

# El sistema punitiu espanyol: trets generals

Daniel Varona Gómez

PID\_00202671



*Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>*

# Índex

<b>Introducció</b> .....	5
<b>Objectius</b> .....	6
<b>1. La multiplicitat d'instàncies sancionadores: el dret penal com a part de l'“entramat sancionador” present en l'ordenament jurídic</b> .....	7
1.1. Identificació .....	8
1.2. Duplicitat .....	10
1.3. Arsenal repressiu i estratègies politicosancionadores .....	11
<b>2. Heterogeneïtat</b> .....	15
2.1. Diferents sistemes: adults enfront de joves .....	15
2.2. Diferents sancions: penes enfront de mesures de seguretat .....	17
2.3. Diferents subjectes: persones físiques enfront de persones jurídiques .....	23
<b>3. Estructura general del sistema de penes espanyol</b> .....	25
3.1. Classes de penes .....	25
3.1.1. Segons el bé jurídic afectat .....	25
3.1.2. Segons la forma d'imposició .....	27
<b>4. Agents</b> .....	30
4.1. Legislador .....	30
4.1.1. Un legislador totpoderós? .....	32
4.1.2. Qui és el legislador? .....	37
4.2. Poder judicial .....	38
4.2.1. Imposició de la pena .....	38
4.2.2. Execució de la pena .....	40
4.3. Administració encarregada de l'execució de la pena .....	42
4.4. Fiscalia .....	43
4.5. Policia .....	45
4.6. Víctimes .....	45
4.7. Govern .....	47
<b>Resum</b> .....	49
<b>Exercicis d'autoavaluació</b> .....	51
<b>Solucionari</b> .....	53

<b>Glossari</b> .....	54
<b>Bibliografia</b> .....	55

## **Introducció**

En aquest mòdul estudiarem els trets fonamentals del sistema de sancions espanyol. Com podreu comprovar al llarg de la lectura d'aquest mòdul, si hi ha una característica definitòria d'aquest sistema és la complexitat o heterogeneïtat. No hi ha, en aquest sentit, un únic sistema punitiu, sinó diversos entramats sancionadors d'acord amb els diferents subjectes i objectius d'aquest sistema. Fins i tot dins del que es podria considerar un mateix "sistema punitiu" (per exemple, el sistema penal d'adults), coexisteixen diversos objectius sancionadors (a vegades fins i tot contradictoris). Com veurem, aquesta complexitat és inherent al fet de voler regular conductes o disciplinar la vida en societat amb un instrument coactiu com sens dubte és el dret penal. Així, en aquest primer mòdul intentarem donar compte d'aquesta complexitat, perquè situeu en el seu context el sistema penal sancionador que té a la seva disposició l'Estat. D'altra banda, veurem l'estructura general del sistema de penes espanyol, i estudiarem els agents o protagonistes principals d'aquest sistema penal.

## **Objectius**

En aquest mòdul volem assolir els objectius següents:

- 1.** Situar el dret penal dins del context relatiu als sistemes sancionadors que té l'Estat per a regular la vida en societat, i identificar els problemes que això genera.
- 2.** Conèixer l'heterogeneïtat del sistema punitiu espanyol.
- 3.** Entendre l'estructura general del sistema punitiu espanyol.
- 4.** Estudiar els agents principals del sistema punitiu espanyol.

# 1. La multiplicitat d'instàncies sancionadores: el dret penal com a part de l'“entramat sancionador” present en l'ordenament jurídic

D'entrada s'ha de tenir ben clar que el dret penal no és ni de bon tros l'únic sector de l'ordenament jurídic que té potestat per a imposar determinades sancions als ciutadans.

Per **sanció** hi podem entendre el següent: a) privació d'un bé a una persona; b) imposada per una autoritat pública; c) per haver-se-li atribuït un comportament; d) sobre la base d'una norma que estableix que es privi d'aquest bé a qui tingui aquesta classe de comportament; e) (norma) dictada per l'autoritat per a prevenir aquests comportaments.

Així, per exemple, el dret civil preveu un mecanisme sancionador propi per a certs actes danyosos que rep el nom de *responsabilitat civil* (art. 1902 i seg. CC).

Sens dubte, té més importància quantitativa la potestat sancionadora de l'Administració<sup>1</sup>, molt reconeguda en el nostre ordenament. Tradicionalment, l'Administració, per complir les seves finalitats, exerceix una potestat sancionadora que es concreta en dos camps: el disciplinari i el governatiu.

- La **facultat disciplinària** fa referència a la possibilitat d'imposar sancions a les persones vinculades a l'Administració, com passa amb els funcionaris públics, per a garantir el funcionament de la seva organització interna. Es tracta, doncs, de la facultat sancionadora que afecta les persones que hi ha en l'anomenada *relació de subjecció especial amb l'Administració*.
- Per la seva banda, la **facultat governativa** es dirigeix a tots els administrats (ciutadans), com passa amb les sancions relacionades amb el trànsit i circulació de vehicles.

L'extraordinària importància quantitativa de la potestat sancionadora de l'Administració es pot apreciar en l'exemple de les sancions imposades en l'àmbit del trànsit i circulació de vehicles.

## Bibliografia

Definició basada en la referència següent:

**H. L. A. Hart** (1968). *Punishment and responsibility* (pàg. 4 i 5). Oxford: Clarendon Press.

<sup>(1)</sup> Coneguda com a *dret administratiu sancionador*.

Segons la Direcció General de Trànsit, el 2004 la Guàrdia Civil va imposar 2.568.428 denúncies en l'àmbit de les seves competències (excloent Catalunya i el País Basc). És a dir, només en aquest àmbit es van imposar més sancions que tots els fets delictius coneguts el mateix període al nostre país (segons les dades de què disposem, el 2004 el nombre de delictes coneguts va ser d'1.015.216 i el de faltes, d'1.108.918).

Font: basat en les dades del Ministeri de l'Interior i dels Mossos d'Esquadra extretes d'Elena García España i Fátima Pérez Jiménez (2005), *Seguridad ciudadana y actividades policiales*, Informe ODA 2005 (pàg. 34), Màlaga, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Fundación El Monte.

És important situar el dret penal en el context més ampli que abraça la potestat sancionadora estatal perquè aquesta **multiplicitat d'instàncies sancionadores** provoca tres problemes principals: identificació, duplicitat, i arsenal repressiu i estratègies politicosancionadores.

### 1.1. Identificació

El primer problema consisteix en la identificació mateixa del caràcter de la sanció, ja que la diversitat d'ordres sancionadores del nostre ordenament comporta que a vegades sigui difícil saber quin tipus de sanció tenim al davant.

#### Exemple

Pensem en una sanció tan comuna com la multa o privació dinerària: com podem saber si la multa imposada a un ciutadà és una sanció penal, administrativa, civil o d'una altra classe?

Així, per exemple, l'article 28.1.a en relació amb l'article 25.1 de la LO 1/92, de protecció de la seguretat ciutadana, imposa una pena de multa mínima de 300,52 euros per "consum en llocs, vies, establiments o transports públics, així com la tinença il·lícita, encara que no estigui destinada al tràfic de drogues tòxiques, estupefaents o substàncies psicòtropes". Si en virtut d'aquesta llei se sanciona un jove per haver fumats marihuana en el vestíbul d'una universitat som davant d'una sanció penal, i per tant, la conducta de "consumir droga en públic", és un delictes?

El CP mateix, en l'article 34, estableix que "[n]o es reputen penes: [...] 2. Les multes i altres correccions que, fent ús d'atribucions governatives o disciplinàries, s'imposin als subordinats o administrats. 3. Les privacions de drets i les sancions reparadores que estableixin les lleis civils o administratives". Més enllà d'aquesta declaració de principi, però, no s'ofereix cap criteri per a distingir els diversos tipus de sancions.

Per a respondre a aquest interrogant la doctrina penal recorre tradicionalment a dues perspectives diverses. Des d'un àmbit formal, les sancions penals es distingeixen de les administratives per l'òrgan encarregat d'imposar-les i per tant pel procediment seguit per a imposar-les: si la sanció la imposa un òrgan de l'Administració pública (alcalde, ministre, òrgan administratiu, etc.), seguint per tant les directrius del procediment administratiu sancionador, es tracta d'una sanció administrativa; en canvi, si la privació de drets la imposa un jutge o un tribunal penal per mitjà d'un procediment penal, som davant d'una sanció penal.

#### Exemple

La LO 5/1985, de règim electoral general, en l'article 153 atribueix la competència per a sancionar les infraccions electorals a la Junta Electoral, que és un òrgan administratiu, de



manera que som davant de sancions administratives. O seguint l'exemple esmentat més amunt relatiu a la conducta que consisteix a consumir droga en públic, l'article 29 de la LO 1/92, sobre protecció de la seguretat ciutadana, atribueix a una autoritat de naturalesa administrativa la potestat per a imposar la multa derivada d'aquesta conducta, de manera que som davant d'una sanció administrativa i per tant davant d'un il·lícit administratiu i no pas d'un delictes.

Per la seva banda, des d'una perspectiva material, la doctrina penal també assenyala que les sancions penals es diferencien de les administratives per la gravetat: la sanció penal és la privació de béns jurídics més severa que pot imposar l'Estat com a conseqüència d'una infracció de dret. Això deriva, lògicament, de la gravetat del pressupòsit de fet d'aquesta sanció (un delictes enfront d'un mer il·lícit), perquè s'estima que les sancions més severes s'han de reservar per a reprendre les conductes més perjudicials, que són les que llavors rebrien la qualificació de *delictes*, enfront d'altres contravencions de l'ordenament jurídic menys greus.

A aquesta lògica hi respon la importantíssima declaració de l'article 25.3 de la CE:

“L'Administració civil no podrà imposar sancions que directament o subsidiàriament impliquin privació de llibertat”.

Per tant, quan l'Estat sancioni una conducta amb la privació de llibertat del responsable d'aquesta conducta, tant si aquesta privació de llibertat és imposada de manera directa com indirecta (per exemple, com a sanció per l'incompliment de la sanció imposada al principi), sens dubte serem davant d'una sanció penal, que derivarà així de la comissió d'una conducta considerada delictiva.

En aquest sentit, el Tribunal Europeu de Drets Humans, en jurisprudència constant, ha considerat que, encara que una llei nacional defineixi una conducta com un mer il·lícit civil o administratiu, si aquesta conducta implica potencialment conseqüències severes (com seria sens dubte la mera possibilitat de la privació de llibertat en el cas d'una multa, *cas Schmautzer c. Àustria*, 1996; *cas Garyfallou A. I. B. I. c. Grècia*, 1999), als efectes del Conveni Europeu de Drets Humans, s'ha de considerar un delictes, i per tant la sanció imposada, una sanció de caràcter penal.

Això és molt important, perquè, com veurem, de la naturalesa de la sanció en depenen les garanties que assisteixen el ciutadà respecte de la imposició i el contingut concret d'aquesta sanció.

Certament, davant de sancions de no tanta gravetat com la privació de llibertat (una multa l'impagament de la qual no impliqui la possibilitat de privació de llibertat, obligacions de fer o no fer una cosa), hem d'acudir al criteri formal a què hem al·ludit abans (naturalesa de l'òrgan que té potestat per a imposar aquesta sanció) per a saber si som davant d'una sanció penal o d'un altre tipus.

## 1.2. Duplicitat

El segon problema derivat de la multiplicitat d'instàncies sancionadores que hi ha en el nostre ordenament té a veure amb la possibilitat, no infreqüent a causa d'aquesta multiplicitat<sup>2</sup>, que a un ciutadà se li imposin diverses sancions per un comportament contrari a dret.

<sup>(2)</sup> Augmentada darrerament pel fenomen conegut com a *expansió del dret penal*.

El principi que en el nostre ordenament mira de regular aquest problema és el conegut com a *principi de ne bis in idem*, segons el qual un ciutadà no pot rebre una doble sanció per haver comès uns mateixos fets, sempre que les normes sancionadores aplicades tinguin el mateix fonament.

### Exemple

La conducta de conduir un vehicle de motor amb un índex d'alcoholèmia de 0,7 grams per litre d'aire expirat està prevista com una conducta no permesa des de la perspectiva del dret penal (art. 379.2 CP) i del dret administratiu (art. 20 del Reglament general de circulació).

S'ha d'assenyalar que aquest principi té rellevància constitucional, perquè el nostre Tribunal Constitucional l'ha situat com a part integrant del principi de legalitat reconegut en l'article 25 de la CE.

“Si l'exigència de *lex praevia* i *lex certa* que imposa l'article 25.1 de la Constitució obeeix, entre altres motius, a la necessitat de garantir als ciutadans un coneixement anticipat del contingut de la reacció punitiva o sancionadora de l'Estat davant l'eventual comissió d'un fet il·lícit, aquesta comesa garantista esdevindrà inútil si aquest mateix fet, i pel mateix fonament, pogués ser objecte d'una nova sanció, cosa que comportaria una punició desproporcionada de la conducta il·lícita”.

STC 177/99, FJ 3

En la pràctica, si una conducta pot ser susceptible de rebre una sanció penal i d'un altre tipus, el nostre TC ha establert que la preferència la té la via penal, de manera que primer s'ha de pronunciar el jutge o tribunal penal, i només si en l'ordre penal no arriba a imposar-se una sanció, quedarà subsistent l'altra via (normalment, la via administrativa), per a sancionar la persona responsable de la conducta.

L'article 72 de la Llei sobre trànsit, circulació de vehicles de motor i seguretat viària (Reial decret legislatiu 339/1990) estableix el següent:

1) Quan en un procediment administratiu de caràcter sancionador es posi de manifest un fet que ofereixi aparença de delictes o falta perseguible d'ofici, l'autoritat administrativa ho ha de posar en coneixement del ministeri fiscal, per si escau l'exercici de l'acció penal i ha d'acordar la suspensió de les actuacions.

2) Una vegada conclòs el procés penal amb sentència condemnatòria dels inculpats, s'ha d'arxivar el procediment administratiu sense declaració de responsabilitat. Si la sentència és absolutòria o el procediment penal finalitza amb una altra resolució que li posi fi sense declaració de responsabilitat, i sempre que aquesta no estigui fundada en la inexistència del fet, es pot iniciar o continuar el procediment administratiu sancionador contra qui no hagi estat condemnat en la via penal.

3) La resolució que es dicti ha de respectar, en tot cas, la declaració de fets provats en l'esmentat procediment penal.

S'ha d'assenyalar, però, que aquesta preferència de la via penal sobre l'administrativa en cas de duplicitat de procediments sancionadors presenta una excepció en els casos de persones sotmeses a una relació de subjecció especial amb l'Administració (com ara el cas típic dels funcionaris). En aquests casos, com que normalment hi podrà haver la doble sanció perquè les normes sancionadores presenten un fonament diferent, la mateixa normativa que regula el procediment administratiu sancionador pot preveure que no se suspengui el procés administratiu sancionador mentre es tramita el procés penal.

### **Exemple**

L'article 24.1 del Decret 183/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament de règim disciplinari del cos de Mossos d'Esquadra de Catalunya, estableix que la iniciació d'un procediment penal contra un membre del cos dels Mossos d'Esquadra no impedeix la instrucció pels mateixos fets del corresponent expedient disciplinari, amb l'adopció, si escau, de determinades mesures cautelars. No obstant això, la resolució definitiva de l'expedient sancionador disciplinari ha d'esperar que s'acabi el procediment penal amb sentència ferma, perquè els fets declarats provats en seu penal vinculen l'Administració.

## **1.3. Arsenal repressiu i estratègies politicsancionadores**

La tercera qüestió principal que planteja la multiplicitat d'ordres sancionadores del nostre ordenament jurídic té a veure amb el disseny de les estratègies de política criminal i més en general de "política repressiva" en un estat determinat. Amb això ens referim al fet que el govern o les majories polítiques d'un país tenen a l'abast un ventall ampli de possibilitats a l'hora d'utilitzar la repressió o la sanció com a mitjà de censura (reprovació) o evitació de certs comportaments.

Certament, com ja hem vist, l'elecció d'una via sancionadora o d'una altra per a regular les conductes dels ciutadans no és ni de bon tros una qüestió intranscendent. Així, en primer lloc, les sancions més severes previstes en el nostre ordenament (les privatives de llibertat) només són possibles quan el poder polític configura ("etiqueta") la conducta en qüestió com a delictes.

A això s'hi han d'afegir les conseqüències socials que segueixen la imposició i compliment d'una sanció. En aquest sentit cal tenir en compte que les sancions penals comporten una conseqüència pròpia: l'existència dels anomenats

*antecedents penals*. Aquests antecedents, sens dubte, tenen un caràcter estigmatitzador que afegeix un plus de severitat a les sancions penals sobre la resta de sancions.

Així, per exemple, impedeixen a qui en posseeix accedir a determinats càrrecs o ocupacions públics.

La visibilitat social d'aquests antecedents determina el més o menys plus de severitat que impliqui *de facto* la sanció penal, però això s'ha de tenir en compte a l'hora de valorar la definició d'una conducta com a delictes o mer il·lícit.

El nostre país segueix un sistema de visibilitat restringida dels antecedents penals, ja que aquests antecedents s'anoten en un registre que no és d'accés lliure als ciutadans: el **Registre Central de Penats**.

Als països de l'òrbita anglosaxona hi regeix un model d'accés més generalitzat que permet a qualsevol ciutadà comprovar els antecedents d'un altre ciutadà. La qüestió no permet solucions simples perquè enfront del dret a la intimitat, l'honor i la rehabilitació dels condemnats ("el dret a l'oblit") s'ha de ponderar la protecció de la societat.

En segon lloc, al marge de les conseqüències individuals per a la persona sancionada, s'ha d'assenyalar que la decisió relativa a sancionar una conducta mitjançant el dret penal o un altre sector de l'ordenament jurídic també és transcendent a l'hora de determinar el nivell de garanties que assisteixen la persona a la qual s'imputa la comissió de la conducta sancionada. En concret, precisament pel fet que les sancions penals poden implicar les privacions de drets més severes, tradicionalment es considera que el procés penal ha de ser el més "garantista", això és, el que estableixi les màximes garanties per a la persona a la qual s'imputa la comissió de la conducta sancionada.

S'hi ha d'afegir una segona consideració a l'hora d'explicar per què el procés penal és més garantista: no es tracta només que el dret penal prevegi les sancions més severes possibles (les privatives de llibertat), sinó que a més en el procés penal és una autoritat pública (representada pel ministeri fiscal) la que té l'acusació, amb la consegüent probabilitat de més poder i recursos que els que pugui tenir l'individu acusat.

En definitiva, la sanció penal és la més severa, però d'altra banda la imposició efectiva d'aquesta sanció troba més dificultats que la resta de sancions a causa precisament d'aquesta severitat. En aquesta línia, el nostre TC, en nombroses sentències, ha declarat que les garanties penals són aplicables "amb matisos" en el procediment administratiu sancionador (STC 18/1981).

Una de les garanties tradicionals que assisteixen qualsevol acusat d'un delicte és el dret a no autoincriminar-se, cosa que òbviament abraça el dret al silenci i fins i tot el dret a no dir la veritat. Aquest dret no sembla que regeixi amb la mateixa extensió quan el que s'imputa a un ciutadà és la comissió d'un il·lícit administratiu. Així, per exemple, si un cotxe és detectat per un radar a més velocitat de la permesa, el titular del vehicle rebrà la sanció corresponent, tret que identifiqui la persona que conduïa el vehicle en el moment de la infracció. I si es nega a identificar aquesta persona serà sancionat per això (art. 65.5.j, Llei de trànsit, que ho considera una infracció molt greu). El nostre TC, en la STC 197/195, va declarar que aquesta obligació i la sanció corresponent no infringia el dret a no declarar contra un mateix. Ara bé, si del que es tracta no és d'una mera sanció administrativa, sinó d'un delicte (art. 379.1 CP: delicte de conducció a velocitat excessiva; per exemple, a més de 200 km/h a l'autopista), valdria la mera foto del radar per a condemnar el titular del vehicle per aquest delicte?, es podria condemnar l'acusat per aquest delicte en cas que no provés que era una altra persona la que conduïa el vehicle el dia dels fets? Per desgràcia, la STC esmentada no possibilita una resposta clara a aquests interrogants (vegeu el vot particular que conté aquesta sentència), però la doctrina penal considera que aquesta resposta ha de ser negativa, perquè si no s'estaria vulnerant el dret a no autoincriminar-se i finalment s'estaria obligant l'acusat a aportar ell mateix la prova de la seva innocència.

Sovint, aquestes garanties pròpies de procés penal són mal interpretades per la ciutadania, que, en moltes ocasions, per la tergiversació de què són objecte en els mitjans de comunicació, les interpreten com a mers "tecnicismes legals" que només beneficien els delinqüents. Amb aquestes garanties, però, no es tracta merament d'assegurar el famós aforisme que diu que "Val més que hi hagi deu delinqüents en llibertat que un innocent a la presó". Es tracta també de definir l'espai de llibertat i intimitat que hi ha en una societat determinada, perquè, és clar, si no hi haguessin drets processals com, per exemple, el secret de les comunicacions, això és, si la policia lliurement pogués interceptar i escoltar totes les nostres comunicacions (telefòniques, per correu electrònic, en xarxes socials, etc.), probablement es descobririen més delictes i hi hauria més delinqüents que serien portats davant de la justícia penal. La qüestió és saber si una societat determinada està disposada a pagar el preu en el gaudi dels seus drets que comporta aquesta eficàcia policial més gran.

En tercer lloc, finalment, l'ús que fa de l'etiqueta *delicte* una societat determinada i, al costat d'això, el tipus de sancions penals que hi lliga i en concret com fa servir la seva potestat punitiva (amb més o menys intensitat) ens indica quin tipus de societat tenim al davant. En l'àmbit sociològic, per tant, la configuració i el desplegament pràctic (*enforcement*) del sistema punitiu ens informa del nivell de tolerància o repressió que hi ha en una societat respecte de certes conductes i per tant, finalment, ens ensenya, d'una banda, l'"ideal social" a què vol aspirar una determinada comunitat, i de l'altra, com reacciona davant dels problemes socials.

Això, és clar, obre enormement el camp d'estudi del sistema punitiu de manera que inclou en el seu si altres variables (polítiques, sociològiques, econòmiques, etc.), perquè ja no es tracta de donar compte de la plasmació jurídica de la potestat sancionadora en l'àmbit penal (què es castiga i com es castiga), sinó també d'explicar per què es castiguen determinades conductes (i d'altres no) i per què, per exemple, s'apliquen determinats càstigs (la presó, per exemple) en lloc d'altres.

Si el poder polític de torn considera que l'exercici del dret fonamental de reunió i manifestació (art. 21 CE) ha de ser limitat, té a les seves mans diverses estratègies possibles per a sancionar els comportaments que segons el seu parer no s'incardinin a l'exercici legítim d'aquest dret fonamental. Si dins d'aquestes estratègies preveu l'ús de sancions penals restringeix sens dubte de la manera més dràstica possible aquests comportaments. Això, segons la configuració que es faci d'aquests comportaments, pot implicar *de facto* una restricció essencial del dret fonamental a la reunió i manifestació, cosa que comportaria una modificació de l'àmbit d'aquest dret fonamental.

Des d'una perspectiva sociològica el que és interessant és explicar a què respon aquesta nova configuració del dret fonamental: es tracta, per exemple, de reprimir la dissidència política o la resistència ciutadana a certes decisions del govern en moments políticament convulsos?

Vegem un exemple en matèria de sancions: la Unió Europea considera contrària a la cultura europea la pena de mort (vegeu el Conveni Europeu de Drets Humans, art. 2), que en altres contextos culturals s'accepta. Tanmateix, això ha estat així després d'un llarg procés d'evolució, perquè en la redacció original del CEDH (1950) sí que es preveia aquesta pena. Va ser abolida en temps de pau pel protocol número 6 en el Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals (signat a Estrasburg, el 28 d'abril de 1983) i finalment abolida en tot cas pel protocol número 13 (signat en VÍlnius, el 3 de maig de 2002).

Fins a tal punt aquesta supressió es considera un signe identitari de la Unió Europea que això és exigint a qualsevol país candidat com una condició per a poder formar part d'aquesta unió.

## 2. Heterogeneïtat

Fins aquí hem vist que el dret penal en realitat forma part d'un entramat sancionador més complex que està a la disposició del poder polític de torn a l'hora de regular la convivència ciutadana. Una segona qüestió general que s'ha de tenir en compte és que dins del mateix dret penal no hi ha un únic sistema sancionador, ni un únic mecanisme sancionador. Ni tan sols, com veurem, el receptor de la sanció té la mateixa naturalesa jurídica. La diversitat, per tant, és una característica que acompanya el sistema punitiu espanyol, la qual cosa afegeix complexitat a l'hora d'estudiar-lo i comprendre'l. I encara que nosaltres, en aquesta assignatura, no estudiarem en tota l'amplitud el sistema punitiu espanyol, perquè ens centrarem sobretot en les penes aplicades a adults, val la pena breument de donar compte d'aquesta diversitat.

### 2.1. Diferents sistemes: adults enfront de joves

La qüestió de la responsabilitat penal dels menors d'edat ha estat polèmica des de sempre, ja que, fins i tot partint de cert consens sobre el tractament diferent que han de merèixer els menors d'edat respecte als adults, sempre ha estat discutida tant la qüestió dels límits (d'edat) per al tracte divers com el contingut mateix d'aquesta diferència de tracte.

Al nostre país, només en dates relativament recents (CP de 1995) s'ha equiparat la majoria d'edat civil (divuit anys) amb la penal. Fins a l'entrada en vigor del CP de 1995, a partir dels setze anys una persona podia ser jutjada i condemnada penalment.

En l'actualitat en tot aquest tema ens hem de remetre a la LO 5/2000, reguladora de la responsabilitat penal dels menors, que ja en el primer article deixa clar que:

*“Aquesta Llei s'aplica per a exigir la responsabilitat de les persones majors de catorze anys i menors de divuit per la comissió de fets tipificats com a delictes o faltes en el Codi penal o les lleis penals especials”.*

Per tant, els menors de catorze anys no tenen cap tipus de responsabilitat penal, la qual cosa no vol dir que els fets que duguin a terme no generin cap mena de responsabilitat, perquè, com estableix l'article 3 de la LO 5/2000, a aquests menors:

*“[...] no se'ls exigeixen responsabilitats d'acord amb aquesta Llei, sinó que se'ls aplica el que disposen les normes sobre protecció de menors que preveuen el Codi civil i altres disposicions vigents”.*

De fet, ja en l'exposició de motius de la LO 5/2000 (apartat 4) es diu sobre aquesta qüestió que s'ha fixat en catorze anys el límit mínim a partir del qual comença la possibilitat d'exigir responsabilitat penal:

"[...] partint de la convicció que les infraccions comeses pels nens menors d'aquesta edat són en general irrelevantes i que, en els escassos supòsits en què poden produir alarma social, els àmbits familiar i assistencial civil són suficients per a donar-los una resposta igualment adequada, sense que calgui la intervenció de l'aparell judicial sancionador de l'Estat".

Per a entendre la separació que hi ha en el nostre ordenament entre un dret penal d'adults i un de dirigit als menors d'edat ens hem de referir a la marcada diferència d'enfocament que hi ha entre un règim de responsabilitat penal i l'altre. La filosofia general que inspira tota la qüestió de la responsabilitat penal dels menors d'edat ja està subratllada en la mateixa exposició de motius de la LO 5/2000, que en l'apartat 4 diu el següent:

"[...] la responsabilitat penal dels menors, amb relació a la dels adults, presenta un caràcter primordial d'intervenció educativa que transcendeix tots els aspectes de la seva regulació jurídica i que determina diferències considerables entre el sentit i el procediment de les sancions en un sector i l'altre [...]"

Aquesta declaració es complementa amb la que conté l'apartat 6 de la mateixa exposició de motius, en la qual s'assenyala com un dels principis generals de la Llei el següent:

"Naturalesa formalment penal però materialment sancionadora educativa del procediment i de les mesures aplicables als infractors menors d'edat [...]"

Encara més, en l'apartat següent es diu que:

"Atès que la reacció jurídica adreçada al menor infractor pretén ser una intervenció de naturalesa educativa, encara que, per descomptat, d'una intensitat especial, i rebutja expressament altres finalitats essencials del dret penal d'adults, com la proporcionalitat entre el fet i la sanció o la intimidació dels destinataris de la norma, es pretén impedir tot el que pugui tenir un efecte contraproduent per al menor [...]"

En definitiva, el nostre ordenament diferencia entre el règim de responsabilitat penal d'adults i menors d'edat d'acord amb la diferent finalitat de la sanció per a tots dos col·lectius.

Aquesta diferència en la filosofia de la responsabilitat penal dels menors respecte a la dels adults es pot apreciar en el mateix catàleg de sancions, en el qual se'n preveuen diverses de no previstes en el dret penal d'adults (la reparació i conciliació amb la víctima, l'amonestació, la realització de tasques socioeducatives o la convivència amb una altra persona, família o grup educatiu).



Aquestes afirmacions, però, que en termes generals encara són sostenibles, s'han de matisar en vista de les reformes que ha experimentat aquesta LO, en particular la introduïda amb la LO 8/2006. Aquesta reforma, d'acord amb la seva pròpia exposició de motius, volia resoldre els problemes plantejats pel “desgast de la credibilitat” de la LO 5/2000:

“Les estadístiques revelen un augment considerable de delictes comesos per menors, la qual cosa ha causat una gran preocupació social i ha contribuït a desgastar la credibilitat de la Llei per la sensació d'impunitat de les infraccions més quotidianes i freqüentment comeses per aquests menors, com són els delictes i faltes patrimonials. Al costat d'això, ha de reconèixer-se que, afortunadament, no han augmentat significativament els delictes de caràcter violent, encara que els realment esdevinguts han tingut un fort impacte social.

Amb l'objecte de resoldre aquests problemes, aquesta Llei orgànica planteja la revisió de determinats aspectes de la LO 5/2000 [...].

L'interès superior del menor, que segueix prevalent en la Llei, és perfectament compatible amb l'objectiu de pretendre una major proporcionalitat entre la resposta sancionadora i la gravetat del fet comès [...]”.

Malgrat aquesta última declaració del legislador (que l'“interès superior del menor”, i en suma, la funció educativa i rehabilitadora de la justícia penal juvenil, continua essent el principi rector), hi ha molts autors que han considerat aquesta reforma de la llei penal del menor un punt d'inflexió, que marca el trànsit cap a una justícia juvenil més pròxima a la dels adults i que finalment s'ha sumat al fenomen conegut com a *populisme punitiu*.

## 2.2. Diferents sancions: penes enfront de mesures de seguretat

Una altra qüestió d'interès a l'hora de delimitar el nostre sistema punitiu resideix en la diferència entre penes i mesures de seguretat.

Aquesta diferència, present en els nostres codis penals des de la primera meitat del segle XX, es basa en el fonament diferent que s'atribueix a tots dos tipus de sancions penals. El naixement de la diferència s'ha de buscar en el descobriment i preocupació dels legisladors penals pel que fa a la categoria de la “perillositat criminal”. En realitat, a l'origen, la mesura de seguretat es plantejava com un sistema alternatiu, que volia substituir la tradicional conseqüència penal, això és, la pena com a tal. Els partidaris d'aquesta mesura consideraven que la pena lligada a la idea de culpabilitat era insostenible i per això en lloc seu propugnaven un sistema de sancions la raó de ser del qual havia de ser **la protecció de la societat enfront de la perillositat criminal**. Per això aquesta nova intervenció penal va rebre el nom següent: mesura de seguretat, seguretat enfront de perillositat.

Un dels defensors més coneguts d'aquesta línia de pensament, Enrico Ferri, exposa clarament aquesta idea en la justificació del projecte preliminar de Codi penal italià de 1921, en el qual va participar com a president de la Comissió Reial per a la reforma de les lleis penals:

“[sc. les sancions penals] han de ser alienes a tota voluntat d’infligir un càstig proporcionat a la culpa moral. Cap jutge humà no pot mesurar la culpa moral d’una criatura humana perquè no pot saber les infinites condicions d’herència fisiopsíquica, de vida familiar i social, d’existència econòmica, intel·lectual, moral, a part de les restants i infinites condicions d’ambient físic i social, de les quals inseparablement tot delictes és l’inexorable resultat [...]”.

Per tant, les sancions [...] només han de proveir de la més eficaç defensa social enfront dels delinqüents perillosos i la redempció i reutilització més ràpida i segura dels delinqüents menys perillosos, que són el nombre més gran”.

No obstant això, finalment aquesta concepció originària de la mesura de seguretat com a autèntic sistema diferent i substitutiu de la pena no es va imposar en els ordenaments penals europeus. El que va passar és que les legislacions van desenvolupar en el seu si un sistema punitiu que des de llavors és mixt, ja que hi conviuen en certa harmonia totes dues sancions: penes i mesures de seguretat. Aquesta convivència és possible des del moment en què s’accepta que tant l’una com l’altra tenen un fonament i per tant uns destinataris diferents. Així, les penes es dirigeixen a les persones considerables culpables d’haver comès un delictes. Per contra, les mesures de seguretat es reserven per a les persones que no es poden considerar culpables del delictes comès, però que malgrat això són considerades perilloses per a la convivència i per això creditors d’una determinada conseqüència que mira de reprimir i eliminar aquesta perillositat.

Aquest és precisament el sistema present en el nostre CP de 1995, en el qual les mesures de seguretat es preveuen i reserven així per als anomenats *inimputables*.

Per **inimputable** s’hi entén la persona que presenta (transitòriament o permanentment) uns dèficits de les facultats psíquiques que la incapaciten per a comprendre el missatge normatiu i comportar-se d’acord amb aquest missatge. Són persones, doncs, a les quals no té sentit imposar una pena, tant si per *pena* s’hi entén el càstig merescut per l’acte responsablement comès (concepció retribucionista del càstig: pena exigeix culpabilitat) com si s’hi entén una amenaça dirigida als ciutadans perquè s’abstinguin de cometre delictes (concepció utilitarista del càstig, que exigeix que la persona pugui “captar” l’amença penal).

En altres paraules, si la pena pressuposa culpabilitat de la persona no té sentit imposar-la als inimputables, que són, per definició, “inculpables”. El dret penal, però, no és ingenu i és conscient que certs inimputables poden comportar un perill per a la col·lectivitat sobre el qual cal reaccionar d’alguna manera.

Així, en suma, la mesura de seguretat és la conseqüència juridicopenal que s’imposa a les persones que no poden ser declarades responsables penalment pel fet comès, ja que no tenen (transitòriament o permanentment) les facultats

tats mentals necessàries per a poder retreure'ls el fet comès o captar el missatge normatiu, però que malgrat això presenten un pronòstic de perillositat criminal.

Formalment, doncs, es tracta de les persones exemptes de pena per concurrència de les eximents 1a. a 3a. de l'article 20 del CP. No obstant això, el nostre sistema penal també preveu la possibilitat d'imposar mesures de seguretat a les persones declarades semiimputables (supòsits d'aplicació de l'eximent incomplet d'inimputabilitat).

Que el fonament de la mesura de seguretat no és la culpabilitat de la persona sinó la seva perillositat futura ho diu clarament l'article 6 del CP vigent, segons el qual:

- 1) Les mesures de seguretat es fonamenten en la perillositat criminal del subjecte al qual s'imposen, exterioritzada en la comissió d'un fet previst com a delicte.
- 2) Les mesures de seguretat no poden resultar ni més costoses ni de major durada que la pena aplicable abstractament al fet comès, ni excedir el límit del que és necessari per a prevenir la perillositat de l'autor.

Aquesta previsió legal mereix dos aclariments bàsics:

1) **Primer:** com es pot observar, s'exigeix un judici de perillositat per a poder imposar la mesura de seguretat, ja que, com dèiem, en això consisteix el fonament d'aquesta mesura. Tal com estableix l'article 95.1.2a. del CP, aquest judici implica que "del fet i de les circumstàncies personals del subjecte es pugui deduir un pronòstic de comportament futur que reveli la probabilitat de cometre nous delictes".

A més, aquest pronòstic de perillositat és revisable: l'article 97 del CP preveu que el jutge de vigilància penitenciària "està obligat a elevar almenys anualment una proposta de manteniment, cessament, substitució o suspensió d'aquesta". El cessament de la mesura de seguretat s'ha d'acordar "quan desaparegui la perillositat criminal del subjecte" (art. 97.b CP).

Ara bé, aquest pronòstic de perillositat futura exigeix com a condició prèvia i indispensable (art. 6.1 i 95.1.1a. CP) que la persona ja hagi comès un delicte. Aquesta previsió és molt important perquè amb això queda clar que en el nostre dret penal no són possibles les anomenades **mesures de seguretat pre-delictuals**. Aquest tipus de mesures de seguretat han existit durant molt temps en la nostra legislació penal, i en virtut d'això es podia aplicar una mesura de caràcter penal a certs tipus de persones que per la seva manera de ser o con-

dició de vida l'autoritat competent estimava que tenien possibilitat d'acabar essent delinqüents, però sense que haguessin dut a terme formalment un fet definit com a delicte.

Ens referim, per exemple, a la infame Llei de ganduls i facinerosos de 1933, que preveia tot un seguit de mesures, com l'internament per temps indeterminat, per a les persones que es poguessin considerar "ganduls habituals", "captaires professionals", "embriacs i toxicòmans habituals", "rufians i proxenetes", etc.

**2) Segon:** les mesures de seguretat, malgrat no basar-se, com diem, en la culpabilitat de la persona, presenten un límit basat en la proporcionalitat de la sanció. En concret, l'article 6.2 del CP deixa clar que "[l]es mesures de seguretat no poden resultar ni més costoses ni de major durada que la pena aplicable abstractament al fet comès".

Amb això s'exclouen les mesures de seguretat per un temps indeterminat i s'evita així la possibilitat, antigament present en la nostra legislació, que una persona estigués subjecta a una d'aquestes mesures (per exemple, l'internament en un centre psiquiàtric) durant tota la vida per haver comès un delicte no greu, respecte a un pronòstic de perillositat futura.

Hem de ser conscients que en realitat aquest límit de proporcionalitat és aliè al fonament de les mateixes mesures de seguretat, ja que, si resideix en la perillositat del sotmès a aquesta mesura, el que seria lògic és vincular la durada i intensitat d'aquesta mesura a la perillositat esmentada. El legislador de 1995, però, probablement conscient dels excessos i abusos que es podien derivar d'això, introdueix aquest límit garantista lligat al principi de proporcionalitat.

Aquí es pot apreciar per tant que la coexistència entre penes i mesures de seguretat no és exempta de friccions o punts de connexió que posen en qüestió l'estricta separació entre tots dos tipus de conseqüències penals.

De fet, aquestes friccions s'estan fent més evidents en les últimes reformes del CP. En aquest sentit, cal destacar la reforma duta a terme per la LO 5/2010 que va introduir en el nostre ordenament la mesura de seguretat anomenada *llibertat vigilada* (sobre el contingut concret d'aquesta mesura, vegeu l'art. 106 CP). Aquesta nova mesura de seguretat és problemàtica, perquè trenca amb el principi relatiu al fet que aquestes mesures es relacionen amb problemes d'inimputabilitat (o semiinimputabilitat), ja que som davant d'una mesura que s'aplica a persones considerades plenament imputables.

A més, amb aquesta mesura es trenca amb una altra regla bàsica del sistema punitiu espanyol, que és la impossibilitat d'afegir una mesura de seguretat a una pena privativa de llibertat, i per tant es tracta d'una resposta penal que planteja enormes objeccions des del punt de vista del principi de proporcionalitat. És veritat que aquest principi ja s'havia esquarterat amb la introducció en la nostra legislació penal de les prohibicions de l'article 48 del CP que per-

metien estendre'n els efectes molt més enllà de la condemna principal (art. 57 CP), però amb la llibertat vigilada, a causa de la naturalesa diferent i el contingut més intrusiu que té, s'avança un pas més.

Certament, el nostre sistema penològic planteja el problema de les persones que acaben la condemna havent-hi un pronòstic de perillositat. Fins a la introducció de la llibertat vigilada, el legislador volia conjurar aquesta perillositat mitjançant el règim de les penes accessòries (vegeu l'art. 57 CP). En la reforma de 2010, però, s'afegeix a aquest arsenal el sistema de mesures de seguretat, i es fracturen definitivament els principis que en presidien la coexistència, en particular la diferenciació taxativa entre els destinataris (imputables enfront d'inimputables o semiinimputables), i per això la impossibilitat d'afegir-los més enllà del límit de la pena proporcional establerta en la llei penal.

Aquesta evolució, anunciada amb la introducció de la llibertat vigilada, tindrà una clara plasmació si l'anunciat (i presentat) avantprojecte de reforma del CP que ha elaborat el govern actual acaba essent una llei. Aquest avantprojecte presenta novetats molt rellevants en el sistema punitiu, entre les quals cal esmentar la que afecta les mesures de seguretat.

Així, en primer lloc, l'avantprojecte dona una nova redacció a l'apartat 2 de l'article 6 del CP, que quedaria com segueix: "2. Les mesures de seguretat no poden excedir el límit del que sigui necessari per a prevenir la perillositat de l'autor". Com es pot observar, s'elimina el límit de proporcionalitat establert en la redacció originària del CP de 1995, amb la qual cosa es reconeix clarament que el fonament de les mesures de seguretat, com que està vinculat a la idea de perillositat, possibilita l'existència de mesures indeterminades (mentre duri la perillositat...).

En segon lloc, s'avança decididament en l'espínós camí de les mesures de seguretat imposades a persones imputables com a afegits postcondemna, amb el naixement d'una mesura nova, la *custòdia de seguretat*. Tècnicament, es tracta d'una mesura de seguretat afegida a la condemna que permet la privació de llibertat del considerat perillós.

Els problemes legals que planteja aquesta nova mesura són especialment intensos, perquè ja no parlem de determinades mesures restrictives de drets (penes accessòries o llibertat vigilada), sinó directament de la sanció més greu possible (la privació de llibertat), d'acord amb un pronòstic futur de perillositat, per a una persona que ja ha complert la pena.

En definitiva, com es pot observar, la distinció tradicional entre penes i mesures de seguretat és qüestionada en l'actualitat, cosa que demostra també que l'estructura i contingut del sistema punitiu no és ni de bon tros una cosa immutable, sinó sotmesa a un qüestionament i una evolució constants.

## Altres conseqüències del delict

Finalment, en aquest apartat ens hem de referir breument a aquelles altres conseqüències del delict que formalment no són una pena o una mesura de seguretat, però que de manera formal segueixen la imposició d'una d'aquestes sancions penals.

Així, en primer lloc, cal esmentar la responsabilitat civil derivada de delict. Aquest règim de responsabilitat civil està regulat en els articles 109 i seg. del CP, i com en aquest mateix article s'estableix:

“L'execució d'un fet descrit per la llei com a delict o falta obliga a reparar, en els termes que preveuen les lleis, els danys i perjudicis que ha causat”.

Per tant, la comissió d'un delict no genera únicament responsabilitat penal, sinó també responsabilitat civil pels danys ocasionats. Aquesta responsabilitat civil comprèn la restitució i reparació del dany i la indemnització dels perjudicis materials i morals (art. 110 CP).

En realitat, responsabilitat civil i penal es regeixen per principis diferents, i la compensació de danys (els patits per la víctima) és el principi rector bàsic de la responsabilitat civil. Per això, per exemple, hi pot haver una persona no responsable penalment que ho sigui civilment. En concret, l'article 118 del CP recull els supòsits en què l'exempció de responsabilitat criminal no comprèn la de la responsabilitat civil.

El diferent fonament de la responsabilitat penal i civil també determina la possibilitat que es declari una persona (natural o jurídica) responsable civil pels actes d'un tercer (art. 120 i 121 CP).

En segon lloc, ens hem de referir a les costes processals. Les costes processals o despeses del procés penal s'imposen a qualsevol responsable penal d'un delict o falta (art. 123 CP) i comprenen tots els drets i indemnitzacions ocasionats en les actuacions judicials.

I en tercer lloc, finalment, hem de fer esment de les anomenades *conseqüències accessòries del delict*. Aquestes conseqüències accessòries es recullen en l'article 127 i seg. del CP i no s'han de confondre amb el que el Codi mateix anomena *penes accessòries*.

Entre les conseqüències accessòries del delict es preveu, d'una banda, el conegut com a *comís*.

El **comís** (art. 127 CP) és la “pèrdua dels efectes que en provinguin [sc. dels delictes o faltes] i dels béns, mitjans o instruments amb què s’hagi preparat o executat, així com els guanys provinents del delicte o falta, siguin quines siguin les transformacions que hagin pogut experimentar”.

Tal com es dedueix dels articles 127 i 128 del CP les finalitats principals del comís són l’assegurament de la responsabilitat civil derivada del delicte i la privació dels instruments o guanys del delicte.

D’altra banda, entre les conseqüències accessòries del delicte també es prevenen (art. 129 CP) tot un seguit de mesures privatives de drets aplicables a “empreses, organitzacions, grups o qualsevol altra classe d’entitats o agrupacions de persones” que no tinguin personalitat jurídica, pels delictes o faltes comesos en el si, per mitjà o amb la col·laboració de les entitats esmentades.

Aquestes “conseqüències accessòries del delicte” són difícils d’explicar des del punt de vista teòric, perquè materialment es tracta sens dubte d’autèntiques penes accessòries del delicte. De fet, l’evolució recent d’aquestes conseqüències mostra que es tracta de conseqüències genuïnes del delicte de naturalesa punitiva. Així, d’una banda, pel que fa al comís, la progressiva ampliació de la possibilitat del comís en els delictes contra la seguretat del trànsit mostra que el legislador ha fet servir el comís per a augmentar el rigor punitiu contra aquest tipus de delinqüència, ja que es va introduir tímidament primer per als delictes de “conducció suïcida”, i en la reforma duta a terme per la LO 5/2010 ja s’estén per a tots els delictes contra la seguretat del trànsit (art. 385 bis). En altres paraules, un condemnat, per exemple, pel fet de conduir sota la influència de l’alcohol (art. 379.2 CP), a més de la pena de presó, multa o treball en benefici de la comunitat i privació del dret a conduir durant cert temps, es podria enfrontar al decomís del vehicle, cosa que en moltes ocasions és considerada pel condemnat com la conseqüència més onerosa.

D’altra banda, pel que fa a les conseqüències aplicables a persones jurídiques, abans de la transcendental reforma operada per la LO 5/2010 que ja instaura de manera clara la responsabilitat penal de les persones jurídiques, l’article 129 del CP preveia autèntiques penes per a aquestes persones jurídiques, però disfressant-les de meres “conseqüències accessòries”.

### **2.3. Diferents subjectes: persones físiques enfront de persones jurídiques**

La possibilitat de responsabilitat penal per part de les persones jurídiques ha estat un tema molt debatut des del mateix naixement i desenvolupament de les persones jurídiques. Això és així perquè, d’una banda, des del mateix moment d’existència d’aquestes estructures s’ha constatat la comissió de delictes

per mitjà o en el si de persones jurídiques, i de l'altra, els principis establerts que regien la responsabilitat penal de les persones físiques i fins i tot les penes tradicionals per a aquestes persones no semblava que casessin bé amb la possibilitat d'aquesta responsabilitat penal de les persones jurídiques. Per això el famós aforisme *societas delinquere non potest*.

Així, tradicionalment s'al·legava que les persones jurídiques eren incapaces d'acció (l'existència d'una "acció humana" era el requisit bàsic de la responsabilitat penal). Igualment, no es podia predicar respecte a aquestes persones la presència de "culpabilitat", tal com aquesta culpabilitat havia estat elaborada respecte d'accions humanes. Finalment, també se solia al·ludir al fet que la pena per antonomàsia, la presó, no era factible en el cas de persones jurídiques.

En definitiva, per aquestes raons i d'altres, les legislacions penals del segle XX solien seguir una via intermèdia per a perseguir els delictes comesos en el si o per mitjà de persones jurídiques: el càstig penal dels representants (persones físiques) d'aquestes persones jurídiques. Aquesta és la via que a l'origen va seguir el nostre CP i que es plasmava en l'article 31 del CP vigent. Al costat d'això, però, es va preveure, en l'article 129, com esmentem, un règim de "conseqüències accessòries" per a les persones jurídiques. Aquest règim comportava autèntiques penes, però probablement les objeccions tradicionals esmentades van convèncer el legislador de "disfressar" aquesta responsabilitat sota la denominació equívoca de **conseqüències accessòries**.

No obstant això, l'extraordinària importància que han adquirit progressivament aquestes estructures en la societat, al costat de la constatació cada vegada més evident de la capacitat de cometre delictes per mitjà d'aquestes estructures també, ha fet més apressant la necessitat de traspasar les barreres de l'estricta responsabilitat penal de les persones físiques. Així, el 2003 (reforma que va dur a terme la LO 15/2003) ja es va avançar tímidament en aquesta línia afegint un paràgraf a l'article 31 del CP en el qual es preveia la responsabilitat directa i solidària de la persona jurídica del pagament de la multa imposada al representant d'aquesta persona condemnat penalment. Finalment, però, ha estat en la reforma que ha dut a terme la LO 5/2010 que el legislador penal s'ha decidit a afrontar directament aquesta qüestió introduint el vigent article 31 bis, en què ja es diu sense subterfugis que "[e]n els supòsits que preveu aquest Codi, les persones jurídiques són penalment responsables dels delictes comesos en nom o per compte d'aquestes, i en profit seu, pels seus representants legals i administradors de fet o de dret".

Així, s'instaura ja en el nostre sistema un doble règim de responsabilitat penal pel que es refereix als subjectes destinataris de la sanció penal: les persones físiques i les persones jurídiques.

Pel que fa a les penes concretes que resulten aplicables en el cas de responsabilitat penal de persones jurídiques, vegeu l'article 33.7 del CP.



### 3. Estructura general del sistema de penes espanyol

Fins aquí hem vist que el sistema punitiu forma part d'un context més ampli (el relatiu a la potestat sancionadora estatal) i que una de les característiques que el defineixen és la diversitat o heterogeneïtat. Abans d'estudiar amb cert detall com ha funcionat en la pràctica aquest sistema i quins en són (o n'haurien de ser) els principis rectors, val la pena de presentar-vos l'esquema general del sistema de penes espanyol ("penes *stricto sensu*", és a dir, deixant de banda les mesures de seguretat i les altres conseqüències del delictes), fins i tot a risc de recordar (si més no breument) el contingut d'altres assignatures.

#### 3.1. Classes de penes

El catàleg general de penes es regula en l'article 32 i seg. del CP i es poden classificar tenint en compte diversos criteris. Nosaltres, aquí, farem referència a dos d'aquests criteris.

##### 3.1.1. Segons el bé jurídic afectat

Pel que fa al bé jurídic o dret afectat per la sanció, les penes es diferencien en privatives de llibertat, privatives d'altres drets i multa (art. 32 CP).

##### a) Penes privatives de llibertat

El nostre CP preveu tres tipus de penes privatives de llibertat: la presó, la localització permanent i la responsabilitat personal subsidiària per impagament de multa.

Sens dubte la presó és la sanció penal per antonomàsia i de fet és una opinió comuna entre la doctrina penal que la presó és l'eix del nostre sistema penal. Un cop d'ull ràpid al CP confirma aquest fet, ja que la majoria de delictes estan castigats amb pena de presó. No obstant això, com veurem després, la presó no és en realitat la sanció més comuna per a la criminalitat.

La pena de localització permanent s'ha introduït en la nostra legislació en la reforma del CP que va dur a terme la LO 15/2003, i substitueix l'antic arrest de cap de setmana. El contingut essencial d'aquesta pena resideix en l'obligació d'estar-se al domicili o al lloc determinat pel jutge en la sentència.

Per la seva banda, la responsabilitat personal subsidiària per impagament de multa és la sanció prevista per als casos d'impagament de la multa imposada com a sanció penal. El nostre CP atribueix a aquesta pena la naturalesa de pena

privativa de llibertat, però en realitat això no implica que es compleixi sempre en règim de privació de llibertat (ja que pot ser que aquesta responsabilitat subsidiària es compleixi en forma de treballs en benefici de la comunitat).

### **b) Penes privatives d'altres drets**

En realitat totes les penes són privatives de drets (en aquest sentit les penes privatives de llibertat afecten el dret a la llibertat personal). Per això l'article 32 del CP s'hi refereix com a penes privatives d'"altres" drets. Es tracta de penes que impliquen una limitació de drets polítics, civils o professionals, tal com es dedueix del catàleg que preveu l'article 39 del CP:

- 1) La inhabilitació absoluta.
- 2) Les d'inhabilitació especial per a feina o càrrec públic, professió, ofici, indústria o comerç, o altres activitats determinades en aquest Codi, o dels drets de pàtria potestat, tutela, guarda o curatela, dret de sufragi passiu o qualsevol altre dret.
- 3) La suspensió de feina o càrrec públic.
- 4) La privació del dret a conduir vehicles de motor i ciclomotors.
- 5) La privació del dret a tenir i portar armes.
- 6) La privació del dret a residir en determinats llocs o a anar-hi.
- 7) La prohibició d'aproximar-se a la víctima o a aquells dels seus familiars o altres persones que determini el jutge o tribunal.
- 8) La prohibició de comunicar-se amb la víctima o amb aquells dels seus familiars o altres persones que determini el jutge o tribunal.
- 9) Els treballs en benefici de la comunitat.
- 10) La privació de la pàtria potestat.

Cal assenyalar que el jutge pot imposar aquestes penes com a penes principals o accessòries (art. 54 i seg. CP).

### **c) Multa**

La pena de multa és una sanció pecuniària que implica la privació de part del patrimoni de l'afectat. En aquest sentit, s'ha dit que aquesta pena privaria de la "capacitat de consum", tan rellevant, segons sembla, en la nostra societat actual.

En el nostre CP hi ha dos sistemes per a calcular i imposar la multa: el sistema de dies-multa i el sistema de multa proporcional.

### 3.1.2. Segons la forma d'imposició

Segons la forma d'imposició podem traçar tres classificacions diferents de les penes:

#### a) Penes principals i penes accessòries

Les penes principals són les que es poden imposar per si soles, això és, que no depenen de la imposició d'una altra. Per contra, les penes accessòries, per la naturalesa que tenen, són les que depenen de la imposició d'una pena principal.

En altres paraules: les penes principals són les que estableix el legislador en la lletra dels respectius delictes de la part especial del CP.

Quan l'article 138 del CP diu que el reu d'homicidi ha de ser castigat amb la pena de presó de deu a quinze anys, aquesta pena és la principal del delicte d'homicidi.

Per la seva banda, les penes accessòries no es preveuen en la regulació dels delictes (part especial), sinó en la part general del CP, que mitjançant una clàusula genèrica (art. 54 i seg. CP) habilita el jutge a imposar aquest tipus de penes encara que, com diem, no estan previstes en els delictes.

D'aquesta manera, continuant amb l'exemple proposat abans, la persona condemnada com a reu d'homicidi serà castigada a una pena de presó de deu a quinze anys i a més el jutge li pot imposar com a pena accessòria la inhabilitació absoluta (la qual, de fet, és d'imposició obligada: art. 55 CP), la inhabilitació especial per a exercir la pàtria potestat, tutela, curatela, guarda o acolliment, o bé la privació de la pàtria potestat (art. 55 CP), la privació del dret a residir en determinats llocs o a anar-hi, la prohibició d'aproximar-se a la víctima o comunicar-s'hi (art. 57 CP).

En aquest sentit, les penes accessòries són qüestionables des de la perspectiva del principi de legalitat, en concret en la faceta de garantia criminal (definició clara de les conseqüències del delicte en la llei penal), ja que el ciutadà no expert en dret penal no pot preveure la pena concreta que implicarà el delicte (pot preveure la pena principal, però no l'accessòria que pot imposar el jutge).

El catàleg concret de penes accessòries es preveu en els articles 54 i seg. del CP, que diferencia en funció de la pena principal imposada.

Cal afegir, finalment, que les penes accessòries no són d'imposició automàtica, ja que segons l'article 79 del CP "Sempre que els jutges o els tribunals imposin una pena que en comporti altres d'accessòries han de condemnar també expressament el reu a aquestes últimes".

#### b) Penes úniques, cumulatives i alternatives

Aquesta classificació fa referència a la pena principal que estableix el CP en el delictes respectiu. Aquesta pena principal pot presentar la forma de pena única, cumulativa o alternativa. La pena única és el supòsit en què la llei penal només preveu una pena per al delictes en qüestió.

L'article 138 del CP, perquè l'homicidi té com a pena principal única la presó de deu a quinze anys.

Els supòsits de pena cumulativa són aquells en què la llei penal preveu més d'una pena per al delictes en qüestió i a més totes són d'imposició obligatòria.

L'article 380 del CP castiga el qui condueix amb temeritat manifesta i posa en perill concret la vida o la integritat de les persones, amb les penes de presó de sis mesos a dos anys i privació del dret a conduir vehicles de motor i ciclomotors per un temps superior a un any i fins a sis anys.

Per la seva banda, els supòsits de pena alternativa són aquells en què, prevenint la llei més d'una pena per al delictes en qüestió, no són totes d'obligada imposició, ja que el jutge ha de triar entre aquestes penes.

L'article 244 del CP castiga el qui sostreu o utilitza sense l'autorització deguda un vehicle de motor o un ciclomotor d'altri amb la pena de treballs en benefici de la comunitat de trenta-un a noranta dies o una multa de sis a dotze mesos.

En els supòsits de pena alternativa, doncs, la pena en realitat no està determinada legalment fins a les últimes conseqüències, ja que és el jutge el qui decideix la pena imposada finalment.

### **c) Penes originàries i substitutives**

Finalment, segons la via d'imposició de les penes podem distingir entre penes originàries i penes substitutives.

Les penes originàries són les que preveu la part especial del CP per al delictes de què es tracta. És a dir, és la pena que preveu d'entrada el legislador per a un delictes determinat. Les penes originàries, al seu torn, poden tenir la forma, com hem vist, de pena única, cumulativa o alternativa.

Les penes substitutives són les que imposa finalment el jutge en els supòsits previstos legalment en els quals se li atribueix la facultat de substituir la pena originària prevista al principi per la llei per una altra pena.

L'article 88 del CP faculta el jutge per substituir, si es compleixen una sèrie de requisits, una pena de presó de fins a dos anys per multa o treballs en benefici de la comunitat. Si el jutge fa ús d'aquesta facultat i substitueix una pena de presó de sis mesos per treball en benefici de la comunitat, aquesta última pena és la pena substitutiva.

Com podem apreciar amb aquestes distincions, el legislador penal té a l'abast una àmplia diversitat d'opcions per a donar més o menys llibertat al jutge o al tribunal a l'hora de determinar la pena aplicable finalment al cas. Això fa que reflexionem sobre el paper dels agents implicats en el disseny i configuració del sistema punitiu al nostre país.

## 4. Agents

### 4.1. Legislador

Òbviament, el primer agent que intervé a l'hora de determinar la pena aplicable a un delict, i per tant, el primer protagonista en el disseny del sistema punitiu, és el legislador. Això és així perquè en el nostre sistema constitucional és el legislador de torn qui té la potestat de decidir què s'ha de castigar i com s'ha de fer.

Això no és sinó la conseqüència lògica de la configuració del principi de legalitat en el nostre ordenament:

#### Art. 25.1 CE

Ningú pot ser condemnat o sancionat per accions o omissions que en el moment de produir-se no constitueixin delict, falta o infracció administrativa, segons la legislació vigent en aquell moment.

La doctrina penal destaca que el principi de legalitat se sustenta en dues idees rectores: primera, la llibertat i seguretat jurídica dels ciutadans; i segona, el principi democràtic o separació de poders (segons el qual és al poder legislatiu, mitjançant les lleis, a qui competeix decidir què es castiga i com).

Cal aclarir que quan parlem de **legislador** ens referim al legislador estatal, ja que segons l'article 149.1.6a. de la CE l'Estat té competència exclusiva en matèria de legislació penal. No obstant això, no es pot excloure en absolut que les comunitats autònomes (CA) tinguin algun paper en la definició de les conductes delictives, ja que almenys en els casos de les anomenades **lleis penals en blanc** això ha estat acceptat pel nostre TC.

No és tan excepcional, però, el paper que poden tenir les comunitats autònomes, ja no en matèria de definició de l'activitat delictiva, sinó en la qüestió relativa a l'execució del càstig fixat en la normativa estatal.

#### El paper de les comunitats autònomes

En concret la STC 120/1998 va acceptar aquest paper complementari de les CA en matèria penal per via de lleis penals en blanc, però amb un límit: la normativa de la CA no pot introduir "divergències desraonades i desproporcionades al fi perseguit respecte al règim jurídic aplicable en altres parts del territori".

El cas paradigmàtic és l'assumpció de competències en matèria d'execució penitenciària per part de la Generalitat de Catalunya, que des de 1984 gestiona aquest àmbit tan transcendental del càstig més sever. Certament, hi ha una normativa estatal (Llei i Reglament penitenciari) que mira de delimitar el contingut d'aquesta execució a tot l'Estat espanyol, però com veurem l'àmbit relatiu a l'execució administrativa de la pena permet cert marge de maniobra en la definició concreta del contingut del càstig. I en matèria de menors d'edat l'excepció es converteix en norma, perquè en aquest àmbit les CA són les que assumeixen directament la competència en matèria d'execució de les mesures derivades de la Llei de responsabilitat penal del menor.

D'altra banda, hi ha una instància, ja no infranacional sinó supranacional, que recentment està adquirint rellevància en matèria penal: la Unió Europea. Ja hi ha nombroses directives i recomanacions que ha emès la Unió Europea en matèria penal que d'una manera o d'una altra vinculen l'Estat espanyol. De fet, en les exposicions de motius de les últimes reformes penals se sol al·ludir a les obligacions internacionals que ha contret Espanya en el marc de la Unió Europea per a justificar la introducció o modificació de tot un seguit de delictes.

### **Vegem-ne alguns exemples**

En la rellevant reforma del CP que ha dut a terme la LO 5/2010 es declara expressament (disposició final sisena) que amb aquesta reforma "s'incorporen al dret espanyol les següents normes de la Unió Europea":

- **Decisió marc 2003/568/JAI del Consell, de 22 de juliol de 2003**, relativa a la lluita contra la corrupció en el sector privat.
- **Decisió marc 2004/68/JAI del Consell, de 22 de desembre de 2003**, relativa a la lluita contra l'explotació sexual dels nens i la pornografia infantil.
- **Decisió marc 2004/757/JAI del Consell, de 25 d'octubre de 2004**, relativa a l'establiment de disposicions mínimes dels elements constitutius de delictes i les penes aplicables en l'àmbit del tràfic il·lícit de drogues.
- **Decisió marc 2005/212/JAI del Consell, de 24 de febrer de 2005**, relativa al deco·mís dels productes, instruments i béns relacionats amb el delicte.
- **Decisió marc 2005/222/JAI del Consell, de 24 de febrer de 2005**, relativa als atacs contra els sistemes d'informació.
- **Decisió marc 2008/919/JAI del Consell, de 28 de novembre de 2008**, per la qual es modifica la Decisió marc 2002/475/JAI, sobre la lluita contra el terrorisme.
- **Decisió marc 2002/629/JAI del Consell, de 19 de juliol de 2002**, relativa a la lluita contra el tràfic d'éssers humans.
- **Directiva 2008/99/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 19 de desembre de 2008**, relativa a la protecció del medi ambient mitjançant el dret penal.
- **Directiva 2003/6/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 28 de gener de 2003**, sobre les operacions amb informació privilegiada i la manipulació del mercat (abús del mercat).

Per tant, en l'actualitat, el poder del legislador estatal en matèria penal s'ha de situar en el context d'una creixent sobirania supranacional, que com veurem afecta tant la definició de les conductes delictives com els càstigs que s'hi poden associar.

Al marge d'aquesta qüestió competencial, quan diem que el legislador és el primer protagonista o agent clau en la configuració del sistema punitiu, perquè és qui decideix què s'ha de castigar i com s'ha de fer, val la pena tenir en compte dues qüestions importants.

#### 4.1.1. Un legislador totpoderós?

La primera qüestió fa referència a l'àmbit d'aquest poder legislatiu. En altres paraules: el legislador de torn, té llibertat absoluta per a dissenyar el sistema punitiu o està sotmès a certs límits que ha de respectar al marge de les seves preferències politicocriminals? Doncs bé, en el nostre ordenament el legislador no té llibertat absoluta a l'hora de decidir què ha de castigar i com (amb quines penes) ho ha de fer. Hi ha una sèrie de límits a la potestat punitiva del legislador, que deriven del reconeixement de diversos principis i drets fonamentals en el nostre text normatiu suprem (la Constitució) i també de les obligacions que ha contret internacionalment Espanya, en particular, el Conveni Europeu de Drets Humans.

Certament, estudiar amb detall aquesta qüestió excedeix el contingut d'aquesta assignatura. Per això no estudiarem aquí els límits que afecten la decisió relativa a què s'ha de castigar (principi de protecció de béns jurídics o lesivitat, principi d'*ultima ratio* i principi de culpabilitat), però sí que farem una referència als límits que afecten la configuració del sistema punitiu espanyol (com s'ha de castigar).

Aquests límits concrets a la potestat punitiva estatal han estat objecte d'elaboració pel nostre TC al llarg de la seva dilatada història. Així, ja en la transcendental STC 55/1996, aquest tribunal va declarar que:

La resposta a aquesta qüestió [sc. la plantejada en aquest cas, que feia referència al càstig penal de la insubmissió al servei militar] ha de partir inexcusablement del record de la potestat exclusiva del legislador per a configurar els béns penalment protegits, els comportaments penalment repressibles, *el tipus i la quantia de les sancions penals, i la proporció entre les conductes que vol evitar i les penes amb les quals intenta aconseguir-ho.* [...]

En l'exercici de la seva competència de selecció dels béns jurídics que dimanen d'un determinat model de convivència social i dels comportaments atemptatoris contra aquests béns, i també de determinació de les sancions penals necessàries per a la preservació del model esmentat, el legislador té, dins dels límits establerts en la Constitució, un ampli marge de llibertat que deriva de la seva posició constitucional i, en última instància, de la seva específica legitimitat democràtica. No solament cal afirmar, doncs, que, com no pot ser d'una altra manera en un estat social i democràtic de dret, correspon en exclusiva al legislador el disseny de la política criminal, sinó també que, amb l'excepció que imposen les esmentades pautes elementals que emanen del text constitucional, disposa per a això de plena llibertat. Per aquest motiu, en concret, la relació de proporció que ha d'observar un comportament penalment típic amb la sanció que se li assigna ha de ser el fruit d'un complex judici d'oportunitat del legislador, a qui, encara que no pot prescindir de certs límits constitucionals, aquests límits no imposen una solució precisa i unívoca (FJ 6).

Per tant, és l'especial legitimitat democràtica del legislador la que fonamenta la seva posició primària a l'hora de configurar el sistema punitiu, i en aquest sentit les lleis penals s'interpreten com a expressió de la sobirania popular en un determinat context històric. Certament, no podia ser d'una altra manera: com es castiga un comportament determinat ha de ser una decisió que han de prendre els màxims representants de la sobirania popular, això és, els membres de les cambres legislatives escollits democràticament.



Tanmateix, com diem, encara que el nostre TC és ben conscient d'això, també deixa clar que aquesta posició primària no dóna al legislador una total patent de cors per a configurar el sistema punitiu al seu gust, perquè ha d'observar certs límits.

En particular, pel que fa a les sancions penals, s'han d'esmentar dues classes de límits reconeguts pel TC: el **límit formal**, constituït pel principi de legalitat de les penes, i els **límits materials (o de contingut)**, plasmats en els principis d'humanitat i proporcionalitat de les penes.

### 1) El límit formal: principi de legalitat de les penes

El nostre CP estableix clarament en l'article 2.1 que "No s'ha de castigar cap delictes ni falta amb una pena que no hagi previst una llei anterior a la seva perpetració". El tradicional principi de legalitat, que es predica respecte de la definició del delictes (art. 25 CE, art. 1 CP: *nullum crimen sine lege*), s'estén per tant clarament també a l'aspecte de la configuració de les penes (*nulla poena sine lege*).

Això abraça els diversos aspectes del principi de legalitat reconeguts pel nostre TC: reserva absoluta de llei, taxativitat, prohibició d'aplicació analògica *in malam partem*, irretroactivitat (excepte la favorable al reu) i prohibició de *bis in idem*. Precisament no fa gaire un dels continguts de la legalitat de les penes (en concret, l'aspecte relatiu a la irretroactivitat) ha estat debatut amb solucions diverses en el context de la coneguda com a *doctrina Parot* per part del TC (vegeu la STC 40/2012) i el TEDH (vegeu la sentència *Del Río Prada c. España*, de 10 de juliol de 2012).

La **doctrina Parot** és el nom pel qual es coneix la jurisprudència fixada a partir de la STS de 28 de febrer de 2006, que en el cas del membre d'ETA Henri Parot Navarro va fer una nova interpretació del còmput màxim efectiu de pena establert en el CP de 1973. Aquesta nova interpretació implicava *de facto* un allargament d'uns quants anys de l'estada a la presó. Un dels aspectes discutits d'aquesta doctrina és el relatiu a la irretroactivitat de les sancions penals, perquè aquesta nova interpretació feta pel TS es va aplicar a persones condemnades per fets delictius anteriors a aquesta interpretació.

### 2) Els límits de contingut: humanitat i proporcionalitat de les penes

El **principi d'humanitat de les penes**, de fet, ja està clarament reconegut en la CE, que en l'article 15 declara taxativament que:

“Tothom té dret a la vida i a la integritat física i moral, sense que, en cap cas, ningú no pugui ser sotmès a tortura ni a penes o tractes inhumans o degradants”. (L'article 3 del CEDH és molt semblant.)

A això s'hi ha d'afegir la previsió de l'article 25.2 de la CE relativa al fet que:

“Les penes privatives de llibertat i les mesures de seguretat restaran orientades vers la reeducació i la reinserció social i no podran consistir en treballs forçats”.

Les sancions penals, per tant, fins i tot essent òbviament un càstig i en aquest sentit una privació de drets que sens dubte comportarà cert patiment per a la persona condemnada, no poden implicar de cap manera una forma de tortura o tracte inhumà o degradant, ja que això afecta la dignitat de la persona (art. 10 CE).

Certament, definir què significa exactament *tracte inhumà o degradant* no és feina fàcil. La doctrina penal, més enllà d'al·ludir a la prohibició de la tortura, les penes corporals i la cadena perpètua, sol debatre aquí la qüestió relativa a les penes de presó de llarga durada. En concret es discuteix a partir de quin llindar de temps és inevitable la destrucció física i sobretot psicològica del condemnat i per això som davant d'un càstig inhumà.

En la nostra jurisprudència constitucional hi ha molt pocs casos en què s'hagi discutit el contingut d'aquest dret fonamental. Els recursos d'empara que han arribat al nostre TC al·legaven la vulneració d'aquest dret com a conseqüència de determinades pràctiques en l'àmbit de l'Administració penitenciària – l'aïllament en cel·la (STC 2/1987) i l'exclusió de relacions íntimes a la presó (STC 89/1987). En aquestes sentències (totes dues desestimatòries) el TC considera que la qualificació d'una pena com a inhumana o degradant depèn de l'execució de la pena i de les modalitats concretes que revesteix aquesta pena, de manera que hi ha tractes inhumans o degradants quan aquelles penes “impliquin sofriments d'una especial intensitat, o provoquin una humiliació o sensació d'enviliment que arribi a un nivell determinat, diferent i superior al que sol comportar la imposició de la condemna” (STC 89/1987, FJ 2).

Potser en un futur el nostre TC haurà d'afinar més el contingut d'aquest dret quan s'introdueixi en el nostre ordenament penal la pena de “presó permanent revisable”, perquè com dèiem en la doctrina penal es discuteix l'adequació amb el dret fonamental a no sofrir penes o tractes inhumans de les penes molt llargues de presó. D'altra banda, en el context europeu una qüestió que s'ha debatut és si la cadena perpètua vulnera drets fonamentals.

El TEDH ha declarat fa poc (*Vinter i altres c. Regne Unit*, 2012) que una pena de cadena perpètua que preveu la possibilitat de sol·licitar la llibertat condicional després d'un temps mínim de condemna que s'ha de complir forçosament no vulnera l'article 3 del CEDH (que és el que estableix la prohibició de les penes o tractes inhumans o degradants). Això prové de *Kafkaris c. Xipre* (2008), en què el TEDH va considerar contrària a l'article 3 del CEDH una pena de cadena perpètua en què el condemnat no tenia cap possibilitat de revisió. No obstant això, a *Vinter i altres c. Regne Unit* el mateix TEDH matisa que una pena de cadena perpètua sense possibilitat de revisió només entraria en col·lisió amb l'article 3 del CEDH en el moment en què la prolongació de la privació de llibertat no es pogués justificar d'acord amb necessitats penològiques legítimes (aquí, el TEDH esmenta el càstig, la prevenció de delictes, la rehabilitació i la protecció de la societat).

D'altra banda, al marge del principi d'humanitat de les penes, el segon principi reconegut pel TC que té un paper a l'hora de dissenyar el sistema punitiu és el **principi de proporcionalitat de les penes**. Aquest principi és extraordinàriament complex, tal com reconeix el TC mateix:

"[...] a diferència del que passa en relació amb els òrgans que tenen encomanada la tasca d'interpretar i aplicar les lleis, el legislador, en establir les penes, no té, òbviament, la guia d'una taula precisa que relacioni unívocament mitjans i objectius, i ha d'atendre no solament el fi essencial i directe de protecció a què respon la norma, sinó també altres finalitats legítimes que pot perseguir amb la pena i les diverses formes en què opera aquesta pena i que es podrien catalogar com les seves funcions o finalitats immediates: les diverses formes en què la comminació abstracta de la pena i l'aplicació d'aquesta pena influeixen en el comportament dels destinataris de la norma –intimidació, eliminació de la venjança privada, consolidació de les conviccions ètiques generals, reforç del sentiment de fidelitat a l'ordenament, resocialització, etc.– i que es classifiquen doctrinalment amb les denominacions de *prevenció general* i de *prevenció especial*. Aquests efectes de la pena depenen al seu torn de factors com la gravetat del comportament que es vol dissuadir, les possibilitats fàctiques de la detecció i sanció d'aquest comportament, i les percepcions socials relatives a l'adequació entre delicte i pena.

En definitiva, en relació amb la proporcionalitat d'una determinada pena, aquest Tribunal, per a establir-la, no pot prendre com a referència una pena exacta, que aparegui com l'única concreció possible de la proporció exigida constitucionalment, perquè la norma suprema no conté criteris dels quals es pugui inferir aquesta mesura; però tampoc no li és possible renunciar a tot el control material sobre la pena ja que l'àmbit de la legislació penal no és un àmbit constitucionalment exempt".

STC 55/1996, FJ 6

Situats aquí, cal preguntar-se llavors quin és aquest **control material sobre la pena** que queda en mans del TC i que vincula el legislador. En aquest punt ens hem de referir al **test de proporcionalitat** elaborat pel TC mateix i els elements o passos del qual són els següents:

- 1) **Bé protegible**: la norma ha de protegir un bé que no estigui proscrit constitucionalment ni que sigui irrellevant socialment.
- 2) **Adequació**: la norma penal ha de ser un mitjà idoni per a protegir el bé en qüestió.
- 3) **Necessitat**: el bé protegit per la norma penal no ha de ser adequadament protegible amb una reacció de tipus no penal.
- 4) **Proporcionalitat en sentit estricte**: la pena no ha de ser excessiva en relació amb l'entitat del delicte.

En realitat, com es pot apreciar, només l'últim aspecte (4) es correspon amb el que la doctrina penal ha considerat tradicionalment el principi de proporcionalitat de les penes. Per aquest motiu el TC mateix anomena aquest últim aspecte *proporcionalitat en sentit estricte*. La resta pertany en rigor a altres principis constitucionals. Així, quan el TC al·ludeix al fet que, en primer lloc, “la norma ha de protegir un bé que no estigui proscrit constitucionalment ni que sigui irrellevant socialment” es refereix al que la doctrina penal anomena *principi de protecció de béns jurídics o lesivitat*. I quan el TC assenyala, en segon lloc, que “la norma penal ha de ser un mitjà idoni per a protegir el bé en qüestió” i que “el bé protegit per la norma penal no ha de ser adequadament protegible amb una reacció de tipus no penal” es refereix al conegut com a *principi d'ultima ratio' del dret penal*.

Situats ara en l'àmbit del principi de proporcionalitat en sentit estricte (com l'anomena el TC), cal dir que el nostre TC ha estat molt condescendent amb el legislador.

Així, en un dels primers casos en què es va plantejar al TC la possible vulneració del principi de proporcionalitat per part del legislador penal a l'hora d'establir la pena per a un delicte determinat, el TC va considerar que un precepte penal que sancionava la malversació de cabals públics (de 15.000 euros) amb la mateixa pena que l'homicidi (en el cas concret es va condemnar la persona a setze anys de presó) no era contrari a aquest principi de proporcionalitat (STC 65/1986).

La doctrina general del TC sobre el principi de proporcionalitat es pot apreciar en la STC 161/1997 (FJ 12):

“En aplicació de les idees fonamentals relatives al principi de proporcionalitat com a criteri d'enjudiciament del tractament de drets fonamentals, hem de reiterar que la relació final que tingui la magnitud dels beneficis obtinguts per la norma penal i la magnitud de la pena és el fruit d'una complexa anàlisi politicocriminal i tècnica que només correspon al legislador i que, per tant, en cap cas no es redueix a una proporció exacta entre el desvalor de la sanció i el desvalor del comportament prohibit, segons un hipotètic barem precís i prefixat. La relació valorativa entre precepte i sanció només és indicatiu d'una vulneració del dret fonamental que la sanció limita quan atempta contra «el valor fonamental de la justícia propi d'un estat de dret i d'una activitat pública no arbitrària i respectuosa amb la dignitat de la persona [...]»; és a dir, quan concorre un «desequilibri palès i excessiu o desraonat entre la sanció i la finalitat de la norma» a «partir de les pautes axiològiques constitucionalment indiscutibles i de la seva concreció en la mateixa activitat legislativa» (STC 55/1996, fonament jurídic 9). Només aquest criteri de proporcionalitat és el que correspon aplicar a aquest Tribunal per a avaluar si s'ha produït un sacrifici excessiu del dret fonamental que la pena restringeix. A aquest contingut mínim de proporcionalitat es limita, doncs, el nostre judici, de manera que, com hem reiterat, no comporta cap avaluació afegida de qualitat o de conveniència de la norma qüestionada”.

Com es pot veure, el TC s'esforça a aclarir que la seva tasca en la revisió de la proporcionalitat de les penes és molt limitada, perquè, com hem vist, és el poder legislatiu qui té la legitimitat democràtica primària i per tant és a ell a qui competeix el disseny de les estratègies de política criminal. Per això no és d'estranyar que en aquesta sentència, davant de l'al·legació relativa al fet que una pena de presó de sis mesos a un any de presó és un càstig desproporcionat en relació amb la gravetat del delicte (negativa a la prova d'alcoholèmia), el TC concloués (FJ 13) que:

“En vista dels importants béns i interessos protegits que resumíem en el fonament jurídic 10 i malgrat la indubtable severitat sancionadora que en si comporta la imposició d’una pena privativa de llibertat, no constatem un «desequilibri palès i excessiu o desraonat» entre el desvalor de la conducta i la sanció que ens condueixi a afirmar que s’ha produït una lesió de la llibertat des de la perspectiva dels art. 17.1 i 25.1 CE”.

En definitiva, encara que el TC s’esforça a assenyalar que la potestat del legislador a l’hora de dissenyar el marc punitiu no és il·limitada, en la pràctica aplica un criteri tan lax a l’hora de controlar els presumptes excessos punitius del legislador que es pot ben afirmar que en el nostre sistema el legislador penal té una àmplia llibertat per al disseny del sistema de penes.

#### 4.1.2. Qui és el legislador?

Una segona qüestió sobre la qual és interessant reflexionar quan al·ludim al legislador com a agent fonamental en el disseny del sistema punitiu al nostre país és la relativa al procés d’elaboració de les lleis penals. Òbviament, aquí no es tracta d’estudiar el procediment legal d’elaboració, aprovació i modificació de les lleis penals, sinó de preguntar-nos quina és o quines són les figures clau que determinen el procés legislatiu.

En particular, l’interès en aquesta qüestió ha arribat a tenir recentment interès acadèmic en connexió amb el fenomen conegut com a **populisme punitiu**. Amb això se sol al·ludir a la utilització del dret penal amb finalitats polítiques. En concret, un ús marcat sobretot per la creença que penes més grans poden evitar el delicte i que tenen la finalitat de guanyar vots.

En altres paraules, una societat marcada pel populisme punitiu és aquella en què les decisions sobre la justícia penal no es prenen després de reflexions acurades (de certs experts) sobre les causes i les maneres de prevenir el delicte, sinó pel sentiment impulsiu que una política de mà dura és més atractiva per a la ciutadania i per tant promet més vots per als governants.

En aquest sentit, hi ha molts criminòlegs que han denunciat el creixent pes dels polítics en l’elaboració de les lleis penals, que actuant segons la lògica de curt termini de la política (guany electoral) marginarien el saber científic (experts en dret, criminologia, sociologia, etc.). Amb això se subratlla un cert desplaçament de poder o protagonisme en l’elaboració de les lleis penals, en què els experts socials haurien estat desplaçats pels polítics, i d’aquesta manera s’hauria donat lloc a lleis populistes però injustes i a més ineficaces en la lluita contra el delicte.

No és aquest, és clar, el lloc per a discutir sobre el fenomen del populisme punitiu, però quan es parla del legislador com a agent clau en el disseny del sistema punitiu s'ha de tenir present que la configuració concreta del poder legislatiu (les lleis penals, són el resultat de llargs debats en el si de comissions legislatives d'experts o són més aviat la resposta a determinada conjuntura política o fins i tot mediàtica?) i fins i tot el procediment d'aprovació de les lleis penals (amb quines majories es pot aprovar una llei penal?, el tràmit parlamentari per a aprovar una llei penal, és lent i pausat?) són determinants a l'hora de donar un contingut o un altre a aquest sistema de penes.

### Exemple

Alguns criminòlegs (en particular Green) han assenyalat que sembla que hi ha una diferència rellevant en la utilització política del dret penal en funció de si tenim al davant una "democràcia majoritària" (sistema de dos grans partits que s'alternen en el poder, com ara conservadors i laboristes al Regne Unit) o una "democràcia consensual", en què tradicionalment el poder polític s'estructura entorn de coalicions de diversos partits. En les democràcies majoritàries hi hauria una tendència més gran a l'ús polític del dret penal.

Qui vulgui explicar les pràctiques punitives d'un país determinat ha d'estar atent, per tant, a les claus polítiques que expliquen la configuració del poder legislatiu.

## 4.2. Poder judicial

### 4.2.1. Imposició de la pena

Se sol assenyalat com a segon agent principal en el disseny del sistema punitiu el jutge o tribunal encarregat d'imposar el càstig establert en la llei penal. Això és correcte, perquè com ja hem apreciat en diferents exemples presentats la pena prevista per la llei penal no adopta la forma d'una pena definida quant a la durada i fins i tot a vegades quant a la naturalesa (supòsits de pena alternativa o de penes substitutives). En aquest sentit, es considera que el que la llei penal estableix és merament un "marc penal", això és, un marc genèric de pena que el jutge ha de concretar en la sentència, utilitzant les regles generals i específiques previstes en el CP (art. 61 i seg.) fins a arribar a la imposició d'una pena determinada en naturalesa i durada.

Per tant, al costat de la previsió legal de la pena pel legislador, cal sempre un procés de concreció o determinació judicial de la pena. Aquest procés de concreció judicial planteja la tradicional qüestió relativa a qui ha de tenir el protagonisme principal a l'hora de fixar el càstig concret imposat al delinqüent: el legislador o el jutge.

### Vegeu també

Trobareu més informació sobre el fenomen del populisme punitiu en l'assignatura *Política criminal*.

La nostra tradició continental ha estat molt marcada pel fenomen de la codificació i el consegüent recel a l'estament judicial. Els revolucionaris dels segles XVIII i XIX que van plasmar formalment el seu model social en els diferents codis de lleis sempre van recelar dels jutges com a representants de les antigues classes dominants (aristocràcia) i per això en els primers codis s'hi aprecia una clara intenció de limitar-los el poder plasmada en la determinació quasi matemàtica de la pena pel legislador mateix.

Beccaria, en el seu famós llibre *De los delitos y las penas*, en el capítol 4 escriu el següent:

“En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Ponderáse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre. No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley”.

Als antípodes d'aquest sistema hi ha la tradició anglosaxona, que tradicionalment ha donat un gran marge de maniobra al jutge per a determinar la pena aplicable als delictes, fins al punt que, per exemple, a Anglaterra, per a molts delictes la llei només fixa la pena màxima aplicable, de manera que dóna plena llibertat al jutge per a aplicar, respectant aquest límit màxim, la pena que consideri més convenient.

El sistema vigent en el nostre CP, fins i tot essent lògicament hereu de la tradició continental esmentada, tal com es pot apreciar en les dues primeres fases de la determinació de la pena (la llei fixa el marc abstracte de pena i tot un seguit de circumstàncies que el poden modificar o delimitar), no es pot qualificar com un sistema d'absoluta determinació legal de la pena pel legislador, ja que hi ha tot un seguit de vies que donen entrada al poder del jutge en la decisió sobre la pena final imposada. Entre aquestes vies es poden destacar les següents:

En primer lloc, tal com hem vist, sempre cal una fase de concreció judicial de la pena, en la qual el jutge té cert marge de llibertat, més o menys en funció de les circumstàncies que concorrin en el cas (com més en concorrin i per tant siguin aplicables les regles generals o especials de determinació de la pena, menys llibertat tindrà el jutge), però així i tot sempre quedarà un marc final de pena en què el jutge podrà exercir la seva discrecionalitat en la imposició de la pena.

En segon lloc, com hem vist, hi ha supòsits en què el legislador no ha previst una pena única per al delicte, sinó que n'ha previst d'alternatives (vegeu l'art. 244 CP). En aquests supòsits el jutge té poder no solament de fixar la quantia de la pena, sinó la mateixa naturalesa. Es pot predicar el mateix de les àmplies possibilitats del nostre CP de substituir la pena imposada d'entrada per penes de naturalesa diferent (instituts de la suspensió i substitució de les penes).

### Exemple

Un bon exemple d'això són els primers codis penals espanyols que gairebé no deixaven cap marge al jutge a l'hora d'imposar la pena. El legislador preveia gairebé totes les circumstàncies que podien tenir una influència en el delicte comès i en funció d'aquestes circumstàncies sotmetia el jutge a unes regles precises per a determinar de la pena.

En tercer lloc, el mateix CP ha atribuït al jutge en determinats supòsits un marge de discrecionalitat més gran, alliberant-lo de l'obligació de seguir les regles generals i especials de determinació de la pena. Passa així per exemple per a les faltes (art. 638 CP), per als delictes imprudents (art. 66.2 CP), i en algunes figures delictives concretes –per exemple, en els delictes contra la seguretat del trànsit (vegeu l'art. 385 ter).

En conclusió, fins i tot essent el nostre sistema punitiu hereu de la codificació i atribuint per tant a la llei (legalitat de les penes) el paper primari en la configuració del sistema punitiu, s'ha de tenir present que el jutge penal té certa llibertat (més o menys en determinats àmbits) a l'hora d'imposar la pena pel delicte comès.

Arribats a aquest punt, es planteja un dels aspectes clau en l'anàlisi del sistema punitiu: estudiar quins principis guien (o han de guiar) els jutges a l'hora d'exercir aquesta llibertat, perquè és clar que *llibertat* no vol dir 'total discrecionalitat'.

Tot això ens permet apreciar que, com veurem, cal estudiar acuradament les pràctiques judicials que presideixen la imposició dels càstigs per a donar compte de la seva realitat.

Una qüestió que s'ha de tenir en compte és que la delimitació del respectiu marc d'acció del legislador i el tribunal és una qüestió contingent sotmesa a contínua tensió i evolució, perquè al cap i a la fi el que hi ha en joc és qui assumeix el paper protagonista en la delicada tasca d'imposar el càstig concret per una acció delictiva. Per això, en els últims anys hem estat testimonis de reformes i contrareformes de la llei penal motivades a vegades per l'excessiu (segons el parer del legislador) marge de discrecionalitat judicial, i a vegades precisament pel contrari, això és, un rigor excessiu de la llei que impedeix al jutge adaptar el càstig a les circumstàncies del cas.

La reforma penal dels delictes contra la seguretat del trànsit duta a terme per la LO 15/2007, en particular pel que es refereix al delicte de conducció sota la influència de l'alcohol o les drogues (art. 379.2 CP), es va justificar en part per a evitar la disparitat interpretativa judicial, de manera que es va fixar legalment un límit objectiu d'alcoholèmia a partir del qual el delicte es considera comès en tot cas. No obstant això, al cap de pocs anys (LO 5/2010) es torna a modificar el delicte per a donar més llibertat al jutge quant a la imposició de la pena.

#### 4.2.2. Execució de la pena

Ja hem fet referència a la feina del jutge o tribunal en el procés d'imposició d'una pena, a la qual s'ha d'afegir el seu paper en l'execució d'aquesta pena. Cal distingir el procés d'imposició d'una pena (que és competència exclusiva del jutge o tribunal sentenciador) i el procés d'execució de la pena. Aquest últim procés fa referència al conjunt de decisions i activitats per les quals les autoritats judicials i administratives competents fan complir la pena imposada al subjecte. Aquesta distinció és crucial, perquè hi ha un marge (més o menys

#### Vegeu també

A aquesta qüestió transcendental hi dedicarem el mòdul "La lògica del sistema punitiu: models punitius" d'aquesta assignatura, en què analitzarem els diferents models punitius que pugnen per explicar el càstig, perquè aquests models no solament informen de les decisions del legislador sobre la manera com s'ha de castigar, sinó lògicament també de les pràctiques judicials que hi ha implicades en les decisions sobre el càstig concret a una persona determinada.

#### Vegeu també

Estudiem la distinció entre el procés d'imposició d'una pena i el procés d'execució de la pena en l'assignatura *Execució i dret penitenciari*.



ampli) de maniobra en l'execució de la pena imposada, i per tant, les decisions que prenguin les autoritats judicials o administratives encarregades de l'execució concreta de la pena poden ser molt rellevants a l'hora de configurar el càstig concret.

El cas més clar és probablement el representat per l'execució de la pena de presó. La decisió, per exemple, sobre la classificació penitenciària (primer, segon o tercer grau) determina en gran manera el règim concret de compliment de la presó. En aquesta decisió poden intervenir les autoritats administratives i judicials encarregades de l'execució de la pena de presó.

En l'apartat següent analitzarem breument el paper de les autoritats administratives en l'execució de la pena. Vegem ara quin rol tenen els tribunals en aquesta tasca.

En principi, el jutge o tribunal sentenciador és l'encarregat d'executar la sentència una vegada és ferma. Aquest principi, però, que era el general, s'ha vist erosionat gradualment per diverses raons, entre les quals cal destacar l'augment exponencial de la càrrega judicial, la rellevància associada a l'execució de certes penes i la diversitat cada vegada més gran de sancions penals.

La primera raó explica sobretot la creació en temps relativament recents dels anomenats **jutjats d'execució de penes**, que en l'actualitat són a Barcelona, Madrid, Palma de Mallorca, Sant Sebastià, Bilbao i València. Aquests jutjats s'encarreguen en exclusiva d'executar les sentències dictades en l'àmbit de la seva competència territorial. D'altra banda, la particular rellevància de l'execució de la pena privativa de llibertat és al darrere de la creació al seu moment d'una figura judicial crucial, el jutge de vigilància penitenciària.

Finalment, la creixent diversitat de les sancions penals explica certa pèrdua de poder dels jutges sentenciadors en l'execució de determinades penes. D'aquesta manera, en penes en què el compliment no requereix la intervenció de tercers agents (paradigmàticament les penes de multa o la suspensió de pena de presó sense regles de conducta), el tribunal sentenciador o jutge d'execució assumeix de manera íntegra la tasca d'execució del càstig. Però en les penes en què per la naturalesa que tenen faci falta la intervenció d'altres agents, el tribunal sentenciador o jutge d'execució pot passar a tenir un paper secundari en l'execució. Passa així, per exemple, en el cas de la pena de treball en benefici de la comunitat (TBC), en què hi ha un òrgan administratiu (RD 840/2011: els serveis de gestió de penes i mesures alternatives, unitat administrativa multidisciplinària dependent de l'Administració penitenciària) que s'encarrega de la gestió concreta de la pena i en què el jutge de vigilància penitenciària també assumeix un rol de control. Això també passa en el cas de la pena de *probation*<sup>3</sup>, en què ara és el jutge competent per a l'execució el qui assumeix el rol de control, perquè és l'esmentat servei de gestió de penes i mesures alternatives el que assumeix el rol principal en l'execució.

#### Vegeu també

Hem estudiat extensament la figura del jutge de vigilància penitenciària en l'assignatura *Execució i dret penitenciari*.

<sup>(3)</sup>Es pot anomenar així la suspensió de la pena de presó sotmesa a certs deures o obligacions (per exemple, l'art. 83.15a. o 83.6a. CP), o l'obligació de tractament.

### 4.3. Administració encarregada de l'execució de la pena

Fins aquí hem vist que legislador i poder judicial són els dos primers protagonistes clau en el disseny del sistema punitiu al nostre país. També hem assenyalat, però, que hi ha un cert marge de maniobra a l'hora d'executar les penes, i que aquesta flexibilitat ha de ser concretada finalment per les autoritats judicials o administratives que s'encarreguen de l'execució de les penes. Analitzat breument el rol judicial en l'execució ens falta fer referència a les autoritats administratives rellevants en aquesta tasca.

Evidentment, l'autoritat administrativa més rellevant en l'execució de les penes és l'**Administració penitenciària** (l'estatal o l'autonòmica en el cas de Catalunya). Cal aclarir que l'Administració penitenciària no solament abraça els establiments penitenciaris (presons), sinó que té una estructura més complexa. Així, pel que es refereix a l'Administració penitenciària estatal, cal assenyalar que el sistema penitenciari té seixanta-vuit **centres penitenciaris** per al compliment de penes, per a mesures de seguretat i per a presó preventiva. Al marge d'això també s'han d'esmentar els **centres psiquiàtrics penitenciaris**, establiments dedicats a la custòdia i tractament dels interns que tenen trastorns greus de conducta i que hi han estat internats per decisió dels tribunals. Hi ha dos d'aquests establiments al territori depenent de l'Administració estatal (AGE).

D'altra banda, els **centres d'inserció social** són establiments penitenciaris destinats al compliment de les penes privatives de llibertat en règim obert i al seguiment de penes no privatives de llibertat (control telemàtic amb polseres o altres dispositius) que s'estableix en la legislació penal i l'execució de les quals s'atribueix als serveis penitenciaris. Avui dia al territori AGE hi ha tretze centres d'inserció social amb plena autonomia organitzativa i funcional i dinou de dependents.

Finalment, s'ha de fer referència als **serveis de gestió de penes i mesures alternatives**. Són les unitats administratives que tenen encomanada l'execució de les penes i mesures alternatives (RD 840/2011). Depenen orgànicament i funcionalment d'un establiment penitenciari. D'aquestes unitats en formen part diferents professionals penitenciaris: psicòlegs, pedagogs, altres tècnics, administratius i treballadors socials. Es configuren, per tant, com a equips multidisciplinaris, al capdavant dels quals hi ha un cap o responsable del servei. Se situen en locals externs als establiments penitenciaris. Ara mateix al territori AGE hi ha cinquanta-quatre serveis de gestió de penes i mesures.

Pel que es refereix a Catalunya, que des de 1984 té transferides les competències en matèria d'execució de penes i mesures de seguretat, s'ha d'esmentar que hi ha catorze centres penitenciaris (dos dels quals són centres penitenciaris oberts) i un pavelló hospitalari penitenciari (a Terrassa). Pel que es fa a

l'execució de penes alternatives i mesures de seguretat no privatives de llibertat, l'organisme administratiu que se n'encarrega és l'anomenat **Servei de Mesures Penals Alternatives**.

#### 4.4. Fiscalia

No és habitual situar els fiscals com a agents rellevants a l'hora d'analitzar el sistema punitiu, però considerem que això és un error perquè no té present el paper crucial que tenen en moltes ocasions els fiscals a l'hora de decidir el càstig que s'imposarà per la comissió d'un delictes. El fenomen bàsic que s'ha de tenir en compte aquí és una institució processal: la **conformitat de l'acusat en el procés penal**.

La conformitat és una figura recollida en la legislació processal penal mitjançant la qual l'acusat atorga el consentiment, que vincula el tribunal, perquè se li imposi la pena que ha sol·licitat la part acusadora. Així, en els supòsits de conformitat la feina del jutge o tribunal queda limitada normalment a la mera "certificació" d'aquest acord, que ha de plasmar en la sentència condemnatòria (no obstant això, vegeu l'art. 787 LECr). Per tant, en els supòsits de conformitat es pot ben dir que qui assumeix el rol fonamental a l'hora de decidir el càstig concret és la part acusadora, això és, bàsicament el fiscal (si s'ha personat, l'acusació particular també s'haurà d'adherir a la conformitat perquè desplegui els seus efectes, o en cas contrari se celebrarà el judici de manera ordinària), perquè és qui fa l'"oferta" de pena que si és acceptada per l'acusat s'imposarà en sentència.

És clar que el fiscal ha d'actuar dins dels marges establerts en la llei penal, però com hem vist aquests marges a vegades són molt grans, i per tant amb la figura de la conformitat la fiscalia assumeix un paper molt rellevant a l'hora de decidir el càstig concret, perquè no solament pot decidir sobre l'extensió d'una pena (per exemple, més o menys anys de presó), sinó també variar la seva pròpia naturalesa en els delictes en què la pena prevista sigui una pena opcional (per exemple, l'art. 379 CP) o una pena que pugui ser substituïda.

Cal tenir en compte que a causa de la saturació en tots els àmbits de la justícia penal hi ha una clara tendència del legislador i dels operadors jurídics a afavorir la conformitat de l'acusat, aspecte que n'hi ha que han criticat perquè posa en dubte la presumpció d'innocència i la tutela judicial efectiva. Aquesta tendència afavoridora de la **justícia negociada** (com n'hi ha que en diuen) es pot ben apreciar en la reforma de la LECr duta a terme el 2002 que, fent un pas més, va introduir al nostre país la figura de la **conformitat premiada**. Aquesta figura permet, en els supòsits de delictes jutjats amb el procediment ràpid que preveuen els articles 795 i seg. de la LECr (els anomenats *judicis ràpids*), la rebaixa en un terç de la pena establerta en la llei penal si l'acusat hi presta conformitat, "encara que suposi la imposició d'una pena inferior al límit mínim que preveu el Codi penal" (art. 801.2 LECr).

Per desgràcia, al nostre país no tenim dades sobre el nombre o percentatge de sentències dictades amb la conformitat de l'acusat, cosa que ens permetria valorar en la mesura justa el paper que en la pràctica assumeixen els fiscals a l'hora d'imposar els càstigs. No obstant això, tot apunta al fet que hi ha un percentatge molt rellevant dels delictes que són processats pel sistema penal que donen lloc a sentències de conformitat i que per tant cal incorporar sense dubte la feina del fiscal a l'àmbit d'estudi dels protagonistes de la imposició del càstig penal al nostre país.

En una recerca duta a terme en els jutjats penals de Barcelona (Cid i Larrauri, coords., 2002) es va analitzar una mostra de les sentències dictades durant dos mesos de 1998 (abril i maig). Els resultats mostren que en un 70% dels casos hi va haver conformitat. Cal tenir en compte que quan es va dur a terme la recerca encara no s'havia introduït en la nostra legislació la figura de la conformitat premiada.

D'altra banda, al costat del paper del fiscal en la decisió concreta sobre el càstig penal (per via de conformitat), s'ha d'esmentar que la fiscalia, com a institució, assumeix un altre paper rellevant en la configuració del sistema punitiu del nostre país. El que passa és que aquí es tracta d'una intervenció indirecta. Amb això ens referim al fet que la fiscalia, com a òrgan habilitat per a donar inici al procés penal, té a les mans el poder de decidir quines conductes es persegueixen penalment i a la fi reben un càstig penal.

Quan parlem del paper dels diferents protagonistes de la justícia penal en la configuració del sistema punitiu, val la pena d'esmentar que hi ha alguns agents que actuen de manera directa decidint com es castiga (disseny del sistema punitiu) i d'altres de manera indirecta decidint quins delictes es persegueixen i d'aquesta manera quin és el "volum" concret del càstig penal al nostre país.

Així, l'acció conjunta d'aquests agents directes i indirectes és la que configura finalment la realitat del sistema punitiu espanyol.

En l'àmbit anglosaxó se sol al·ludir gràficament a aquesta qüestió fent referència a la diferència entre *law in books* i *law in action*. *Law in books* fa referència al dret com a conjunt de disposicions legals o jurisprudencials. *Law in action*, en canvi, és un concepte que remet a les pràctiques dels agents del sistema (en aquest cas el sistema penal), que són les que en realitat, com que converteixen la llei (*in books*) en pràctica (*in action*), determinen el dret o hi donen vida. Traspasant aquesta idea al nostre àmbit d'estudi, el *punishment in books*, abraçaria les disposicions legals que estableixen els càstigs assignats a determinats comportaments. L'estudi del *punishment in action*, però, abraçaria totes les pràctiques dels diferents agents del sistema (jutges, administracions implicades, fiscals, policia, etc.), que determinaran en la realitat la dimensió del càstig penal en la nostra societat.

#### Vegeu també

Veurem aquesta qüestió amb més deteniment en el mòdul "Models punitius en acció" d'aquesta assignatura, en el qual estudiarem el "processament" de la delinqüència per part del sistema de justícia penal.

## 4.5. Policia

La policia, en el nostre sistema i a diferència d'altres països, no té un poder penal sancionador directe, ni pel que es refereix a la imposició de la pena ni a l'execució concreta d'aquesta pena.

La policia, però, és clar, té un paper extraordinàriament rellevant pel que fa a la persecució del delicte, i en aquest sentit, com hem vist en parlar del paper de la fiscalia, cal tenir molt en compte el seu paper en la configuració final del sistema punitiu al nostre país: en decidir el volum de delinqüència que es processa en el sistema penal s'incideix també en la dimensió del càstig en un país determinat. La policia és, en aquest sentit, sens dubte l'agent més important dins del *punishment in action*, i per això és clau fer-ne un estudi a fons a l'hora d'entendre el funcionament del sistema penal.

Si la policia decideix dur a terme una campanya especial de vigilància del trànsit en unes dates assenyalades és sabut que aquest control més gran desembocarà en una taxa més gran també de comissió de certs delictes (com la conducció sota la influència de begudes alcohòliques). Així, cal tenir en compte que hi ha delictes (com l'esmentat en l'exemple) la verificació dels quals depèn en gran manera de l'activitat policial, perquè no solen ser denunciats per la ciutadania. La decisió (política o policial) de dur a terme amb més o menys intensitat campanyes de control intensiu (proves d'alcoholèmia, per exemple) incideix així de manera decisiva en el volum de delictes coneguts, processats pel sistema i finalment sotmesos a càstig.

## 4.6. Víctimes

Tampoc no se sol fer referència a les víctimes a l'hora d'assenyalar els agents implicats en el disseny i configuració del sistema punitiu en un país determinat. Això és lògic si tenim en compte el paper que els ha reservat el procés penal tradicional, que les considera bàsicament una font o mitjà de prova, amb un poder escàs o nul a l'hora de decidir sobre la imposició del càstig.

No obstant això, s'ha d'admetre que al nostre país des del moment en què hi ha la figura processal de l'**acusació particular**, que permet personar-se i ser part del procediment penal a la víctima del delicte (figura desconeguda en altres ordenaments, com, per exemple, al Regne Unit), no es pot dir que la víctima està absolutament marginada del procés penal i així de les decisions sobre el càstig, perquè quan efectivament la víctima exerceixi aquesta acusació particular pot participar activament en el procés penal sol·licitant una determinada pena.

No fa gaire, però, alguns autors ja han assenyalat que les víctimes han d'ocupar un paper important en les decisions relatives al càstig, perquè són les primeres afectades pel delicte comès.

### Anglaterra

A Anglaterra, en canvi, la policia té potestat, en delictes menors (que poden abraçar petits furtus en botigues o gràfits), per a imposar el que s'anomena una *advertència (caution)*. Amb això s'evita processar formalment la persona, i en aquest sentit les advertències són considerades un mecanisme de "desjudicialització". Les advertències poden ser simples amonestacions o advertiments (*warnings*), però també poden comportar certes condicions o obligacions (per exemple, sotmetre's a un programa de deshabitació), i també poden consistir en una multa. A més, encara que no es tracta formalment d'una condemna penal (*criminal conviction*), les advertències queden registrades i les pot tenir en compte *a posteriori* un jutge penal.

Certament, aquest paper nou que es vol atribuir a les víctimes en la configuració del càstig penal arrenca dels corrents victimològics, que fa temps que denuncien la tradicional marginació que han tingut en el disseny del procés penal il·lustrat i així en les decisions sobre el càstig.

De fet, aquesta preocupació està en la base del naixement d'un model alternatiu a l'actual justícia penal que és el model de la **justícia reparadora** o **justícia restauradora**. En aquest model es concep el càstig penal (més ben dit, la resposta penal al delicte comès) com una manera de reparar o restaurar el dany causat pel delicte, a la víctima concreta i a la comunitat afectada. Des de les directrius d'aquest model és obvi que llavors la víctima adquireix un paper central en totes les decisions lligades a la imposició i execució de les respostes al delicte, de manera que hi ha altres figures que en l'actual sistema són clau (per exemple, el jutge) que assumeixen un paper més secundari.

Un model d'aquest tipus no s'hauria de considerar una cosa utòpica o irrealitzable, perquè de fet en el nostre sistema penal ja hi és en un sector concret, això és, la justícia penal juvenil, on ja fa anys que demostra la viabilitat i eficàcia com a model alternatiu al procés penal. No obstant això, certament en la justícia penal d'adults encara hi ha moltes reticències a l'hora d'incorporar-lo a l'actual sistema penal o d'articular, com passa en la justícia penal de menors, un model alternatiu.

Tanmateix, tenim al davant una qüestió molt delicada, perquè les tendències lligades a l'augment del protagonisme de les víctimes es poden llegir fàcilment (de manera malintencionada o no) com a simples demandes de més càstig enfront de la delinqüència. Hi ha molts criminòlegs que han alertat que, quan es parla d'un augment del protagonisme de les víctimes en el sistema penal, això de vegades es tergiversa de manera políticament intencionada com una simple demanda de més càstig. Els defensors del model reparador neguen rotundament que, en efecte, posar la víctima al centre del sistema penal equivalgui a un punitivisme més gran.

Certament, tractar amb deteniment aquesta qüestió excedeix el contingut d'aquesta assignatura. Aquí només volem assenyalar que, en efecte, en l'actual sistema penal el paper de la víctima en la configuració del sistema punitiu és escàs, perquè es limita sobretot a la seva possible participació en el procés penal per via d'acusació particular. Però això òbviament és contingent: depèn del model de justícia penal que hi ha en un país determinat, i la veritat és que la tendència als països desenvolupats és cap a un augment del protagonisme de les víctimes en la justícia penal.

#### Vegeu també

Del model de justícia reparadora en parlarem en el mòdul "La lògica del sistema punitiu: models punitius".

El TEDH ha reconegut en diverses decisions (vegeu en particular *Gäfgen c. Alemanya*, de 20 de desembre de 2010) que l'obligació de "respectar" els drets fonamentals, que incumbeix a cada estat, implica el deure, primer, de criminalitzar en abstracte les violacions dels drets humans; després, d'investigar diligentment sobre les suposades violacions d'aquests drets; i finalment, de *castigar* els responsables amb una pena proporcionada (no amb una pena merament formal com, per exemple, una multa suspesa). Amb això es reconeix un autèntic dret de les víctimes de certes vulneracions dels drets humans al càstig dels qui van perpetrar aquestes accions.

#### 4.7. Govern

Per acabar aquest recorregut pels agents implicats en el disseny i configuració del sistema punitiu espanyol volem fer una referència breu al paper que també exerceix el govern de torn. Pot semblar estrany parlar del "govern de torn", perquè ja hem vist quin és el paper del legislador en el disseny del càstig. Aquí, però, no ens volem referir al govern com a possible impulsor o integrant del poder legislatiu. Parlem del poder que té reservat directament un determinat govern per a decidir sobre el càstig. Aquest poder el configura una figura molt concreta: l'**indult**.

L'indult és una figura molt polèmica, perquè com hem dit és una facultat que es reserva al govern de torn i per això s'escapa del control del poder legislatiu i del poder judicial. És un poder, a més, extraordinari: el poder de renunciar al càstig que han imposat els tribunals penals en sentències fermes, o de modificar-lo, sense ni tan sols haver de justificar o motivar la concessió de semblant prerrogativa.

Per això, ja hi ha moltes veus en la doctrina penal que consideren la institució de l'indult com un vestigi de temps passats en els quals els monarques absoluts exercien la "gràcia" o perdó, que atempta contra la separació de poders pròpia d'un sistema democràtic i que per això hauria de ser eliminada.

Mentre això no passi val la pena tenir en compte l'existència d'aquest poder a l'hora de valorar el sistema punitiu.

Amb això acabem aquest estudi dels agents implicats en el disseny i configuració del sistema punitiu. De tota manera, no hem de passar per alt que, com a institució social que és, en realitat estem tots implicats en el seu funcionament.

#### Dades

Segons un estudi recent (Doval i altres, 2011) en el període 2000-2008 es van concedir 4.667 indults, cosa que dona una taxa de prop del 0,4% del total de penats. No obstant això, més que quantitativa, ha estat una dimensió qualitativa (indults de poderosos –polítics, banquers, directius d'empreses–) la que ha portat a un primer pla de l'actualitat la figura de l'indult.

#### Nota

No en va, malgrat que ha estat modificada (l'última reforma la va fer la Llei 1/1988, de 14 de gener), la llei fonamental que regula l'indult data del 18 de juny de 1870.

Així, com destaca Zedner (2004, pàg. 15), fins i tot els ciutadans com a tals poden ser considerats agents de la justícia penal, perquè la veritat és que sense la seva intervenció, posant en coneixement de les institucions la perpetració de delictes o servint com a prova de la comissió de delictes (testimoniats en el judici penal), el sistema no funcionaria. S'ha de tenir en compte que hi ha molts delictes que no són detectats per la policia, sinó que simplement són donats a conèixer pels ciutadans mitjançant el mecanisme de la denúncia. Des d'aquest punt de vista el paper dels ciutadans és bàsic, perquè si, per la raó que sigui, no consideren una conducta delictiva, no confien en la policia (o en el sistema penal) o tenen raons per a evitar el contacte amb els agents oficials, per molt que la llei la prohibeixi, no arribarà mai a ser objecte d'atenció de les institucions oficials.



## Resum

En aquest mòdul hem posat en relleu la multiplicitat de la potestat sancionadora de l'Estat plasmada en diferents instàncies: civil, administrativa o penal. És important ser conscients d'aquesta heterogeneïtat en la potestat sancionadora estatal per a situar el poder punitiu en el context que li toca i ser conscients de les conseqüències que comporta utilitzar un poder sancionador o un altre a l'hora de fer front a determinades conductes.

També hem vist que l'heterogeneïtat és al seu torn una característica definidora de la mateixa potestat punitiva, que es vol adaptar així, amb molts sistemes i mecanismes, a subjectes i circumstàncies de diversa naturalesa jurídica que possibiliten respostes alternatives de diferent índole, com el cas dels menors i la finalitat sancionadora i educativa. Hem analitzat la convivència entre penes i mesures de seguretat com dues sancions amb fonament i destinatari dispars, que actualment sembla que tendeixen a la convergència (llibertat vigilada). També hem detallat, però, l'existència d'altres conseqüències del delictes que segueixen la imposició de les sancions, manifestades en l'àmbit civil amb ànim reparador. Respecte dels subjectes susceptibles de sanció, apreciem l'evolució legislativa cap a la imputabilitat penal de les persones jurídiques solidàriament amb els seus representants legals, abans únics capaços de culpabilitat, com a mitjà de garantia de responsabilitat.

Amb referència al sistema espanyol de penes *stricto sensu*, les hem classificades segons dos criteris doctrinals bàsics: el bé jurídic afectat i la manera d'imposar-les. Dins del primer criteri hem tingut en compte, com a eix manifest del sistema, les privatives de llibertat, que hem diferenciat de les privatives d'altres drets, i finalment de les de contingut patrimonial (multes). Pel que concerneix la manera d'imposició hem establert, al seu torn, tres concrecions bàsiques: segons l'accessorietat o principalitat (estipulada directament amb el delictes), essent possible que dins d'aquesta concreció s'imposin únicament, acumulativament o alternativament, i aplicant-se les que va establir originàriament el legislador o les que pugui substituir substantivament el jutge mitjançant discrecionalitat de decisió.

L'últim apartat l'hem dedicat als agents implicats en la configuració del sistema punitiu. Evidentment, hem començat la classificació pel legislador estatal com a dipositari de la sobirania popular i únic competent en legislació penal, i que té la potestat de decidir què castiga i com ho fa. Aquesta atribució, però, ha de ser matisada des de diversos àmbits: a causa de cessions d'aquesta sobirania pròpia dels complexos estats actuals, el legislador comunitari (UE) està harmonitzant la matèria penal, i l'autonòmic, encara amb un paper complementari, té certa competència; a més, l'acció legislativa està encotillada pels

drets i principis fonamentals de la CE i el CEDH, com els derivats del principi de legalitat o d'humanitat i proporcionalitat, amb l'ineludible objectiu final de reeducació i reinserció.

Pel que es refereix al paper del jutge, hem constatat que, encara que la tradició codificadora continental és d'exhaustivitat en la concreció, durada i naturalesa de les penes, hi ha cert àmbit d'actuació en el marc de la imposició judicial de la pena. Els jutges o tribunals sentenciadors són exclusivament competents en la imposició de les penes; no és així en el procés d'execució d'aquestes penes, en el qual necessiten l'Administració pública (centres penitenciaris, psiquiàtrics, d'inserció social, etc.) o altres òrgans judicials especialitzats, a causa d'un sistema judicial saturat. També hem evidenciat que aquesta saturació s'ha fet servir com a excusa per a fomentar les conformitats amb el ministeri fiscal, que s'ha acabat convertint en òrgan decisor d'extensió i fins i tot naturalesa de les penes, en detriment de la presumpció d'innocència i tutela judicial efectiva; a més de l'inherent principi d'oportunitat que té en la persecució de conductes, que comparteix amb els cossos policials com a primera línia de contacte amb el delicte. També hem comentat el paper creixent que està adquirint la víctima, en línia amb una concepció de justícia reparadora, que ja s'ha experimentat en l'àmbit del dret penal de menors. Finalment, hem criticat el vestigi absolutista, faltat de cap mena de garantia, justificació o motivació, de l'indult, a l'únic arbitri del poder executiu de torn.

En definitiva, el sistema punitiu espanyol es defineix per mitjà dels agents que intervenen directament (decidint com s'ha de castigar) i indirectament (decidint quins comportaments concrets es persegueixen i finalment es castiguen).

## Exercicis d'autoavaluació

1. Des d'un pla formal, les sancions penals es poden distingir de les administratives atenent...

- a) l'òrgan encarregat d'imposar-les.
- b) la quantia de la multa.
- c) la concurrència o no de privació de drets.
- d) Totes les respostes anteriors són correctes.

2. Les conductes sancionades amb "privació de llibertat" de manera directa o indirecta...

- a) són sancions exclusivament de caràcter administratiu.
- b) són sancions exclusivament de caràcter penal.
- c) es poden tractar de sancions penals o administratives.
- d) L'Administració civil només pot imposar sancions privatives de llibertat davant d'infraccions molt greus.

3. El principi *ne bis in idem* estableix...

- a) que el dret penal només s'ha d'aplicar en casos extremament greus.
- b) que una llei penal vàlida és una d'emesa pels òrgans autoritzats per la Constitució per a construir legislació penal.
- c) que els fets comesos abans de la vigència de la llei no poden ser perseguits per la llei.
- d) que un ciutadà no pot rebre una doble sanció per haver comès uns mateixos fets, sempre que les normes sancionadores aplicades tinguin el mateix fonament.

4. Els menors de catorze anys que cometen un il·lícit penal...

- a) responen penalment d'acord amb el Codi penal de 1995.
- b) tenen l'exigència de responsabilitat penal d'acord amb la Llei orgànica 5/2000, reguladora de la responsabilitat penal dels menors.
- c) no responen penalment, però se'ls aplica el que es disposa en les normes sobre protecció de menors previstes en el Codi civil.
- d) no responen penalment i tampoc no se'ls exigeix responsabilitat civil.

5. Actualment, les mesures de seguretat es poden imposar...

- a) a persones inimputables.
- b) a persones inimputables i/o semiinimputables.
- c) a persones plenament imputables.
- d) Les tres respostes anteriors són correctes.

6. El comís que preveu l'article 127 del Codi penal...

- a) és una pena accessòria.
- b) és una conseqüència accessòria del delictes.
- c) és una mesura de seguretat.
- d) és un delictes.

7. Atenent el bé jurídic afectat, de les penes següents quina es pot considerar una pena "privativa de llibertat"?

- a) Inhabilitació absoluta.
- b) Treballs en benefici de la comunitat.
- c) Privació de la pàtria potestat.
- d) Localització permanent.

8. Les penes substitutives...

- a) són les penes que preveu inicialment el legislador per a un delictes determinat.
- b) són penes que imposa el jutge, quan legalment se li atribueix la facultat de substituir la pena originària.
- c) són penes que per la naturalesa que tenen impliquen sempre privació de llibertat.
- d) s'originen en els supòsits en què la llei penal preveu més d'una pena per al delictes.

9. Qui és l'encarregat d'imposar el càstig establert en la llei penal?

- a) Els jutges i tribunals.
- b) El legislador.
- c) Els cossos i forces de seguretat de l'Estat.
- d) Els fiscals.

10. La figura de la conformitat de l'acusat que es preveu en la legislació processal penal implica...

- a) que l'acusat accepta fer el judici de manera ordinària.
- b) que l'acusat està conforme amb la defensa que ha plantejat el seu advocat.
- c) que l'acusat nega els fets que se li imputen.
- d) que l'acusat atorga el consentiment, que vincula el tribunal, perquè se li imposi la pena que ha sol·licitat la part acusadora.

11. La facultat que té el govern de torn de renunciar al càstig que han imposat els tribunals penals en sentències fermes, o de modificar-lo, és coneguda penalment com a...

- a) absolució governamental.
- b) indult.
- c) exempció.
- d) clemència.

## **Solucionari**

### **Exercicis d'autoavaluació**

1. a

2. b

3. d

4. c

5. d

6. b

7. d

8. b

9. a

10. d

11. b

## Glossari

**AGE** *f* Administració General de l'Estat.

**bé jurídic** *m* Interès vital per al desenvolupament dels individus d'una societat determinada, que adquireix reconeixement jurídic (Von Liszt).

**CC** *m* Codi civil.

**CE** *f* Constitució espanyola.

**CEDH** *m* Conveni Europeu de Drets Humans.

**CP** *m* Codi penal.

**LECr** *f* Llei d'enjudiciament criminal.

**lleï penal en blanc** *f* Precepte penal que conté la conseqüència jurídica però que no estableix íntegrament els elements del supòsit de fet, de manera que remet a altres disposicions legals del mateix rang legislatiu o un d'inferior.

**ne bis in idem** *m* Principi de rellevància constitucional segons el qual una persona no pot ser jutjada ni castigada dues vegades pels mateixos fets, sempre que les normes aplicades tinguin el mateix fonament sancionador.

**persona jurídica** *f* Entitat o organització que persegueix una determinada finalitat i a la qual l'ordenament jurídic assigna personalitat civil, capacitat per a adquirir drets i contreure obligacions.

**responsabilitat civil derivada del delictes** *f* Obligació que té l'autor d'un delictes o d'una falta de reparar econòmicament els danys i perjudicis causats o derivats de la infracció.

**responsabilitat solidària** *f* Responsabilitat aplicable a diferents deutors de manera que tots responen davant l'obligació en conjunt i en primer grau, i el creditor es pot dirigir contra qualsevol deutor o contra tots alhora per a fer complir aquesta obligació.

**reu** *m* Culpable o presumpte responsable d'un delictes.

**sentència ferma** *f* Resolució judicial que posa fi al procés i contra la qual no es pot presentar cap recurs, ni ordinari ni extraordinari.

**STC** *f* Sentència del Tribunal Constitucional.

**TC** *m* Tribunal Constitucional.

**TEDH** *m* Tribunal Europeu dels Drets Humans.

**UE** *f* Unió Europea.

## Bibliografia

**Beccaria, C.** (1774). *De los delitos y de las penas* (citació de l'edició d'Alianza Editorial, 1994).

**Doval Pais, A.; Blanco Cordero, I.; Fernández-Pacheco, C.; Viana Ballester, C.** (2011). "Las concesiones de indultos en España (2000-2008)". *Revista Española de Investigación Criminológica* (vol. 9, art. 5).

**Ferri, E.** (1933). *Principios de derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia* (1a. ed.). José-Arturo Rodríguez Muñoz (trad.). Madrid: Reus.

**García España, E.; Pérez Jiménez, F.** (2005). *Seguridad ciudadana y actividades policiales*. Informe ODA 2005. Màlaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología / Fundación El Monte.

**Zedner, L.** (2004). *Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press.

