carácter de pena pecuniaria: la multa.

El hecho de que la multa sólo pueda ser impuesta por una autoridad judicial en un procedimiento penal permite distinguir la multa penal de las sanciones pecuniarias que puede imponer la Administración en ejercicio de su potestad sancionadora, las cuales, según el art. 34.2 CP, no tienen la naturaleza de pena.

La pena de multa tiene, como las demás sanciones criminales, carácter personal, con lo que no resulta asumible su pago por tercero.

Desde fines del s. XIX se ha venido produciendo una paulatina sustitución de penas de prisión por penas de multa. En el marco del rechazo doctrinal y legislativo de las penas cortas privativas de libertad, el principal cometido político-criminal de la multa en la actualidad es servir de alternativa a dichas sanciones para la criminalidad de gravedad media o baja.

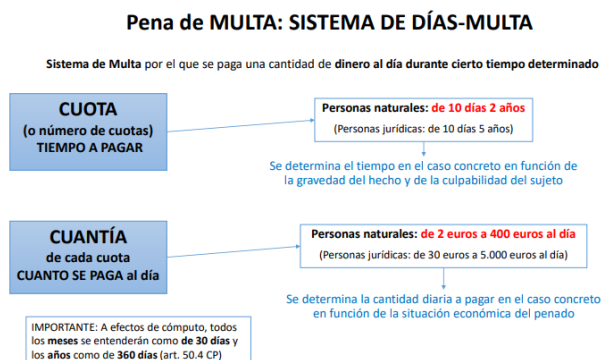
La pena de multa comporta significativas ventajas, como su carácter más humanitario que la prisión o el hecho de que no acarrea la desocialización del penado, su fácil reparabilidad en caso de errores judiciales, los beneficios económicos que reporta al Estado, etc. No obstante, también cuenta con relevantes inconvenientes, como su carácter desigual o las dificultades que existen para evitar que la termine sufragando un tercero.

Capítulo 1º Sistemas de aplicación de la multa. Regulación de la multa en el código penal vigente

Nuestro CP, que regula la pena de multa con carácter general en los arts. 50.3 CP, recoge dos sistemas de imposición de dicha sanción: el de los días-multa, o multa por cuotas, y el de la multa proporcional. Al respecto, el art. 50.2 CP establece **que el sistema general, salvo que la ley penal disponga otra cosa, es el de los días multa**.

A) El sistema de los días-multa o multa por cuotas se sustenta sobre la idea de que esta pena pecuniaria ha de ser determinada en función de las condiciones económicas del penado.

Durante el siglo XIX, la multa se establecía como una cuantía fija, o con un límite mínimo y uno máximo, entre



los cuales el juzgador debía determinar la cuantía concreta sin atender a la situación económica del sujeto. Este modelo acarreaba una grave desigualdad en función de la situación patrimonial de los distintos penados. Frente a ello, y en defensa del principio de "igualdad de sacrificio", se inició desde fines del siglo XIX un movimiento de reforma de esta pena pecuniaria.

El sistema de los días-multa, previsto en la mayor parte de las legislaciones de nuestro entorno, permite, por una parte, **adecuar la multa a la gravedad del delito**, y por otra, **garantizar la igualdad de sacrificio** para todos los penados.

Los dos elementos del sistema de días-multa son la cuota (o el "número de cuotas") y la cuantía de cada cuota. Así, por una parte, la ley establece cada concreta pena entre un mínimo y un máximo de días-multa (cuotas), que suelen ser expresados en meses. Por otra parte, para cada cuota la ley fija una cuantía que oscila entre un mínimo y un máximo pecuniarios por día. La determinación de la pena, de acuerdo con estos dos elementos, ha de realizarse necesariamente en dos actos independientes. El primero es el de **la fijación del número de cuotas, que deberá establecerse en función de la gravedad del hecho y de la culpabilidad del autor**. El segundo es **la determinación de la cuantía de cada cuota, que deberá guiarse por la situación económica del penado**. Este doble procedimiento permite adecuar la multa a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor y, por otra parte, establecerla de acuerdo con el criterio de igualdad de sacrificio económico.

El art. 50.3 CP establece que la cuota se extenderá entre 10 días y 2 años (aunque la multa imponible a personas jurídicas tendrá una extensión máxima de 5 años). A efectos de cómputo, los meses se entenderán como de 30 días y los años como de 360 (art. 50.4 CP). La cuantía de la cuota "diaria" tendrá que establecerse entre un mínimo de 2 € y un máximo de 400 € (en caso de multa a personas jurídicas está será de entre 30 € a 5.000 €).

El límite máximo de 2 años puede ser superado cuando, en la determinación de la pena superior en grado, haya de rebasarse dicho límite, aunque con el límite de que la pena no podrá exceder los 30 meses (art. 70.3 CP).

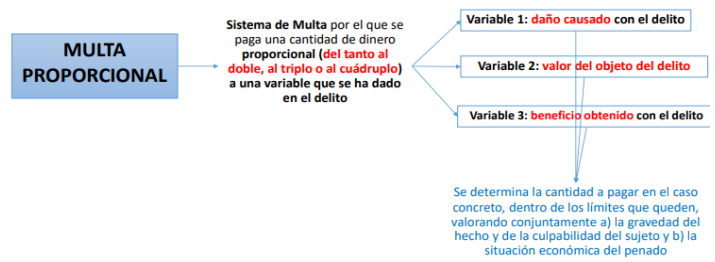
El art. 50.5 CP dispone **que en la situación económica del reo, para calcular la cuantía de la cuota, habrán de considerarse no sólo sus ingresos, sino también su patrimonio, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales**. La fijación de la cuantía de la cuota debe orientarse a reducir drásticamente el nivel de vida del penado, en concreto su capacidad de consumo. El art. 51 CP permite, en atención a la variación de la situación económica del penado tras la condena, la modificación ulterior tanto de la cuantía de las cuotas cuanto de los plazos de pago, disposición que pretende evitar tanto el impago y el correspondiente protagonismo de la RPSIM, como el injustificado incremento del contenido aflictivo de la sanción, aunque el tenor literal del precepto permite al juez variar las cuotas tanto a la baja (en caso de empeoramiento de la situación económica del sujeto) como al alza (en caso de mejora).

El tiempo y forma de pago de las cuotas ha de ser determinado por el órgano juzgador en la propia sentencia. Al respecto, el art. 50.6 CP permite expresamente que, en atención a causa justificada, el órgano sentenciador pueda **autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no podrá exceder de 2 años** desde la firmeza de la sentencia, de una vez o en plazos. Ahora bien, el impago de dos plazos **"determinará el vencimiento de los restantes"**.

La pena pecuniaria en su modalidad de días-multa cumple en el CP una doble función: puede ser **tanto pena originaria como sanción sustitutiva** (sólo de penas de prisión inferiores a 3 meses). En este segundo caso, **el baremo de conversión establecido es de dos cuotas de multa por cada día de prisión**.

B) El CP 1995 ha mantenido junto al sistema general de días-multa, el modelo tradicional de multa proporcional; de acuerdo con el art. 52.1 CP, en los casos en que la ley penal así lo disponga, la multa se establecerá, según establezca el concreto delito que prevea esta pena, en proporción a) al daño causado, b) al valor del objeto del delito o c) al beneficio reportado por el mismo.

Pena de MULTA: SISTEMA DE MULTA PROPORCIONAL



De este modo, la multa proporcional es aquella que se fija con arreglo a múltiplos, divisores o tantos por ciento de esas magnitudes a), b) o c) citadas (*del tanto al duplo, al triplo, al cuádruplo de a), b) o c)*). El mantenimiento de este género de multa se ha venido justificando por su necesidad en relación con delitos en los que las correspondientes infracciones administrativas prevén ya sanciones pecuniarias que superan los propios límites del sistema de días-multa, y por razones de proporcionalidad y prevención general en relación con delitos caracterizados por la obtención de enormes beneficios.

Para la determinación de esta clase de multa, el art. 52.2 CP dispone que **el órgano jurisdiccional podrá recorrerla en toda su extensión, atendiendo** –de forma conjunta- **no sólo a la gravedad del hecho y culpabilidad del culpable sino también, y principalmente, en atención a la situación económica de este último**.

El art. 52.3 CP permite que en los casos en que de forma sobrevenida empeorase la situación económica del penado, el juez, de forma excepcional, pueda reducir el importe de esta multa dentro de los límites previstos para el correspondiente delito, o autorizar su pago en plazos. De esta última referencia se deduce que, en principio, salvo en estos casos de empeoramiento sobrevenido de la situación económica del reo, el pago de la totalidad de la multa ha de hacerse mediante un único abono y después de que la sentencia alcance firmeza.

Finalmente, el art. 52.4 CP señala que *“en los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:*

- a) *Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*
- b) *Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.*
- c) *Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos”*

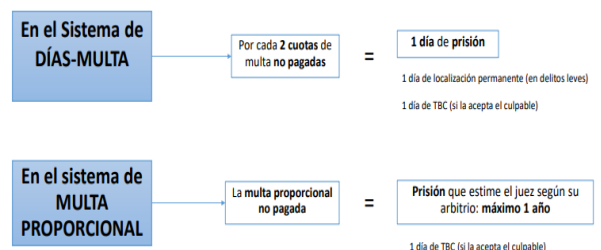
Capítulo 2º Responsabilidad subsidiaria por impago

El CP establece una responsabilidad personal subsidiaria para cuando el penado no efectúe, voluntariamente o por vía de apremio, el pago de la multa (art. 53 CP).

Esta RPSIM consistente en una privación de libertad ha sido tradicionalmente objeto de críticas por parte de la doctrina, que ve en la misma una cierta contrariedad con los *principios de igualdad y proporcionalidad*, constitucionalmente rechazable. Sobre ello se ha posicionado el TC en STC 19/1988, defendiendo

RESPONSABILIDAD PENAL SUBSIDIARIA POR IMPAGO DE MULTA

Pena de privación de libertad (prisión) para el caso de que no se pague de forma voluntaria la pena de multa



la constitucionalidad de la figura. Según el TC, esta responsabilidad subsidiaria se justifica en tanto que instrumento orientado al fin legítimo de que ninguna transgresión del ordenamiento pueda quedar sin pena; entendida de esta forma, no cabe aceptar que se trate de una medida atentatoria contra el principio de igualdad por el hecho de que sólo se aplique a quienes carecen de medios económicos. El TC añade a ello que su cumplimiento con diversas posibilidades con las que se puede evitar ir a prisión impide ver en la misma una medida desproporcionada.

La RPSIM es, según el art. 35 CP, una pena privativa de libertad.

- Para los casos de multa por el sistema de "días-multa", el art. 53.1 CP dispone un módulo de conversión de la responsabilidad subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas. La RPSIM podrá cumplirse, no obstante, en régimen de localización permanente, siempre que se trate del impago de una multa por un delito leve. Asimismo, puede ser cumplida, previa conformidad del penado, por medio de TBC, mediante la conversión de un día de privación de libertad por una jornada de TBC.
- Cuando la multa impagada tenga naturaleza de multa proporcional, el art. 53.2 CP dispone que el órgano jurisdiccional dispondrá la RPSIM de acuerdo con su prudente arbitrio, sin que en ningún caso pueda exceder de 1 año de privación de libertad. En estos casos la RPSIM podrá ser cumplida igualmente en régimen de TBC.

Esta pena no puede imponerse a sujetos que han sido condenados no sólo a la multa, sino también a pena privativa de libertad de más de 5 años. La razón es humanitaria: se entiende que no se debe acumular más privación de libertad a una persona que ya está cumpliendo una pena de cierta entidad. Para que este límite pueda ser aplicado ha de ser "una" pena de más de 5 años, no cuando con la suma de varias se exceda de dicha cifra.

El art. 53.4 CP dispone que el cumplimiento de la RPSIM extingue la obligación de pago de la multa, aunque el penado mejore de fortuna.

Lección XII. Las penas restrictivas de libertad y privativas de derechos.

Junto a las penas privativas de libertad y a la multa, el CP recoge con carácter general un conjunto de sanciones denominadas "*penas privativas de (otros) derechos*", categoría para la que la ley no prevé una definición general. Estas penas, previstas en el art. 39 CP, son: a) la inhabilitación absoluta; b) las inhabilitaciones especiales para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, del derecho de sufragio pasivo, o de cualquier otro derecho; c) la suspensión de empleo o cargo público; d) la privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores; e) la privación del derecho a la tenencia y porte de armas; f) la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; g) la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal; h) la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal; i) los trabajos en beneficio de la comunidad -TBC- y j) la privación de la patria potestad.

Esta categoría de penas destaca por su heterogeneidad; sólo tienen en común la rúbrica que las reúne y que comportan concretas restricciones políticas, civiles o profesionales, de modo que se limita la libre capacidad de participación del penado en la vida social.

Capítulo 1º Trabajos en beneficio de la comunidad

La pena consiste en una obligación voluntariamente asumida por el penado de prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en su caso, en 1) labores de reparación de daños causados o 2) de asistencia a víctimas de delitos similares al sancionado. Los TBC, por tanto, aumentan la interacción social, la dinámica de grupo y el hábito de trabajo (positivo sobre todo en reos provenientes de ambientes marginales y con escasas posibilidades de inserción laboral), además, esta pena tiene un fuerte componente resocializador para con la sociedad. Particularidad de esta sanción es que la misma “no puede imponerse sin el consentimiento del penado”, requisito que pretende cohonestar la pena con la prohibición constitucional de los trabajos forzados (art.

25.2 CE).

El CP regula esta pena en el art. 49 CP; dicha regulación se complementa con lo previsto en el RD 840/2011, relativo a su ejecución.

La sanción de TBC tiene en nuestro ordenamiento penal función de pena originaria en un pequeño grupo de delitos, siempre de forma alternativa (porque tiene que ser aceptada por el reo y en caso de no hacerlo se impondrá alguna de las otras penas alternativas). Además, los TBC pueden constituir una modalidad de cumplimiento de la RPSIM, a razón de una jornada de trabajo por cada dos cuotas de multa impagadas.

Cada jornada de trabajo tendrá una duración, fijada judicialmente, de un máximo de 8 horas.

Requisitos de esta pena son que el trabajo no puede atentar a la dignidad del penado ni estar supeditado al logro de intereses económicos, y que el reo estará protegido por lo dispuesto por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social (art. 49 CP).

Encargada de facilitar las plazas de trabajo es la Administración penitenciaria, que al efecto podrá establecer los convenios necesarios con otras Administraciones, o con entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública o social (Cruz Roja, ONGs, etc.). En caso de inexistencia de plazas o trabajos (que suele ser habitual), será el propio penado el que podrá proponer un determinado puesto, propuesta que debe ser aprobada por el JVP (art. 4.2 RD 515/2005). Ante la realidad de que en ocasiones no haya trabajos ofertados, el art. 49 CP prevé que los TBC se cumplan a través de la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

El JVP es, en todo caso, el órgano jurisdiccional encargado del control de la ejecución de la sanción, lo que supone que será competente para acordar el puesto concreto de prestación, así como las horas de la misma y el plazo máximo en que debe prestarse. Las circunstancias personales, laborales y familiares del penado se tienen en cuenta para la fijación tanto del número de horas de cada jornada de trabajo como del plazo de cumplimiento. La ejecución de la pena estará guiada por el principio de flexibilidad, con el fin de hacer compatible su cumplimiento con los referidos compromisos del penado, de modo que se podrá disponer el cumplimiento de las jornadas de trabajo de forma partida, en diferentes días (art. 6.2 RD 515/2005).

Según el art. 49 CP, cuando se verifique alguna de las siguientes incidencias:

a) la ausencia injustificada del trabajo durante al menos dos jornadas, siempre que suponga un rechazo voluntario al cumplimiento; b) el rendimiento inferior al mínimo exigible y contrario a los requerimientos del responsable del centro de trabajo; c) la oposición o incumplimiento reiterado de las instrucciones de trabajo; o d) cualquier otra razón que lleve al mencionado responsable a negarse a mantener al penado en el centro; el JVP tendrá la posibilidad de valorar si procede acordar la continuación de la ejecución en el mismo centro de trabajo, si procede enviarlo a otro centro, o si corresponde entender que se ha incumplido la pena. En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio por delito de quebrantamiento de condena. La ausencia justificada del trabajo no puede entenderse como causa de incumplimiento pero no computará a los efectos de extinción de la pena.

Capítulo 2º Inhabilitaciones y suspensiones¹⁹

A) La **inhabilitación absoluta** es la más grave de las penas privativas de derechos. En virtud del art. 41 CP, la misma **implica la privación con carácter definitivo de “todos” los honores, empleos o cargos públicos que tenga el penado**, así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, empleos o cargos públicos, y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena (no así la del derecho de sufragio activo).

A estos efectos se entiende por “empleos” o “cargos públicos” todos los que se integran en el ámbito de la función pública en sentido amplio, con independencia de la Administración de que se trate y de la concreta configuración de la relación (interina o permanente, electiva o mediante designación, etc.). Por “honores” se ha de entender todos los títulos y distinciones de carácter honorífico del penado.

B) El CP recoge seis modalidades de **inhabilitación especial**:

1. La **inhabilitación especial para empleo o cargo público** que, en virtud del art. 42 CP, **produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recaiga, aunque sea electivo, y de los honores anejos**, así como la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena.

La sentencia necesariamente habrá de especificar los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación pues, a diferencia de lo que sucede en la inhabilitación absoluta, esta pena priva sólo de un cargo o cargos determinados de los que el sujeto ostentaba en el momento de cometer el delito y de los que se sirvió para el mismo. El sujeto ha de valerse de ese/esos cargos para cometer el delito.

2. La **inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo** **priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cualquier cargo público** (art. 44 CP). El derecho de sufragio activo (poder “votar”) no se ve abarcado por el contenido de esta pena.
3. La **inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio** priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena (art. 45 CP). La sentencia que imponga esta pena deberá especificar expresamente la profesión, oficio, industria o comercio sobre los que recae la inhabilitación, y la relación de dicha ocupación con el delito cometido. En consecuencia, **esta pena no se configura**

¹⁹ Hay que decir que estas inhabilitaciones no son de carácter perpetuo, por tanto, son de carácter temporal.

como una "condena al hambre", sino que la restricción del derecho al trabajo se limita a los casos en que la concreta profesión, oficio, industria o comercio haya sido utilizado como medio para delinquir (también empleos tanto públicos como privados).

4. La *inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento* priva al penado de los derechos inherentes a la patria potestad y supone la extinción de la correspondiente tutela, curatela, guarda o acogimiento, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena (art. 46 CP). Las privaciones en que consiste esta inhabilitación pueden proyectarse sólo respecto de alguna o algunas de estas relaciones jurídicas y, también, sólo respecto de alguno o algunos de los menores que el penado tenga a su cargo, según el caso.
 5. La *privación de la patria potestad*. Esta pena supone la pérdida de la titularidad de dicho derecho sobre los hijos. La privación es, por tanto, definitiva: en eso se diferencia de la inhabilitación, que tiene una duración determinada temporalmente. No obstante, los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado sí subsisten (por ejemplo, el derecho de alimentos o los derechos hereditarios). La privación puede proyectarse también sólo respecto de alguno o algunos de los menores que el penado tenga a su cargo.
 6. La *inhabilitación especial para la tenencia de animales*. Esta inhabilitación fue introducida en 2015 y aunque su sentido es claro y es privar de la posibilidad de ocuparse, cuidar o tener bajo el dominio propio animales, sean propios o ajenos, sin embargo plantea el problema de los animales que se poseen en copropiedad o que pertenecen, por ejemplo, a un conviviente del condenado. En estos casos, entiendo que bastará con que aquél garantice que no será él quien se ocupe del animal, pues otra interpretación resulta claramente perturbadora (tendría que salir de la vivienda o el animal o el condenado).
 7. La *inhabilitación especial para cualquier otro derecho* (art. 45 CP), supone un sistema abierto de inhabilitación especial de cualquier derecho, que resulta dudosamente respetuoso del principio de legalidad. No obstante, el art. 45 CP impone que el derecho sobre el que recaiga haya de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia.
 8. El art. 39.b) CP menciona la *inhabilitación especial para otras actividades determinadas en el CP*, en una referencia que parece querer abarcar otras inhabilitaciones especiales para actividades mencionadas en la PE, y diferentes de las recogidas en las demás inhabilitaciones especiales. Así, la *inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales* o *para contratar con las Administraciones públicas* (art. 262.1 CP)) y la *inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar* (arts. 334-336 CP)), aunque en puridad no dejan de ser otra cosa que *inhabilitaciones de cualquier otro derecho*.
- C) En virtud del art. 43 CP, la *suspensión de empleo o cargo público* priva de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena. A diferencia de las inhabilitaciones, especial y absoluta, la suspensión no supone la

privación definitiva del empleo o cargo público, sino sólo la simple privación de su ejercicio durante el tiempo de la condena, puediendo reintegrarse al servicio tras su cumplimiento. Al igual que la correspondiente inhabilitación especial, esta suspensión se limita a afectar a un concreto empleo o cargo público, el cual debe ser determinado expresamente en la sentencia.

Capítulo 3º Otras penas privativas de derechos

- A) Según el art. 47 CP, la pena de *privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores* inhabilita al penado para el ejercicio de tales derechos. Supone tanto la inhabilitación del derecho a conducir, si ya se disponía del correspondiente permiso o licencia, como de la posibilidad de obtenerlo durante el tiempo de la condena. No obstante, si la pena se impone por tiempo superior a 2 años implicará la pérdida de vigencia del permiso lo que implicará la necesidad de tener que obtener uno nuevo si se quiere volver a conducir. Esta pena se prevé para un pequeño grupo de delitos en los que el vehículo a motor o el ciclomotor aparecen como instrumentos utilizados para la comisión del ilícito.
- B) El art. 47 CP establece que la pena de *privación del derecho a la tenencia y porte de armas* inhabilita al penado para el ejercicio del mismo durante el tiempo fijado en la sentencia. Debe adoptarse un concepto restringido de arma, entendiendo por tal sólo aquéllas cuyo uso requiere una licencia administrativa. Esta sanción sólo se prevé para un reducido número de preceptos con relación al uso de armas.
- C) La pena de *privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos* afecta a la libertad de residencia o de circulación (art. 19 CE). Según el art. 48.1 CP esta pena impide al reo residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fuesen distintos. De acuerdo con esta formulación legal, sólo se verá afectada la libertad de residencia del penado cuando la tenga fijada en alguno de los referidos lugares.
- D) La pena de *prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal*, impide al penado acercarse a estas personas en cualquier lugar en que se encuentren, así como a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio que frecuenten; asimismo esta pena comporta la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos reconocido en sentencia civil, hasta el total cumplimiento de la pena.
- E) La pena de *prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal*, impide al penado establecer con estas personas, por cualquier medio de comunicación (incluso informático o telemático), cualquier género de contacto escrito, verbal o visual.

El art. 57 CP prevé estas sanciones de *alejamiento*, C) D) y E), únicamente en el art. 57 CP, como penas accesorias (a las que se impongan) para los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad sexual, la intimidad, el honor, el derecho a la propia imagen, el patrimonio y el orden socioeconómico. Son potestativas para los jueces, quienes atenderán a las necesidades e intereses de la víctima a los efectos de decidir si imponerlas o no. No obstante, la pena de *prohibición de aproximarse a la víctima*, o a aquellos de sus familiares u otras personas que el órgano jurisdiccional determine,

será obligatoria si los delitos mencionados se cometiesen contra el cónyuge, el excónyuge, sobre la persona con la que se tenga, o se haya tenido, análoga relación de afectividad aun sin convivencia, sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, sobre los menores o discapacitados convivientes, o sobre los sujetos a potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente o sobre cualquier otra persona integrada en el núcleo de convivencia familiar.

Las penas accesorias, como regla general, tienen la misma duración que las penas principales a que acompañan, salvo que el Código diga que tendrán una duración distinta, y lo hace con respecto a estas penas. Su duración será por un tiempo que no excederá de 10 años si el delito fuera grave, o de 5 si fuera menos grave, salvo que dichas penas acompañen a una de prisión impuesta por los delitos cometidos como pena principal, en cuyo caso la duración será un tiempo superior entre 1 y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito **fuera grave**, y **entre 1 y 5 años**, si **fuera menos grave**.

Por lo demás, el control de estas penas se podrá realizar a través de medios electrónicos (art. 48.4 CP).

Lección XIII. Las consecuencias accesorias de delito. Las penas para personas jurídicas.

Capítulo 1º Las consecuencias accesorias

El CP 1995 incluyó, como novedad, junto a las penas y a las medidas de seguridad, un tercer género de consecuencias jurídicas del delito denominadas ‘consecuencias accesorias’ (arts. 127-129 bis). No son ni penas ni medidas de seguridad, pues no se aplican ni en función de la culpabilidad ni de la peligrosidad del delincuente, presupuestos de las penas y de las medidas de seguridad, respectivamente. Son las siguientes:

1. El comiso (o decomiso)

El art.127.1 prevé con carácter general para todo delito doloso “*la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*”.

Su finalidad es la de evitar que la comisión de un delito pueda producir un enriquecimiento a sus responsables. Estos son sus aspectos más relevantes:

- 1) -El decomiso es **obligatorio en los delitos dolosos y potestativo en los delitos imprudentes**: en este último caso, la pena **privativa de libertad impuesta debe superar un año** de duración y el Juez o Tribunal considerarlo oportuno.
- 2) -De todos modos, el nuevo art. 127ter establece que el juez podrá acordar el **decomiso aunque no medie sentencia de condena**, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada y se trate de alguno de los siguientes supuestos:
 - a) que el sujeto haya fallecido o padezca una enfermedad que impida su enjuiciamiento y exista riesgo de que prescriban los hechos;

- b) que el sujeto se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados en un plazo razonable;
- c) que el sujeto se halle exento de responsabilidad criminal, o ésta se ha extinguido.

3) -Por si fuera poco con lo anterior (realizar un decomiso sin sentencia condenatoria), la reforma de 2015 incluye un nuevo art. 127bis CP, *que dice que también se acordará el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los delitos mencionados en un listado contenido en el propio precepto* (ver), cuando se resuelva, *“a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva* (aunque no se sepa con seguridad cuál), *y no se acredite su origen lícito”*.

Es lo que se denomina **“decomiso ampliado”**. Precisamente teniendo en cuenta que no ha quedado acreditado ni su origen lícito ni su procedencia de uno o varios delitos concretos, el propio Código penal ofrece una serie de indicios que habrán de ser objeto de especial consideración: **a)** *La desproporción entre el valor de los bienes y los ingresos lícitos del condenado;* **b)** *La ocultación de la titularidad de los bienes mediante la utilización de personas o entes interpuestos, o de paraísos fiscales;* **c)** *La transferencia de los bienes mediante operaciones que dificulten su localización y que carezcan de una justificación válida.*

4) -Los arts. 127 *quinquies* y *sexies* introducen una especie de **variante del decomiso ampliado (decomiso retroactivo)**, puesto que también implica el comiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos: a) sean personas condenadas por alguno de los delitos de la lista del art. 127.bis.1; b) existan indicios fundados de que el condenado viene desarrollando una actividad delictiva previa a la que es objeto de enjuiciamiento y condena, y c) de que una parte relevante de su patrimonio procede de tal actividad delictiva previa continuada.

El art. 127 *quinquies*, indica cuáles son esos indicios fundados (requisito b) No obstante, en este caso es necesario que consten indicios de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros. El precepto también indica cuándo se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada (requisito c).

5) -Si por alguna razón no fuese posible decomisar los bienes concretos que están sujetos a decomiso, *“se acordará el decomiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho”* (art. 127. 3). Es lo que se denomina **“decomiso sustitutivo”**, cuyo radio de acción se amplía tras la reforma del 2015, al haberse añadido el inciso: *“de igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición”*.

6) -Por su parte, el nuevo art. 127^{quater} permite el **decomiso de los bienes, efectos y ganancias que hayan sido transferidos a terceras personas**, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:

- “a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar de su origen ilícito.*

b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar que de ese modo se dificultaba su decomiso."

Este precepto finaliza disponiendo que "se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado".

- 7) -En lo referente al destino de los efectos, instrumentos y ganancias decomisados, señala el art. 127octies que "salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente".
- 8) -Por último, el art. 128 señala que "cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal **no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente**". Esta es la única excepción legalmente prevista a la obligación que pesa sobre Jueces y Tribunales de imponer el decomiso en caso de delitos dolosos.

2. Consecuencias aplicables a entes sin personalidad jurídica

Desde 2010, según el art. 31 bis CP, en los supuestos que lo prevea el Código, las "personas jurídicas" serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y/o administradores. Llevarán pena los concretos responsables, si se identifican, pero también la persona jurídica.

Distintas son las "consecuencias accesorias" del art. 129 CP aplicables a empresas, asociaciones, grupos, entidades u organizaciones "sin personalidad jurídica" (que, por eso, no son "personas jurídicas") en cuyo seno se cometan los delitos, o cuando éstos sean cometidos con la colaboración, a través o por medio de tales empresas. En estos casos, el autor/es material de delito llevará una pena y la organización o empresa una "consecuencia accesoria". Si no se identifica al autor material no habrá delito ni por tanto consecuencia accesoria que aplicar a estos entes.

El fundamento de estas consecuencias accesoria reside en la peligrosidad objetiva de estas empresas u organizaciones, pues facilitan la comisión de los delitos por quienes las integran. No podrán ser impuestas en relación con todos los delitos, sino sólo cuando el Código lo prevea expresamente (en los concretos delitos en los que así se prevea, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el Código permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas).

Las consecuencias accesorias previstas son las de las letras c) a g) del art.

33.7CP, las cuales son de aplicación potestativa para el Juez, y cuyo contenido es:

- c) la suspensión de sus actividades, por un plazo que no podrá exceder de 5 años;
- d) la clausura de sus locales y establecimientos, por un plazo que no podrá exceder de 5 años;
- e) la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, pudiendo ser una prohibición definitiva o temporal (que no podrá exceder de 15 años);

- f) la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social (por un tiempo que no podrá exceder de 15 años); y
- g) la intervención judicial de la empresa, para salvaguardar los derechos de los trabajadores u acreedores, por un tiempo no superior de 5 años.

Las consecuencias de las letras c), d) y g) pueden ser impuestas también por el juez instructor con carácter cautelar durante la tramitación del procedimiento penal (art. 129.3 CP).

3. Obtención y registro de indicadores genéticos (art. 129 bis) ²⁰

Una de las mayores novedades de la reforma penal de 2015 es la introducción del art. 129 bis CP, en el que se regula la recogida de muestras biológicas para obtener identificadores de ADN de los condenados por ciertos delitos graves y su inscripción en la base de datos policial.

El presupuesto necesario para la recogida de muestras biológicas y la obtención de los identificadores de ADN de los

condenados es que pueda considerarse la existencia de un peligro relevante de reiteración delictiva, dadas las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, u otra información disponible. Si es así (siendo estos criterios ambiguos e interpretables) el juez podrá (potestativo) adoptar esta medida por resolución judicial.

Los delitos graves para los que se prevé son cualquier “delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas”.

Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras que ha decidido imponerle el Juez, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

Artículo 129 bis.

Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

Capítulo 2º Penas para personas jurídicas²¹

Con carácter general, **para personas jurídicas se prevé la aplicación obligatoria de la pena de multa por cuotas o proporcional**.

No obstante, también se podrán aplicar las penas previstas en el artículo 33.7. Estas penas sólo se impondrán cuando sea necesario prevenir la continuidad de una actividad delictiva o sus efectos, de modo que estas penas no sólo exigen la prueba de un hecho delictivo concreto, sino, además, un juicio de peligrosidad sobre la persona jurídica (art. 66bis 1).

Las penas son las siguientes:

²⁰ Sirve para facilitar la identificación en caso de reincidir.

²¹ Toda responsabilidad para las personas jurídicas son graves (hay que saberse las penas).

- b) **Disolución de la persona jurídica.** La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aun lícita.
- c) **Suspensión de sus actividades** (máximo 5 años).
- d) **Clausura de sus locales y establecimientos** (máximo 5 años).
- e) **Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.** Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva (si fuere temporal, máximo 15 años).
- f) **Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas,** para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social (máximo 15 años).
- g) **Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores** por el tiempo que se estime necesario (máximo 5 años).

Capítulo 3º La extinción de la responsabilidad penal

Las causas de extinción de la responsabilidad penal se regulan en el art. 130 CP²². Son de muy diversa naturaleza, pero su efecto el mismo: hacen decaer el derecho del Estado a imponer una pena o a ejecutar la ya impuesta. No es que el delito se niegue o se extinga, sino que el Estado renuncia a la pena.

Estas causas de extinción de la responsabilidad penal son genéricas, esto es, extinguen la responsabilidad penal derivada de cualquier delito, y son las siguientes:

²² Artículo 130.

1. La responsabilidad criminal se extingue:

- 1.º Por la muerte del reo.
- 2.º Por el cumplimiento de la condena.
- 3.º Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 87.
- 4.º Por el indulto.
- 5.º Por el perdón de la persona ofendida, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias de la persona agraviada o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto la autoridad judicial sentenciadora deberá oír a la persona ofendida por el delito antes de dictarla.
En los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal.
- 6.º Por la prescripción del delito.
- 7.º Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

1. La muerte del reo.

La muerte del condenado extingue la responsabilidad criminal, como consecuencia lógica del principio de personalidad de las penas: las penas criminales no son exportables a terceros, ni pueden ser impuestas a los difuntos. La extinción de la responsabilidad criminal no afecta, sin embargo, a la responsabilidad civil derivada del delito, que se mantiene y hereda de acuerdo a las reglas generales del Derecho civil.

En cuanto a las personas jurídicas, el art. 130.2 CP señala que: *“la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.*

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”.

2. El cumplimiento de la condena.

Es la más común. **Como es evidente, el cumplimiento de la condena extingue la responsabilidad criminal.**

3. La remisión definitiva de una pena suspendida.

En caso de suspensión de la ejecución de la pena de prisión, **la condena se entiende cumplida y extinguida cuando transcurre el plazo de suspensión habiendo cumplido con lo estipulado**, obteniéndose así lo que se llama la “remisión definitiva” de la pena.

4. El indulto.

El indulto es el perdón de la pena (no equivale a la absolución) en este el rey a propuesta del gobierno de la nación es concedido. Los indultos que se conceden son decididos por el mismo gobierno. Siendo esta una institución cuestionada por su uso frecuente a favorecer a gente cercana al poder político. Sin embargo, lo puede solicitar tanto la persona condenada, como el tribunal sentenciador, también lo puede solicitar una tercera persona, o inclusive el mismo gobierno, el ministerio fiscal, pudiendo venir también del Tribunal Supremo.

En España solo cabe el indulto particular, por lo que no valen las amnistías o también llamados como indulto generales. Por lo que solo cabe el indulto particular, este además puede ser parcial o total, por lo que se puede perdonar la totalidad de la pena o bien la parcialidad de esta. Aunque se perdone la pena, esta permanece en el registro de antecedente penales, por lo que si se reincide esta consta como antecedente penal.

El indulto, que es una manifestación del derecho de gracia. La Constitución, en su art. 62 i) dice que corresponde al Rey *“ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales”* (es decir, aquéllos que se conceden indiscriminadamente a quienes hayan cometido determinados delitos). Sólo son constitucionales, por tanto, los indultos particulares, en beneficio de una persona concreta (no caben las amnistías).

El Rey no puede ejercer libremente la facultad de indultar, ya que debe hacerlo conforme a la Ley, correspondiendo la tramitación al Ministerio de Justicia. El Rey, por tanto, no puede negarse a firmar un decreto en el que se concede o deniega un indulto, correspondiendo la verdadera esencia de la decisión al Ministerio de Justicia.

El indulto está regulado por Ley de 18 de junio de 1870, modificada la Ley 1/1988, de 14 de enero. Es como un beneficio o gracia concedido para corregir el excesivo rigor de la ley o corregir errores judiciales.

No pueden ser indultados, de acuerdo con el art. 2:

- Los procesados que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme.
- Los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena.
- Los reincidentes en el mismo o en cualquier delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Se exceptúa, sin embargo, el caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarles la gracia.
- El presidente y demás Ministros del Gobierno.

La iniciativa para la tramitación de un expediente de indulto puede partir tanto del penado como de cualquier otra persona en su nombre, del Tribunal Supremo, del Tribunal sentenciador, del Ministerio Fiscal o del Gobierno.

El indulto puede ser total o parcial, de la totalidad de las penas impuestas o de alguna o algunas de las penas impuestas o a parte de aquéllas.

Por otro lado, el art. 206 del Reglamento Penitenciario dispone la posibilidad de un indulto penitenciario, al establecer que *"la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias:*

- a) Buena conducta.*
- b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el establecimiento o en*
- c) el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad.*
- d) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social".*

5. El perdón del ofendido.

El perdón del ofendido tiene eficacia extintiva de la responsabilidad penal **sólo en aquellos delitos privados**²³ (por tanto, perseguibles a instancia de parte) en los que aquél se prevea expresamente (p. ej. arts. 201 o 215 CP). El perdón ha de ser expreso y otorgarse *"antes de que se haya dictado sentencia"*. Por eso, el Juez debe consultar el parecer del ofendido por el delito antes de dictarla (art. 130.4), pues una vez dictada la sentencia ya no será posible que el perdón del ofendido extinga la responsabilidad penal del reo.

²³ Ejemplo: el delito de injuria (decir que pepito es drogadicto, sabiendo que esto no es verdad) y calumnia (pepito ha robado 1000€, siendo esto falso). Estos delitos son solo perseguibles a instancia de parte, si el que ha hecho la injuria o la calumnia adquiere el perdón de Pepito, a esta persona no se le impondrá ninguna pena.

En los delitos cometidos **contra personas menores de edad o personas con discapacidad** necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, **el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal** (novedad de 2021)²⁴.

Por ejemplo, en delitos contra la indemnidad sexual (bien jurídico eminentemente personal) nos vamos al artículo 191 del Código penal:

«Artículo 191.

1.-Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

2.-En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esta clase.»

6. La prescripción del delito.

Esta significa que se ha cometido un delito (un homicidio, no identifican a aquel que lo comete), por tanto l transcurso del tiempo hace que se extinga la responsabilidad penal. «*Si hoy matamos a alguien si no nos pillan en 20 años, aunque después lo digamos como el delito ha prescrito no le pasa nada, dado que el asesinato ha prescrito*» De esta hay argumentos a favor y en contra: los que se oponen a esta consideran que la prescripción le dice al criminal que huya y vuelva en unos años, es decir favorece la impunidad de esta persona; a favor consideran que tras ese plazo, sería difícil ver las pruebas, además de que esta persona ha podido reintegrarse a la sociedad y que la pena carezca de necesidad. En España el plazo de prescripción tiene naturaleza penal (*por lo que comienza a contar desde que se comete el delito*), mientras otros países la tienen procesal (*comienza en el momento en el que comienza el proceso, por ejemplo con la querella*). Además al ser una prescripción esta se puede interrumpir por lo que si se presenta una querella, y se reabre la investigación este se interrumpe. Luego bien hay ciertos delitos que nunca prescriben, algunos ejemplos de estos son el Delito de Terrorismo, de lesa humanidad, etc.

Al igual que en el Derecho civil, la prescripción supone que el transcurso de un tiempo determinado impide al Estado poder valorar penalmente unos determinados hechos y atribuir responsabilidad penal por ellos.

No existe un único fundamento, sino varios: el debilitamiento de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo que hacen menos necesario el castigo, por los cambios que pudo haber sufrido la personalidad del infractor que hacen ineficaz el castigo, también porque el transcurso del tiempo impide la realización de los fines preventivos de la pena, así como por las dificultades de prueba tras el paso del tiempo.

La prescripción se encuentra regulada en el art. 131 CP, **estableciéndose unos plazos tanto más prolongados cuanto más grave sea el delito cometido:**

«Artículo 131.

²⁴ Se modifica el apartado 1.5.º por la disposición final 6.9 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Ref. BOE-A-2021-9347.

1.-Los delitos prescriben:

A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años.

A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años.

A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de 5 años y que no exceda de 10.

A los 5, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año.

2.-Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta (varias penas), se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona.

En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.»

Como vemos, las líneas generales de la regulación son:

- El establecimiento de plazos de 20, 15, 10 y 5 años, salvo los casos especiales de los delitos leves y las injurias y calumnias (1 año).
- Los delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y terroristas (si han causado la muerte de una persona) no prescriben.
- Si el delito tiene varias penas, las reglas de prescripción vendrán referidas a la más grave. Otro tanto sucede en caso de concursos o delitos conexos.
- En cuanto a la expresión “pena señalada”, debe entenderse que con ella se hace referencia a la pena abstracta prevista para el delito.

Según el art. 131 CP, según la regla general los plazos de prescripción empiezan a contarse desde el día en que se haya cometido el delito (es decir, desde que se ha consumado el delito). Excepciones:

- En los delitos imprudentes se entiende que el plazo comienza no desde el día en que se realiza la conducta, sino desde que se produce el resultado.
- En los delitos de omisión (por ejemplo, la no presentación de la declaración a la Hacienda Pública), desde el fin del plazo fijado para cumplir la obligación.
- En los casos de delito continuado, desde el día en que se realizó la última infracción.
- En los casos de delito permanente y de habitualidad, desde que cesó la situación antijurídica.

Los caracteres de la prescripción se regulan en el artículo 132 del Código penal, que también ha sufrido modificaciones en 2021.

En una serie de delitos (aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y contra las relaciones

familiares, excluidos los delitos contemplados en el párrafo siguiente), cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

En otra serie de delitos (los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos), cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento.

Igualmente resulta compleja la cuestión de la interrupción del plazo de prescripción. En este sentido, el artículo 132.2 CP señala:

La presentación de denuncia/querella ante un órgano judicial suspenderá el cómputo de prescripción por un plazo máximo de 6 meses a contar desde la fecha de presentación.

-Si dentro de ese plazo se dicta contra el querellado, denunciado o cualquier otra persona una resolución judicial motivada atribuyéndole una presunta participación en los hechos, la interrupción de la prescripción se retrotrae, a todos los efectos, a la fecha de presentación de la querella/denuncia.

-Si, por el contrario, dentro de ese plazo de 6 meses, se dicta resolución judicial de inadmisión a trámite de la querella o denuncia o resolución por la que se acuerde no seguir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada, el plazo de prescripción seguirá corriendo desde la fecha de presentación de la querella / denuncia, como si esta no hubiese sido presentada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de ese plazo de 6 meses, no se dicta resolución judicial alguna.

En todo caso, la querella / denuncia deberá estar dirigida frente a una persona determinada, sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación.

7. La prescripción de la pena.

En este la persona si se ha condenado, pero esta pena no se ha ejecutado, si pasa el tiempo esta deja de poder ejecutarse. Ej.: «Cometo un homicidio y me condenan, me fugo de prisión o bien huyo antes de que se ejecute, cuando pasa cierto plazo ya no se puede ejecutar la pena». Esta comienza bien con la sentencia firme, o con el quebrantamiento de la pena. Al igual que en la anterior ciertas penas no prescriben, estos son los mismos.

Gran parte de lo dicho respecto de la prescripción del delito es aplicable a la prescripción de la pena, ya que **comparten idéntica naturaleza, fundamento y finalidad**. La prescripción de la pena **supone la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso de un plazo determinado de tiempo** desde la imposición de la pena sin que se produzca su cumplimiento.

El art. 133 CP establece los plazos de prescripción, que varían según la gravedad de la pena. También establece que las penas por delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y terroristas (si han causado la muerte de una persona) no prescriben nunca. Dice el art. 133 CP:

«Artículo 133.

1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

A los 30 años, las de prisión por más de 20 años.

A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20.

A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15.

A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10.

A los 10, las restantes penas graves.

A los 5, las penas menos graves.

Al año, las penas leves.»

Según el art. 134 la prescripción de las penas *"se computará desde la fecha de la sentencia firme"*.

Capítulo 4º La cancelación de los antecedentes penales

Como señala el art. 136.4 CP, las inscripciones de antecedentes en el Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas, y no se emitirán certificaciones sobre las mismas sino en los casos expresamente establecidos por la ley, con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas.

En cambio, sí se librarán las que soliciten los Jueces y Tribunales referidas a inscripciones vigentes o canceladas. En efecto, los Jueces necesitan conocer los antecedentes para tomar determinadas decisiones. Por ejemplo: para apreciar la agravante de reincidencia (art. 22.8) o para suspender la ejecución de penas privativas de libertad (art. 81).

Por otra parte, los antecedentes penales pueden impedir el acceso a un cargo público, la obtención del pasaporte, de permisos de armas, etc. Son un obstáculo para la reinserción social total del reo, razón por la que el Código penal prevé que se pueda obtener su cancelación.

La cancelación de antecedentes penales se regula en los arts. 136 y 137 y supone la extinción definitiva de todos los efectos de la condena. Se trata, en todo caso, de un auténtico derecho subjetivo del penado: el art. 136.1 proclama, así, **el derecho de quienes hayan extinguido su responsabilidad penal a obtener "del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del juez o tribunal sentenciador"**.

Para ello, **se exige que hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir el sujeto los siguientes plazos:**

- a) 6 meses para las penas leves.
- b) 2 años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes.
- c) 3 años para las restantes penas menos graves inferiores a 3 años.
- d) 5 años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a 3 años.
- e) 10 años para las penas graves.

Como regla general (art. 136.2 CP), **estos plazos "se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena"**. En el caso de suspensión de la pena, el plazo se computará retro trayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena de prisión si no se hubiere disfrutado de la suspensión.

Nuevo

Lección XIV. Las medidas de seguridad

Capítulo 1º Introducción

La comisión de un delito lleva aparejada la consecuencia jurídica de la “pena”. Además de ésta, y desde la entrada en vigor del Código penal de 1995, también se puede imponer una “medida de seguridad” al sujeto que comete una conducta típica y antijurídica, aunque no culpable. Fue aquél texto del 95 el que la incluyó dentro del Código penal como una de las posibles consecuencias jurídicas aplicables a los delincuentes por la comisión de delitos, instaurándose así el denominado “Derecho penal *dualista*”.

Tradicionalmente, las medidas de seguridad no se aplicaban por cometer delitos sino que eran una serie de medidas “predelictuales” recogidas en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970 (que era una ley continuadora de la conocida Ley de Vagos y Maleantes de 1933) dirigidas a proteger a la sociedad de determinadas clases de sujetos considerados peligrosos. Éstas eran predelictuales porque no se exigía para su aplicación la previa comisión de un delito, sino sólo que el sujeto mostrase esa “peligrosidad social”, esto es, que se encontrase en uno de los “estados peligrosos” enumerados por la ley (p. ej, ser homosexual, vagabundo, anarquista). Hoy, desde 1995, las medidas de seguridad, con base en el principio de legalidad, son “postdelictuales” (las predelictuales fueron declaradas inconstitucionales por el TS), sólo se aplican a sujetos que haya cometido un delito y se den en él las circunstancias que se citan a continuación.

Capítulo 2º Requisitos para imponer una medida de seguridad

El art. 95 CP requiere para la aplicación de una medida de seguridad:

- 1- Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito (es “postdelictual”).
- 2- 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 (que muestre una “peligrosidad criminal”). Por tanto, la MS se impone en virtud de la peligrosidad criminal derivada de la comisión de un hecho previsto como delito y en virtud de un pronóstico de comisión de futuros delitos, lo cual estimará el Juez en virtud de los informes que estime convenientes.

Capítulo 3º Clases de medidas de seguridad

Según el art. 96 CP hay MS privativas de libertad y no privativas de libertad. Son medidas de seguridad privativas de libertad:

1. El **internamiento en centro psiquiátrico** (art. 101) (+ sometimiento a tratamiento psiquiátrico) para inimputables o semiimputables por anomalía o alteración psíquica.
2. El **internamiento en centro de deshabituación** (art. 102) (+ sometimiento a tratamiento de deshabituación de consumo de alcohol o drogas) para inimputables o semiimputables por intoxicación de estas sustancias.
3. El **internamiento en centro educativo especial** (art. 103) (+ sometimiento a tratamiento médico) para inimputables o semiimputables con anomalía o alteración de la percepción desde el nacimiento o infancia.

Son medidas no privativas de libertad (para cualquier imputable o semiimputable):

1. La **inhabilitación profesional**.
2. La **expulsión del territorio nacional** para extranjeros no residentes de forma legal en España.
3. La **custodia familiar** (que el sujeto quede al cuidado y vigilancia de la familia que se designe y acepte la custodia).
4. La **privación del Derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores**.
5. La **privación del Derecho a la tenencia y porte de armas**.
6. La **libertad vigilada**. Esta última fue introducida en 2010 con características muy particulares.

Se trata de la primera Medida de Seguridad para imputables (aunque también se puede aplicar a inimputables y semimputables), y cuando se aplique a imputables es la primera y única Medida de Seguridad postpenitenciaria, esto es, *se establece para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad*. Además, no depende del juicio de peligrosidad, pues el legislador presupone que el sujeto incurso en alguna de las categorías a las que se aplica la medida es por sí peligroso (en principio solo para delincuentes sexuales (art. 192) y terroristas (art. 579.3), y desde 2015, también, para homicidas y asesinos (art. 140 bis) y delincuentes de malos tratos y lesiones en el ámbito de la violencia de género (arts. 156 ter) o en el ámbito de la violencia doméstica habitual (art. 173.2)). Para los dos primeros delincuentes (sexuales y terroristas) la libertad vigilada es de aplicación obligatoria, salvo en caso de que se trate de sujetos que hayan delinquido por primera vez en un delito “menos grave” de naturaleza sexual o terrorista, en cuyo caso la aplicación es potestativa. A las otras dos categorías de delincuentes (homicidas y maltratadores) su aplicación es siempre potestativa.

La libertad vigilada tiene una duración máxima de 10 años y consiste (su contenido) **en someter al sujeto a un control judicial tras haber cumplido condena** a través del cumplimiento de alguna/as de las siguientes reglas de conducta: estar localizable por aparato electrónico, presentarse periódicamente en el lugar que el juez determine, comunicar cada cambio de trabajo o residencia, prohibición de aproximarse a la víctima, prohibición de comunicarse con la víctima, prohibición de ausentarse del lugar en el que resida sin autorización judicial, prohibición de residir o acudir en determinados lugares, obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares, o de someterse a un tratamiento médico, etc...

Capítulo 4º Sujetos sometidos a medidas de seguridad

El Código penal español exige que **el sujeto se encuentre dentro de uno de los presupuestos siguientes**:

a Que se trate de sujeto **inimputable**, esto es, *que habiendo cometido un delito, no sea capaz de comprender la realidad de sus hechos o comprendiéndola, no sea capaz de comportarse de acuerdo con dicha comprensión*. Son inimputables los sujetos mencionados en los arts. 20.1, 20.2 y 20.3 CP: el que por cualquier anomalía, alteración psíquica o trastorno mental transitorio, como la enajenación, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (20.1); el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se

hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (20.2); y el que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad (20.4) –tb son inimputables los menores de edad–.

Estos sujetos están exentos de pena. No se les va a imponer una pena, pero se les aplicará (20.2) o se les podrá aplicar (20.1, 20.3), si fuere necesaria, una MS (normalmente internamiento en centro médico o psiquiátrico, de deshabitación o de educación especial, de los arts. 101, 102 y 103, por tiempo no superior al de la condena si fuesen imputables).

b Que se trate de un sujeto **semiimputable** (son aquellos en los que concurre una eximente incompleta). Son los sujetos mencionados anteriormente cuando las causas referidas no excluyen de forma total o plena su imputabilidad, esto es, que no excluyen totalmente la comprensión del hecho que realizan, pero sí parcialmente (p.ej., caso de intoxicación de alcohol o drogas no plenos que disminuyen, pero no anulan, la comprensión de lo que se hace, o casos de trastornos, enfermedades o alteraciones mentales que no hacen que el sujeto no comprenda lo que hace pero sí que lo comprenda mal o parcialmente).

Estos sujetos no están exentos de pena pero se les aplicará una pena atenuada, por haber una “eximente incompleta” del 21.1 CP, aunque además de esta pena se les podrá aplicar una MS de internamiento de los arts. 101, 102 y 103 cuando la pena impuesta sea la de prisión. **En estos casos en los que se aplica tanto una pena como una MS, la regla general es que empiecen cumpliendo la MS y el tiempo que dure se abonará para el de la pena, que se ejecutará cuando la medida haya terminado.** No obstante si una vez cumplida la medida, el juez observa que con la ejecución de la pena se ponen en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspenderá el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma.

C Junto a los inimputable y semiimputables, y desde 2010, también se puede aplicar una concreta MS no privativa de libertad (concretamente, la de “libertad vigilada”) a una categoría concreta de sujetos imputables: los denominados **imputables peligrosos**. Son sujeto que han cumplido pena por determinados “delitos peligrosos” que una vez salgan a la calle **tras cumplir su condena se les aplicará la medida postdelictual de “libertad vigilada”,** siempre que así lo disponga de forma expresa el Código. Estos sujetos son los imputables condenados:

- 1) por un delito contra la libertad sexual
- 2) por un delito de terrorismo
- 3) por un delito contra la vida
- 4) por un delito de malos tratos y lesiones en el ámbito de la violencia de género o de la violencia doméstica habitual

Pues **son los únicos casos en los que le CP prevé expresamente la aplicación de la libertad vigilada de forma postdelictual.** El Juez, en estos casos, deberá imponer en sentencia junto a la pena de prisión la MS de libertad vigilada que se cumplirá una vez que cumpla la pena.

Capítulo 5º Ejecución de la medida de seguridad

- En caso de **inimputables**: se ejecuta directamente la MS y será la evolución del sancionado el criterio que determine cuánto dura, si se cambia o no (de hecho, el cese de la peligrosidad debe ser el criterio que determine el final de la medida).
- En caso de **semiimputables**: se da prioridad a la MS, que se ejecuta antes que la pena, durará el tiempo estrictamente necesario y cuando termine el juez determina o no el cumplimiento del resto de la pena.
- En el caso de **imputables peligrosos**: el JVP (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria), 2 meses antes del inicio de la libertad vigilada, propondrá al Juez sentenciador el contenido exacto de la misma, siendo este último quien finalmente lo acuerde así como su duración. No obstante, el JVP también procederá anualmente a informar sobre cambiar o no su contenido, reducir su duración o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesario o contraproducente la medida, potestad que le asiste también al inicio de su cumplimiento lo que podría suponer que finalmente no se cumpla.

Capítulo 6º Incumplimiento de las medidas de seguridad

- El **incumplimiento de una MS de internamiento** dará lugar al reingreso del sujeto en el mismo centro o en otro que corresponda a su estado, sin perjuicio de que el juez deduzca testimonio por un delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP).
- El **incumplimiento de otra MS distinta al internamiento** implicará que el juez pueda acordar la sustitución de la MS quebrantada por la de internamiento si estuviere prevista para el supuesto de que se trate y si resulta una medida necesaria. El juez podrá deducir testimonio por un delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP).
- En caso de **incumplimiento de la libertad vigilada**, de las reglas u obligaciones ordenadas, el Juez, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas y en caso de incumplimiento reiterado o grave, que revele la voluntad de no someterse a dichas obligaciones o prohibiciones, abrirá unas diligencias previas por un delito de quebrantamiento de condena.