

SECCIÓN DOCTRINAL

El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995 *

AGUSTÍN JORGE BARREIRO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Introducción.—II. Sistema de penas: las penas privativas de libertad; las penas privativas de otros derechos, y la multa.—III. Sistema de medidas de seguridad.—IV. Las consecuencias accesorias.—V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de sanciones de un Código Penal viene a ser una de las partes fundamentales de todo texto punitivo básico, y es donde se advierte con mayor claridad las tendencias de Política Criminal de la reforma penal. El sistema de sanciones del Código Penal español de 1995 (LO de 23 de noviembre de 1995; BOE núm. 281, de 24 de noviembre), que ha entrado en vigor a partir del 25 de mayo de 1996, constituye una de las partes más novedosas del NCP (nuevo Código Penal de 1995) en cuanto supone una importante innovación del sistema de sanciones del CPA (Código Penal anterior, texto refundido, de 17 de septiembre de 1973). La Exposición de Motivos del NCP destaca, en primer lugar, dentro de los cambios que se introducen para adaptar el NCP a los valores constitucionales, «la reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que

* Este trabajo se corresponde con el contenido del manuscrito remitido para formar parte del libro homenaje al Prof. Dr. h.c. mult. KLAUS TIEDEMANN, con motivo de su nombramiento como Doctor *honoris causa* por la Universidad Jaume I.

la Constitución le asigna. El sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, y, de otra, introduce cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad». Hasta aquí la exigua e incompleta declaración de la Exposición de Motivos del NCP sobre el nuevo sistema de sanciones. En efecto, el sistema de sanciones que nos ofrece el NCP es de mucha mayor trascendencia y amplitud, pudiendo resumirse sus notas más novedosas en las características siguientes: 1.^a La simplificación de las penas, especialmente de las penas privativas de libertad, limitándose éstas (art. 35) a la prisión unitaria (de seis meses a veinte años, salvo las excepciones previstas en el CP); el arresto de fin de semana (de uno a veinticuatro fines de semana), y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (arresto sustitutorio). Además, cabe destacar la significativa simplificación de las operaciones de medición de la pena, desapareciendo las viejas escalas graduales de penas (art. 73 del CPA) y optando el NCP por una razonable división interna de la pena en dos mitades (una superior y otra inferior. Cfr. art. 70 del NCP). 2.^a La supresión de las penas privativas de libertad de corta duración (inferiores a seis meses) de cumplimiento continuado, colmándose este vacío mediante el arresto de fin de semana o la multa, y con los trabajos en beneficio de la comunidad como substitutivos de las penas últimamente mencionadas (arts. 88 y 53); 3.^a La posibilidad recogida en el NCP de sustituir, como regla general, las penas de prisión de hasta un año de duración, y excepcionalmente las de prisión que no excedan de dos años, por arresto de fin de semana o multa, pudiendo sustituirse el arresto de fin de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88). El arresto sustitutorio (por impago de multa) podrá cumplirse, en el caso de multa temporal, en régimen de arresto de fin de semana o mediante trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53.1), y en los supuestos de multa proporcional, el arresto sustitutorio podrá cumplirse mediante trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53.2). Por último, el artículo 89 del NCP contempla la posibilidad de que las penas privativas de libertad inferiores a seis años, impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, puedan ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. 4.^a La posibilidad de ampliar la condena condicional a todas las penas privativas de libertad –también a los arrestos de fin de semana y a los arrestos sustitutorios– de hasta dos años (art. 80), e incluso es aplicable a las penas privativas de libertad de hasta tres años (art. 87), mientras que en el CPA (art. 93) la condena condicional se aplicaba a las penas privativas de libertad cuya duración no excediera de un año y, excepcionalmente, a los reos condenados a penas de hasta dos años de duración. 5.^a Se aproxima el valor efectivo de la pena (su tiempo de cumplimiento) a su valor nominal (a la extensión impuesta en la senten-

cia condenatoria), al haberse suprimido la redención de penas por el trabajo (art. 100 del CPA), que producía de un modo casi automático, y al margen de consideraciones de prevención especial y general, la reducción de la condena impuesta en un tercio o más en la práctica totalidad de las más importantes penas privativas de libertad. Se mantiene, en el NCP, la institución de la libertad condicional (art. 90), que permite reducir el cumplimiento de la pena privativa de libertad a una cuarta parte. En la nueva regulación de la libertad condicional puede destacarse como novedades más significativas las siguientes: *a)* Mejoras técnicas como la mayor precisión del requisito 1.º (art. 90.1 del NCP) de que el reo se encuentre «en el tercer grado de tratamiento penitenciario», en lugar de la fórmula del artículo 98.1.ª del CPA (de que el reo se encuentre «en el último período de la condena»). *b)* El artículo 91 del NCP, al permitir alcanzar la libertad condicional tras la extinción de sólo dos tercios de la condena cuando los reos «merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales», viene a hacer posible, de algún modo, la reaparición de la derogada redención de penas por el trabajo (cfr. el artículo 205 del nuevo Reglamento Penitenciario, RD de 9 de febrero de 1996). *c)* El artículo 92 del NCP legaliza la vieja previsión reglamentaria sobre la libertad condicional de los septuagenarios y de los enfermos incurables o terminales, para quienes no se exige el requisito temporal de tener cumplidas las tres cuartas partes o las dos terceras partes de la condena para obtener la concesión de la libertad condicional (cfr. el art. 60 del viejo Rto. Penitenciario, RD de 8 de mayo de 1981, y el art. 196 del nuevo Rto. Penitenciario). 6.ª Se consagra en la regulación de la multa, y con carácter general, el sistema escandinavo de días-multa (art. 50.2), que permite una determinación individualizada de la multa a la situación económica del reo. Sin embargo, se mantiene también la multa proporcional (art. 52). 7.ª Se simplifican las penas privativas de derechos (art. 39), clarificándose su contenido (inhabilitaciones y suspensiones de empleo o cargo público). Se incorpora, como importante novedad del NCP, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49). 8.ª Se inserta en el NCP un sistema de medidas de seguridad (arts. 95 ss.), abandonando la tradicional técnica legislativa española en esta materia, con la excepción del CP de 1928, de regular fundamentalmente las medidas de seguridad mediante leyes especiales (LVM de 1933 y LPRS de 1970). La disposición derogatoria única, 1.c) del NCP deroga la LPRS de 4 de agosto de 1970, con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias, desapareciendo las criticables medidas de seguridad predelictivas y su fundamento indeterminado de la peligrosidad social. El nuevo sistema de medidas de seguridad se caracteriza porque su regulación se somete a las mismas garantías penales previstas para las penas (arts. 1-3); las medidas de seguridad tienen su fundamento en la peligrosidad criminal del sujeto, manifestada en la comisión de un hecho previsto como delito

(art. 6.1); se someten las medidas de seguridad al principio de proporcionalidad (art. 6.2); se contempla el sistema vicarial o de sustitución para resolver el problema relativo a la concurrencia entre penas y medidas de seguridad privativas de libertad (art. 99). 9.^a Se dedica un título (el VI, del libro I del NCP) a las consecuencias accesorias, donde se recogen como tales el comiso de los efectos e instrumentos y ganancias provenientes del delito (arts. 127 y 128), y una serie de medidas (como la clausura, disolución, suspensión... de sociedades, empresas, asociaciones o fundaciones) aplicables a personas jurídicas (art. 129). 10.^a Por último, no conviene olvidar que el objetivo fundamental del nuevo sistema de sanciones del CP español de 1995 es el de su adaptación a la Constitución democrática de 1978, que se concreta –entre otras manifestaciones– en la supresión de las penas cortas privativas de libertad; el establecimiento de substitutivos penales a las penas de prisión de corta duración; la exigencia de que las medidas de seguridad han de ser post-delictivas, desterrando las predelictivas (1). Sin embargo, como veremos en el análisis de la regulación de las instituciones que integran el nuevo sistema de sanciones del CP de 1995, el legislador español no ha sido muy respetuoso con principios básicos –como los de legalidad, humanidad, proporcionalidad y de reinserción social– que informan todo sistema de sanciones en la moderna Política Criminal y que se reconocen en la Constitución española de 1978. Sí conviene recordar que en el sistema sancionador del Derecho Penal español no está prevista la pena de muerte (2) ni la cadena perpetua (3).

La nueva panorámica que nos ofrece el sistema de sanciones del CP español de 1995 proviene de las directrices político-criminales que sobre esta materia ofrecieron los textos prelegislativos anteriores sobre un nuevo CP español –desde el Anteproyecto de CP de 1979, y muy especialmente el Proyecto de CP de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de

(1) Vid. TIEDEMANN, KL., «Das neue Strafgesetzbuch Spaniens und die europäische Kodifikationsidee», en *JZ* 13/1996, pp. 648.

(2) El artículo 15 de la CE dispone que «queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». Esta excepción, para determinados delitos cometidos en tiempo de guerra, ha sido materializada por la LO 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar. Pues bien, la LO 11/1995, de 27 de noviembre (*BOE* núm. 284, de 28 de noviembre de 1995) dispone, en su artículo 1.º, que «queda abolida la pena de muerte establecida para tiempo de guerra».

(3) Conviene advertir que el NCP contempla la posibilidad de aplicar penas de prisión de hasta treinta años de cumplimiento efectivo de privación de libertad (cfr. art. 78 del NCP), dando lugar a un cierto paralelismo con la cadena perpetua. En este sentido, señala SÁEZ VALCÁRCEL, en «El nuevo código: maximalismo penal», en *Jueces para la Democracia* 26 (julio/1996), p. 7, que «la posibilidad vergonzosa de cumplimiento íntegro de las penas, que establece el artículo 78 del Código, significará en algunos casos, según la edad del condenado o sus expectativas de vida, una especie de condena perpetua».

Nuevo Código Penal de 1983–, cuya redacción ha estado condicionada por la influencia del movimiento alemán de reforma penal (4).

El CP español de 1995 consagra el sistema dualista, que había incorporado al Derecho Penal moderno Carlos Stooss, autor del Anteproyecto de CP suizo de 1893 (5). El NCP adopta el sistema sancionador de la doble vía (binomio delito-pena, y peligrosidad criminal-medidas de seguridad): regulación de las penas y medidas de seguridad en nuestro texto punitivo básico, abandonando la tradicional y criticable técnica de legislación especial que informaba, fundamentalmente, hasta ahora la regulación de las medidas de seguridad en el Derecho Penal español.

II. EL SISTEMA DE PENAS

Las penas previstas por el NCP (art. 32) son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa, manteniéndose la tradicional distinción entre penas principales y accesorias (cfr. arts. 54-57).

1. *Las penas privativas de libertad.*—Las penas privativas de libertad en el NCP (art. 35) son: 1.^a La prisión; 2.^a El arresto de fin de semana, y 3.^a La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. El NCP se caracteriza, en esta materia, por la nota de la simplificación, destacando, por un lado, que de la anterior clasificación de penas privativas de libertad (reclusión mayor y menor; prisión mayor y menor; arresto mayor y menor) se pasa a la de prisión unitaria (de seis meses a veinte años), y se incorporan las de arresto de fin de semana y arresto sustitutorio, y, por otra parte, la supresión de las penas cortas privativas de libertad (inferiores a seis meses).

1.^a *La pena de prisión*

Puede valorarse positivamente la opción de política criminal del NCP, ya apuntada por los textos prelegislativos anteriores y conforme a las consideraciones críticas de la Política Criminal moderna (ya formuladas por von Liszt, en su famoso Programa de Marburgo en 1882), de suprimir las penas privativas de libertad de corta duración. El NCP establece como sus-

(4) En este sentido, se manifestaba GIMBERNAT ORDEIG, en su estudio comparativo entre el sistema de penas del Anteproyecto de CP español de 1979 –primer texto prelegislativo de nuestro reciente movimiento de reforma penal– y el del CP alemán (y el del Proyecto Alternativo alemán). Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., «El sistema de penas en el futuro Código Penal», en AA.VV. *La Reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, 1980, pp. 181 ss. Sobre las conexiones de la reforma penal alemana con el NCP, vid. MANZANARES, J.L., en *Comentarios al Código Penal*, J. L. MANZANARES/J. CREMADES, 1996, pp. 20 ss.

(5) Vid. STOOSS, C., «Der Dualismus im Strafrecht», en *SchwZStr.* 41, 1928, pp. 54 y 55.

titutivos de las penas cortas privativas de libertad de cumplimiento continuado (inferiores a seis meses): la pena de arresto de fin de semana, la pena pecuniaria regulada según el sistema de días-multa, y la novedosa pena de trabajos en beneficio de la comunidad, como sustitutiva del arresto de fin de semana y del arresto sustitutorio (cfr. arts. 88 y 53). La supresión de las penas de prisión inferiores a seis meses puede considerarse, en principio, un acierto del NCP, pues tales penas tienen relevantes efectos negativos en cuanto resultan demasiado cortas para lograr el tratamiento resocializador del condenado, y son excesivamente largas para producir un preocupante contagio entre el destinatario de estas penas —normalmente delincuentes ocasionales— y los delincuentes profesionales en el mundo del crimen y de la cárcel. Sin embargo, sobre esta cuestión, no se puede ignorar que existen autorizadas voces de la moderna Política Criminal (6) que llaman la atención sobre la eficacia de las penas privativas de libertad de corta duración, por su efecto intimidatorio (de prevención general, de advertencia), para ciertos sectores de la delincuencia (la económica y la del tráfico rodado) relacionados con personas socialmente integradas, sin que en tales casos se llegue a producir el temido efecto desocializador de la prisión; e incluso, las penas privativas de libertad de corta duración pueden considerarse indispensables por razones de prevención especial (efecto de «shock», aplicación de medidas de control). A pesar de todo ello, cabe considerar como acertada la opción de política criminal adoptada por el NCP en esta materia, debiendo advertirse que en el NCP no se llegan a abolir totalmente las penas privativas de libertad de corta duración: así, cuando el condenado a la pena de arresto de fin de semana quebranta la condena (dos ausencias no justificadas), el Juez de Vigilancia puede acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente (art. 37.3); o, en los supuestos de impago de la pena de multa, y el Juez ordene el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria (arresto sustitutorio) de forma continuada, sin hacer uso la autoridad judicial de las posibilidades que le confiere el artículo 53 de que el arresto sustitutorio se pueda cumplir en régimen de arresto de fin de semana o mediante trabajos en beneficio de la comunidad. Cabe considerar como un acierto del NCP, dentro de su encomiable tendencia de evitar los efectos nocivos de la prisión, la previsión recogida en su artículo 71.2 de que serán sustituidas las penas de prisión inferiores a seis meses por las de arresto de fin de semana o multa, cuando por la puesta en práctica de las reglas de aplicación de penas hubiera procedido imponer una pena de prisión inferior a seis meses.

En cuanto a las penas privativas de libertad de larga duración, el artículo 36.1 del NCP declara que «la pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código». Conviene

(6) Vid. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, PG, trad. y adiciones de Derecho español por S. MIR PUIG Y F. MUÑOZ CONDE, vol. II, 1981, p. 1066.

recordar que en el NCP desaparece el anterior privilegio de la redención de penas por el trabajo, que suponía, con la acumulación a la libertad condicional, que el cumplimiento efectivo no sobrepasaba la mitad de la pena impuesta en la sentencia. En función de su naturaleza y duración, la pena de prisión se clasifica según el NCP (art. 33) en pena grave, si es superior a tres años [art. 33.2.a)], y menos grave, cuando se trate de la prisión de seis meses a tres años [art. 33.3.a)].

La regla general del límite máximo de veinte años de prisión se encuentra condicionada —como señala el último inciso del artículo 36.1.º— a la salvedad de lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código. Pues bien, son demasiadas las excepciones que contempla el NCP, permitiendo aumentar considerablemente el límite máximo de veinte años de prisión: Por un lado, los numerosos supuestos recogidos en la Parte Especial del NCP para determinadas figuras delictivas (7), pudiendo llegar hasta una pena de prisión de treinta años; y, por otra, determinadas reglas previstas para la aplicación de las penas permiten sobrepasar el límite máximo de veinte años de prisión y llegar también hasta treinta años de duración. En este sentido, cabe citar el artículo 70.2.1.º (la pena superior en grado a la de prisión de hasta veinte años tendrá una duración máxima de treinta años) y el artículo 76.1 (que contiene las reglas de aplicación

(7) El CPN contiene un importante elenco de excepciones a la pena de prisión de hasta 20 años, que en ningún caso sobrepasan el límite de 30 años, y que podemos concretar en los supuestos siguientes: artículo 140, cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo 139 (alevosía; precio, recompensa o promesa; ensañamiento), se impondrá la pena de prisión de 20 a 25 años; artículo 473, los promotores y los jefes principales de la rebelión serán castigados con la pena de prisión de 15 a 25 años, e incluso hasta 30 años si se han esgrimido armas o si ha habido combate entre la fuerza de su mando y los sectores leales a la autoridad legítima o la rebelión hubiese causado estragos; artículo 485, será castigado con la pena de prisión de 20 a 25 años quien matare al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia o al Príncipe heredero de la Corona. Si concurren en el delito dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de prisión de 25 a 30 años; artículo 572.1.1.º, se castigará con la pena de prisión de 20 a 30 años a quienes, realizando actos terroristas, causaren la muerte de una persona, imponiéndose la pena en su mitad superior si los hechos previstos en el artículo 572.1 se realizaran contra algún miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional o contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales (art. 572.2); artículo 605.1, será castigado con la pena de prisión de 20 a 25 años a quien matare al Jefe de un Estado extranjero o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, y si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena de prisión de 25 a 30 años, y artículo 607.1.1.º, párrafo 2.º, si concurrieren en los actos de genocidio previstos en el apartado 1 dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de 20 a 30 años.

de penas para los supuestos del concurso real de delitos, y que recoge dos excepciones al límite máximo de los veinte años de prisión: la de veinticinco años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta veinte años; y la de treinta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años). Esta preocupante situación del régimen de excepciones que contempla el NCP respecto del límite máximo de los veinte años de prisión, y que pone en entredicho principios constitucionales y de Política Criminal moderna, se agrava considerablemente con la desafortunada disposición del criticable artículo 78 del NCP. En efecto, el artículo 78, que carece de precedente alguno en nuestro Derecho (8), trata de hacerse eco de una lamentable política de opinión pública de alarma social («ley y orden»), que se articula en torno a la inquietud social por la inseguridad ciudadana, y reclamando el cumplimiento íntegro de las penas (9). Así, el artículo 78.1.º del NCP viene a consagrar la idea del cumplimiento íntegro de las penas, limitando el posible juego de los beneficios penitenciarios —que desaparecen en el NCP (art. 36.2.º), debiendo tener presente la derogación del artículo 256 del Reglamento Penitenciario— y de la libertad condicional (10). El artículo 78.1.º, que se puede extender a toda clase de infracciones, es aplicable exclusivamente al concurso real de delitos (art. 76), cuando la pena a cumplir —conforme al artículo 76— resultase inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas. En tales casos, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acor-

(8) Sólo se encuentran precedentes en los textos prelegislativos de los Proyectos de CP de 1992 (art. 94 y 364) y 1994 (art. 79). Cfr. los «Informes del CGPJ», en *Cuadernos del CGPJ* 11 (pp. 170 ss.) y 40 (pp. 171 y 172). Vid. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en AA.VV., *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, pp. 447 y 448.

(9) Vid. en este sentido crítico, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, en ob. cit., p. 449, al señalar que «este precepto —art. 78— no tiene otro sentido ni otra acta de nacimiento, que una fuerte presión de la opinión pública, previamente manipulada por ciertos grupos ultraconservadores, que periódicamente, y cuando no tienen otra idea que aportar, reabren la discusión sobre la inseguridad ciudadana y el cumplimiento íntegro de las penas». Por su parte, GIMBERNAT ORDEIG, denuncia —en su *Prólogo al Código Penal de 1995*, edit. Tecnos, 2.ª ed., 1996, p. 32— el insostenible rigor punitivo del NCP, «influido por el renacimiento en los últimos años de la ideología de la “ley y el orden”».

(10) El artículo 36.2.º del NCP circunscribe los beneficios penitenciarios a aquellos que supongan acortamiento de la condena, ajustándose a los dispuesto en las Leyes y en el CP. Pues bien, no hay en la legislación vigente beneficios penitenciarios que acorten la condena. Por otra parte, la disposición derogatoria única, 1.f) deroga el artículo 256 del Reglamento Penitenciario (RD de 8 de mayo de 1981), que recogía los beneficios penitenciarios. En realidad, el nuevo artículo 78.1.º del CP viene a ser aplicable sólo a la libertad condicional, que puede llegar a retrasarse más allá de cualquier expectativa de vida. Vid. MANZANARES, J. L. en *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 39.

dar que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas, en lugar de hacerlo sobre el límite de cumplimiento resultante. La problemática aplicación del artículo 78.1.º del NCP, cuya constitucionalidad es más que discutible en cuanto niega toda posibilidad real de reinserción social del condenado, trata de solventarse mediante la previsión que recoge el párrafo 2.º del mencionado artículo, cuando contempla la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda acordar –valorando las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social– la aplicación del régimen general de cumplimiento, es decir, que el cómputo de libertad condicional se establezca en atención al máximo de cumplimiento efectivo fijado conforme al artículo 76 y no a la totalidad de las penas impuestas. La remisión de la decisión final al Juez de Vigilancia, acerca del retorno al régimen general o normal de cumplimiento de las penas no deja de suscitar problemas de inseguridad jurídica (11).

Recapitulando, y a título de conclusión sobre la perspectiva que nos ofrece el NCP acerca de la prisión, como pena privativa de libertad por excelencia y más importante, pueden formularse las consideraciones siguientes: 1.ª Es un acierto el haber suprimido, con carácter general, las penas privativas de libertad de corta duración (inferiores a seis meses) de cumplimiento continuo, y la previsión de las alternativas del arresto de fin de semana, de la multa (sistema días-multa), y de los trabajos en beneficio de la comunidad. 2.ª Resulta una aportación positiva del NCP el régimen de sustitución de las penas privativas de hasta dos años de prisión, previsto por los artículos 88 y 89. 3.ª Es criticable la previsión de un significativo elenco de excepciones que recoge el NCP respecto del límite máximo de la pena de prisión de veinte años, pudiendo llegar hasta un cumplimiento efectivo de treinta años de duración. Si tenemos en cuenta que la Criminología moderna ha puesto de manifiesto que las penas privativas de libertad superiores a quince años de duración producen graves e irreversibles alteraciones en la personalidad del condenado (12) y que el sistema de sanciones penales ha de estar informado por los principios básicos –como los de humanidad y reinserción social– que inspiran la moderna Política Criminal y la Constitución de 1978 en el marco del cumplimiento de las penas privativas de libertad, puede afirmarse que el NCP

(11) Así, se señala que «la remisión de la decisión final deja en la indefinición el régimen de cumplimiento y puede permitir considerables cotas de inseguridad jurídica» (D. LÓPEZ GARRIDO/M. GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, p. 69).

(12) Vid. MAPELLI, en MAPELLI/TERRADILLOS, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., 1996, p. 70.

no respeta en este ámbito —en el de las penas de prisión de larga duración— tan elementales exigencias y principios fundamentales de un Estado social y democrático de Derecho (13).

2.^a *La pena de arresto de fin de semana*

El arresto de fin de semana se configura en el NCP como pena menos grave [de siete a veinticuatro fines de semana, artículo 33.3.i)], y como pena leve en caso de arresto de uno a seis fines de semana [art. 33.4.d)]. Se trata de una pena corta privativa de libertad, de cumplimiento discontinuo, que es aplicable a los delitos menos graves y a las faltas. Además, la pena de arresto de fin de semana opera en el NCP como una de las alternativas a la pena corta de prisión, siendo posible que el arresto de fin de semana —conforme a lo previsto por el artículo 88— sea un sustitutivo de las penas de prisión de hasta dos años de duración. El excesivo ámbito de aplicación de esta nueva pena, unido a las dificultades prácticas de su ejecución, pueden poner en peligro su eficacia y el futuro de uno de los pilares del sistema sancionador del NCP (14).

El arresto de fin de semana, que como pena privativa de libertad ya se había contemplado en textos prelegislativos anteriores de CP español, tiene su antecedente en nuestro Derecho como medida de seguridad (de cuatro a doce fines de semana) en el artículo 5.4.^a de la derogada LPRS de 1970. A favor de esta nueva pena se alega que permite al condenado mantener sus vínculos familiares, sociales y laborales, y que su cumplimiento no llevará consigo los efectos negativos desocializadores y de promiscuidad con otros delincuentes profesionales (15). Hoy, en el Derecho Penal comparado, se tiende a configurar como una forma de cumplimiento de las penas cortas de prisión (así, el artículo 44 del CP portugués).

(13) En esta dirección se manifiestan, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, al señalar que «el CP 1995 no ha tenido inconvenientes en establecer sanciones aniquiladoras de la persona... no sólo endurece, de forma generalizada, las penas privativas de libertad hasta ahora efectivamente aplicables, sino que introduce sanciones de hasta treinta años de duración efectiva (arts. 78 y 572.2 CP 95), que sólo pueden encontrar un paralelo, por su brutalidad, en la cadena perpetua de los Códigos españoles del siglo pasado, y que deben ser rechazadas no sólo desde los principios de una política criminal mínimamente progresista y acorde con la Constitución, sino simplemente sobre la base de la más elemental humanidad» (*Prólogo, al Código Penal de 1995*, 2.^a ed., cit., p. 25). Por su parte, GRACIA MARTÍN, en el *Prólogo al Código Penal y Leyes Penales Especiales*, Egido edit., 1996, p. 20, denuncia que con el régimen de excepciones al límite máximo (veinte años) de prisión, «el nuevo Código penal establece la posibilidad de que en algún caso pueda ejecutarse una pena privativa de libertad de treinta años de cumplimiento efectivo. Es evidente que, con estas previsiones, el legislador conculca el principio de humanidad del Derecho Penal y que, con ello, posibilita nada menos que la ejecución de penas inhumanas, prohibidas por el artículo 15 de la Constitución española».

(14) Vid. CEREZO MIR, J., «Consideraciones político-criminales sobre el Nuevo Código Penal de 1995», en *La Ley*, año XVII, núm. 4063, 21 junio 1996, p. 2.

(15) Vid. HIGUERA GUIMERA, J. F., *La pena de arresto de fin de semana*, 1982, p. 89.

El arresto de fin de semana, según establece el artículo 37.1, «tendrá una duración de treinta y seis horas y equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad». Este módulo de conversión no se mantiene para los supuestos en los que el arresto de fin de semana opere como sustitutivo de las penas de prisión de hasta dos años de duración, pues en tales casos –según el art. 88.1– «cada semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana». Esta excepción al módulo de conversión normal –que consagra el art. 37.1 y ratifica la disposición transitoria octava del NCP– del arresto de fin de semana en días de privación de libertad, sólo puede explicarse porque el legislador ha pretendido limitar el alcance de la privación de libertad que llevaría consigo el arresto de fin de semana como sustitutivo de las penas cortas de prisión, y que si se aplicara para tales casos el módulo de conversión previsto por el artículo 37.1 se llegaría a imponer un número excesivo de arrestos de fin de semana (16).

El límite mínimo de esta nueva pena es el de un arresto de fin de semana [art. 33.4.d)], y el máximo será, con carácter general, el de veinticuatro fines de semana [art. 33.3.i)]. Sin embargo, el NCP establece dos excepciones al límite máximo de la pena de arresto de fin de semana: 1.^a La prevista por el artículo 70.2.5.^o, relacionada con la regla de determinación de la pena superior en grado, cuando ésta exceda de los límites máximos fijados para cada pena en el CP. En el caso del arresto de fin de semana, se considerará como pena superior en grado el mismo arresto, «con la cláusula de que su duración máxima será de treinta y seis fines de semana»; y, 2.^a Cuando el arresto de fin de semana opere como sustitutivo de las penas de prisión que no excedan de dos años, aunque la Ley no hubiera previsto aquélla para el delito de que se trate, estableciéndose que en tales casos «cada semana de prisión será sustituido por dos arrestos de fin de semana» (art. 88.1). De esta manera, aplicando ese módulo de conversión y si el arresto de fin de semana sustituyera a una pena de prisión de hasta dos años de duración, se puede llegar a la imposición de doscientos ocho arrestos de fin de semana.

Uno de los problemas más graves que plantea esta nueva pena privativa de libertad, es el que se refiere a las dificultades de su puesta en práctica, y, en definitiva, a su ejecución y régimen de cumplimiento. En esta materia, teniendo en cuenta lo previsto por el artículo 37 del NCP y por el RD 690/1996, de 26 de abril, que establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana (17), pueden destacarse los siguientes aspectos: 1.^o «Su cumpli-

(16) Vid. J. L. MANZANARES, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 46.

(17) Cfr. RD 690/1996, de 26 de abril; «BOE» núm. 120, de 17 de mayo de 1996. Sobre el contenido y crítica de esta normativa, vid. J. L. MANZANARES SAMANIEGO/B. ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, «La ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana: el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril», en *Actualidad Penal* núm. 27 (1-7 julio 1996), pp. 485 ss.

miento tendrá lugar durante los viernes, sábados o domingos en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado» (art. 37.2, párrafo 1.º, del NCP). Sin embargo, el párrafo 2.º del artículo 37.2 «flexibiliza» el régimen de cumplimiento, al contemplar la posibilidad de que el arresto de fin de semana se pueda cumplir –si las circunstancias lo aconsejaran– en otros días de la semana, o en depósitos municipales, siempre que fuera posible, cuando no exista centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado. Puede considerarse un acierto que el NCP haya contemplado la posibilidad de que el arresto de fin de semana, que se trata realmente de «un arresto del período de descanso semanal» (18), se cumpla en otros días de la semana diferentes a los viernes, sábados o domingos, pues las actividades profesionales no tienen necesariamente como días descanso los que se corresponderían con el período cronológico propio del fin de semana (19). En cuanto al lugar de cumplimiento del arresto de fin de semana, cabe denunciar cierta indeterminación y la preocupante falta de prevención de una infraestructura para su adecuado cumplimiento: como regla general, se cumplirá en el centro penitenciario más próximo al domicilio del arrestado, y, subsidiariamente, si no existiera centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado, se cumplirá en el depósito municipal de detenidos. El artículo 12 del RD 690/1996, de 26 de abril, ratifica lo previsto por el artículo 37.2 del NCP para el lugar de cumplimiento del arresto de fin de semana, pero añade dos consideraciones: primera, el cumplimiento preferente en el centro de inserción social (20) más próximo al

(18) Así lo califica LUZÓN PEÑA, D. M. en «El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia», en *Jueces para la Democracia* 14, 3/1991, p. 56.

(19) En este sentido, ya se había pronunciado –entre nosotros– MIR PUIG (en «El sistema de sanciones», en AA.VV., *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona, 1980, p. 28), al sugerir que debía flexibilizarse el cumplimiento de esta pena corta privativa de libertad, «tanto en cuanto a los días en que debe tener lugar –pues no todas las profesiones tienen como día de descanso el domingo–, como en cuanto a su duración horaria, para que resulte compatible con todos los horarios profesionales». En la misma dirección, el derogado Reglamento para la aplicación de la derogada LPRS (Decreto del 13 de mayo de 1975) contemplaba –en su art. 9.3– la posibilidad de que el Juez podía señalar discrecionalmente los días y horarios de cumplimiento de la medida de seguridad del arresto de fin de semana, si a causa del trabajo del sometido a esta medida no fuera conveniente mantener el régimen normal de cumplimiento, respetándose sólo el límite mínimo de duración que era de treinta y dos horas. Por último, el artículo 13.4 del RD 690/1996, de 26 de abril, en cuanto a la definición del plan de ejecución del arresto de fin de semana, establece que «al planificar la ejecución se buscará que el cumplimiento de la pena no perjudique las obligaciones laborales, formativas o familiares del condenado...».

(20) El Reglamento Penitenciario de 9 de febrero de 1996 (RD 190/1996, de 9 de febrero; *BOE* núm. 40, de 15 de febrero; corrección de errores en *BOE* núm. 112, de 8 de mayo), ha creado los Centros de Inserción Social, dentro de las formas especiales de ejecución de las penas privativas de libertad, definiéndose en su artículo 163 tales centros como «establecimientos penitenciarios destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad en régimen abierto y de las penas de arresto de fin de semana...», donde la actividad penitenciaria tendrá por objeto esencial «potenciar las capacidades de inserción social positiva que presenten las personas en ellos internadas mediante el desarrollo de actividades y programas de tratamiento destinados a favorecer su incorporación al medio social».

domicilio del arrestado, si existieran varios centros penitenciarios, pero sin indicar dónde; y, cuando no existiera centro penitenciario en el partido judicial del penado, y no se acordara el cumplimiento en el depósito municipal, sin señalar de dónde, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente indicará el centro de cumplimiento —¿de qué clase?— que se les asignará a quienes se impusiese tal pena. Son demasiados los interrogantes sin despejar, haciendo presagiar que lamentablemente el arresto de fin de semana pueda acabar cumpliéndose en la cárcel (21); 2.º El artículo 13 del RD 690/1996, de 26 de abril, define el plan de ejecución del arresto de fin de semana. La definición del plan le corresponde al Director del centro penitenciario, o, en su caso, al encargado del correspondiente depósito municipal, siguiendo ciertas pautas (22). Con carácter previo a la definición del plan, los arrestados serán entrevistados por los servicios sociales. La propuesta de ejecución será aprobada por el Juez de Vigilancia. Todo ello, lo relacionado con la complejidad del plan de ejecución (entrevistas, asesoramiento técnico, el control de su cumplimiento sin personal idóneo...), unido a la problemática de los traslados, pone de manifiesto las dificultades que van a existir en la práctica para el cumplimiento efectivo de esta nueva pena privativa de libertad (23); 3.º De acuerdo con la opinión doctrinal dominante, el artículo 17 del RD 690/1996, de 26 de abril, establece que el arresto de fin de semana «se cumplirá en celda individual y en régimen de aislamiento, es decir, con absoluta separación del resto de los detenidos, presos o penados que puedan hallarse en el mismo centro o depósito municipal»; 4.º En los supuestos en los que el penado incurriera en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente (art. 37.3 del NCP), es decir, se contempla la posibilidad de resucitar una pena privativa de libertad de corta duración y de cumplimiento continuo. El Director del establecimiento, a los efectos del artículo 37.3 del NCP, pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia la falta de presentación del penado en el establecimiento penitenciario o depósito municipal,

(21) En este sentido crítico se manifiestan, entre otros, MANZANARES —en Comentarios al Código Penal, 1996, cit., p. 25—, al señalar que «cabe temer que los reos terminen soportando resignadamente las insuficiencias de los depósitos municipales de su lugar de residencia sólo por evitar el traslado y encarcelamiento en sentido estricto», y SÁEZ VALCÁRCEL —en *Jueces para la Democracia*, 26, julio/1996, cit., p. 6—, indicando que «los arrestos de fin de semana, en ausencia de previsiones presupuestarias y establecimientos especiales, se van a cumplir en la cárcel».

(22) El artículo 13.3 del RD 690/1996, de 26 de abril, establece que el plan de ejecución «deberá contener al menos los siguientes extremos: a) Datos de identidad personal del penado, de su domicilio o residencia, trabajo u ocupación habitual; b) Delito por el que ha sido condenado y número de arrestos de fin de semana impuestos, y c) Indicación expresa de si deberá cumplirse de viernes a domingo u otros días de la semana, así como los días en que deberá hacerse efectiva la ejecución de la pena».

(23) Vid. J. L. MANZANARES SAMANIEGO/B. ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, en *Actualidad Penal*, núm. 27/1-7 julio 1996, cit., pp. 504 ss.

así como la presentación posterior a las doce horas del sábado o del día señalado al efecto (art. 22 del RD 690/1996, de 26 de abril).

Ante las más que previsibles dificultades prácticas para el cumplimiento del arresto de fin de semana, un sector doctrinal ha señalado –con razón– que hubiera sido deseable mantener el arresto domiciliario, como modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad de corta duración (24), o incorporar el arresto domiciliario bajo control o vigilancia por transmisores electrónicos, como alternativa a la pena corta de prisión (25). El futuro del arresto de fin de semana, por la deficiente regulación de su régimen de cumplimiento y –sobre todo– por la falta de previsión de infraestructura (de personal y centros idóneos) para su adecuado cumplimiento (26), no es nada halagüeño. En tal situación, hubiera sido más serio y correcto el haber optado por su supresión, y ensayar otras alternativas más viables (27), sin poner en entredicho una de las novedades más significativas del sistema de sanciones del NCP. En todo caso, no se puede olvidar que el NCP confiere a los tribunales de justicia diversas posibilidades de eludir la ejecución de los arrestos de fin de semana: ya sea por dejar en suspenso su ejecución (arts. 80 ss.) o bien mediante su sustitución por multa o trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88.2).

(24) *Vid. en este sentido, SÁEZ VALCÁRCEL, lug. ob. ult. cit. En esta dirección, LUZÓN PEÑA –en Jueces para la Democracia, 14, 3/1991, cit., p. 56– consideró que «debería admitirse también como modalidad alternativa de cumplimiento, aunque excepcional, el arresto domiciliario, que preveía el artículo 85 del CPA para cumplir el arresto menor y que admitía el artículo 42 del P. 1980 para el arresto de fin de semana; si bien, por ser menos intimidatorio y por sus dificultades de control, debiera reservarse para situaciones especiales o especialmente favorables en el sujeto o para casos excepcionales de imposibilidad de cumplimiento en otro centro».*

(25) *Vid. LUZÓN PEÑA, D. M., ob. lug. ult. cit. Esta sanción, apunta LUZÓN PEÑA, está centrada sobre todo en la restricción del tiempo libre diario, y tiene una progresiva implantación en el ámbito angloamericano. Se puede imponer aisladamente para infracciones poco graves o, conjuntamente, con la aplicación de una condena condicional, libertad condicional o alguna medida de seguridad. A favor de incorporar otras medidas alternativas a la del arresto de fin de semana, se pronuncia también SERRANO BUTRAGUEÑO, I., «Las penas en el Código Penal de 1995», en *Boletín del Ilre. Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 3.ª época, abril-mayo 1996, p. 108.*

(26) *RODRÍGUEZ RAMOS, en «Un buen Código para reformar», en La Ley, año XVII, núm. 4043, 24.5.1996, p. 10, destaca como uno de los defectos importantes de la PG del NCP «la ausencia de infraestructura inmobiliaria y personal para el cumplimiento de los arrestos de fin de semana».*

(27) *En este sentido, se había manifestado RODRÍGUEZ MOURULLO, en «Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código Penal español», en AA.VV., La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela, 1980, p. 46, al considerar que si esta pena no cuenta con los lugares adecuados para su cumplimiento más vale suprimirla y ensayar otras soluciones. Conviene advertir que estas consideraciones críticas se formularon con relación al Proyecto de CP 1980, en cuyo artículo 42 se llegó a admitir la posibilidad de cumplimiento de la pena de arresto de fin de semana en el propio domicilio del arrestado.*

3.^a *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*

El artículo 35 del NCP reconoce como tercera modalidad de las penas privativas de libertad a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, más conocida como «arresto sustitutorio». De esta manera, el NCP se hace eco de la opinión de un sector doctrinal que consideraba, desde una perspectiva material, que la naturaleza jurídica del arresto sustitutorio era la de una pena, y que su contenido material era idéntico al de una pena privativa de libertad (28). Esta pena tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya (art. 33.5).

La específica regulación del NCP sobre la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa ha de ser abordada posteriormente, es decir, en el apartado dedicado a la multa.

La penas privativas de otros derechos.—Se trata de las penas privativas de derechos distintos al de la libertad, y se regulan en los artículos 39-49 del NCP. Desaparecen las viejas penas de: extrañamiento, confinamiento, destierro, reprensión pública, la pérdida de la nacionalidad española, la inhabilitación especial de derecho de sufragio activo y la suspensión de derecho de sufragio activo y pasivo. Por otra parte, se incorporan al NCP, como nuevas penas privativas de derechos, las siguientes: la privación del derecho a la tenencia y porte de armas [art. 39.e)], la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos [art. 39.f)], que recuerda la antigua pena de destierro; la inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, o de cualquier otro derecho [art. 39.b)], que tiene cierta similitud con la vieja pena de interdicción civil suprimida por la LO de 25 de junio de 1983; y, como gran novedad, los trabajos en beneficio de la comunidad [art. 39.g)]. Se mantienen en el NCP las penas de: inhabilitación absoluta [art. 39.a)]; las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión oficio, industria o comercio, y del derecho de sufragio pasivo [art. 39.b)]; la supresión de empleo o cargo público [art. 39.c)]; y, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores [art. 39.d)].

La regulación del NCP sobre las penas privativas de derechos puede ser susceptible de las consideraciones siguientes: 1.^a Se simplifica la normativa sobre esta clase de penas, y se clarifica la distinción entre las penas de inhabilitación especial para el empleo o cargo público, que llevan consigo la privación definitiva de los mismos y de los honores que le sean anejos, y las de suspensión, que sólo privan del ejercicio del empleo o cargo público al penado durante el tiempo de la condena; 2.^a Se reduce el tradicional automatismo de la imposición de determinadas penas privati-

(28) Vid. COBO/VIVES, *Derecho Penal*, P.G., 3.^a ed., 1990, p. 664. Se considera un acierto que el artículo 35 del NCP reconozca finalmente como pena privativa de libertad, renunciando a los eufemismos y complicados razonamientos por los que se había tratado de evitar dicha calificación (GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, PG, por M. CONDE/G. ARÁN, 2.^a ed., 1996, p. 536).

vas de derechos como accesorias de ciertas penas de prisión (arts. 54-57), manteniendo el criticable automatismo en los artículos 55 y 56 del NCP; 3.^a Cabe objetar la cláusula indeterminada prevista por el artículo 39.b, inciso final, al referirse a la inhabilitación especial para «cualquier otro derecho», poniendo en entredicho el principio de legalidad (29); 4.^a Se acoge acertadamente la exigencia, ya recogida por la doctrina del TS (30), de que habrán de especificarse en la sentencia los empleos, cargos y honores sobre los que recayere la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público (art. 42, último inciso), y 5.^a En función de su naturaleza y duración, las penas privativas de derechos pueden ser graves, menos graves y leves (art. 33.2.3 y 4). Cfr. artículo 40. Si operan como penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal (art. 33.6).

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad es catalogada como pena privativa de derechos, y viene a ser una de las novedades más relevantes del sistema de sanciones del NCP. No tiene precedente alguno como pena en nuestro Derecho, recogiéndose como medida de seguridad «la prestación de servicios en beneficio de la comunidad» en el artículo 17.5.^a de la LO de 5 de junio de 1992, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores. Los trabajos en beneficio de la comunidad, que como pena fue introducida en los años setenta de nuestro siglo en Inglaterra (31), se recoge en el Derecho comparado de forma diferenciada: como una de las tareas a desarrollar dentro de la suspensión condicional de las penas privativas de libertad, en Alemania (párrafo 56/b, II, núm. 3 del CP alemán); como pena correccional, aplicable a los delitos menos graves, en el CP francés (arts. 131.3, 4.^o; 131-22; 131-23; y 131-24); y, como sustitutivo de la pena de prisión no superior a tres meses o de la pena de multa hasta el mismo límite, en el CP portugués (art. 60).

La regulación prevista por el artículo 49 del NCP, sobre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, proviene del Proyecto de CP de 1994, donde —en su art. 49— se recogían sus características fundamentales (32). Con anterioridad, en el artículo 48 del Anteproyecto de CP de 1994, se había recogido una regulación muy escueta de esta nueva pena

(29) Vid. críticamente, SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Las penas en el Código Penal de 1995*, cit., p. 110.

(30) Vid. SSTs de 9 de enero de 1942; 16 de diciembre de 1953; 25 de diciembre de 1953; 25 de enero de 1957; 23 de enero de 1958; 27 de abril de 1961; 3 de enero de 1962; 18 de mayo de 1963.

(31) Vid. CUESTA ARZAMENDI, J. L. DE., «La sanción de trabajo en provecho de la comunidad», en *La Ley*, 1985 (2), pp. 1068 ss.

(32) El artículo 49 del P. de CP de 1994 establecía que «Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin consentimiento del penado, obligan al mismo a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas. Las demás circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente».

privativa de derechos (33), que dio lugar a una valoración crítica del Consejo General del Poder Judicial (34) y motivó que el Proyecto de CP de 1994 recogiera en su artículo 49 el contenido esencial de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. La Memoria del Proyecto de LO del CP de 1994, antecedente prelegislativo inmediato al NCP, clarifica los orígenes de la nueva pena, al señalar que «durante la tramitación del Proyecto de Código Penal de 1992 una mayoría de Grupos Parlamentarios propuso la introducción de la pena consistente en los trabajos en beneficio de la comunidad. El Gobierno ha acogido dicha propuesta incorporándola al Proyecto como forma sustitutiva de cumplimiento de las penas privativas de libertad de hasta dos años de duración». El artículo 49 del NCP recoge las características fundamentales de la nueva pena, remitiendo la regulación de las demás circunstancias de su ejecución a la vía reglamentaria –RD 690/1996, de 26 de abril–, de acuerdo con lo dispuesto por la LGP (35).

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad se clasifica, en función de su naturaleza y duración, en pena menos grave, si su duración es de noventa y seis horas a trescientas ochenta y cuatro horas [art. 33.3.j)], y como pena leve, cuando su duración va desde dieciséis a noventa y seis horas [art. 33.4.e)]. Su duración, según el artículo 40, será de un día a un año.

Las condiciones fundamentales de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad son las siguientes: 1.^a Se define en el artículo 1 del RD 690/1996, de 26 de abril, como «la prestación de la cooperación personal no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, tendente a servir de reparación para la comunidad perjudicada por el ilícito penal y no supeditada al logro de intereses económicos», de acuerdo con lo previsto por el artículo 49 del

(33) El artículo 48 del Anteproyecto de CP de 1994 establecía que «El trabajo en beneficio de la comunidad tendrá una duración mínima de 20 horas y máxima de 120 horas. Las circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente».

(34) El Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de CP de 1994 destacó la parquedad del artículo 48 y que lo más preocupante es que el contenido esencial de la pena no se recoja en el marco de la Ley Orgánica. El CGPJ afirmó que «cabe hablar de una pena en blanco que, como tal, se aviene mal con las exigencias de los artículos 25.1 y 81.1 de la Constitución Española» (*Cuadernos del CGPJ* 40, Anteproyecto de CP 1994, Informe del CGPJ y voto concurrente formulado, pp. 165 y 166).

(35) *Vid.* RD 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana (*BOE* núm. 120, de 17 de mayo de 1996). La remisión a la LGP se formuló para subsanar los problemas de constitucionalidad que se derivarían de la nueva remisión a la vía reglamentaria sobre la ejecución de esta pena. El texto aprobado del artículo 49.2 es producto de la correspondiente transacción parlamentaria. Cfr. D. LÓPEZ GARRIDO/M. GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, p. 63.

NCP (36); 2.^a No podrá imponerse sin consentimiento del penado (art. 49.1.^o), es decir, la prestación del trabajo ha de ser voluntaria, y no podría ser de otra forma si tenemos en cuenta que el artículo 25.2 de la CE prohíbe los trabajos forzados; 3.^a Su duración diaria, según el artículo 49.1.^o, no podrá exceder de ocho horas. El artículo 5.1 del RD 690/1996, de 26 de abril, establece que «cada jornada de trabajo tendrá una extensión máxima de ocho horas diarias y mínima de cuatro». El apartado 2 del mencionado artículo 5 permite la flexibilización de la ejecución de esta pena, al permitir que el Juez o Tribunal pueda autorizar —cuando concorra causa justificada— el cumplimiento de aquélla de forma partida, en el mismo o diferentes días y en períodos mínimos de dos horas. De esta manera, se confiere excesiva discrecionalidad a los tribunales de justicia; y, por otra parte, la prevista flexibilización de su cumplimiento puede llegar a desnaturalizar el sentido de esta nueva pena; 4.^a Su ejecución se desarrollará bajo el control del Juez o Tribunal sentenciador (art. 49.1.^o.1.^a del NCP), aunque hubiera sido preferible que tal función fuera asumida por el Juez de Vigilancia (37). Es criticable que el control del cumplimiento efectivo de esta pena, según el artículo 6 del RD 690/1996, de 26 de abril, se lleve a cabo por la Administración penitenciaria (38); 5.^a No atentará a la dignidad humana (art. 49.1.^o.2.^o), siendo tal condición una exigencia derivada del principio de humanidad reconocido por el artículo 15 de la CE, que proscribía las penas o tratos inhumanos o degradantes; 6.^a El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin (art. 49.1.^o.3.^a). El artículo 2.1 del RD 690/1996, de 26 de abril, establece que «el trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración penitenciaria», pudiendo establecer, a tal efecto, los oportunos convenios con otras Administraciones públicas o entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública o social. En este caso, se prevé una criticable dejación de las funciones de control de cumplimiento de esta pena, que podrán asumir aquellas instituciones, sin perjuicio de la super-

(36) El artículo 49.1.^o del NCP se refiere a «prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública», y en la condición 5.^a del mencionado precepto se establece que «no se supeditará al logro de intereses económicos». El artículo 5.3 del RD 690/1996, de 26 de abril, declara que «La realización del trabajo no será retribuida, pero el penado será indemnizado por la entidad a beneficio de la cual sea prestado por los gastos de transporte y, en su caso, de manutención, salvo que estos servicios los preste la propia entidad».

(37) *Vid.* J. L. MANZANARES SAMANIEGO/B. ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, *Actualidad Penal*, núm. 27/1-7 julio 1996, cit., p. 490.

(38) El artículo 6 del RD 690/1996, de 26 de abril, establece que «la Administración penitenciaria comprobará con la periodicidad necesaria el sometimiento del penado a la pena, así como el cumplimiento efectivo del trabajo impuesto, a cuyo fin mantendrá contactos periódicos con la entidad en que se lleve a cabo, adoptando, en su caso, las medidas procedentes».

visión de la Administración penitenciaria (39). Resulta todavía más objetable la previsión contenida en el apartado 2 del mencionado artículo 2 del RD 690/1996, de 26 de abril, cuando en caso de inexistencia de convenio o insuficiencia de plazas se permite, excepcionalmente, que el propio penado pueda proponer un trabajo concreto aunque no esté convenido con la Administración penitenciaria. De esta forma, se contradice lo previsto por el artículo 49.1.º.3.º del NCP, y, se trivializa esta nueva pena, naciendo con una lamentable falta de credibilidad y siendo previsible su nulo efecto preventivo (general y especial); 7.ª El sentenciado a esta pena gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social (art. 49.1.º.5.ª) (40), y, 8.ª Conviene tener presente que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad opera, en el NCP, como sustitutivo de la pena de arresto de fin de semana (art. 88.2), o como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53.1, párrafo 2.º, y 2). A tal efecto, serán módulos de conversión los establecidos, respectivamente, por los artículos 88.2 (cada arresto de fin de semana será sustituido por dos jornadas de trabajo) y 53.1, párrafo 2.º (cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo).

3.ª La pena de multa

La multa es la única pena pecuniaria que permanece en el sistema de sanciones del NCP, desapareciendo la pena de caución y configurándose el comiso como «consecuencia accesoria» en los artículos 127 y 128 del NCP.

El NCP, siguiendo las pautas marcadas por los textos prelegislativos anteriores y conforme al movimiento de reforma penal de los países de nuestro orbe cultural (41), incorpora –con carácter general– el denominado sistema escandinavo (42) de días-multa (art. 50.2), manteniendo –como excepción– la multa proporcional (art. 52) para ciertos delitos.

(39) *Vid.* críticamente, J. L. MANZANAREZ SAMANIEGO/B. ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, ob. lug. ult. cit.

(40) El artículo 11 del RD 690/1996, de 26 de abril, añade –además de la protección que dispensa la LGP en materia de Seguridad Social– que los sentenciados a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad «estarán protegidos por la normativa laboral en materia de seguridad e higiene en el trabajo».

(41) Además de Finlandia (1921), Suecia (1931), y Dinamarca (1939), el sistema de multa por cuotas fue adoptado por los códigos penales de Alemania (párrafo 40), Austria (párrafo 19), Francia (arts. 131-3.3.º, 131-5 y 131-25), y Portugal (art. 46).

(42) Se ha reivindicado que el sistema de días-multa es, originariamente, una construcción brasileña y no escandinava. El Código criminal del Imperio del Brasil de 1830 disponía en su artículo 55 lo siguiente: «La pena de multa obligará al reo al pago de una cuantía pecuniaria que será siempre regulada por lo que los condenados pudieran conseguir en un día por sus bienes, empleo o industria, cuando la Ley específicamente no lo designe de otro modo». *Vid.* REGIS PRADO, L., «Del sistema de cominación de la multa en el Código penal brasileño», *ADPCP*, 1992, pp. 695 y 696.

De esta manera, al introducirse como regla general el sistema de días-multa, el NCP viene a cumplir con una vieja aspiración de la doctrina penal española (43). Hasta ahora, es decir, hasta el 25 de mayo de 1996, el CP español consagraba el sistema tradicional de multa global, fijando una suma global de dinero, con máximos y mínimos. Así, la cuantía de la multa se establecía de modo fijo (por ejemplo, multa de un millón a cien millones de pesetas, prevista en el artículo 344 del CPA, para supuestos de tráfico de drogas), o proporcional (por ej., multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada, prevista en el artículo 349.1, párrafo 1.º, del CPA, para los casos de fraude fiscal recogidos en este precepto). Este sistema de multa proporcional se flexibilizaba en su régimen de aplicación y ejecución, al tener en cuenta «el caudal o facultades del culpable» y «la situación del reo» (arts. 63 y 90 del CPA).

Han sido muchos los argumentos que se han formulado a favor del sistema de días-multa, que con carácter general se incorpora al NCP, pudiendo destacarse —como los más relevantes— los siguientes: 1.º Permite una mayor clarificación en cuanto al procedimiento seguido para determinar la pena de multa, en el que se distinguen dos fases: la primera, en la que el Juez o Tribunal sentenciador establece, conforme a lo previsto por el CP para el delito en cuestión, un número determinado de cuotas (días, semanas, meses). Aquí, en esta fase, se opera con el mismo criterio que se postula en las penas privativas de libertad. La determinación del número de cuotas estará en función de la gravedad del delito, atendiendo al contenido de lo injusto y de la culpabilidad; y en la segunda fase se procederá a la individualización de la cuota (cantidad concreta de dinero), atendiendo sólo a la situación económica del penado. Una vez que se multiplique el número de días-multa por la cantidad correspondiente de la cuota diaria, se obtiene la sanción pecuniaria a pagar por el penado; 2.º Hace posible una más adecuada individualización de la pena, y, lo que es más importante, no presenta los inconvenientes que tenía la multa global o proporcional respecto del principio de igualdad ante la ley (44); 3.º En cuanto el pago es a plazos, se facilita su cumplimiento y se evita —en gran medida— el tener que acudir al criticable recurso del arresto sustitutorio o responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa; 4.º Su prolongación temporal aumenta los efectos intimidatorios y preventivo-especiales; 5.º En la moderna política criminal sirve como instrumento para sustituir las penas cortas privativas de libertad. El sistema de días-multa ya ha demostrado su eficacia, como alternativa a la pena privativa de liber-

(43) Las «III Jornadas de Catedráticos y Agregados españoles de Derecho Penal», celebradas en Santiago de Compostela en mayo de 1975, habían aprobado la resolución de que «el Derecho Penal español debe introducir el sistema de días-multa».

(44) En este sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1992 declaraba que «la multa, aunque en teoría se mide de acuerdo con el caudal del culpable, es básicamente igualitaria...»

dad y respecto de la delincuencia leve y media, en países como Alemania, donde el porcentaje de multa en relación con la cifra global de condenas ha llegado hasta el 84 por 100 y sin pérdida de efectividad de pago por parte del condenado (45). No faltan ciertas objeciones al sistema de días-multa, pudiendo destacarse —entre otras— las siguientes: 1.^a No llega a eludir totalmente el arresto sustitutorio en los casos de impago de multa; 2.^a Los inconvenientes que se pueden derivar de la rigidez de su régimen de cumplimiento, en cuanto a las exigencias de tiempo y forma de pago a plazos; y 3.^a Las dificultades de su puesta en práctica, resultando fundamental que los Tribunales puedan obtener una información adecuada y datos fiables sobre la situación económica real del condenado, a los efectos de hacer posible la individualización de la pena de multa.

Veamos las características que presenta la regulación de la pena de multa en el NCP. En función de su naturaleza y duración, según lo previsto por el artículo 33, será pena menos grave la multa de más de dos meses [art. 33.3.g)], y pena leve cuando se trate de una multa de cinco días a dos meses [art. 33.4.c)]. La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, será siempre pena menos grave [art. 33.3.h)]. Puede operar como sustitutiva de las penas de prisión de hasta dos años (art. 88).

El artículo 50.2 establece que la pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa (cfr. art. 52: multa proporcional), por el sistema de días-multa. La extensión de la pena de multa es de cinco días a dos años, salvo que se imponga como sustitutiva de una pena de prisión de uno o de dos años, en cuyo caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas previstas en el artículo 88 (art. 50.3) (46). El límite máximo de dos años tampoco será de aplicación cuando se hubiera de imponer la pena superior en grado y ésta excediera de aquel límite, pues en tal caso su duración máxima será de treinta meses (art. 70.2.4.^o). Los Jueces o Tribunales han de determinar motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas de aplicación de las penas (arts. 61 ss.), es decir, según la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad; y, asimismo, añade el artículo 50.5, fijarán en la sentencia, el importe de las cuotas, «teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo». Es fundamental que los Tribunales de justicia cuenten con datos contrastados y fiables sobre la situación económica real del reo, que hagan posible la individualización adecuada de la multa y se evite el

(45) Vid. JESCHECK, H. H., «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal», en AA.VV. *La Reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, 1980, pp. 18 y 19.

(46) Según el artículo 88.1 «cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa», pudiendo llegar —en el caso de sustituir a una pena de prisión de hasta dos años de duración— a cuarenta y ocho meses-multa.

poner en marcha un procedimiento meramente intuitivo, de cálculo aproximado, por parte del Juez o Tribunal sentenciador (47). Pues bien, estos criterios de medición de la multa, que conforme al sistema días-multa consagra el artículo 50.5 (gravedad de lo injusto y de la culpabilidad para la extensión o números de cuotas; y la situación económica del reo para la fijación de la cuantía de las cuotas), no se respetan por el propio legislador (48), cuando en la PE para determinar la multa de sistema por cuotas acude a criterios tales como «la utilidad obtenida y el daño causado» (art. 245.1, último inciso), o «la importancia de los daños» (art. 267.1, último inciso). El artículo 50.6 establece que el Tribunal sentenciador determinará en la sentencia el tiempo y forma del pago de cuotas, resultando muy escueta tal declaración y dejando excesiva discrecionalidad a los Tribunales de justicia para aplicar la multa temporal tanto en cuanto al tiempo como a la forma de pago de cuotas (49), aunque la especial sensibilidad y el buen criterio de los órganos jurisdiccionales competentes en el uso de aquella discrecionalidad pueden llegar a facilitar el pago de la multa y evitar el arresto sustitutorio (50). El Juez o Tribunal podrá reducir, excepcionalmente y tras la debida indagación de la capacidad económica del penado, el importe –y no el número– de cuotas, si después de la sentencia el reo empeorare su fortuna (art. 51). De esta manera, se trata de facilitar el cumplimiento de la multa y de lograr una aplicación justa de la misma, siendo –una vez más– fundamental para ello la información fiable que han de tener los Tribunales de justicia acerca de la situación económica real del penado.

(47) Así, en este sentido, MANZANARES SAMANIEGO (en «La pena de multa», en *La Ley*, año XVII, núm. 4015, 15.abril.1996, p. 3). señala que «desgraciadamente, si no se le proporcionan al Juzgador los datos fiables para acomodar el contenido de la cuota a la persona condenada, la nueva multa puede quedar en simple apariencia. Se corre entonces el peligro de que los Jueces y Tribunales calculen como hasta ahora el importe final de la multa –compensando a la baja la falta de informes seguros– y busquen después los factores que arrojarían aquel producto». Por su parte, CEREZO MIR considera (en *Consideraciones político-criminales sobre el Nuevo Código Penal de 1995*, cit., p. 3) que «las dificultades prácticas de aplicación no son insalvables si se regula por vía legal y reglamentaria la posibilidad de solicitar información a las Delegaciones de Hacienda y a los bancos».

(48) *Vid.* críticamente, GRACIA MARTÍN, L., *Prólogo a Código Penal y Leyes Penales especiales*, Egido edit., 1996, p. 22.

(49) El Proyecto de CP de 1980 (art. 56) y la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 (art. 46) establecían que «las cuotas diarias se abonarán en el momento en que la condena sea firme. Las semanales y mensuales, el último día de cada semana o mes». El Proyecto de CP de 1992 (art. 46.4) establecía que «las cuotas diarias, semanales y mensuales se abonarán una vez que la condena sea firme y en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal determine, a ser posible, en el último día de cada semana o mes». Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Las penas en el Código Penal de 1995*, cit., p. 116.

(50) En este sentido, apunta CEREZO MIR (en ob. lug. ult. cit.) que «los Jueces y Tribunales, en el uso de su arbitrio, pueden disponer, cuando lo estimen oportuno, el pago a plazas de éstos coincidan con los de percepción de los ingresos».

El NCP, que ha adoptado con carácter general el sistema de días-multa, incurre en una grave incoherencia al mantener, en la regulación de la pena de multa, la antigua multa proporcional (51). El artículo 52 del NCP declara que «la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo», cuando así lo determine el CP (52). En tales casos, los Jueces o Tribunales –según establece el artículo 52.2– podrán recorrer toda la extensión en que la Ley permita imponer las multas, considerando para determinar su cuantía, principalmente, la situación económica del culpable y las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho. Se ha tratado de justificar el criticable mantenimiento de la multa proporcional, junto a la regla general del sistema días-multa que adopta el NCP, acudiendo a una serie de argumentos poco convincentes: 1.º El CGPJ ha destacado (53) que «el sentido que, básicamente, cabe encontrar a la reaparición de la multa proporcional –junto a la multa por cuotas– es entenderla como una respuesta para aquellos casos en que infracciones administrativas –idénticas cualitativamente al delito, aunque de menor gravedad– se hayan ya sancionadas con multas que superan los límites de la multa por cuotas». Esta argumentación no es convincente, aunque alude a un problema real, pues la solución correcta –como señala Cerezo Mir (54)– «no consiste en mantener la multa proporcional, sino en un replanteamiento general de los límites entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo»; y, 2.º Se insiste por un sector doctrinal (55) que la reaparición de la multa proporcional está justificada como instrumento eficaz para luchar contra ciertos fenómenos de la delincuencia de carácter económico, como los fraudes a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social, que llevan consigo grandes beneficios para el delin-

(51) MANZANARES SAMANIEGO (en ob. lug. ult. cit.) rechaza por «contradictoria y perturbadora» la reaparición de la multa tradicional, situada ahora junto a la nueva concepción por cuotas.

(52) El NCP contempla la multa proporcional para una serie de delitos, pudiendo citarse –entre otros– los siguientes: el delito de uso de información privilegiada (art. 285, multa del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido); delitos societarios (arts. 291, 292 y 295, multa del tanto al triple del beneficio obtenido); delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (arts. 305-309, multa del tanto al séxtuplo de la cuantía de lo defraudado); delitos contra la salud pública (arts. 368-71); delito de falsificación de moneda (art. 386); delito de cohecho (arts. 419-23). Cabe señalar que en la mayor parte de los supuestos citados –así como sucede, con cierta frecuencia, en la regulación general de la multa en el NCP– se prevé la imposición conjunta de la multa proporcional con la correspondiente pena de prisión, lo cual no deja de ser una contradicción en cuanto que con la multa se pretende evitar la imposición de la pena privativa de libertad.

(53) Vid. «El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de CP de 1992», *Cuadernos del CGPJ* 11, p. 224.

(54) CEREZO MIR, J., ob. ult. cit., pp. 3 y 4.

(55) Vid. VALLDECABRES ORTIZ, I., en AA.VV. *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Valencia 1996, p. 344; SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El sistema de penas», en *La Ley*, año XVII, núm. 4010, 8 abril 1996, p. 3.

cuenta y graves perjuicios para terceros, y frente a los cuales la multa por cuotas puede resultar excesivamente benigna y por ello ineficaz como instrumento intimidatorio. Esta argumentación, que también asume el CGPJ (56), tampoco es convincente, pues para luchar frente a aquel sector de la delincuencia económica será más apropiado acudir a la pena privativa de libertad o a la multa por cuotas en alternatividad con la prisión, y, por otra parte, la dimensión económica tendrá su correctivo más bien en la pérdida o comiso de las ganancias o beneficios reportados por aquellas actividades delictivas (57).

Por último, dentro de la regulación que nos ofrece el NCP sobre la multa, es preciso aludir al arresto sustitutorio o responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. En los supuestos de multa por cuotas, en caso de impago de la multa, el condenado quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que podrá cumplirse en régimen de arrestos de fin de semana o mediante trabajos en beneficio de la comunidad, en cuyo caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo (art. 53.1). En los supuestos de multa proporcional, los Jueces o Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, el arresto sustitutorio que proceda, sin que pueda exceder —en ningún caso— de un año de duración, y pudiendo acordar aquéllos, previa conformidad del penado, que se cumpla el arresto sustitutorio mediante trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53.2). Puede considerarse como un acierto del NCP (58), en su tendencia de fuga o huida de la prisión, el haber contemplado la posibilidad de sustituir el arresto sustitutorio, en caso de impago de multa, por el cumplimiento en régimen de arrestos de fin de semana,

(56) El «Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de CP de 1992», en *Cuadernos del CGPJ* 11, p. 224, consideraba que el ámbito de aplicación de la multa proporcional debía circunscribirse también a aquellos supuestos «en que resulte absolutamente necesaria en razón de la insuficiencia de la cuantía de la multa por cuotas».

(57) Vid. MANZANAREZ SAMANIEGO, J. L., *Comentarios al Código Penal, 1996*, cit., p. 32.

(58) De esta manera, parece que el legislador español acoge en el NCP la sugerencia formulada por nuestro TC (vid. en este sentido, D. LÓPEZ GARRIDO/M. GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 61), cuando en la importante STC 19/1988, de 16 de febrero de 1988 (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 1988), declaró la constitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de multa, regulado por el artículo 91 del CPA, aunque reconoció (en su fundamento jurídico 8) que pueden concebirse respuestas normativas y alternativas legales distintas a la que recoge el artículo 91 del CPA. Cfr. en la misma dirección la STC 230/1991, de 10 de diciembre de 1991 (BOE núm. 3, de 3 de enero de 1992). En nuestra doctrina penal ya se había apuntado la oportunidad y necesidad de que, además de la suspensión condicional, se aplicasen como medidas sustitutivas al arresto sustitutorio: el arresto domiciliario y la prestación de un trabajo de utilidad común (vid. ROLDÁN BARBERO, H., «Arresto sustitutorio y sanciones alternativas», en *ADPCP*, 1989, pp. 865 ss).

incomprensiblemente limitado a los supuestos de multa por cuotas, o mediante trabajos en beneficio de la comunidad, aplicable a ambas modalidades de multa. Además, conviene tener presente que será posible dejar en suspenso la ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, ya que el artículo 80.1 lo permite para todas las penas privativas de libertad —y el arresto sustitutorio, conforme al artículo 35, lo es— inferiores a dos años.

Por último, la responsabilidad personal subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años (art. 53.3); y, el cumplimiento de aquélla extingue la obligación de pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna (art. 53.4).

III. EL SISTEMA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

El NCP incorpora una sistema global de medidas de seguridad, junto al de las penas, abandonando la criticable regulación anterior. En efecto, la regulación de las medidas de seguridad en el Derecho Penal español se ha caracterizado tradicionalmente, con la salvedad del CP de 1928 (59), por su dispersión y por estar ubicadas —en gran medida— en leyes especiales de prevención sin delito (60). Nada nos dice la Exposición de Motivos del CP de 1995 sobre el nuevo sistema de medidas de seguridad que incorpo-

(59) El CP de 1928 introduce en nuestro Derecho el sistema dualista, dando entrada en el CP a las medidas de seguridad al lado de las penas. Dedicó, fundamentalmente, el capítulo III («De las medidas de seguridad y sus clases», arts. 90 ss.) del tít. III del libro I del CP a la regulación de las medidas de seguridad, destacando sobre todo la previsión de medidas de seguridad (de disolución, supresión o suspensión) aplicables a entidades o personas jurídicas, sociedades, corporaciones o empresas por su peligrosidad objetiva, es decir, por utilizar la estructura organizativa de la persona jurídica para cometer delitos (arts. 92 y 93). En el sistema de medidas del CP 1928 no se precisa, con claridad, el fundamento de las medidas de seguridad, que se relaciona con la peligrosidad social del sujeto (art. 97) y con un planteamiento de política criminal defensiva, es decir, de defensa de la sociedad frente a los delincuentes vagos, bebedores habituales, toxicómanos...

(60) Las medidas de seguridad han sido tradicionalmente reguladas por leyes especiales: Por la Ley de Vagos y Maleantes (LVM) de 4 de agosto de 1933, que se caracterizaba por ser una Ley sobre peligrosidad sin delito (vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*, RGLJ, 163, 1933, pp. 577 ss.), estableciendo medidas de seguridad predelictivas y confundiendo la peligrosidad criminal con la social, y porque partía de postulados defensistas que llevaron consigo a que en la práctica se aplicase con fines gubernativos y represivos (vid. DEL ROSAL, J., *Lecciones de Derecho Penal español, II*, 1960, p. 307); y, por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (LPRS) de 4 de agosto de 1970, que mantiene y agudiza todavía más los defectos de la Ley de Vagos (vid. AMTÓN ONECA, J., «El Derecho Penal de la postguerra», en *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971, p. 173). En efecto, la LPRS de 1970, como reconoce en su Preámbulo, mantiene sustancialmente los principios en los que se inspiró la Ley de 1933, y viene a ser una reforma de adaptación.

ra a nuestro texto punitivo básico (61). Antes de entrar en el estudio de los aspectos fundamentales del sistema de medidas de seguridad en el NCP, conviene destacar como dato positivo que el NCP deroga la crítica-ble LPRS (Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto

Por otra parte, la regulación de las medidas aparecían dispersas en la situación anterior al NCP: 1. En el CPA, para los supuestos de inimputabilidad de enajenación mental (art. 8.1.^a) y de alteración en la percepción (art. 8.3.^a), de semiimputabilidad (art. 9.1.^a, párrafo 2.^o, en los casos de eximente incompleta en relación con los núms. 1 y 3 del art. 8), y la medida de reeducación sustitutiva de la pena en el supuesto recogido por el artículo 65 para el mayor de 16 años y menor de 18. 2. En la legislación de menores, especialmente, en la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, de 5 de junio de 1992, que modifica la Ley de Tribunales Tutelares de menores (D 11 de junio de 1948) y su denominación, que será la de LO de 5 de junio de 1992. El artículo 17 de esta LO permite imponer a los mayores de 12 años y menores de 16 que hayan cometido hechos tipificados en la ley penal como delitos o faltas, por parte del Juez de Menores, las medidas siguientes: 1.^a Amonestación o internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana; 2.^a Libertad vigilada; 3.^a Acogimiento por otra persona o núcleo familiar; 4.^a Privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor; 5.^a Prestación de servicios en beneficio de la Comunidad; 6.^a Tratamiento ambulatorio o ingreso en un Centro de carácter terapéutico, y 7.^a El ingreso en un Centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado. En el caso de que se trate de un menor de 12 años, según establece el artículo 9.1.^o, párrafo 2.^o, de la citada LO de 5 de junio de 1992, «será puesto, en su caso, a disposición de las Instituciones administrativas de protección de menores». En esta materia, sobre el menor en el NCP, conviene tener presente lo siguiente: la disposición final séptima del NCP, que en su párrafo 2.^o declara que «queda exceptuada la entrada en vigor de su artículo 19 hasta tanto adquiera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto». El artículo 19 del NCP establece que «los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor»; La disposición derogatoria única 1.a) del NCP exceptúa de la derogación y mantiene la vigencia de —entre otros— los artículos 8.2.^o (mayoría de edad penal a partir de los 16 años), 9.3.^a (atenuación por ser el culpable menor de 18 años), la regla 1.^a del artículo 20 en lo que se refiere al artículo 8.2.^o (responsabilidad civil por los hechos ejecutados por un menor de 16 años), y 65 (posibilidad de sustituir la pena atenuada, aplicable al mayor de 16 años y menor de 18, por una medida de internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable) del CP, texto refundido de 1973 (CPA). La no aprobación de la Ley Penal Juvenil y del Menor obliga a mantener el régimen punitivo que para los menores delincuentes estaba previsto en el CPA, lo que —como señala MUÑOZ CONDE (en «El Moderno Derecho Penal en el Nuevo Código Penal. Principios y tendencias», en *La Ley*, año XVII, núm. 4043, 24 de mayo de 1996, p. 9)— «no deja de ser frustrante y desesperanzador»; y la disposición adicional segunda del NCP, que trata de garantizar una adecuada coordinación entre las entidades públicas encargadas en el territorio de la protección de menores y el Ministerio Fiscal, para que adopten las medidas oportunas conforme a sus competencias, frente a ciertas situaciones de menores de edad o incapaces que se encuentren en estado de prostitución.

(61) Es preciso acudir a la Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1992, donde sí se alude a las medidas de seguridad, al declarar que «las medidas de seguridad, exclusivamente post delictuales, se relacionan de forma cerrada y pueden ser privativas y no privativas de libertad. Se someten plenamente al llamado sistema vicarial...».

de 1970). La LPRS recogía la regulación básica de estas sanciones penales en nuestro Derecho (62), admitiendo las medidas de seguridad predelictivas y siendo la ambigua e indeterminada «peligrosidad social» del sujeto el fundamento de las medidas de seguridad. De esta manera, teníamos una regulación de las medidas de seguridad difícilmente compatible con las garantías propias de un Estado de Derecho y con las exigencias de la CE (63).

Veamos los aspectos más relevantes que nos ofrece el sistema de medidas de seguridad en el NCP: 1.º Los principios; 2.º Los presupuestos de aplicación; 3.º La naturaleza y clases de las medidas de seguridad; 4.º Las relaciones entre las penas y las medidas de seguridad (el sistema vicarial), y, 5.º La ejecución de las medidas de seguridad.

1.º *Los principios que informan la regulación de las medidas de seguridad*

El NCP, siguiendo las directrices marcadas por la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, ubica sistemáticamente

(62) Los mayores inconvenientes de la LPRS provienen de sus propios postulados: el criterio ambiguo de la «peligrosidad social», como fundamento de las medidas de seguridad; el mantenimiento de las medidas de seguridad predelictivas; la confusión entre supuestos de peligrosidad sin delito y postdelictivos; la rigidez para solucionar el problema del concurso entre penas y medidas de seguridad privativas de libertad; ... (vid. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho Español*, 1976; y ROMEO CASABONA, C. M., *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, 1986. Sobre las modificaciones posteriores a la LPRS de 1970, motivadas por razones políticas (final del régimen autoritario del general Franco y comienzos de la moderna democracia española), recogidas en las Leyes de 28 de noviembre de 1974 y de 26 de diciembre de 1978, vid. JORGE BARREIRO, A., «La reforma de 1978 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social», en *Comentarios a la Legislación Penal*, dir. COBO DEL ROSAL y coord. BAJO FERNÁNDEZ, II, *El Derecho Penal del Estado democrático*, 1983, pp. 483 ss.

(63) En efecto, la LPRS viene a ser un cuerpo extraño en el marco de un Estado de Derecho e incompatible con los principios y garantías de legalidad y de seguridad jurídica que consagra nuestra Constitución de 1978 (arts. 9.3 y 25.1 de la CE). La posibilidad de aplicar medidas de seguridad, que pueden llevar consigo la privación de libertad del sujeto peligroso, sin necesidad de que se hubiere cometido previamente un hecho delictivo y en cuanto tienen un fundamento tan indeterminado, como es el de la peligrosidad social, ponen en entredicho los mencionados principios constitucionales y propios de un Estado de Derecho. Nuestro TC ha considerado inconstitucionales las medidas de seguridad predelictivas por violar el principio de legalidad penal recogido en el artículo 25.1 de la CE, con argumentos técnicamente incorrectos, al señalar —entre otras consideraciones— que no cabe aplicar ninguna medida de seguridad a quien no haya sido declarado todavía culpable de la comisión de un ilícito penal (cfr. SSTC 59/1985, de 27 de noviembre; 23/1986, del 14 de febrero, y, 21/1987, 19 de febrero), confundiendo conceptos básicos del Derecho Penal: una cosa es la aplicación de una pena, que presupone la culpabilidad del sujeto; y otra, bien distinta, es la aplicación de una medida de seguridad, que presupone la peligrosidad criminal del sujeto, que podrá concurrir y apreciarse en un inimputable. Para un análisis crítico de esta desacertada doctrina constitucional española sobre las medidas de seguridad, vid. GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal español*, por GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, 1996, pp. 369 ss.

las garantías y principios rectores de las medidas de seguridad, conjuntamente con los de las penas, en el Título Preliminar («De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal») del CP. Dentro de este apartado, se pueden destacar los siguientes principios que son aplicables a las medidas de seguridad: 1. El de legalidad que se consagra en el artículo 1.2, al declarar que «las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley». Se trata de una regulación incompleta del principio de legalidad, pues se refiere sólo a los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad, debiendo completarse con lo previsto por el inciso 2.º del artículo 2.1, es decir, con la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes que establezcan medidas de seguridad (64); 2. El de jurisdiccionalidad, recogido en el artículo 3.1: «No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales»; 3. El de ejecución, consagrado en el artículo 3.2, cuando declara que «tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces o Tribunales competentes»; 4. El fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito (art. 6.1), y 5. El de proporcionalidad, recogido por el artículo 6.2, que por su carácter novedoso y «peculiar» formulación merece un estudio aparte.

El artículo 6.2 consagra el principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad, en los siguientes términos: «Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». Esta deficiente formulación del principio de proporcionalidad proviene

(64) En este sentido, destaca GRACIA MARTÍN —en ob. ult. cit., p. 369— que el artículo 1.2 establece sólo el principio de legalidad en relación con los presupuestos de la aplicación de las medidas, pero el segundo inciso del artículo 2.1 sí recoge implícitamente el principio de legalidad de las medidas en cuanto prohíbe aplicar retroactivamente una medida de seguridad, y presupone la exigencia de que la medida aplicable ha de estar prevista por la ley en el momento en que el sujeto sea declarado peligroso e incluido en el supuesto de aplicación de aquélla. Conviene llamar la atención sobre la peculiar problemática de la retroactividad en el ámbito de las medidas de seguridad, debiendo tener presente que éstas tienen su fundamento en un estado personal de peligrosidad criminal que se prolonga en el tiempo, y que puede subsistir durante una sucesión de leyes y aparecen como supuesto fáctico actual respecto de cada una de ellas (vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, PG, 1977, p. 132). Este aspecto fundamental y diferenciador de las medidas de seguridad parece ser que no se ha tenido en cuenta al redactar el mencionado inciso 2.º del artículo 2.1 («carece, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad»). En el sentido crítico apuntado, vid. GRACIA MARTÍN, L., ob. ult. cit, p. 374.

del Proyecto de CP de 1992 (art. 4.2) y de las tesis sostenidas al respecto por un sector de nuestra doctrina penal (65). La Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1992 trataba de justificar la nueva formulación del principio de proporcionalidad, al señalar que «atendiendo una reivindicación ya antigua en la praxis penal española, y, por demás, impuesta por la garantía de legalidad, la duración de las medidas se somete a la que hubiera tenido la pena si el sujeto hubiese sido declarado plenamente responsable. De esa manera se terminará con una situación en la que cupieron internamientos indefinidos, en ocasiones justificados en nombre de una supuesta utilidad sanitaria, desconociendo que el sistema penal no puede ser subsidiario de la asistencia administrativo-sanitaria». Pues bien, estas ideas de la mencionada Exposición de Motivos vienen a informar la formulación del principio de proporcionalidad, recogida en el artículo 6.2 del NCP, y se desarrollan en los artículos 95.2 y 101-104 del NCP (66). Por lo

(65) Vid. por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo*, en *Derecho Penal y control social*, 1985, pp. 70 ss. Este autor, en ob. ult. cit., p. 75, reconoce que el principio de proporcionalidad y el de intervención mínima no son garantías suficientes para saber *a priori* el tiempo de duración de la medida y siempre existe el peligro de que pueda durar más que la pena. A tal planteamiento crítico, añade MUÑOZ CONDE que «la única manera de evitarlo era intentar traducir los mismos o similares criterios utilizados en la medición de la pena en la limitación de la medida. Indirectamente los criterios utilizados en la medición de la pena también pueden ser utilizados como criterios orientadores de la duración de la medida, manteniendo con ello una situación similar tanto para el sometido a la pena, como para el sometido a la medida. En pocas palabras, la medida en ningún caso podría durar más del tiempo del que hubiera debido durar la pena, caso de poder haber sido impuesta en los plenamente inimputables, o que la efectivamente impuesta en los semiimputables».

(66) El artículo 95.2 establece una importante limitación para imponer medidas de seguridad privativas de libertad, cuando declara que si la pena a imponer por el delito cometido no fuera privativa de libertad, el Juez o Tribunal sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 105, que son no privativas de libertad. Esta disposición está en la misma línea marcada por la reforma de 1983 del CP (LO 25 de junio de 1983) en relación con el tratamiento previsto por el artículo 9.1.^a, 2.^o, del CPA para los semiimputables.

En los artículos 101-103 (inimputables) y 104 (semiimputables) se establece, respectivamente, que la medida de internamiento no podrá exceder del tiempo que habría la pena privativa de libertad si hubiera sido declarado responsable el sujeto (arts. 101-103), y aquella sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito (art. 104). Cabe entender, a pesar de cierta contradicción de criterios que se aprecia entre los dos supuestos (inimputables y semiimputables), que el criterio a seguir es el del marco de la pena abstracta fijada en la PE para el delito de que se trate (*vid.* en este sentido MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 51, y GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 391. En contra GARCÍA ARÁN, en PG, cit., p. 612, quien considera que para los supuestos de inimputabilidad (arts. 101-103) cuando se alude a la pena como límite temporal del internamiento, debe atenderse a la pena que concretamente hubiera resultado de ser declarado responsable el sujeto).

que se refiere a la desafortunada fórmula del principio de proporcionalidad aplicable a las medidas de seguridad, prevista por el artículo 6.2 del NCP, podemos apuntar las siguientes observaciones: 1.^a Cuando se señala por el artículo 6.2 que «las medidas de la seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido», hay que cuestionar cómo se puede entender si una medida de seguridad es más o menos gravosa que una pena en el caso de que ambas tuvieran una naturaleza diferente (privativa de libertad una y no privativa de libertad otra), es decir, que podrán darse supuestos en que la comparación entre ambas sanciones será difícil o por no decir imposible (67); 2.^a Tal formulación confunde y equipara, en cierta forma, los conceptos, fundamentos y fines de la pena con los de las medidas de seguridad, con todos los inconvenientes que ello conlleva (68). Una adecuada formulación del principio de proporcionalidad respecto de las medidas de seguridad, ha de tener en cuenta preferentemente, el fundamento de las mismas, que es —como reconoce el artículo 6.1— la peligrosidad criminal del sujeto manifestada por la comisión de un hecho previsto como delito, y también la gravedad de los delitos que probablemente aquél pueda cometer en el futuro. Por todo ello, aunque el NCP muestra en la formulación del artículo 6.2 una encomiable preocupación garan-

(67) *Vid.* en este sentido crítico, GRACIA MARTÍN, L., ob. ult. cit., p. 389. Cfr. VIVES ANTÓN, T. S., en AA.VV. *Comentarios al Código Penal de 1995, I*, Valencia, 1996, pp. 63 y 64.

(68) En este sentido crítico, *vid.*, entre otros autores, CEREZO MIR (en *La Ley*, año XVII, núm. 4063, 21 junio 1996, cit., pp. 4 y 5: «las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, no tienen que ser necesariamente proporcionadas a la gravedad de los delitos cometidos, sino únicamente a la peligrosidad del delincuente... El delito cometido puede ser de escasa gravedad, pero aparecer como sumamente probable la comisión futura de delitos muy graves»); GRACIA MARTÍN (en *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 388: «Si el supuesto de hecho de la medida de seguridad es la peligrosidad criminal y sus fines son únicamente los de la prevención especial, la exigencia de que la medida ha de ser proporcional a la gravedad del delito ya cometido y, como consecuencia de ello, que la duración de la medida no puede rebasar la de la pena, implica una confusión total de los fundamentos de la pena (la culpabilidad) y de las medidas de seguridad (la peligrosidad)»); LUZÓN PEÑA (en *Jueces para la Democracia*, 14, 3/1991, cit., p. 57, destacando lo criticable que resultaba la fórmula del 4 del Anteproyecto de CP de 1992, hoy plasmada en el artículo 6.2 del NCP, en el sentido de que «la gravedad del hecho pasado y de la culpabilidad van a funcionar siempre como límite estricto de las medidas (aunque sólo en comparación con la pena abstracta, no con la concreta impuesta en la medición de la pena), y ello, aparte de no explicarse desde los fines preventivo-especiales de la medida, sino desde fuera de ésta, quizá sea demasiado rígido». Nuestro TC declara, con buen criterio, que «la medida de internamiento ha de ser proporcional a la peligrosidad del sujeto y no al delito cometido, y que la medida y su duración no ha de depender del tipo de la pena y duración que le hubiere correspondido al sujeto de no serle de aplicación la eximente de enajenación mental» (STC 24/1993, de 21 de enero).

tista y limitadora de las medidas de seguridad, conviene destacar la desafortunada regulación del principio de proporcionalidad prevista por el NCP, pues en el ámbito de las medidas de seguridad tal principio debe asentarse en la relación proporcional —como señalaron los proyectos de 1980 y 1983 (69)— entre la gravedad de la medida y la del grado de peligrosidad criminal del sujeto y la gravedad de los hechos delictivos que sea probable que éste pueda cometer en el futuro, es decir, ha de conectarse con los elementos que configuran y caracterizan las medidas de seguridad y no —como postula el artículo 6.2 del NCP— con los que son propios de la pena (delito cometido/pena abstractamente aplicable); y, 3.^º) En el inciso final del artículo 6.2, al declarar que las medidas de seguridad no pueden exceder «el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor», se recoge el principio de intervención mínima (70).

2.^º *Los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad*

Según el artículo 95 del NCP la aplicación de las medidas de seguridad requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1. Que el sujeto se encuentre comprendido en uno de los supuestos previstos por el CP: los supuestos de inimputabilidad —exentos de responsabilidad criminal conforme a los números 1.^º, 2.^º, y 3.^º del artículo 20 (71)— según los artículos 101, 102 y 103; y, los casos de semiimputabilidad —de eximente incompleta en relación con los números 1.^º, 2.^º y 3.^º del artículo 20—, conforme a lo previsto por el artículo 104. El artículo 105 permite al Juez o Tribunal acordar, desde un principio o durante la ejecución, para los casos previstos en los

(69) El artículo 133 del Proyecto de CP de 1980 establecía que «las medidas de seguridad guardarán proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer»; y, por su parte, el artículo 88.1 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 declaraba que «las medidas de seguridad serán necesariamente proporcionadas a la peligrosidad criminal del sujeto y a la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que aquél pueda cometer».

(70) En este sentido, señalaba MUÑOZ CONDE —en *Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo*, cit., p. 70— que «conforme al principio de intervención mínima, la medida debe durar el tiempo indispensable para conseguir eliminar la peligrosidad criminal del enfermo mental». Se trata de recordar algo tan evidente como que si no hay peligrosidad criminal del sujeto no procede la imposición de una medida de seguridad, pues faltaría su fundamento (art. 6.1) y uno de los presupuestos necesarios para su aplicación (arts. 95.1.2.^ª, y 97.a).

(71) Los números 1.^º, 2.^º y 3.^º del artículo 20 se refieren, respectivamente, a los supuestos de quienes al tiempo de cometer la infracción penal no pueden comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, «a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica» (núm. 1) o por encontrarse «en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancia psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos... o bajo la influencia de un síndrome de abstinencia» (núm. 2) o a quienes, «por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad» (núm. 3).

artículos 101 a 104, una serie de medidas no privativas de libertad. Además, conviene no olvidar la posibilidad, recogida en el artículo 108, de imponer al extranjero, no residente legalmente en España, la medida de expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicables; y debemos recordar la vigencia del artículo 65 del CPA que permite aplicar, como sustitutiva de la pena, una medida privativa de libertad de carácter rehabilitador para los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho. En esta panorámica que nos ofrece el NCP sobre los supuestos previstos para aplicar las medidas de seguridad, llama la atención y resulta criticable la falta de previsión de medidas de seguridad para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave, frente a los cuales no es suficiente la pena ni siquiera con la agravación de la reincidencia que se mantiene –artículo 22.8.^a– en el NCP (72). Era mucho más acertada la opción de política criminal que formularon otros textos prelegislativos anteriores, de haber previsto medidas privativas de libertad específicas para los delincuentes habituales peligrosos y de suprimir la agravante de reincidencia (73); 2. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito (art. 95.1.1.^a), es decir, que las medidas de seguridad en el NCP han de ser post-delictivas, desterrando acertadamente las medidas de seguridad predelictivas, cuya permanencia en la LPRS suponía un atentado contra el principio de legalidad. De esta manera, la exigencia de la previa comisión de un delito cumple –como señala Rodríguez Mourullo (74)– una triple función garantizadora: refuerza el pronóstico de peligrosidad (el sujeto ha demostrado ya su capacidad y energía criminal al haber cometido un hecho punible), fortalece la vigencia del principio de legalidad (el presupuesto de aplicación de la medida obtiene un ingrediente objetivo, el tipo legal objetivo

(72) Vid. críticamente, entre otros, CEREZO MIR, en *La Ley*, año XVII, núm. 4063, 21 de junio de 1996, cit., p. 5, al señalar que «uno de los mayores defectos del nuevo Código Penal desde el punto de vista político-criminal, es la falta de previsión de medidas de seguridad postdelictuales para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave», denunciando también la insuficiencia de la agravante de reincidencia para hacer frente a su peligrosidad. Por otra parte, como destaca LUZÓN PEÑA (en *Jueces para la Democracia*, 14, 3/1991, cit., p. 58), puede haber habitualidad sin reincidencia, y estaría justificada la previsión de una medida acumulativa de internamiento a la pena, para los habituales de delitos graves.

(73) Vid. el Proyecto de CP de 1980 (el artículo 150 preveía para los delincuentes habituales, como complemento de la pena correspondiente al delito cometido, el internamiento en un centro de terapéutica educativa o de rehabilitación social, sin que pueda exceder de diez años. El artículo 28.11.^a mantenía las agravantes de reincidencia), y la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 (el art. 100.1 establecía que «a los delincuentes habituales el Tribunal les impondrá, además de la pena correspondiente, el internamiento en un centro de terapia social por un tiempo que no podrá exceder de cinco años. Este internamiento podrá ejecutarse antes o después del cumplimiento de la pena». Desaparecían las agravantes de reincidencia).

(74) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», en AA.VV. *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia 1974, pp. 363 y 364.

correspondiente al hecho ejecutado por el sujeto peligroso), y reduce a límites tolerables la función preventiva por parte del poder punitivo del Estado en su lucha contra el delito. De la regulación de las medidas de seguridad en el NCP, por su referencia expresa al «delito» y por la formulación del principio de proporcionalidad, cabe entender que el término «delito» se refiere a la comisión de un delito en sentido estricto (grave o menos grave) y no a la falta (75). Además, de acuerdo con cierto sector doctrinal (76), conviene tener presente que la aplicación de la medida de seguridad post-delictiva presupone la comisión de un hecho delictivo típicamente antijurídico, y 3. Que concurra un estado personal de peligrosidad criminal del sujeto, es decir, que se pueda apreciar y formular positivamente, en el caso concreto, un juicio de pronóstico acerca de la probabilidad o relevante posibilidad de que el sujeto llevará a cabo una conducta delictiva en el futuro. De esta manera, el NCP abandona el criticable e indeterminado presupuesto de la «peligrosidad social», que recogía la derogada LPRS de 1970 y que no cualificaba la peligrosidad (77).

3.º *La naturaleza y clases de las medidas de seguridad*

Según el artículo 96 del NCP «las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad».

Las medidas de seguridad privativas de libertad son: el internamiento en centro psiquiátrico; el internamiento en centro de deshabitación, y el internamiento en centro educativo especial (art. 96.2).

La medida de internamiento en centro psiquiátrico no se recoge expresamente en ninguno de los supuestos previstos en el NCP (arts. 101-104) para aplicar medidas de seguridad. Cabe entender que se refiere a la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un

(75) Vid. artículos 6.1 («Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito»), 95.1 (1.º «que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito»), 95.2 («Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad...»). A favor de esta tesis, de entender el delito en sentido estricto como delito (delitos graves y menos graves, arts. 13 y 33) y no como falta, vid. GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 379 y 380.

(76) Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal*, PG, I, 1996, p. 577; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, PG, 4.º ed., 1996, p. 421.

(77) El artículo 2.b) de la LPRS de 1970 establecía la «peligrosidad social» como uno de los presupuestos de las medidas de seguridad. La peligrosidad social, que se refiere a la probabilidad o relevante posibilidad de que el sujeto realice actos socialmente dañosos en el futuro, aparecía confundida en la LPRS con la peligrosidad criminal que sí cualifica con precisión la peligrosidad, referida a la comisión de delitos en el futuro (vid. LANDECHO, C. M., «Peligrosidad social y peligrosidad criminal», en AA.VV., *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia 1974, pp. 251 ss.; ROMEO CASABONA, C. M., *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit., pp. 44 ss.).

«establecimiento adecuado» (centro psiquiátrico) al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie (arts. 101 y 104), aplicable a los inimputables (art. 20, núm. 1), y semiimputables (art.21.1.^a en relación con el artículo 20, núm. 1). El NRP (Nuevo Reglamento Penitenciario, RD 190/1996, de 9 de febrero), se refiere en su artículo 183 a los establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias, definiéndolos como «aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes». Y el artículo 184, letra b), declara que el ingreso en tales centros se llevará a cabo en el caso de «personas a las que por aplicación de las circunstancias eximentes establecidas en el Código Penal les haya sido aplicada una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario». Aquí, con relación a esta medida de internamiento, cabe formular dos observaciones críticas: 1.^a La medida primera del artículo 96.2 del NCP (internamiento en centro psiquiátrico) no se contempla en ninguno de los supuestos que recoge el NCP, y 2.^a Su concreción se puede encontrar en el NRP (arts. 183 ss.), donde se alude a establecimientos psiquiátricos penitenciarios, es decir, a centros o dependencias de centros penitenciarios. Por lo tanto, sigue sin lograrse el objetivo doctrinal de cumplir esta clase de medidas en centros hospitalarios o en establecimientos dependientes de los servicios de salud comunitarios (78).

La medida de internamiento en centro de deshabitación está prevista para los exentos de responsabilidad criminal conforme al número 2.^o del artículo 20 (por encontrarse en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos..., o por hallarse bajo la influencia de un síndrome de abstinencia), y para los semiimputables por la aplicación de la correspondiente eximente incompleta (cfr. arts. 102 y 104). El artículo 102.1 se refiere a centros de deshabitación públicos o privados, debidamente acreditados u homologados. El artículo 182 del NRP alude al internamiento en centros de deshabitación para los penados clasificados en tercer grado que necesiten un tratamiento específico para deshabitación de drogodependencias y otras adicciones, estableciendo en su apartado 3 que «la Administración Penitenciaria correspondiente celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal». Aquí, se puede reproducir la situación de desigualdad que ya se daba en el tratamiento de penados adictos al consumo de drogas y clasificados en tercer grado (79), es decir, que de acuerdo con la

(78) Vid. GARCÍA ALBERO, R., en AA.VV., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 518 ss.

(79) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios al Código Penal*, por J. L. MANZANARES/J. CREMADES, 1996, p. 50.

situación económica del penado y del peligroso o de sus familias se podrá ir o no al centro de deshabitación privado homologado para cumplir con el correspondiente tratamiento extrapenitenciario.

Por último, dentro de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el NCP, está la medida de internamiento en un centro educativo especial que es aplicable a los inimputables conforme al núm. 3 del artículo 20 y a los semiimputables relacionados con tal situación, de tener alterada gravemente la conciencia de la realidad (cfr. arts. 103 y 104). Se trata de una medida de marcado carácter pedagógico encaminada a cubrir el déficit de instrucción del sujeto sometido a la misma, y se entiende que se llevará a cabo en unidades extrapenitenciarias (cfr. art. 182 NRP). Conviene advertir que será posible aplicar la medida de internamiento en centro especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir una corrección, a los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, como sustitutivo de la pena atenuada que le hubiera sido impuesta [art. 65 del CPA, todavía vigente según la Disposición derogativa única, 1, a) del NCP].

Las medidas de seguridad no privativas de libertad son las recogidas en los artículos 96.3 y 105 del NCP. Sólo son aplicables, al igual que las medidas privativas de libertad, a los sujetos inimputables y a los semiimputables. Cabe criticar el solapamiento y el confusiónismo que provoca la regulación de las medidas no privativas de libertad en los artículos 96.3 y 105 (80), que no son coincidentes (81). El artículo 96.3 recoge como medidas no privativas de libertad: la prohibición de estancia y residencia en determinados lugares (art. 96.3.1.^a), que tiene como duración máxima cinco años [art. 105.1.c)]. Recuerda la vieja, y derogada por el NCP, pena de destierro (82); la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores (art. 96.3.2.^a), cuya duración máxima será de diez años [art. 105.2.b)]. Tal medida es sustancialmente idéntica a la pena privativa del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores [art. 39.d)]; la privación de licencia o del permiso de armas (art. 96.3.3.^a), por un tiempo de hasta diez años [art. 105.2.a)], que se viene a corresponder con la pena

(80) Vid. críticamente, entre otros, TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, por TERRADILLOS/MAPELLI, 3.^a ed., 1996, p. 206; GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, PG, por M. CONDE/G. ARÁN, cit., pp. 610 y 11; GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 399 ss.

(81) Así, en el artículo 105 no se recogen las medidas no privativas de libertad, recogidas en el artículo 96.3, de inhabilitación profesional y de expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España, que se regulan, respectivamente, en los artículos 107 y 108.

(82) Cfr. artículo 88 del CPA. Las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios socialistas de Cataluña (núm. 129) y socialista (núm. 390) al artículo 135.8.^a del Proyecto de CP de 1980, que recogía la medida de prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, proponían la supresión de tal precepto porque consideraban a esa medida como una mera reconversión de la pena de destierro.

privativa del derecho a la tenencia y porte de armas [art. 39.e)]; la inhabilitación profesional (art. 96.3.4.^a), por un tiempo de uno cinco años, y cuyo contenido es similar a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo, o empleo [arts. 107 y 39.b)]; la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España (art. 96.3.5.^a), por un plazo que no puede exceder de diez años, y que opera como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables (art. 108); y «las demás previstas en el artículo 105 de este Código». Pues bien, el artículo 105 recoge gran parte de las medidas no privativas de derechos que se contienen en el artículo 96.3 –salvo las de inhabilitación profesional (art. 107) y de expulsión del extranjero no residente legalmente en España (art. 108)– y añade las siguientes medidas no privativas de libertad, cuya duración no podrá exceder de cinco años: la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario [art. 105.1.a)]; la obligación de residir en un lugar determinado [art. 105.1.b)], que nos recuerda la vieja, y derogada por el NCP, pena de confinamiento (83); la prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas (art. 105.1.d), de difícil o prácticamente imposible control de su cumplimiento (84); la custodia familiar, quedando el sometido a esta medida al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia [art. 105.1.e)]; y el sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares [art. 105.1.f)]. Esta última medida no privativa de libertad, que proviene del Proyecto del CP de 1994, adolece de falta de concreción, atentando contra el principio de legalidad, al referirse en su inciso final a «otros programas similares». El artículo 106 establece que el Juez o Tribunal dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise

(83) Cfr. artículo 87 del CPA. Las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios socialistas de Cataluña (núm. 128) y socialista (núm. 389) al artículo 135-7.^a del Proyecto de CP de 1980, que preveía la medida de obligación de residir en un lugar determinado, proponían la supresión de esta medida en cuanto venía a ser una mera reconversión de la pena de confinamiento.

(84) En este sentido se manifestaban las enmiendas de los grupos parlamentarios socialistas de Cataluña (núm. 130) y socialista (núm. 391), al proponer la supresión de la medida 9.^a del artículo 135 del Proyecto de CP de 1980, que se refería a la «prohibición de concurrir a determinados lugares o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o donde se consuman estupefacientes o drogas tóxicas», señalando que «en lo que se refiere a la prohibición de visitar establecimientos de bebidas, la práctica imposibilidad de control de cumplimiento de la misma la hace ineficaz, además este tipo de locales, dada la idiosincrasia de la sociedad española, se convierten de facto en centros habituales de reunión social, por lo que la prohibición de concurrir a los mismos no parece acertada».

y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad.

La criticable regulación de las medias de seguridad no privativas de libertad en el NCP, entre otras razones por el solapamiento entre los artículos 96.3 y 105, da lugar a ciertas e importantes contradicciones. Así, según el artículo 95.2, «cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 105», que —como hemos visto— no se corresponden con las recogidas en el artículo 96.3. En tales casos, no se podrán aplicar las medidas de inhabilitación profesional y de expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España, pues no se encuentran recogidas en el artículo 105, sino en los artículos 107 y 108. En cambio, las medidas no privativas de libertad previstas en el artículo 96.3, que contempla las del artículo 105, sólo se podrán aplicar cuando la pena señalada abstractamente al delito fuere privativa de libertad (arts. 101-104) (85).

4.^a *Las relaciones entre las penas y medidas de seguridad privativas de libertad*

El NCP ha adoptado el sistema dualista (delito-pena; estado de peligrosidad criminal-medida de seguridad), y, con ello, ha asumido los riesgos de incurrir en una de las causas por las que se puede hablar de la crisis del Derecho Penal: la doble privación de libertad que puede llevar consigo la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Para resolver este problema, el NCP adopta, siguiendo la solución que se ha impuesto en el Derecho comparado (86), el sistema vicarial de sustituir la pena por la medida de seguridad: primero, se aplicará la medida de seguridad privativa de libertad y se computa el tiempo de cumplimiento de ésta al de la pena privativa de libertad; y, luego, el Tribunal podrá acordar, de acuerdo con los resultados obtenidos a través del cumplimiento de la medida, la suspensión condicional del resto de la pena que quedase por cumplir. En la situación anterior al CP de 1995, el artículo 25.2.º de la LPRS de 1970 establecía que «si concurriera con las medidas de seguridad impuestas alguna pena total o parcialmente pendiente de ejecutar, y aquéllas y ésta no fueren susceptibles de cumplimiento simultáneo, se ejecutará preferentemente la pena». De esta manera, la LPRS venía a consagrar el criticable sistema de dualismo rígido: aplicar primero la pena y luego la medida de seguridad, pudiendo calificarse tal sistema como irracional —al hacer cumplir preferentemente la pena y retrasar el comien-

(85) Vid. GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, PG, cit., p. 611; GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 401.

(86) Así, el párrafo 67 del CP alemán; el párrafo 24 (1) de CP austriaco; artículos 42-44 del CP suizo.

zo del tratamiento rehabilitador propio de la medida de seguridad (ej.: los supuestos de semiimputables con anomalías psíquicas o en situación de drogodependencia)— e injusto —en cuanto trata de aplicar un doble tratamiento y privación de libertad («fraude de etiquetas») como si existieran dos personalidades, cuando es sólo una la persona destinataria de la sanción penal aplicable como consecuencia de la comisión del delito— (87). Tales inconvenientes del sistema dualismo rígido, han de subsanarse mediante el denominado «dualismo flexible» (88), que distingue entre pena y medida de seguridad (fundamento y fines diferentes), y que aparece condicionado en la práctica por el sistema vicarial o de sustitución para los casos de concurrencia entre penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Y esto último es lo que trata de plasmar el artículo 99 del NCP, al declarar que «en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 105». En los supuestos de posible concurrencia entre pena y medidas de seguridad privativas de libertad, es decir, en el NCP sólo para los casos de semiimputabilidad, el artículo 104 establece que «la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito», y «para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99». Conviene advertir que, conforme a lo previsto por el artículo 95.2, «cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 105».

Volviendo a la regulación del sistema vicarial, recogido en el artículo 99 del NCP y con antecedentes en el párrafo 2.º del artículo 9.1.º del CPA (89), conviene formular ciertas consideraciones críticas: el excesivo arbitrio judicial a la hora de decidir la suspensión del cumplimiento del

(87) Vid. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, 1976, pp. 170 ss.

(88) Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. ult. cit., pp. 189 ss.

(89) El párrafo 2.º del artículo 9.1.º del CPA se refería a los supuestos de eximente incompleta relativos a los casos de semiimputabilidad de enfermos mentales, relacionados con las eximentes 1.º y 3.º del artículo 8 del CPA, estableciéndose que «el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta fuere privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de esta última. En tales casos, la medida se cumplirá siempre antes que la pena y el período de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de que el Tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento».

resto de la pena, que dependerá de «si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la medida de seguridad»; y, lo más grave y preocupante, la desafortunada previsión del último inciso del artículo 99, cuando establece como alternativa de sustitución —una vez cumplida la medida de seguridad impuesta— la de aplicar alguna de las medidas de seguridad no privativas de libertad previstas en el artículo 105. De esta forma se desnaturaliza el sistema vicarial y se crea un lamentable confusionismo —una vez más— entre la pena y las medidas de seguridad (90). En este sentido hubiera sido más correcto, y adecuado a la esencia del sistema vicarial, el haber hecho referencia —como hacían otros textos prelegislativos (91)— sólo a la extinción de la condena o a la reducción de su duración, o a la suspensión condicional del resto de la pena que quedase por cumplir, pero en ningún caso la alternativa —prevista por el artículo 99 del NCP— de aplicar medidas no privativas de libertad.

5.^a *La ejecución de las medidas de seguridad*

El NCP proclama, en el artículo 3.2, el principio de ejecución jurisdiccional de las medidas de seguridad, al requerir que «se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes». El necesario proceso de revisión periódica de la decisión adoptada por el Tribunal sentenciador se garantiza mediante la regulación que establece el artículo 97 del NCP, al permitir que el Juez o Tribunal sentenciador, durante la ejecución de la sentencia, puede adoptar —mediante procedimiento contradictorio, y previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria— una serie de medidas para revisar periódicamente la medida de seguridad adoptada: 1.^a Decretar el cese de cualquier medida de seguridad, cuando desaparezca la situación de peligrosidad criminal del sujeto. En tales casos, faltaría el fundamento de la medida de seguridad (cfr. arts. 6.1 y 95.1.2.^a del NCP); 2.^a Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. Si una vez acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente se dejará tal medida sin efecto. Queda sin determinar la medida sustitutiva, salvo que ha de ser de las previstas para el supuesto de que se trate, ni nada se dice acerca de qué medida procede adoptar si el sujeto evoluciona desfavorablemente, una vez que ha sido acordada la sustitución, debiendo entenderse que —en principio— ha de retornarse a la aplicación de la medida sustituida (92), y 3.^a Dejar en suspenso

(90) Vid. en sentido crítico, GARCÍA ALBERO, R., en AA.VV. *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., p. 539.

(91) Cfr. artículo 145.2.^o del Proyecto de CP de 1980 (que permitía dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al éxito de tratamiento), y artículo 89 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 (que facultaba al órgano judicial para suspender el cumplimiento del resto de la pena, si por el tiempo transcurrido procediere la aplicación de la libertad condicional).

(92) Vid. GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 410.

la ejecución de la medida en atención al resultado obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que lo impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 (comisión de un hecho delictivo, y la peligrosidad criminal del sujeto).

El Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar, al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o sustitución de la medida de seguridad privativa de libertad (art. 97 –último párrafo–. Cfr. artículo 103.3, relacionado con los supuestos de exención de responsabilidad criminal del artículo 20, núm. 3, en los que la propuesta de mantenimiento o modificación de la medida de seguridad deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza). El Juez de Vigilancia, para formular la mencionada propuesta, deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad, y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene (art. 98).

Por último, el artículo 100 del NCP contiene la normativa sobre el quebrantamiento de las medidas de seguridad: en el supuesto de quebrantamiento de medidas privativas de libertad, procederá el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado, sin perjuicio de deducir testimonio por el quebrantamiento de la medida en los casos de semiimputabilidad previstos por el artículo 104, a los efectos de la posible responsabilidad criminal por el delito de quebrantamiento de la medida de seguridad (art. 468); y, en el caso de quebrantamiento de medidas no privativas de libertad, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la medida quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad.

A título de conclusión, sobre el sistema de medidas de seguridad del NCP, pueden formularse las consideraciones siguientes: 1.^a El acierto del NCP, al proclamar que el fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad criminal del sujeto exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. El NCP prevé la derogación de la criticable LPRS de 1970, donde se establecía la peligrosidad social como fundamento de las medidas de seguridad y se admitían las medidas predelictivas; 2.^a Es acertado que el NCP, dentro del sistema global de medidas de seguridad incorporado a nuestro texto punitivo básico, regule expresamente los principios garantizadores penales para las medidas de seguridad. Sin embargo, resulta criticable la formulación que el NCP postula acerca del principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad, llegando a una criticable confusión entre la pena y la medida de seguridad; 3.^a No es correcto el criterio seguido por el NCP para establecer la limitación temporal de las medidas de seguridad privativas de libertad, acudiendo al

tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, cuando lo apropiado hubiera sido fijar —como se hace en el artículo 105 para las medidas de seguridad no privativas de libertad— unos topes temporales para cada una de las medidas de seguridad privativas de libertad; 4.^o Cabe denunciar la grave laguna del NCP, al no haber contemplado ninguna medida de seguridad para los sujetos habituales peligrosos de criminalidad grave; 5.^a Se observa un criticable mimetismo entre el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad del NCP y el de la LPRS, siendo además objetable el solapamiento de aquellas medidas que se observa entre los artículos 96.3 y 105 del NCP; 6.^a No es acertada la fórmula utilizada por el artículo 99 del NCP para regular el sistema vicarial, al remitirse en su inciso final a la alternativa de aplicar —como sustitutivo del resto de la pena— medidas no privativas de libertad; y 7.^a Resulta incomprensible y criticable que no se hubiera aprobado, antes de entrar en vigor el NCP, el nuevo Derecho Penal juvenil español.

IV. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

El NCP, siguiendo lo establecido por la Propuesta del Anteproyecto de NCP de 1983 (arts. 136-138) y cierta tendencia del Derecho Comparado (93), incorpora las denominadas «consecuencias accesorias». El título VII («De las consecuencias accesorias») del libro I del NCP regula, como consecuencias accesorias, el comiso (arts. 127 y 128) y una serie de medidas (art. 129) aplicables a personas jurídicas (sociedades, empresas, fundaciones o asociaciones). Se trata de sanciones *sui generis*, que no son penas ni medidas de seguridad, y se caracterizan porque tienen su fundamento y legitimación en un supuesto de hecho al que le son ajenas tanto la culpabilidad como la peligrosidad criminal del sujeto (94).

1. El comiso (arts. 127 y 128) se configura en el NCP como consecuencia accesoria, mientras que en el CPA (arts. 27 y 48) era catalogado y considerado como pena accesoria. En todo caso, el comiso en el NCP sigue condicionado a la pena (95). Como novedad importante es la de que el NCP

(93) Vid. MANZANARES, en *Comentarios al Código Penal*, 1996, cit., p. 56, quien considera que el título VI del libro I del NCP parece inspirarse en las *Nebenfolgen* del CP alemán [arts. 45, 45a) y 45b)], aunque en éste las únicas consecuencias accesorias son la inhabilitación para cargo público y derechos de sufragio activo y pasivo.

(94) Vid. GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal español*, cit., p. 439.

(95) La denominación «accesorias» apunta, en principio, según LÓPEZ GARRIDO, D/GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 82, a que dependen de la existencia de la responsabilidad penal y de la pena.

incorpora el comiso de las ganancias, hasta ahora no recogido en el CP español. La regulación del comiso del NCP proviene del Proyecto de CP de 1994. Conviene distinguir los dos supuestos de comiso: el de los instrumentos y efectos del delito, y el de las ganancias provenientes del delito (96).

1.1 Por un lado, el comiso de los instrumentos y efectos del delito constituye una medida *sui generis*, cuya imposición ha de limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa (97). Sin embargo, el NCP condiciona la aplicación del comiso a que se haya impuesto una pena por el delito o falta dolosos cometidos, exigiendo que el sujeto haya realizado un hecho típicamente antijurídico y culpable. De esta manera, como destaca un importante sector doctrinal (98), la regulación del comiso de efectos e instrumentos del delito en el NCP no permite su aplicación conforme a su fundamento (peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales) y finalidad (prevenir y evitar la utilización de esas cosas en el futuro para la comisión de nuevos delitos), quedando sin resolver los problemas que se suscitaban anteriormente de no poder decretar el comiso ante la imposibilidad de imponer una pena. A pesar del carácter preceptivo del artículo 127 del NCP para la aplicación del comiso, cuando se imponga una pena por delito o falta dolosos, podría considerarse (99) que no procede aplicar el comiso cuando la cosa no resulte peligrosa y no se compruebe la probabilidad de que se vaya a utilizar en el futuro para cometer nuevos delitos. El artículo 128 del NCP, que se corresponde en gran medida con el artículo 48.2.º del CPA (100), establece con carácter facultativo la posibilidad de imponer el comiso de efectos e instrumentos de lícito comercio

(96) En Derecho Penal comparado (Suiza, Alemania y Austria) se distingue entre el comiso de los instrumentos del delito y sus productos (*EINZIEHUNG*), y el comiso de ganancias (*VERFALL*). Cfr. artículos 58 y 59 del CP suizo, y parágrafos 73 ss. del CP alemán, y 20 y 26 del CP austriaco. Entre nosotros, MANZANARES SAMANIEGO —en «Comentarios a la Parte General del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal (1992)», *RDPyC*, 2-1992, p. 439— señala que «no hace falta subrayar que la naturaleza del comiso de los instrumentos del delito, y aún de sus productos, por un lado, y el de las ganancias, por otro, responden a consideraciones tan diversas que cabe hablar de dos figuras distintas. La primera descansaría en la peligrosidad de la cosa, mientras que la segunda constituiría una medida para corregir situaciones patrimoniales ilícitas».

(97) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de comiso», *REP* 1977, p. 39.

(98) Vid. GRACIA MARTÍN, L. ob. ult. cit., p. 448; GUINARTE CABADA, G., en AA. *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Valencia 1996, p. 657. Cfr. los artículos 136 y 137 de la Propuesta de Anteproyecto de NCP de 1983.

(99) Vid. GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 448 y 449.

(100) El artículo 48.2.º del CPA establecía que «cuando los referidos efectos o instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente». Este precepto fue incorporado al CP español por la LO de 25 de junio de 1983, reafirmando el carácter de pena del comiso.

en tres supuestos: cuando no guarde proporción con la naturaleza de la infracción penal, o con su gravedad, o cuando se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles. En tales casos, el Juez o Tribunal podrá no decretar el comiso o decretarlo parcialmente. Se trata de una regla específica de proporcionalidad, que puede dar lugar a un más que discutible comiso parcial (101).

El objeto de esta modalidad de comiso son los instrumentos y efectos del delito: los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, es decir, los medios empleados para su comisión (las armas en la producción de la muerte o las lesiones, los útiles para el robo, las instalaciones creadas para el engaño de la estafa); y, los efectos del delito, constituidos por los objetos producidos por el delito (documentos o monedas falsificados y los comestibles adulterados), y no lo son aquellas cosas que representan el objeto de la infracción (102).

1.2 Por otra parte, el artículo 127 del NCP recoge el comiso de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Aunque el legislador de 1995 parece haberse olvidado de relacionar esta modalidad de comiso con las faltas, puede entenderse aquí que la expresión delito comprende también las faltas (103). Se trata de una medida *sui generis*, que se caracteriza por su objeto (ganancia o provecho económico) y porque no ofrecerá normalmente peligrosidad intrínseca alguna, y su naturaleza es la de una medida tendente a impedir un lucro ilícito (104).

El comiso de los instrumentos y efectos del delito y de las ganancias provenientes del mismo procederá cuando se imponga una pena por delito o falta, salvo que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. El artículo 127 del NCP añade, por último, que «los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán».

(101) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de comiso en el proyecto de Código Penal», *ADPCP*, 1981, p. 624, destacando lo difícil que resulta el fraccionamiento de la propiedad, que desembocaría en condominios absurdos, únicamente soslayables si el comiso parcial de la cosa se sustituyera por una pena obligacional. El problema ha de resolverse, según MANZANARES (ob. ult. cit, p. 625), o decomisando la cosa en su totalidad o renunciando por completo a la sanción.

(102) Vid. CÓRDOBA RODA, J., en AA.VV. *Comentarios al Código Penal*, II, 1972, p. 196.

(103) Vid. en este sentido GUINARTE CABADA, G., en AA.VV. *Comentarios*, I, Valencia 1966, p. 660.

(104) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *ADPCP*, p. 620; GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 452 («se trata de una medida de Derecho civil tendente a impedir el enriquecimiento sin causa, más concretamente el enriquecimiento injusto»).

El comiso se regula específicamente en el NCP para una serie de delitos como los siguientes: de tráfico de drogas (art. 374); contra la seguridad de tráfico (art. 385); cohecho y tráfico de influencias (art. 431).

2. Las medidas aplicables a personas jurídicas (art. 129).—Otra modalidad de las consecuencias accesorias previstas en el NCP, junto al comiso de instrumentos y efectos del delito y de las ganancias provenientes del mismo, son las medidas de clausura, disolución, suspensión de actividades... de las personas jurídicas (empresa, sociedad, asociación o fundación), que se contemplan en el artículo 129.

Las medidas previstas en el artículo 129 tienen su precedente en algunos preceptos de la PE del CPA (105), y como medidas de seguridad—además de haberse contemplado como tales en el CP de 1928 (art. 90, 10.^a y 11.^a)— se recogían en el Proyecto de CP de 1980 (106). A partir de la

(105) Así, *vid.* los siguientes artículos del CPA: 174, último párrafo (disolución de la asociación ilícita); 265 (disolución de la asociación, para los delitos de tenencia y depósito de armas o municiones y tenencia de explosivos); 344 bis, *b*) (disolución de la organización dedicadas a difundir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público; suspensión de las actividades de la organización o clausura de los establecimientos abiertos al público por tiempo de seis meses a tres años; prohibición a la organización de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años); 347 bis, último párrafo (clausura temporal o definitiva del establecimiento, y la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores, para los delitos contra el medio ambiente); 452 bis, *d*), 2.^a (cierre temporal o definitivo del establecimiento o local para los delitos contra la prostitución); y, 546 bis, *f*), párrafo 3.^o (cierre del establecimiento de seis meses a seis años o con carácter definitivo para los delitos de recepción con conocimiento de alguno de los delitos de tráfico de drogas).

(106) El artículo 135 del Proyecto de CP de 1980 contemplaba las medidas de seguridad de: clausura de empresas, locales o establecimientos, con carácter temporal (hasta cinco años) o definitivo (16.^a); disolución de asociaciones, sociedades o empresas (17.^a); suspensión de las actividades de dichas asociaciones, empresas, sociedades, por un plazo que no podía exceder de dos años (18.^a); y prohibición a tales entes de realizar determinadas actividades, operaciones o negocios, con carácter temporal (hasta cinco años) o definitivo (19.^a). Conviene advertir que el artículo 131 del Proyecto de CP de 1980 establecía como requisitos para imponer las medidas de seguridad: que se hubiere ejecutado un hecho previsto como delito, cuya comisión revelase la peligrosidad del autor. Y el artículo 132 del citado Proyecto de 1980 añadía lo siguiente: «No obstante, podrán se sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes». De esta manera, se venía a reafirmar el principio de *societas delinquere non potest*, admitiendo por puro pragmatismo la aplicación de una serie de medidas—sin requerir las circunstancias previstas para imponer las medidas de seguridad criminales (art. 131)— a personas jurídicas, y reconociendo que tales sanciones no pueden tener carácter penal. *Vid.* BARBERO SANTOS, M., «Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», en AA.VV. *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp. 106 ss.

Propuesta de Anteproyecto de NCP de 1983 se incorporan como «consecuencias accesorias» en la estructura del futuro CP español, teniendo en cuenta la posible similitud o conexión con el sentido político-criminal de la otra modalidad de consecuencia accesorias prevista, es decir, con el comiso (107).

El NCP, al incorporar en su artículo 129 una serie de medidas —como «consecuencias accesorias»— aplicables a personas jurídicas, está asumiendo el principio de *societas delinquere non potest*, es decir, el de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas (108). De esta manera, el NCP acoge la tesis de nuestra doctrina penal dominante y del

(107) En este sentido, MIR PUIG, S. —en *DJ*, vol. 1, enero- diciembre 1983, 37/40, p. 190—, señalaba que «se entiende que la medida de la disolución de una Sociedad —por poner un ejemplo— tiene análoga naturaleza que el comiso de un arma: en ambos casos se pretende privar de un instrumento peligroso del que se sirvieron personas físicas para la comisión de delitos». La Propuesta de Anteproyecto de NCP de 1983 incluye las medidas aplicables a personas jurídicas dentro del título VII del libro I, dedicado a las consecuencias accesorias. El artículo 137 preveía la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de los delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su actividad por sus órganos o dependientes, en cuanto fuera necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, si sus bienes fueren insuficientes. El artículo 138.1 recogía una serie de consecuencias (clausura temporal —hasta cinco años— o definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos; disolución de la sociedad, asociación o fundación; suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de dos años y prohibición, con carácter definitivo o temporal —hasta cinco años—, a la sociedad, asociación, fundación o empresa a realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito) aplicables a personas jurídicas, «si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de asociaciones, fundaciones, sociedades o empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, cuando pueda deducirse, fundada y objetivamente, que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos». Con esta última exigencia, el artículo 138.1 de la Propuesta de Anteproyecto de NCP de 1983 parece aludir a la peligrosidad objetiva, como presupuesto para aplicar las consecuencias accesorias a las personas jurídicas. El artículo 138.2 contemplaba la posibilidad de que el Tribunal, cuando fuera aplicada alguna de las medidas del artículo 138.1, pudiera proponer a la Administración que dispusiera —se entiende como medida cautelar— la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

(108) *Vid.* en este sentido, D. LÓPEZ GARRIDO/M. GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., al señalar que «las medidas establecidas en el artículo 129 se destinan principalmente a los delitos cometidos en el ámbito de las personas jurídicas, lo que explica, además, la imposibilidad de considerarlas como penas o medidas de seguridad, instituciones basadas, por definición, en el juicio individual (de culpabilidad o de peligrosidad) recayente sobre personas físicas» (p. 82), añadiendo que «el Código opta por mantener la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas tanto al establecer una regla de atribución de responsabilidad a las personas físicas que las administran (art. 31), como, en este caso, al negar la categoría de pena a las consecuencias aplicables a las mismas» (p. 83).

TS (109): las personas jurídicas no tienen capacidad de acción, carecen de capacidad de culpabilidad, y no se ajustan a las exigencias de individualización de las penas. En este sentido, resulta muy revelada lo que nos manifiesta la Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1992, al señalar que «tales medidas o consecuencias accesorias –sin dudar de su carácter represivo– no tendrían fácil acomodo ni entre las penas ni entre las medidas de seguridad... y son reacciones frente a quienes, como ocurre con sociedades o empresas, no son aptas para soportar las penas o medidas». El NCP viene a seguir, con la solución acogida en su artículo 129,

(109) Vid. en la doctrina penal española mayoritaria, en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978, pp. 109 ss.; M. BAJO/C. SUÁREZ, *Manual de Derecho Penal, PE, Delitos patrimoniales y económicos*, 2.ª ed., 1993, pp. 573 ss.; GRACIA MARTÍN, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en *Actualidad Penal*, núm. 39 (1993), pp. 589 y 590; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal*, PG, I, 1996, pp. 290 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, PG, 4.ª ed., 1996, pp. 172 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, PG, 1977, pp. 228 ss. En contra de la tesis doctrinal española dominante, y, por lo tanto, a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L., «*¡Societas delinquere potest!*», en *La Ley*, año XVII, núm. 4136, 3 de octubre de 1996, pp. 1-4; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», en *CPC* 11 (1980), pp. 67 ss.; el mismo, «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», *CPC* 53 (1994), pp. 613 ss.; el mismo, «Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)», en *Hacia un Derecho Penal económico europeo* («Jornadas en honor del Prof. Kl. Tiedemann»), 1995, pp. 723 ss.

El TS español ha declarado reiteradamente la vigencia del principio *societas delinquere non potest*, es decir, que las personas jurídicas son incapaces de cometer delitos y no podrán ser sujetos activos del delito (vid. por todos, el estudio jurisprudencial de GRACIA MARTÍN, L., «El actuar en lugar de otro», en *Derecho penal*, II, 1986, pp. 21 ss., destacando las SSTS del 2 de abril de 1975 y del 30 de diciembre de 1978). Vid. más recientemente las SSTS de 3 de julio de 1992, 2 de junio de 1993; 10 de noviembre de 1993; y 25 de febrero de 1995. La citada STS de 2 de junio de 1993 reconoce que «la doctrina dominante en España se manifiesta contraria a la responsabilidad de las personas jurídicas, en virtud de los principios de culpabilidad y personalidad de las penas e incluso en su incapacidad de acción, que impiden que la sanción recaiga sobre todos los miembros de la persona jurídica, y obliga a que únicamente responda de los hechos las personas físicas que efectivamente los hubieren realizado...», y recuerda que con anterioridad a la reforma del CP de 1983 –que introduce el artículo 15 bis (hoy artículo 31 del NCP)–, «la jurisprudencia de esta Sala reiteradamente había mantenido que en nuestro derecho la responsabilidad es sólo individual. Las personas jurídicas no son responsables ante el Derecho Penal común porque no poseen capacidad de culpabilidad ni capacidad para la punición, por el principio de personalidad de las penas, pero la responsabilidad afecta a los miembros de sus órganos que tengan facultades de dirección, gestión, representación o administración, esto es, los individuos responsables de la dirección de las mismas, pues en otro caso, ello llevaría a la impunidad de los auténticos responsables de la actuación de las personas jurídicas, dada la irresponsabilidad penal de las mismas...».

una tendencia de cierto pragmatismo –propia del ámbito jurídico anglosajón– para resolver el grave problema de la criminalidad económica que genera o puede generar la actividad empresarial (110). Resulta discutible la solución adoptada por el NCP, teniendo en cuenta su deficiente regulación y la dudosa eficacia preventiva de la pretensión incoercitiva de las medidas o consecuencias accesorias previstas en el artículo 129.

El artículo 129.1 del NCP permite al Juez o Tribunal imponer, en los supuestos previstos en el CP –remisión a la PE–, una serie de medidas: a) la clausura temporal (hasta cinco años) o definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos; b) la disolución de la sociedad, asociación o fundación; c) la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación, por un plazo no superior a cinco años; d) la prohibición temporal (hasta cinco años como máximo) o definitiva de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio no se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, y e) la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que pueda exceder de un plazo máximo de cinco años.

La regulación de las consecuencias accesorias del artículo 129, aplicables a las personas jurídicas, nos lleva a formular las consideraciones siguientes: 1.^a La criticable falta de determinación de los presupuestos materiales que puedan fundamentar y legitimar tales medidas (111). Ni en

(110) Vid. en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español», en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, LH a Cl. Roxin, 1995, p. 362.

(111) Con razón señala GRACIA MARTÍN, en el Prólogo al *Código Penal y Leyes Penales especiales*, edit. Egido, Zaragoza, 1996, p. 31, que «con la más grosera ligereza y con el mayor desprecio a la seguridad jurídica de que pueda hacerse gala, el legislador se ha limitado a decir en el artículo 129 que el Juez o Tribunal podrán imponer tales medidas en los supuestos previstos en este Código...», denunciando el citado autor (en ob. ult. cit., p. 32) como un hecho sumamente grave que «ni en el artículo 129 CP ni en la Parte Especial encontramos la mínima referencia a los presupuestos materiales en los que pueda fundamentarse y legitimarse la aplicación de tales medidas cuando, no obstante haber prestado audiencia al interesado o a su representante legal, el Juez se decida por su imposición. ¿Qué contenido podrá tener la exigida motivación del Juez o Tribunal si la ley misma no describe ni un mínimo elemento del supuesto de hecho de la medida?, ¿será suficiente para su aplicación con que se haya realizado un hecho típico y antijurídico, aunque no culpable?, ¿deberá exigirse, como sucede en el comiso, que se haya impuesto previamente una pena?, ¿es preciso comprobar la peligrosidad objetiva de la organización?». Por su parte, otro sector doctrinal considera que los requisitos para la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129, se pueden inferir del propio texto legal, y particularmente del artículo 129.3 (vid. GUINARTE CABADA, G., en AA.VV. *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Valencia 1996, pp. 666 y 667; y PRATS CANUT, J. M., en AA.VV. *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, pp. 627 y 628). Era más correcta la regulación que, sobre esta materia, contenían el Proyecto de CP de 1980 (art. 153, que aludía a los delitos contra el orden socioeconómico o contra el patrimonio, si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de sociedades o empresas o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo) y la Propuesta de Anteproyecto de NCP de

la regulación general del artículo 129 ni en la PE del NCP, donde se recogen las mencionadas consecuencias accesorias para determinados delitos (112), se alude a los criterios necesarios para su aplicación. A lo sumo, puede destacarse la finalidad que les asigna el artículo 129.3, al declarar que «las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma». Por otra parte, la remisión que contiene el encabezamiento del artículo 129.1, al referirse a «los supuestos previstos en este Código», tampoco resuelve la cuestión de los presupuestos de las consecuencias accesorias del artículo 129, a la luz de la PE del NCP. En efecto, dentro de los supuestos previstos en la PE se observa la desconcertante y criticable regulación siguiente: por un lado, la desmesurada discrecionalidad que se confiere a los Tribunales de justicia, al permitirles imponer «cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129» (113), sin ponderar la diversa importancia de las mismas, y decidir el carácter temporal o defi-

1983 (art. 138.1, que permitía al Tribunal aplicar tales consecuencias, si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de asociaciones, fundaciones, sociedades o empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, cuando pueda deducirse fundada y objetivamente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos).

(112) *Vid.* artículos 194 (clausura temporal o definitiva de establecimientos o locales, para los supuestos tipificados en los delitos relativos a exhibicionismo y provocación sexual y a la prostitución); 221.3 (clausura temporal o definitiva de los establecimientos donde se recojan niños, para los supuestos de tráfico de menores previstos en el artículo 221); 271.2.^º (el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento, para los supuestos agravados de los delitos contra la propiedad intelectual) 276.2 (el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado, para las modalidades agravadas de los delitos contra la propiedad industrial); 288 (posibilidad de adoptar las medidas previstas en el artículo 129, para los delitos previstos en el capítulo XI del tít. XIII del lib. II, arts. 270-286); 294.2.^º (posibilidad de decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129, dentro de los delitos societarios para los supuestos relativos a la obstaculización de la labor de personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras); 298 y 299 (la clausura temporal o definitiva del establecimiento o local, en los supuestos del delito de receptación); 302.2.^º (posibilidad de decretar alguna de las medidas de disolución de la organización, la clausura definitiva o temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, suspensión de las actividades de aquélla y prohibición temporal de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, para los supuestos previstos en el artículo 301 relativos al delito de blanqueo de bienes); 366 (la clausura temporal del establecimiento, fábrica, laboratorio o local o su cierre definitivo, para los supuestos de los delitos contra la salud pública previstos en los arts. 359-365); 370 (posibilidad de decretar alguna de las medidas de disolución de la organización, clausura definitiva o temporal de sus locales o establecimientos abiertos al público, la suspensión de las actividades de la organización o asociación o la prohibición temporal de realizar aquellas actividades en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, para los supuestos hiperagravados del delito de tráfico de drogas), y 430 (la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura temporal de sus dependencias abiertas al público, para los supuestos relativos al delito de tráfico de influencias).

(113) Así, por ej., artículos 288 y 294.

nitivo de las mismas (114); y, por otra parte, tampoco se determina con la necesaria precisión a qué supuestos pueden aplicarse (115), despreocupándose el legislador de la distinta gravedad tanto de las medidas como de los supuestos susceptibles de su aplicación. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la aplicación de estas consecuencias accesorias han de presuponer la comisión de un hecho típicamente antijurídico por parte de las personas físicas que actúan en representación de la empresa o sociedad, y que para su imposición debe concurrir la peligrosidad objetiva —común a las consecuencias accesorias— de las personas jurídicas, es decir, de la organización de los medios materiales o de las actividades que se llevan a cabo en el marco de la estructura organizativa de la empresa, facilitando la comisión de delitos (116); 2.^a Estas consecuencias accesorias están pensadas para ser aplicadas en el ámbito de la criminalidad económica (117); 3.^a El artícu-

(114) Por ej., artículos 144, 221.3, 271.2.º, 276.2.º, 298 y 299, 302.2.º, 366 y 370.

(115) Por ej., el artículo 288 permite al Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, adoptar las medidas previstas en el artículo 129 para todos los supuestos del capítulo XI (título XIII, del libro II) dedicado a los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (arts. 270-286). En el mismo sentido crítico puede citarse también el artículo 366, que permite la imposición de la clausura temporal o definitiva del establecimiento, fábrica, laboratorio o local para los diversos supuestos previstos en los artículos 359-365.

(116) Vid. GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 462, quien considera que «la expresión de que el Juez o Tribunal “podrá” aplicar las medidas previstas debe entenderse en el sentido de que dicha aplicación será posible si se dan los presupuestos que fundamentan las mismas, a saber: la peligrosidad objetiva de la persona jurídica o agrupación, basada en un defecto de organización que facilita la comisión de delitos. Este ha de ser, por otro lado, el contenido de la motivación de la decisión judicial de imposición de la medida». Sobre la peligrosidad objetiva, como fundamento para aplicar medidas de seguridad a personas jurídicas, se habían pronunciado, entre otros, SCHMIDT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958, p. 202, en Alemania, y BRICOLA, F., «Il costo del principio *societas delinquere non potest* nell'attuale dimensione del fenomeno societario», en AA.VV. *Il Diritto Penale delle società commerciali*, 1971, pp. 78 ss., en Italia; y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *PG*, cit., p. 230, en España.

(117) Así lo venía a reconocer expresamente el Proyecto de CP de 1980 en su artículo 153 («Los Tribunales, en los delitos contra el orden socio-económico o contra el patrimonio..., podrán aplicar todas o algunas de las medidas siguientes: clausura, disolución...»). En su Exposición de Motivos, el Proyecto de CP de 1980, al referirse a las medidas de seguridad, declaraba que «el cuadro se completa con medidas específicamente previstas para las asociaciones, empresas o sociedades, que pueden imponerse a causa de los delitos que sus mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes. Estas medidas se han considerado particularmente eficaces en el marco de los delitos contra el orden socio-económico». Conviene no olvidar que esas medidas, catalogadas en el Proyecto de 1980 como «medidas de seguridad», son configuradas a partir de la Propuesta de Anteproyecto de NCP de 1983 como «consecuencias jurídicas». La Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1992 declara que entre las consecuencias accesorias aplicables a sociedades o empresas «se sitúan la clausura, disolución, suspensión o prohibición de actividades futuras, para sociedades o empresas, cuando el delito se hubiere cometido en el marco de su actividad y cupiera deducir que habrían aprovechado esa estructura jurídica o que iban a continuar haciéndolo en el futu-

lo 129.2 contempla la posibilidad de que el Juez Instructor pueda acordar, durante la tramitación de la causa y como medida cautelar, la clausura temporal [art. 129.1.a)] y la suspensión de actividades de la persona jurídica [art. 129.1.c)]. Dentro de estas posibles medidas aplicables con carácter cautelar, no resulta muy comprensible que se haya excluido la medida de intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, que podrán verse afectados por la aplicación del resto de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 (118), y 4.^a No se puede olvidar que las sanciones del artículo 129, tal como se regulan en la PE del NCP, aparecen como consecuencias accesorias a la pena impuesta por un hecho delictivo individual, y, por lo tanto, como ha destacado un sector de nuestra doctrina (119), no podrán aplicarse en los casos

ro». Por último, si tenemos en cuenta los supuestos delictivos de la PE a los que son aplicables las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129, cabe observar que el ámbito de aplicación de tales medidas se circunscribe, en la mayor parte de los casos, al campo de la criminalidad económica (cfr. nota 112).

(118) Vid. PRATS CANUT, J. M., en AA.VV. *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., p. 628, quien advierte que «la adopción de la medida de intervención como forma sustitutiva de las otras de forma generalizada, supone poner a disposición de la Administración de Justicia un conjunto de medios especializados en gestión de empresa, de los cuales se carece en estos momentos». Al margen de las dificultades sobre la puesta en práctica de la medida de intervención de la empresa, los inconvenientes que presenta la regulación del artículo 129 se derivan de haber configurado tal medida como una consecuencia accesoria más y de no haberla previsto, teniendo en cuenta su finalidad de evitar los posibles perjuicios para quienes no tuvieron intervención alguna en la comisión del ilícito (trabajadores y acreedores), como medida cautelar aplicable en el caso de la imposición de las otras consecuencias accesorias a los efectos de salvaguardar los derechos de quienes eran ajenos a la comisión del hecho delictivo producido. Vid. en esta dirección las enmiendas de los grupos parlamentarios socialistas de Cataluña (núm. 158) y socialista (núm. 419), presentadas al artículo 153 del Proyecto de CP de 1980. El artículo 138.2 de la Propuesta de Anteproyecto de NCP de 1983 establecía, con mejor criterio que el nuevo artículo 129, que cuando alguna de las medidas del artículo 138.1, de la citada Propuesta de 1983 fuera aplicada, «el Tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores».

(119) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Responsabilidad de las empresas y de sus órganos en Derecho español*, LH a Cl. Roxin, 1995, cit., p. 363. En efecto, aunque en buena teoría la aplicación de las consecuencias accesorias no presuponen la culpabilidad ni la peligrosidad criminal del autor individual del hecho (vid. GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 462), los supuestos previstos en la PE del NCP, en los que son aplicables las consecuencias accesorias del artículo 129, se alude a tales consecuencias como accesorias de la pena, y, por lo tanto, a la exigencia previa de un sujeto culpable para acceder a la imposición de aquéllas (vid. en este sentido, y con razón, MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Comentarios al Código Penal*, por J. L. MANZANARES/J. CREMADES, 1996, p. 57; GUINARTE CABADA, G., en AA.VV. *Comentarios al Código Penal de 1995, I*, Valencia 1996, p. 666. En contra, GRACIA MARTÍN, L., ob. ult. cit., pp. 461 y 462). Cfr. los correspondientes artículos de la PE del NCP, donde se contemplan la posibilidad de aplicar las consecuencias accesorias del artículo 129, en los que se hace referencia a «la sentencia condenatoria» (art. 194) o a la cláusula de que «además de las penas correspondientes, el Juez o Tribunal podrá decretar, asimismo...» alguna de las medidas o consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del NCP (arts. 271.2.º; 288; 294.2.º; 298 y 299; 302.2.º; 370; y, 430).

en que preventivamente son más necesarias: cuando se constate la comisión del delito, pero no la concreción del responsable o responsables del mismo, por problemas de imputación o probatorios.

El NCP, a través de su artículo 129, trata de dar una respuesta eficaz al problema de la criminalidad en el ámbito de la empresa, y su regulación —como hemos visto— es discutible tanto por sus deficiencias técnicas como por su dudosa eficacia. En realidad, como ha destacado un sector de nuestra doctrina penal moderna (120), el problema del tratamiento jurídico-penal de la criminalidad de empresa sigue siendo el de la imputación del hecho delictivo a sujetos individuales, y es en esta dirección en la que deben centrarse, fundamentalmente, los esfuerzos de la dogmática penal para luchar contra la delincuencia económica que generan las personas físicas en el marco de la actividad empresarial. En todo caso, no se pueden olvidar las tendencias actuales de la doctrina penal (121) y de la polí-

(120) Vid. en este sentido, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M., ob. ult. cit. p. 368; GRACIA MARTÍN, L., «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho Penal español», en *Hacia un Derecho penal económico europeo* («Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann»), Madrid 1995, p. 90.

(121) Vid. en la doctrina penal española, ZUGALDÍA ESPINAR y RODRÍGUEZ RAMOS (cfr. nota 109); en la doctrina penal alemana, entre otros, vid. BAUMANN/WEBER, *Strafrecht*, A. T., 9.ª ed., 1985, p. 196; JAKOBS, *Strafrecht*, A. T., 2.ª ed., 1991, 6/44 ss.; ACKERMANN, «Strafbarkeit juristischer Personen», im *Deutschen Recht und ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, pp. 186 ss.; HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, 1993 (trad. por PATRICIA S. ZIFFER en *ADPCP* 1993, pp. 1099 ss.); EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmenstrafe*, 1994, pp. 25 ss.; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, I, A. T., 1976, pp. 204 ss.; en la doctrina portuguesa, vid. FIGUEIREDO DIAS, «Para una Dogmática do direito penal secundário», *Rev. de Legislação e de Jurisprudência*, 117, (1984-85), pp. 73 y 74.

En esta problemática acerca de la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de la posible imposición a las mismas de penas criminales, cabe destacar especialmente la posición de TIEDEMANN. Este autor, en sus reflexiones sobre la nueva versión (1986) de la Ley alemana de contravenciones que consagra el principio de responsabilidad por defecto de organización de la empresa, defiende la posibilidad de la capacidad de acción, la fundamentación de la autoría e incluso la propia culpabilidad de las personas jurídicas (vid. *Die «Bebussung» von Unternehmen nach dem Z. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, NJW 1988, p. 1169 ss.). Dentro de su novedoso planteamiento del problema sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, TIEDEMANN acude a la categoría de la «culpabilidad por defecto de organización», a la «culpabilidad social» propia de la empresa, en lugar del concepto de culpabilidad humana en sentido clásico como reproche personal. Para TIEDEMANN, las medidas de precaución que se omiten y los deberes que se infringen por los órganos o representantes de la empresa —como hechos de la organización empresarial— se relacionan con las medidas y deberes que obligan a la agrupación como tal, y su infracción viene a ser la infracción de los deberes de organización propios de la persona jurídica (Vid. TIEDEMANN, ob. ult. cit., pp. 1172 ss. Sigue el planteamiento de TIEDEMANN, con algunas variantes, BRENDER, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1989, pp. 101 ss.). La sugerente tesis de TIEDEMANN se ha criticado porque, entre otras razones, el concepto de culpabilidad social no soluciona los problemas sino que los encubre, pues a la persona jurídica se le viene a hacer responsable por la culpabilidad de terceras personas físicas

tica criminal (122), encaminadas y favorables a establecer la responsabilidad criminal e imponer sanciones penales a las personas jurídicas.

—por la omisión de medidas o infracciones de deberes por parte de sus representantes o de quienes formen parte de sus órganos que actúan por ella (*Vid.* en este sentido crítico, SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», trad. E. PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV. *Hacia un Derecho Penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Kl. Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 587 y 588). Otro tanto, en el mismo sentido crítico, cabe señalar en relación con la contradictoria posición de JAKOBS, al afirmar este autor que no hay obstáculo, en el plano dogmático, para apreciar la existencia de la culpabilidad de las personas jurídicas (A. T., cit., 6/45), y, por otra parte, el citado autor desarrolla el concepto de culpabilidad —como base de su sistema dogmático— con unos elementos mínimos de contenido material, atendiendo a la idea de la autodefinición del sujeto como ciudadano, que legitima la pena y el sistema penal (*Das Schuldprinzip*, 1993, pp. 26 ss.). En todo caso, la polémica doctrinal sobre la posibilidad de responsabilidad penal y de punibilidad de las personas jurídicas queda abierta para el futuro, y en ello no se puede olvidar la importancia de la vía propiciada por TIEDEMANN, ni tampoco que el Derecho Penal clásico se asienta en el modelo de conducta individual de la persona humana. Los esfuerzos de la doctrina penal moderna no pueden ignorar las recientes tendencias políticocriminales (*vid.* nota siguiente) favorables a la punibilidad de las personas jurídicas, ni tampoco la necesidad del replanteamiento del sistema penal clásico y la validez de sus posibles respuestas (como las que nos puede proporcionar la fórmula del «actuar en nombre de otro», o la relevante función que en esta materia tiene la estructura de la comisión por omisión como ya había apuntado, especialmente, SCHÜNEMANN —en *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 102 ss.; 205 ss.—; y la eficacia de las sanciones penales —privativas de libertad y de otros derechos (como la inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad de la empresa), o la del comiso de las ganancias ilícitas— y extrapenales —civiles y administrativas— dentro del carácter de última *ratio* que tiene asignado el Derecho Penal en la moderna Política criminal (*Vid.* en este sentido, las sugerentes reflexiones de ACHENBACH en «Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán» (trad. U. JOSHI JUBERT), en *LH* al Prof. ROXIN (*Fundamentos de un Sistema europeo del Derecho Penal*), ed. esp. Silva Sánchez, Barcelona 1995, p. 381 ss., espe. pp. 402-404 y 407).

(122) Al margen del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, por razones pragmáticas y de política criminal, desde mediados del siglo XIX se consagra en el sistema anglosajón, cabe advertir una tendencia político-criminal en el sistema jurídico continental europeo favorable a aceptar una auténtica punibilidad de las personas jurídicas. En este sentido, destaca TIEDEMANN —en *Lecciones de Derecho Penal económico (Comunitario, español, alemán)*, 1993, pp. 232— el panorama siguiente: la introducción de aquella posibilidad en los códigos penales de los Países Bajos en 1976, Noruega en 1992, Francia en 1993 —entrada en vigor el 1 de marzo de 1994—, y el CP portugués de 1983, que en su artículo 11 incorpora una cláusula dirigida al legislador del futuro, al declarar que «salvo disposición en contrario, sólo las personales individuales son susceptibles de responsabilidad criminal». Por otra parte, otros Estados —como Alemania desde 1968 y Suecia desde 1986— prevén, para las personas jurídicas, un sistema de sanciones administrativas fuertemente vinculado al Derecho Penal y adoptan denominaciones propias —como la *coima* del legislador portugués— para diferenciarse de las clásicas sanciones administrativas. En este contexto del Derecho Penal europeo merece ser destacada la Recomendación núm. R (88) 18, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 20 de octubre de 1988, y que postula una serie de respuestas ante el creciente número de infracciones penales cometidas en el ejercicio de las actividades de las empresas: I. La

V. CONCLUSIONES

No hay duda acerca de que uno de los aspectos más novedosos del CP de 1995 es el que se refiere a su sistema de sanciones. A la hora de hacer un balance final sobre la regulación del sistema de sanciones del NCP, cabe constatar que predominan las deficiencias y contradicciones sobre los aciertos.

Dentro de los aciertos del nuevo sistema de sanciones del CP de 1995, que es deudor de lo establecido por los textos prelegislativos anteriores,

apreciación de la responsabilidad penal y la aplicación de sanciones penales a las empresas, cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de su culpabilidad, las consecuencias para la sociedad y la necesidad de prevenir otras infracciones lo exijan; y, 2. La aplicación de otros sistemas de responsabilidad y sanciones, como las aplicables por autoridades administrativas y sometidas a un control judicial. Dentro de las sanciones apropiadas para las empresas se citan, entre otras: la multa; la caución; la confiscación de los bienes utilizados en la comisión de las infracciones; la prohibición de ejercer ciertas actividades, como la exclusión de los mercados públicos o la de beneficiarse de ventajas fiscales y de subvenciones; la destitución de los miembros de dirección y la intervención provisional de la empresa bajo la responsabilidad de un administrador designado por la autoridad judicial; el cierre o la disolución de la empresa... En el Derecho español debe tenerse en cuenta lo siguiente: 1.º La reafirmación del principio *societas delinquere non potest* por el NCP, donde se consagra la fórmula del «actuar en nombre de otro» (art. 31), y se regula una serie de «consecuencias accesorias» (art. 129) que no son penas ni medidas de seguridad y, que van desde la intervención de la empresa a la de su clausura temporal o definitiva, pasando por la suspensión o prohibición de realizar actividades e incluso pudiendo llegar a su disolución; 2.º Por su parte, el artículo 130.1 de la LRJ-PAC (de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) de 26 de noviembre de 1992 declara que las personas jurídicas —al igual que las físicas— sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa siempre que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia. En el artículo 131, de la Ley últimamente citada, se consagra el principio de proporcionalidad que ha de informar la imposición de las sanciones administrativas (no podrán implicar, en ningún caso, privación de libertad y ha de concurrir la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada). Cfr. RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (especialmente, arts. 4,5 y 7). La doctrina y jurisprudencia admiten la capacidad de las personas jurídicas para ser sujetos activos de infracciones administrativas y destinatarios de las sanciones administrativas: ejemplos característicos se dan en los supuestos de Bancos y Cajas de Ahorros, en materia alimentaria, y en infracciones y sanciones del Orden Social. Vid. ALEJANDRO NIETO, *Derecho Administrativo sancionador*, 1993, pp. 305 ss.; y 3.º En materia de responsabilidad civil derivada del delito, el NCP la atribuye subsidiariamente a las personas jurídicas (art. 120, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º). Sobre la responsabilidad civil de la persona jurídica en España, cabe señalar que la tesis afirmativa, acerca de la responsabilidad civil derivada del ilícito civil de las personas jurídicas por los daños causados por sus representantes, cuenta con un sólido apoyo en la doctrina civilista y en la jurisprudencia del TS. Vid. por todos, CAFFAREMA LAPORTA en AA.VV. *Comentarios del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, 1991, p. 244; y CAPILLA RONCERO, en AA.VV. *Derecho Civil*, PG, coord. por LOPEZ y MONTES, 2.ª ed., Valencia 1995, p. 682.

merecen ser destacados los aspectos siguientes: 1.^º El haber adoptado el sistema dualista de penas y medidas de seguridad, incorporando una regulación global de estas últimas al NCP (tít. IV de lib. I), y el haber consagrado el sistema vicarial; 2.^º La simplificación de las penas privativas de libertad, quedando reducidas a la pena de prisión (de seis meses a veinte años), a la de arresto de fin de semana y al arresto sustitutorio (responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa); 3.^º La supresión de las penas privativas de libertad de corta duración (inferiores a seis meses); 4.^º Los sustitutivos penales (art. 88) previstos para las penas de prisión que no excedan de un año, y excepcionalmente de dos años, que pueden ser sustituidas por arresto de fin de semana o multa, pudiendo sustituirse las penas de arresto de fin de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad; 5.^º La posibilidad de ampliar la condena condicional, en la que se introducen elementos de la *probation*, a privaciones de libertad de hasta dos años, e incluso de hasta tres años de duración (arts. 80 y 87); 6.^º La simplificación y clarificación de las penas privativas de otros derechos (arts. 39 ss.), incorporando —con gran novedad— la pena de trabajos en beneficio de la comunidad [arts. 39.g) y 49]; 7.^º El haber adoptado el sistema escandinavo de los días-multa (arts. 50 ss.), permitiendo que el arresto sustitutorio por impago de la multa pueda cumplirse en régimen de arresto de fin de semana o mediante trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53); 8.^º Se incorpora un sistema global de las medidas de seguridad (arts. 95 ss.), derogándose la LPRS de 1970. Las medidas de seguridad son postdelictivas y se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto (arts. 6.1 y 95.1). Se someten las medidas de seguridad a las garantías penales, que son aplicables a las penas (arts. 1 ss.), y se consagra el principio de proporcionalidad (art. 6.2), y 9.^º Se introducen las consecuencias accesorias: el comiso (arts. 127 y 128), y ciertas medidas aplicables a personas jurídicas (art. 129).

Las deficiencias y contradicciones más relevantes, que presenta el sistema de sanciones del NCP, son las siguientes: 1.^ª En cuanto a las penas privativas de libertad cabe criticar el desmesurado elenco de excepciones al límite máximo (veinte años) de la pena de prisión, pudiendo llegar hasta una pena de prisión de treinta años. A todo ello hay que añadir la posibilidad de cumplimiento efectivo de penas de prisión de hasta treinta años que permite el artículo 78. Tampoco se puede olvidar que el NCP, al suprimir la redención de penas por el trabajo (123), aproxima el valor real al

(123) Dentro de la aplicación del régimen transitorio del NCP, y con relación a la redención de penas por el trabajo (disposición transitoria segunda), conviene tener en cuenta la criticable tesis de la Sala 2.^ª del TS, al sustentar una «interpretación restrictiva» de la mencionada disposición transitoria —que declara lo siguiente: «Para la determinación de cual sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código. Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo sólo serán de apli-

nominal de la pena, resultando más benigno el sistema punitivo del CPA que el vigente; 2.^ª Dentro de las penas privativas de otros derechos es criticable: el mantenimiento de la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares, que recuerda la vieja pena de destierro; el excesivo protagonismo que se le ha conferido en el NCP; los amplios márgenes de duración de las penas de inhabilitación, de seis a veinte años; la desproporcionada pena de inhabilitación absoluta de hasta dieciocho años, prevista en los artículos 527 y 528 para los insumisos, y que incluye también la incapacidad para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo; 3.^ª La multa, que es la única pena pecuniaria en el NCP, se regula —como regla general— conforme al sistema de días-multa, lo cual es un acierto en cuanto que es más justo y eficaz que la tradicional multa proporcional. Sin embargo, es criticable que el NCP mantenga, aunque sea con carácter excepcional, la multa proporcional, y también se puede

cación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código. En todo caso, será oído el reo»— consistente en estimar que «tales beneficios, cuando ya han sido consolidados, se integran en una regla de cómputo del tiempo pasado en prisión, por virtud de la cual, con carácter general y dejando a salvo posibles redenciones extraordinarias aún más beneficiosas, dos días de internamiento valen como tres (art. 100 del viejo Código) y ello de modo irreversible, de forma tal que a los efectos aquí examinados es como si efectivamente el recluso hubiera permanecido en prisión todo el tiempo así computado. Con arreglo a tal criterio —añade el TS— dicho cómputo produce en la persona del reo así favorecido una situación penitenciaria plenamente consolidada que consideramos compatible con la aplicación del nuevo CP, cuya prohibición relativa a la no aplicación de las disposiciones sobre redención de penas (disposición transitoria 2.^ª) ha de entenderse únicamente referida a aquella que pudiera producirse después de la entrada en vigor de esta nueva norma penal, lo que ocurrió el 25 de mayo de este año de 1996» (STS de 18 de julio de 1996. En el mismo sentido, consolidando la tesis jurisprudencial, las SSTS de 13 de noviembre y 22 de noviembre de 1996). De esta forma, el TS contradice su propia doctrina —SSTS 26 de octubre de 1990; 22 de junio de 1991; 30 de octubre de 1992—, que se plasmó en la disposición transitoria 2.^ª del NCP (*vid.* Circular 1/1996 de la Fiscalía General del Estado —FGE—. Cfr. Circular de 3/1996, sobre el criterio jurisprudencial relativo a la redención de penas por el trabajo y la revisión de sentencias conforme al NCP, adaptando en este punto la Circular 1/96 a la consolidada jurisprudencia de la Sala 2.^ª del TS). Pues bien, conviene destacar y criticar la doctrina reciente de la Sala 2.^ª del TS ya que, aun cuando le puedan asistir razones de justicia material que deberían articularse mediante la correspondiente reforma legislativa, viene a vulnerar las exigencias básicas del principio de legalidad y las reglas fundamentales en materia de interpretación de la ley: el sentido literal posible de la norma penal es el límite máximo de toda interpretación, lo cual tiene un carácter absoluto en el Derecho Penal conforme al principio de legalidad. En esta problemática el inciso 2.^º de la disposición transitoria 2.^ª del NCP no ofrece lugar a dudas: «Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo sólo serán de aplicación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código». Por lo tanto, resulta inadmisibles la reciente doctrina de la Sala 2.^ª del TS que, franqueando el límite máximo de toda interpretación (el sentido literal posible de la ley), construye y crea una tercera norma —entre el viejo y el nuevo CP— más favorable.

objetar que no haya previsto para el arresto sustitutorio, en los casos de multa proporcional, la posibilidad –que sí se recoge para la multa temporal– de que se pueda cumplir en régimen de arrestos de fin de semana. Por último, conviene llamar la atención sobre el posible fracaso de la nueva multa si no se le proporcionan al Juez o Tribunal datos fiables para ajustar el contenido de la cuota a la situación económica del reo; 4.^a El nuevo sistema global de medidas de seguridad del CP de 1995 nos ofrece importantes deficiencias, como son, entre otras: la desafortunada regulación del principio de proporcionalidad (art. 6.2), que propicia la confusión entre pena y medidas de seguridad; el excesivo elenco de medidas de seguridad no privativas de libertad, como si hubiera un cierto mimetismo con la criticable y derogada LPRS, destacando un cierto y lamentable solapamiento entre las medidas previstas en el artículo 96.3 y en el artículo 105; la importante laguna que supone la falta de previsión de medidas de seguridad privativas de libertad para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave, y 5.^a En cuanto a las consecuencias accesorias podemos señalar, como más objetable, lo siguiente: la aplicación del comiso de los instrumentos y efectos del delito sigue condicionada a que se haya impuesto una pena por un delito o falta dolosos, quedando sin resolver los problemas que se suscitaban anteriormente de no poder decretar el comiso ante la imposibilidad de imponer una pena, sin tener en cuenta que el fundamento del comiso de efectos e instrumentos del delito está en la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales; y, en cuanto a ciertas medidas aplicables a personas jurídicas (art. 129), se constata la falta de criterios y de seguridad jurídica para la aplicación de medidas que pueden suponer la muerte civil de una empresa.

Por último, el nuevo sistema de sanciones del CP de 1995 ha dejado sin resolver cuestiones fundamentales, relacionadas con esta parte nuclear del NCP, como son: el no haberse aprobado, simultáneamente al NCP, la anunciada Ley que regule la responsabilidad penal del menor (el nuevo Derecho Penal juvenil español); el no haber previsto una reforma de la LECR, que haga posible adecuar el proceso penal a los fines jurídico-materiales que el NCP pretende alcanzar, y que no se podrán lograr con las escasas normas procesales de adaptación del NCP que –como señala Gimeno Sendra (124) – parecen haber sido dictadas en cumplimiento del principio de «improvisación»; y, probablemente lo más grave y preocu-

(124) Vid. GIMENO SENDRA, V., «La aplicación procesal del Nuevo Código Penal», en *La Ley*, año XVII, núm. 4180, 4 dic. 1996, p. 1. El mencionado autor advierte que el NCP «puede fracasar al no haber previsto una reforma en su instrumento de aplicación, esto es, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que adecúe el proceso penal a los fines jurídico-materiales que dicho Código material pretende alcanzar». GIMENO SENDRA destaca y analiza, en ob. cit., pp. 2 ss., ciertas cuestiones fundamentales dentro de los múltiples problemas que puede provocar la deficiente regulación procesal del NCP; como son: el importante incremento de los delitos semipúblicos, quedando condicionado el ejercicio de la acción penal a la interposición de la

pante, la falta de previsión de una nueva infraestructura (centros idóneos y personal habilitado) que hiciera posible el cumplimiento adecuado y efectivo de las nuevas sanciones —pensemos por ejemplo, en el arresto de fin de semana, o en el trabajo en beneficio de la comunidad— que incorpora el NCP. La reciente normativa sobre esta cuestión básica— como es la recogida en el RD 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana— no nos permite ser muy optimista sobre el futuro del sistema de sanciones del NCP, sino más bien profesar un modesto optimismo sobre el escepticismo profundo acerca del nuevo sistema de sanciones del CP español de 1995. Ahora, ya sólo cabe esperar que los Tribunales de justicia españoles asuman y utilicen adecuadamente —con su tradicional sensibilidad, como ya demostraron durante la vigencia de la LPRS— el amplio arbitrio que les confiere el NCP, eludiendo —dentro de lo posible— la aplicación e imposición de penas o medidas de seguridad que, por falta de infraestructura, no pueden cumplirse adecuadamente. A los parlamentarios españoles —y demás poderes públicos de nuestro país— les corresponderá la importante misión de propiciar la adopción de medidas extrapenales para atajar las causas de la delincuencia en nuestra sociedad, tomando conciencia de que toda reforma penal debe ser meditada, suficientemente contrastada con la doctrina y la praxis, y coherente, es decir, que ha de llevarse a cabo de manera muy diferente a cómo se elaboró, redactó y aprobó el NCP, donde ha imperado la improvisación, el oportunismo político y las urgencias (125).

denuncia por el ofendido; el trasvase de la competencia objetiva de un número considerable de hechos punibles de los Juzgados de lo Penal al conocimiento de las Audiencias Provinciales, provocando una importante sobrecarga de estos últimos órganos jurisdiccionales; la incidencia del NCP en medidas cautelares como la prisión provisional, pudiendo dar lugar —si no se procede a la oportuna reforma procesal— a un incremento notable del número de presos preventivos en la población reclusa (cfr. artículo 503.2 de la LECR y disposición transitoria 11 del NCP); la considerable ampliación del recurso penal de casación...

(125) A pesar de la declaración de buenas intenciones de la Exposición de Motivos del NCP («en la elaboración del proyecto se han tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del 1992, el dictamen del Consejo General del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica. Se ha llevado a cabo desde la idea, profundamente sentida, de que el Código Penal ha de ser de todos y de que, por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones y optar por las soluciones que parezcan más razonables, esto es, por aquellas que todo el mundo debería poder aceptar»), cabe destacar críticamente datos tan relevantes, en cuanto a la participación y transparencia en la elaboración del Proyecto de 1994 que daría lugar al CP de 1995, como los siguientes: desde octubre de 1982 —el movimiento reciente de reforma total del CP español se inicia con el Anteproyecto de CP de 1979, y sigue sobre todo con los textos de 1980, 1983, 1992 y 1994— no ha sido convocada ni una sola vez la Sección de Derecho penal de la Comisión General de Codificación, que sí se había reunido ampliada para la redacción del Anteproyecto de CP de 1979 (vid. Cerezo Mir, Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992, Lección inaugural del curso académico 1993-94 de la Universidad de Zaragoza, pp. 7 y 8); y, por otra parte, se desconoce —algo insólito, que no había ocurrido con la

Al penalista sólo le resta estudiar –interpretar, criticar, proponer soluciones– el CP vigente y contribuir a su correcta aplicación, formulando las oportunas propuestas para el Derecho Penal del futuro.

redacción de los proyectos de 1980, 1983 y 1992– quiénes han elaborado el Proyecto de CP de 1994, que daría lugar al CP de 1995. Lo adecuado hubiera sido –como ha destacado, entre nosotros, Luzón Peña, en «El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia», *Jueces para la Democracia*, 14 (3/1991), p. 60– la intervención de una gran comisión de expertos para la reforma de CP, en la que estuvieren ampliamente representados profesores universitarios, magistrados, fiscales, expertos de la Administración pública y de la Administración penitenciaria y abogados, que supervisara a fondo la totalidad de la propuesta final del CP y de los textos de los anteriores Proyectos.

La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea*

KLAUS TIEDEMANN

Freiburg im Breisgau (Alemania)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.-II. TENDENCIAS Y TESIS RESPECTO DE UNA ARMONIZACIÓN EUROPEA DEL DERECHO PENAL: 1. ¿Adiós al Código Penal europeo? 2. Tesis sobre las características y el alcance, así como sobre los factores de la armonización. 3. Especial consideración del Derecho de las sanciones administrativas. 4. Asimilación y armonización del Derecho penal nacional.-III. PERSPECTIVAS DE LA FUTURA EVOLUCIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal sigue con un característico retraso a la europeización de otros sectores del Derecho, sectores en los que la existencia de competencias institucionales de las Comunidades Europeas aconseja una armonización, previéndose además ésta en la mayoría de los casos de modo expreso en los tratados de Derecho internacional público. Hasta Maastricht, no era éste el caso del Derecho Penal. Por ello, por un lado, la descripción del proceso de europeización en este ámbito es más escueta; por otro lado, esta descripción debe ir más allá de los puntos de parti-

* Conferencia pronunciada el día 13 de septiembre de 1996 en la Universidad Autónoma de Madrid. La conferencia forma parte de un proyecto de investigación sobre la armonización del Derecho penal en Europa, desarrollado en el marco del premio Max-Planck de investigación de 1995.

Traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).