

# El sistema punitivo español: rasgos generales

Daniel Varona Gómez

PID\_00202686



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

# Índice

<b>Introducción</b> .....	5
<b>Objetivos</b> .....	6
<b>1. La multiplicidad de instancias sancionadoras: el derecho penal como parte del “entramado sancionatorio” presente en el ordenamiento jurídico</b> .....	7
1.1. Identificación .....	8
1.2. Duplicidad .....	10
1.3. Arsenal represivo y estrategias político-sancionadoras .....	11
<b>2. Heterogeneidad</b> .....	15
2.1. Diferentes sistemas: adultos frente a jóvenes .....	15
2.2. Diferentes sanciones: penas frente a medidas de seguridad .....	17
2.3. Diferentes sujetos: personas físicas frente a personas jurídicas ...	23
<b>3. Estructura general del sistema de penas español</b> .....	26
3.1. Clases de penas .....	26
3.1.1. Según el bien jurídico afectado .....	26
3.1.2. Según el modo de imposición .....	28
<b>4. Agentes</b> .....	31
4.1. Legislador .....	31
4.1.1. ¿Un legislador todopoderoso? .....	33
4.1.2. ¿Quién es el legislador? .....	38
4.2. Poder judicial .....	39
4.2.1. Imposición de la pena .....	39
4.2.2. Ejecución de la pena .....	41
4.3. Administración encargada de la ejecución de la pena .....	43
4.4. Fiscalía .....	44
4.5. Policía .....	46
4.6. Víctimas .....	46
4.7. Gobierno .....	48
<b>Resumen</b> .....	50
<b>Ejercicios de autoevaluación</b> .....	53
<b>Solucionario</b> .....	55
<b>Glosario</b> .....	56

**Bibliografía**..... 57

## Introducción

En el presente módulo se estudian los rasgos fundamentales del sistema de sanciones español. Como podrá comprobarse a lo largo de la lectura del presente módulo, si hay una característica definitoria de dicho sistema, es su complejidad o heterogeneidad. No existe, en este sentido, un único sistema punitivo, sino diversos entramados sancionatorios en atención a sus diferentes sujetos y objetivos. Incluso dentro de lo que pudiera considerarse un mismo “sistema punitivo” (por ejemplo, el sistema penal de adultos), coexisten diversos objetivos sancionatorios (en ocasiones incluso contradictorios). Como veremos, dicha complejidad es inherente al hecho de pretender regular conductas o disciplinar la vida en sociedad por medio de un instrumento coactivo como sin duda es el derecho penal. Intentaremos así en este primer módulo dar cuenta de dicha complejidad, para que el lector sitúe el sistema penal sancionador que tiene a su disposición el Estado en su contexto. Por otra parte, también veremos la estructura general del sistema de penas español, y estudiaremos a los agentes o protagonistas principales de dicho sistema penal.

## Objetivos

En este módulo se pretenden alcanzar los objetivos siguientes:

- 1.** Situar el derecho penal dentro del contexto relativo a los sistemas sancionadores que posee el Estado para regular la vida en sociedad, identificando los diversos problemas que ello genera.
- 2.** Conocer la heterogeneidad del sistema punitivo español.
- 3.** Conocer la estructura general del sistema punitivo español.
- 4.** Conocer los agentes principales del sistema punitivo español.

## 1. La multiplicidad de instancias sancionadoras: el derecho penal como parte del “entramado sancionatorio” presente en el ordenamiento jurídico

De entrada debe tenerse bien claro que el derecho penal no es ni mucho menos el único sector del ordenamiento jurídico que tiene potestad para imponer determinadas sanciones a los ciudadanos.

Por **sanción** podemos entender: a) privación de un bien a una persona; b) impuesta por autoridad pública; c) por atribuírsele la realización de un comportamiento; d) en base a una norma que establece que se priva de tal bien a quien realice esta clase de comportamiento; e) (norma) dictada por la autoridad para prevenir la realización de tales comportamientos

### Bibliografía

Definición basada en:  
H. L. A HART (1968). *Punishment and responsibility* (págs. 4-5). Oxford: Clarendon Press.

Así por ejemplo, el derecho civil prevé un mecanismo sancionatorio propio para ciertos actos dañosos que recibe el nombre de *responsabilidad civil* (art. 1902 y ss. Cciv.).

Mayor importancia cuantitativa tiene sin duda la potestad sancionadora de la Administración<sup>1</sup>, ampliamente reconocida en nuestro ordenamiento. Tradicionalmente la Administración, para el cumplimiento de sus fines, ejerce una potestad sancionadora que se concreta en dos campos: el disciplinario y el gubernativo.

<sup>(1)</sup>Conocida como derecho administrativo sancionador.

- La **facultad disciplinaria** hace referencia a la posibilidad de imponer sanciones a las personas vinculadas a la Administración, como ocurre con los funcionarios públicos, para garantizar el funcionamiento de su organización interna. Se trata, pues, de la facultad sancionatoria que alcanza a las personas que están en lo que se denomina “relación de sujeción especial con la Administración”.
- Por su parte, la **facultad gubernativa** se dirige a la generalidad de los administrados (ciudadanos), como ocurre por ejemplo con las sanciones relacionadas con el tráfico y circulación de vehículos.

La extraordinaria importancia cuantitativa de la potestad sancionadora de la Administración puede apreciarse con el ejemplo de las sanciones impuestas en el ámbito del tráfico y circulación de vehículos.

Según la Dirección General de Tráfico, el año 2004 la Guardia Civil impuso 2.568.428 denuncias en el ámbito de sus competencias (excluyendo Cataluña y el País Vasco). Es decir, solo en este ámbito se impusieron más sanciones que el total de hechos delictivos conocidos el mismo período en nuestro país (según los datos de que disponemos, en el año 2004 el número de delitos conocidos fue de 1.015.216 y el de faltas, de 1.108.918).

Fuente: Basado en los datos del Ministerio del Interior y Mossos d'Esquadra extraídos de E. García España; F. Pérez Jiménez (2005). *Seguridad ciudadana y actividades policiales* (pág. 34). Informe ODA 2005. Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Fundación El Monte.

Es importante situar el derecho penal en el contexto más amplio que abarca la potestad sancionadora estatal porque esta **multiplicidad de instancias sancionadoras** provoca tres problemas principales: identificación, duplicidad y arsenal represivo y estrategias político-sancionadoras.

### 1.1. Identificación

El primer problema estriba en la propia identificación del carácter de la sanción, ya que la diversidad de órdenes sancionatorios presente en nuestro ordenamiento conlleva que resulte en ocasiones difícil de saber ante qué tipo de sanción nos encontramos.

#### Ejemplo

Pensemos en una sanción tan común como la multa o privación dineraria: ¿cómo saber si la multa impuesta a un ciudadano es una sanción penal, administrativa, civil o de otro orden?

Así, por ejemplo, el art. 28.1 a) en relación con el art. 25.1 de la L.O. 1/92 de Protección de la Seguridad Ciudadana impone una pena de multa mínima de 300,52 euros por "consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas". Si en virtud de esta ley se sanciona a un joven por fumar marihuana en el vestíbulo de una Universidad, ¿estamos ante una sanción penal y por lo tanto la conducta "consumir droga en público" es un delito?

El propio Código penal, en su art. 34, establece que "No se reputarán penas: (...) 2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados. 3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas". Pero más allá de esta declaración de principio no se ofrece ningún criterio para distinguir los diversos tipos de sanciones.

Para responder a este interrogante, la doctrina penal recurre tradicionalmente a dos perspectivas diversas. Desde un plano formal, las sanciones penales se distinguen de las administrativas por el órgano encargado de imponerlas y con ello por el procedimiento seguido para su imposición: si la sanción la impone un órgano de la Administración pública (alcalde, ministro, órgano administrativo, etc.), siguiendo por tanto las directrices del procedimiento administrativo sancionador, se tratará de una sanción administrativa. Mientras que si la privación de derechos la impone un juez o tribunal penal a través de un procedimiento penal estaremos ante una sanción penal.

### Ejemplo

La L.O. 5/1985 de Régimen Electoral General en su art. 153 atribuye la competencia para sancionar las infracciones electorales a la Junta Electoral, que es un órgano administrativo, por lo que estamos ante sanciones administrativas. O siguiendo el ejemplo arriba mencionado relativo a la conducta consistente en consumir droga en público, el art. 29 de la LO 1/92 sobre protección de la seguridad ciudadana atribuye a una autoridad de naturaleza administrativa la potestad para imponer la multa derivada de dicha conducta, por lo que estamos ante una sanción administrativa y por tanto ante un ilícito administrativo y no ante un delito.

Por su parte, desde una perspectiva material, la doctrina penal también señala que las sanciones penales se diferencian de las administrativas por su gravedad: la sanción penal es la privación de bienes jurídicos más severa que puede imponer el Estado como consecuencia de una infracción de derecho. Ello deriva, lógicamente, de la gravedad del presupuesto de hecho de dicha sanción (un delito frente a un mero ilícito), ya que se estima que las sanciones más severas deben reservarse para la represión de las conductas más perjudiciales, que son aquellas que recibirían entonces la calificación de “delitos”, frente a otras contravenciones del ordenamiento jurídico menos graves.

A esta lógica responde la importantísima declaración del art. 25.3 CE:

“La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

Por tanto, cuando el Estado sancione una conducta con la privación de libertad del responsable de dicha conducta, ya sea impuesta dicha privación de libertad de forma directa o indirecta (por ejemplo, como sanción frente al incumplimiento de la sanción inicialmente impuesta), estaremos sin duda ante una sanción de carácter penal, que derivará así de la comisión de una conducta considerada como delictiva.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en jurisprudencia constante, ha considerado que aunque una ley nacional defina una conducta como un mero ilícito civil o administrativo, si dicha conducta acarrea potencialmente severas consecuencias (como lo sería sin duda la mera posibilidad de la privación de libertad en el caso de una multa, caso *Schmautzer vs. Austria*, 1996; caso *Garyfallou A.E.B.E. vs. Grecia*, 1999), entonces, a efectos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debe considerarse como un delito y con ello la sanción impuesta, una sanción de carácter penal.

Ello es muy importante, pues según veremos, de la “naturaleza” de la sanción dependen las garantías que asisten al ciudadano respecto de su imposición y contenido concreto.

Ciertamente, ante sanciones de menor gravedad que la privación de libertad (una multa cuyo impago no acarree la posibilidad de privación de libertad, obligaciones de hacer o no hacer algo), deberemos acudir al criterio formal antes aludido (naturaleza del órgano que tiene potestad para imponer dicha sanción) para saber si estamos ante una sanción penal o de otro tipo.

## 1.2. Duplicidad

El segundo problema derivado de la multiplicidad de instancias sancionadoras existente en nuestro ordenamiento tiene que ver con la posibilidad, no infrecuente debido a dicha multiplicidad<sup>2</sup>, de que a un ciudadano se le impongan varias sanciones por la realización de un comportamiento contrario a derecho.

<sup>(2)</sup> Acrecentada en los últimos tiempos debido al fenómeno conocido como "expansión del derecho penal".

El principio que en nuestro ordenamiento trata de regular este problema es el conocido como principio de *ne bis in idem*, según el cual un ciudadano no puede recibir una doble sanción por la realización de unos mismos hechos, siempre que las normas sancionatorias aplicadas tengan el mismo fundamento.

### Ejemplo

La conducta de conducir un vehículo de motor con un índice de alcoholemia de 0,7 por litro en aire expirado está contemplada como una conducta no permitida desde la perspectiva del Derecho penal (art. 379.2 CP) y del Derecho administrativo (art. 20 Reglamento General de Circulación).

Cabe señalar que este principio tiene relevancia constitucional, pues nuestro Tribunal Constitucional lo ha situado como parte integrante del principio de legalidad reconocido en el art. 25 CE.

"Si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el art. 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita"

STC 177/99, FJ 3

En la práctica, si una conducta puede ser susceptible de recibir una sanción de carácter penal y de otro tipo, nuestro T.C. ha establecido que la preferencia la tiene la vía penal, por lo que deberá pronunciarse primero el juez o tribunal penal, y solo si en el orden penal no llegara a imponerse una sanción, quedaría subsistente la vía restante (normalmente, la vía administrativa), para sancionar a la persona responsable de la conducta.

El art. 72 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (Real Decreto Legislativo 339/1990) establece lo siguiente:

- 1) Cuando en un procedimiento administrativo de carácter sancionador se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, la autoridad administrativa lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal y acordará la suspensión de las actuaciones.
- 2) Concluido el proceso penal con sentencia condenatoria de los inculpados se archivará el procedimiento administrativo sin declaración de responsabilidad. Si la sentencia fuera absolutoria o el procedimiento penal finalizara con otra resolución que le ponga fin sin declaración de responsabilidad, y siempre que la misma no estuviera fundada en la inexistencia del hecho, se podrá iniciar o continuar el procedimiento administrativo sancionador contra quien no hubiese sido condenado en vía penal.
- 3) La resolución que se dicte deberá respetar, en todo caso, la declaración de hechos probados en dicho procedimiento penal.

Hay que señalar, no obstante, que esta preferencia de la vía penal sobre la administrativa en caso de duplicidad de procedimientos sancionadores presenta una excepción en los casos de personas sometidas a una relación de especial sujeción con la Administración (el caso típico de los funcionarios). En estos casos, debido a que normalmente será posible la doble sanción al presentar las normas sancionadoras distinto fundamento, la propia normativa que regula el procedimiento administrativo sancionador puede prever que no se suspenda el proceso administrativo sancionador mientras se tramita el proceso penal.

### **Ejemplo**

El art. 24.1 del Decreto 183/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo de Mossos d'Esquadra de Cataluña establece que la iniciación de un procedimiento penal contra un miembro del cuerpo de Mossos d'Esquadra no impide la instrucción por los mismos hechos del correspondiente expediente disciplinario, con la adopción, si procede, de determinadas medidas cautelares. No obstante, la resolución definitiva del expediente sancionador disciplinario deberá esperar a la finalización del procedimiento penal mediante sentencia firme, pues los hechos declarados probados en sede penal vinculan a la Administración.

### **1.3. Arsenal represivo y estrategias político-sancionadoras**

La tercera cuestión principal que plantea la multiplicidad de órdenes sancionatorios presente en nuestro ordenamiento jurídico tiene que ver con el diseño de las estrategias de política criminal y más en general, de “política represiva” en un Estado determinado. Con ello nos referimos a que el Gobierno o las mayorías políticas de un país tienen a su alcance un amplio abanico de posibilidades a la hora de utilizar la represión o la sanción como medio de censura (reprobación) o evitación de ciertos comportamientos.

Ciertamente, según ya hemos visto, la elección de una u otra vía sancionadora para regular las conductas de los ciudadanos no es una cuestión ni mucho menos intrascendente. Así, en primer lugar, las sanciones más severas previstas en nuestro ordenamiento (las privativas de libertad), solo son posibles cuando el poder político configure (etiquete) la conducta en cuestión como delito.

A ello deben añadirse las diferentes consecuencias sociales que siguen a la imposición y cumplimiento de una sanción. En este sentido hay que tener en cuenta que las sanciones penales llevan aparejadas una consecuencia propia: la existencia de los denominados “antecedentes penales”. Dichos antecedentes tienen sin duda un carácter estigmatizador que añade un plus de severidad a las sanciones penales sobre el resto de sanciones.

Así, por ejemplo, impiden a quien los posea acceder a determinados cargos o empleos públicos.

La visibilidad social de dichos antecedentes determinará el mayor o menor plus de severidad que implique *de facto* la sanción penal, pero ello debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la definición de una conducta como delito o mero ilícito.

Nuestro país sigue un sistema de visibilidad restringida de los antecedentes penales, ya que dichos antecedentes se anotan en un registro que no es de libre acceso a los ciudadanos: el **Registro Central de Penados**.

En los países de la órbita anglosajona rige un modelo de acceso más generalizado que permite a cualquier ciudadano comprobar los antecedentes de otro ciudadano. La cuestión no permite soluciones simples porque, frente al derecho a la intimidad, honor y la rehabilitación de los condenados (“el derecho al olvido”), debe ponderarse la protección de la sociedad.

En segundo lugar, al margen de las consecuencias individuales para la persona sancionada, debe señalarse que la decisión relativa a sancionar una conducta, mediante el derecho penal u otro sector del ordenamiento jurídico, es trascendente también a la hora de determinar el nivel de garantías que le asisten a la persona a la que se le imputa la comisión de la conducta sancionada. En concreto, debido precisamente a que las sanciones penales pueden acarrear las privaciones de derechos más severas, se considera tradicionalmente que el proceso penal debe ser el más “garantista”, esto es, aquel que establezca las mayores garantías para la persona a la que se le imputa la comisión de la conducta sancionada.

Debe añadirse una segunda consideración a la hora de explicar por qué el proceso penal es más garantista: no se trata solo de que el derecho penal prevea las sanciones más severas posibles (las privativas de libertad), sino que además en el proceso penal es una autoridad pública (representada por el Ministerio Fiscal) la que ostenta la acusación, con la consiguiente probabilidad de mayor poder y recursos que los que pueda poseer el individuo acusado.

En definitiva, la sanción penal es la más severa, pero por otra parte su efectiva imposición encuentra más dificultades que el resto de sanciones debido precisamente a dicha severidad. En esta línea, nuestro Tribunal Constitucional, en numerosas sentencias, ha declarado que las garantías penales son aplicables “con matices” en el procedimiento administrativo sancionador (STC 18/1981).

Una de las garantías tradicionales que asisten a todo acusado de un delito es el derecho a no autoincriminarse, lo cual abarca obviamente el derecho al silencio e incluso el derecho a no decir verdad. Este derecho no parece regir con la misma extensión cuando lo que se imputa a un ciudadano es la comisión de un ilícito administrativo. Así, por ejemplo, si un coche es detectado por un radar a mayor velocidad de la permitida, el titular del vehículo recibirá la correspondiente sanción, a no ser que identifique a la persona que conducía el vehículo en el momento de la infracción. Y si se niega a identificar a dicha persona será sancionado por ello (art. 65.5. j, Ley de Tráfico, que lo considera infracción muy grave). Nuestro Tribunal Constitucional, en STC 197/195, declaró que dicha obligación y la correspondiente sanción no infringía el derecho a no declarar contra uno mismo. Ahora bien, si de lo que se tratase no fuera de una mera sanción administrativa, sino de un delito (art. 379.1 CP: delito de conducción a velocidad excesiva, por ejemplo, a más de 200 km/h en autopista), ¿valdría la mera foto del radar para condenar al titular del vehículo por este delito?; ¿se podría condenar al acusado por este delito en caso de que no probara que era otra persona la que conducía el vehículo el día de los hechos?. La referida STC no posibilita por desgracia una respuesta clara a estos interrogantes (véase así el voto particular que contiene dicha sentencia), pero la doctrina penal considera que dicha respuesta debe ser negativa, pues de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a no autoincriminarse y en últimas se estaría obligando al acusado a aportar él mismo la prueba de su inocencia.

Estas garantías propias de proceso penal son a menudo malinterpretadas por la ciudadanía, que, en muchas ocasiones debido a la tergiversación de que son objeto en los medios de comunicación, las interpretan como meros “tecnicismos legales” que solo benefician a los delincuentes. Pero con dichas garantías no se trata meramente de asegurar el famoso aforismo “es preferible que haya 10 delincuentes en libertad que 1 inocente en la cárcel”. Se trata también de definir el espacio de libertad e intimidad que existe en una sociedad determinada, pues obviamente, si no existieran derechos procesales como por ejemplo, el secreto de las comunicaciones, esto es, si la policía pudiera libremente interceptar y escuchar todas nuestras comunicaciones (telefónicas, por correo electrónico, en redes sociales, etc.), probablemente se descubrirían más delitos y más delincuentes serían llevados ante la justicia penal. La cuestión es si una sociedad determinada está dispuesta a pagar el precio en el disfrute de sus derechos que dicha mayor eficacia policial supone.

En tercer lugar y por último el uso que una sociedad determinada realiza de la etiqueta “delito” y junto a ello, el tipo de sanciones penales que anuda a ellas y cómo utiliza en concreto su potestad punitiva (más o menos intensivamente), nos indica ante qué tipo de sociedad estamos. A nivel sociológico, por tanto, la configuración y el despliegue práctico (*enforcement*) del sistema punitivo nos informa del nivel de tolerancia o represión existente en una sociedad respecto de ciertas conductas y, por tanto, en últimas, nos enseña, por un lado, el “ideal social” al que una determinada comunidad pretende aspirar; y por otro lado, cómo reacciona frente a los problemas sociales.

Ello obviamente abre enormemente el campo de estudio del sistema punitivo, incluyendo en su seno otras variables (políticas, sociológicas, económicas, etc.), pues no se trata ya de dar cuenta de la plasmación jurídica de la potestad sancionadora en el ámbito penal (¿qué se castiga y cómo se castiga?), sino también de explicar por qué se castigan determinadas conductas (y otras no) y por qué, por ejemplo, se aplican determinados castigos (como la prisión) en lugar de otros.

Si el poder político de turno considera que el ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación (art. 21 CE) ha de ser limitado, tiene en sus manos diversas estrategias posibles para sancionar los comportamientos que a su parecer no se incardinan dentro del ejercicio legítimo de dicho derecho fundamental. Si dentro de tales estrategias contempla el uso de sanciones penales, está sin duda restringiendo de la manera más drástica estos posibles comportamientos. Ello, según la configuración que se realice de tales comportamientos, puede implicar *de facto* una restricción esencial del derecho fundamental a la reunión y manifestación, lo que supondría una modificación del ámbito de dicho derecho fundamental.

Desde una perspectiva sociológica, lo interesante sería explicar a qué responde esa nueva configuración del derecho fundamental: ¿se trata, por ejemplo, de reprimir la disidencia política o la resistencia ciudadana a ciertas decisiones del Gobierno en momentos políticamente convulsos?

Un ejemplo en materia de sanciones: la Unión Europea considera contraria a la cultura europea la pena de muerte (véase el Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 2), que en otros contextos culturales está aceptada. No obstante, ello ha sido así tras un largo proceso de evolución, pues en la redacción original del CEDH (1950) sí se contemplaba dicha pena. Fue abolida en tiempo de paz por el Protocolo Número 6 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (firmado en Estrasburgo, el 28.IV.1983). Y finalmente abolida en todo caso por el Protocolo Número 13 (firmado en Vilnius, el 03.V.2002).

Hasta tal punto se considera dicha supresión como un signo identitario de la Unión Europea que ello es exigido a todo país candidato como una condición para poder formar parte de dicha Unión.

## 2. Heterogeneidad

Hasta aquí hemos visto que el derecho penal forma parte en realidad de un entramado sancionatorio más complejo, que está a disposición del poder político de turno a la hora de regular la convivencia ciudadana. Una segunda cuestión general que ha de tenerse en cuenta es que dentro del propio derecho penal no existe un único sistema sancionador, ni un único mecanismo sancionador. Ni siquiera, según veremos, el receptor de la sanción tiene la misma naturaleza jurídica. La diversidad es por tanto una característica que acompaña al sistema punitivo español, lo cual añade complejidad a su estudio y comprensión. Y aunque nosotros, en esta asignatura, no vamos a estudiar en toda su amplitud el sistema punitivo español, pues nos vamos a centrar básicamente en las penas aplicadas a adultos, vale la pena brevemente dar cuenta de dicha diversidad.

### 2.1. Diferentes sistemas: adultos frente a jóvenes

La cuestión de la responsabilidad penal de los menores de edad ha sido desde siempre polémica, ya que aun partiéndose de cierto consenso sobre el diferente tratamiento que han de merecer los menores de edad respecto a los adultos, siempre ha sido discutida tanto la cuestión de los límites (de edad) para el trato diverso como el propio contenido de dicha diferencia de trato.

En nuestro país, solo en fechas relativamente recientes (CP de 1995) se ha equiparado la mayoría de edad civil (18 años) con la penal. Hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995 a partir de los 16 años de edad una persona podía ser juzgada y condenada penalmente.

En la actualidad en todo este tema hemos de remitirnos a la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que ya en su primer artículo deja claro que:

“Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal o las leyes penales especiales”.

Por lo tanto, los menores de catorce años no tienen ningún tipo de responsabilidad penal, lo cual no significa que los hechos que realicen no generen ningún tipo de responsabilidad, pues como el art. 3 de la LO 5/2000 establece, a estos menores:

“...no se les exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes.”

De hecho, ya en la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 (apartado 4) se dice sobre esta cuestión que se ha fijado en catorce años el límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir responsabilidad penal:

“...con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquellas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado.”

Para entender la separación existente en nuestro ordenamiento entre un derecho penal de adultos y uno dirigido a los menores de edad, hemos de referirnos a la marcada diferencia de enfoque que existe entre uno y otro régimen de responsabilidad penal. La filosofía general que inspira toda la cuestión de la responsabilidad penal de los menores de edad se encuentra ya subrayada en la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2000, que en su apartado 4 dice textualmente lo siguiente:

“...la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector...”

Esta declaración se complementa con la contenida en el apartado 6 de la misma Exposición de Motivos, en la que se señala como uno de los principios generales de la Ley el siguiente:

“...naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionatoria-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad...”.

Es más, en el siguiente apartado se dice textualmente que:

“Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor...”.

En definitiva, nuestro ordenamiento diferencia entre el régimen de responsabilidad penal de adultos y menores de edad en atención a la diferente finalidad de la sanción para ambos colectivos.

Esta diferencia en la filosofía de la responsabilidad penal de los menores respecto a la de los adultos puede apreciarse en el propio catálogo de sanciones, en el que se contemplan varias no previstas en el derecho penal de adultos (así la reparación y conciliación con la víctima, la amonestación, la realización de tareas socioeducativas o la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo).

No obstante, las afirmaciones anteriores, que en términos generales son todavía sostenibles, deben matizarse a la vista de las reformas que ha experimentado esta LO, en particular la introducida mediante la LO 8/2006. Esta reforma pretendió, de acuerdo con su propia Exposición de Motivos, resolver los problemas planteados por el “desgaste de la credibilidad” de la LO 5/2000:

“Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales. Junto a esto, debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social.

Con el objeto de resolver estos problemas, esta Ley Orgánica plantea la revisión de determinados aspectos de la LO 5/2000 (...)

El interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido...”.

A pesar de esta última declaración del legislador (que el “interés superior del menor”, y en suma, la función educativa y rehabilitadora de la justicia penal juvenil, sigue siendo el principio rector), muchos autores han considerado esta reforma de la ley penal del menor como un punto de inflexión, que marca el tránsito hacia una justicia juvenil más cercana a la de los adultos y que en últimas se ha sumado al fenómeno conocido como “populismo punitivo”.

## 2.2. Diferentes sanciones: penas frente a medidas de seguridad

Otra cuestión de interés a la hora de acotar nuestro sistema punitivo reside en la diferencia entre penas y medidas de seguridad.

Esta diferencia, presente en nuestros códigos penales desde la primera mitad del siglo XX, se basa en el distinto fundamento que se atribuye a ambos tipos de sanciones penales, y su nacimiento hay que buscarlo en el descubrimiento y preocupación de los legisladores penales con respecto a la categoría de la “peligrosidad criminal”. En realidad, en su origen, la medida de seguridad se planteaba como un sistema alternativo, que pretendía sustituir la tradicional consecuencia penal, esto es, la pena como tal. Sus partidarios consideraban que la pena ligada a la idea de culpabilidad era insostenible y por ello en su lugar propugnaban un sistema de sanciones cuya razón de ser debía ser **la protección de la sociedad frente a la peligrosidad criminal**. De ahí el nombre que recibió esta nueva intervención penal: medida de seguridad, seguridad frente a peligrosidad.

Uno de los más conocidos defensores de esta línea de pensamiento, Enrico Ferri, expone esta idea claramente en la justificación del Proyecto Preliminar de Código Penal Italiano de 1921, en el que participó como presidente de la Comisión Real para la reforma de las leyes penales:

“[sc. las sanciones penales] deben ser ajenas a toda pretensión de infligir un castigo proporcionado a la culpa moral. Ningún juez humano puede medir la culpa moral de una criatura humana porque no puede conocer las infinitas condiciones de herencia fisis-psíquica, de vida familiar y social, de existencia económica, intelectual, moral, aparte de las restantes e infinitas condiciones de ambiente físico y social, de las que inseparablemente todo delito es el inexorable resultado (...).

Por tanto, las sanciones (...) deben solo proveer a la más eficaz defensa social frente a los delincuentes peligrosos y a la redención y reutilización más rápida y segura de los delincuentes menos peligrosos, que son el mayor número.”

No obstante, finalmente esta originaria concepción de la medida de seguridad como auténtico sistema diferente y sustitutivo de la pena no se impuso en los ordenamientos penales europeos. Lo que sucedió es que las diferentes legislaciones desarrollaron en su seno un sistema punitivo que desde entonces es mixto, pues en él conviven en cierta armonía ambas sanciones: penas y medidas de seguridad. Esta convivencia es posible desde el momento en que se acepta que ambas sanciones penales tienen fundamento y por tanto destinatarios distintos. Así, las penas se dirigen a aquellas personas consideradas culpables de la comisión de un delito. Por el contrario, las medidas de seguridad se reservan para aquellas personas que no pueden considerarse culpables del delito cometido, pero que son consideradas no obstante peligrosos para la convivencia y por ello acreedores de una determinada consecuencia que trata de reprimir y eliminar dicha peligrosidad.

Este es precisamente el sistema presente en nuestro CP de 1995, donde las medidas de seguridad se prevén y reservan así para los denominados inimputables.

Por **inimputable** se entiende aquella persona que presenta (transitoria o permanentemente) unos déficits en sus facultades psíquicas que le incapacitan para comprender el mensaje normativo y comportarse de acuerdo con él. Son personas, pues, a las que no tiene sentido imponerles una pena, tanto si por pena se entiende el castigo merecido por el acto responsablemente cometido (concepción retribucionista del castigo: pena exige culpabilidad), como si se la considera una amenaza dirigida a los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos (concepción utilitarista del castigo, que exige que la persona pueda “captar” la amenaza penal).

En otras palabras, si la pena presupone culpabilidad de la persona, no tiene sentido imponerla a los inimputables, que son por definición “inculpables”. No obstante, el derecho penal no es ingenuo y es consciente de que ciertos inimputables pueden suponer un peligro para la colectividad sobre el que hay que reaccionar de algún modo.

La medida de seguridad es así en suma la consecuencia jurídico-penal que se impone a aquellas personas que no pueden ser declaradas responsables penalmente por el hecho cometido, ya que carecen (transitoria o permanentemen-

te) de las facultades mentales necesarias para poder reprocharles el hecho cometido o captar el mensaje normativo, pero que no obstante presentan un pronóstico de peligrosidad criminal.

Formalmente se trata así de aquellas personas exentas de pena por concurrencia de las eximentes 1.<sup>a</sup> a 3.<sup>a</sup> del art. 20 CP. No obstante, nuestro sistema penal prevé también la posibilidad de imponer medidas de seguridad a las personas declaradas semiimputables (supuestos de aplicación de la eximente incompleta de inimputabilidad).

Que el fundamento de la medida de seguridad no es la culpabilidad de la persona sino su peligrosidad futura lo declara claramente el art. 6 del aún vigente CP, según el cual:

- 1) Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.
- 2) Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

Esta previsión legal merece dos aclaraciones básicas:

1) **Primera:** como puede observarse, se exige un juicio de peligrosidad para poder imponer la medida de seguridad, ya que, según decíamos, aquí radica su fundamento. Este juicio implica, tal y como establece el art. 95.1 2.<sup>a</sup> del CP: “Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

Dicho pronóstico de peligrosidad es además revisable: el art. 97 CP prevé que el Juez de Vigilancia Penitenciaria “está obligado a elevar, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad”. El cese de la medida de seguridad deberá acordarse “en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto” (art. 97 b) CP).

Ahora bien, este pronóstico de peligrosidad futura exige como condición previa e indispensable (art. 6.1 y 95.1. 1.<sup>a</sup> CP) que la persona ya haya cometido un delito. Esta previsión es muy importante porque con ello queda claro que en nuestro derecho penal no son posibles las llamadas **medidas de seguridad predelictuales**. Este tipo de medidas de seguridad han existido durante mucho tiempo en nuestra legislación penal, y en su virtud podía aplicarse una medida de carácter penal a ciertos tipos de personas que por su modo de ser

o condición de vida la autoridad competente estimaba que tenían posibilidad de convertirse en delincuentes, pero sin que hubieran realizado formalmente un hecho definido como delito.

Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la infame Ley de Vagos y Maleantes de 1933, que preveía toda una serie de medidas, como el internamiento por tiempo indeterminado, para las personas que pudieran considerarse “vagos habituales”, “mendigos profesionales”, “ebrios y toxicómanos habituales”, “rufianes y proxenetas”, etc.

**2) Segunda:** las medidas de seguridad, a pesar de no basarse, según decimos, en la culpabilidad de la persona, presentan no obstante un límite basado en la proporcionalidad de la sanción. En concreto, el art. 6.2 CP deja claro que “(l)as medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido”.

Con ello se excluyen las medidas de seguridad por tiempo indeterminado y se evita así la posibilidad, antiguamente presente en nuestra legislación, de que una persona estuviera sujeta a una de estas medidas (por ejemplo, el internamiento en un centro psiquiátrico) durante toda su vida por la realización de un delito no grave, en atención a un pronóstico de peligrosidad futura.

Hay que ser conscientes de que este límite de proporcionalidad es en realidad ajeno al fundamento de las propias medidas de seguridad, pues si este radica en la peligrosidad del sometido a dicha medida, lo lógico sería entonces vincular la duración e intensidad de dicha medida a la mencionada peligrosidad. No obstante, consciente probablemente el legislador de 1995 de los excesos y abusos que de ello podían derivarse, es por lo que se introduce este límite garantista ligado al principio de proporcionalidad.

Puede apreciarse aquí por tanto cómo la coexistencia entre penas y medidas de seguridad no está exenta de fricciones o puntos de conexión que ponen en cuestión la estricta separación entre ambos tipos de consecuencias penales.

De hecho, estas fricciones se están haciendo más evidentes en las últimas reformas del CP. En este sentido, cabe destacar la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 que introdujo en nuestro ordenamiento la medida de seguridad denominada “libertad vigilada” (sobre su contenido concreto véase el art. 106 CP). Esta nueva medida de seguridad es problemática porque rompe con el principio relativo a que tales medidas se relacionan con problemas de inimputabilidad (o semi-inimputabilidad), pues estamos ante una medida que se aplica a personas consideradas plenamente imputables.

Con ella se rompe además con otra regla básica del sistema punitivo español, que es la imposibilidad de añadir una medida de seguridad a una pena privativa de libertad, y por tanto, se trata de una respuesta penal que plantea enormes objeciones desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Es verdad que este principio se había ya resquebrajado con la introducción en nuestra legislación penal de las prohibiciones del art. 48 CP, que permitían

extender sus efectos mucho más allá de la condena principal (art. 57 CP), pero con la libertad vigilada, debido a su distinta naturaleza y contenido más intrusivo, se avanza un paso más.

Ciertamente, nuestro sistema penológico plantea el problema de las personas que finalizan su condena existiendo un pronóstico de peligrosidad. Hasta la introducción de la libertad vigilada, dicha peligrosidad pretendía conjurarse por parte del legislador mediante el régimen de las penas accesorias (véase el art. 57 CP). Sin embargo, en la reforma del 2010 se añade a ese arsenal el sistema de medidas de seguridad, fracturándose definitivamente los principios que presidían su coexistencia, en particular la tajante diferenciación entre sus destinatarios (imputables frente a inimputables o semiinimputables) y por ello la imposibilidad de su adición más allá del límite de la pena proporcional establecida en la ley penal.

Esta evolución, anunciada con la introducción de la libertad vigilada, tendrá una clara plasmación si se convierte en ley el anunciado (y presentado) anteproyecto de reforma del CP elaborado por el actual Gobierno. Dicho anteproyecto presenta novedades muy relevantes en el sistema punitivo, y entre ellas debe mencionarse la que afecta a las medidas de seguridad.

Así, en primer lugar el anteproyecto da una nueva redacción al apartado 2 del artículo 6 del Código penal, que quedaría como sigue: “2. Las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”. Como puede observarse, se elimina el límite de proporcionalidad establecido en la redacción originaria del CP 1995, reconociéndose con ello claramente que el fundamento de las medidas de seguridad, al ir vinculado a la idea de peligrosidad, posibilita la existencia de medidas indeterminadas (mientras dure la peligrosidad...).

Y en segundo lugar, se avanza decididamente en el espinoso camino de las medidas de seguridad impuestas a personas imputables como añadidos post-condena, con el nacimiento de una nueva medida, la “custodia de seguridad”. Técnicamente, se trata de una medida de seguridad añadida a la condena que permite la privación de libertad del considerado peligroso. Los problemas legales que esta novedosa medida plantea son especialmente intensos, pues ya no hablamos de determinadas medidas restrictivas de derechos (penas accesorias o libertad vigilada), sino directamente de la más grave de las sanciones posible (la privación de libertad), en atención a un pronóstico futuro de peligrosidad, para una persona que ha cumplido ya su pena.

En definitiva, como puede observarse, la tradicional distinción entre penas y medidas de seguridad está siendo cuestionada en la actualidad, lo que demuestra también que la estructura y contenido del sistema punitivo no es algo inmutable ni mucho menos, sino sometido a constante cuestionamiento y evolución.

## Otras consecuencias del delito

Por último, en este apartado hemos de referirnos brevemente a aquellas otras consecuencias del delito que no son formalmente una pena o medida de seguridad, pero que siguen formalmente a la imposición de una de estas sanciones penales.

Así, en primer lugar, cabe mencionar la responsabilidad civil derivada de delito. Dicho régimen de responsabilidad civil está regulado en los arts. 109 y ss. del CP y como en este mismo artículo se establece:

La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar (...) los daños y perjuicios por él causados.

Por tanto, la realización de un delito no genera únicamente responsabilidad penal, sino también responsabilidad civil por los daños ocasionados. Esta responsabilidad civil comprende la restitución, reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales (art. 110 CP).

En realidad, responsabilidad civil y penal se rigen por principios diferentes, siendo la compensación de daños (los sufridos por la víctima) el principio rector básico de la responsabilidad civil. De ahí por ejemplo que sea posible que una persona no responsable penalmente lo sea civilmente. En concreto, el art. 118 CP recoge los supuestos en los que la exención de responsabilidad criminal no comprende la de la responsabilidad civil.

El diferente fundamento de la responsabilidad penal y civil determina también la posibilidad de que se declare a una persona (natural o jurídica) responsable civil por los actos de un tercero (arts. 120 y 121 CP).

En segundo lugar, hemos de referirnos a las costas procesales. Las costas procesales o gastos del proceso penal se imponen a todo responsable penal de un delito o falta (art. 123 CP) y comprenden todos aquellos derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales.

Y en tercer y último lugar hemos de hacer mención a las denominadas “consecuencias accesorias del delito”. Dichas consecuencias accesorias se recogen en el CP en su art. 127 y ss. y no han de confundirse con lo que el propio código llama “penas accesorias”.

Entre las consecuencias accesorias del delito se contempla, por un lado, el conocido como comiso.

El **comiso** (art. 127 CP) es la “pérdida de los efectos que de ellos [sc. los delitos o faltas] provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

Tal y como se deduce de los arts. 127 y 128 CP, las finalidades principales del comiso son el aseguramiento de la responsabilidad civil derivada del delito y la privación de los instrumentos o ganancias del mismo.

Por otro lado, entre las consecuencias accesorias del delito se contemplan también (art. 129 CP) toda una serie de medidas privativas de derechos aplicables a “empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas” que carezcan de personalidad jurídica, por los delitos o faltas cometidos en su seno, por medio de ellas o con su colaboración.

Estas “consecuencias accesorias del delito” son difíciles de explicar desde el punto de vista teórico, porque materialmente se trata sin duda de auténticas penas accesorias del delito. De hecho, su evolución reciente muestra cómo se trata de genuinas consecuencias del delito de naturaleza punitiva. Así, por un lado y por lo que respecta al comiso, la progresiva ampliación de la posibilidad del comiso en los delitos contra la seguridad del tráfico muestra cómo el legislador ha utilizado el comiso para aumentar el rigor punitivo contra este tipo de delincuencia, pues se introdujo tímidamente primero para los delitos de “conducción suicida”, y en la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 se extiende ya para todos los delitos contra la seguridad del tráfico (art. 385 bis). En otras palabras, un condenado, por ejemplo, por conducir bajo la influencia del alcohol (art. 379.2 CP), además de la pena de prisión, multa o trabajo en beneficio de la comunidad y privación del derecho a conducir durante cierto tiempo, podría enfrentarse también al decomiso de su vehículo, lo cual en muchas ocasiones será considerado por el condenado como la consecuencia más gravosa.

Y por otro lado, y por lo que respecta a las consecuencias aplicables a personas jurídicas, antes de la trascendental reforma operada por la LO 5/2010 que de forma ya clara instaura la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el art. 129 CP preveía auténticas penas para dichas personas jurídicas, pero disfrazándolas de meras “consecuencias accesorias”.

### **2.3. Diferentes sujetos: personas físicas frente a personas jurídicas**

La posibilidad de responsabilidad penal por parte de las personas jurídicas ha sido un tema muy debatido desde el propio nacimiento y desarrollo de las personas jurídicas. Ello porque, de un lado, desde el mismo momento de exis-

tencia de dichas estructuras se ha constatado la comisión de delitos por medio o en el seno de personas jurídicas. Y de otro lado, los principios establecidos que regían la responsabilidad penal de las personas físicas e incluso las penas tradicionales para ellas, no parecían casar bien con la posibilidad de dicha responsabilidad penal de las personas jurídicas. De ahí el famoso aforismo *societas delinquere non potest*.

Así, se alegaba tradicionalmente que las personas jurídicas eran incapaces de acción (siendo la existencia de una “acción humana” el requisito básico de la responsabilidad penal). Igualmente, no podía predicarse respecto a ellas la presencia de “culpabilidad”, tal y como esta había sido elaborada respecto de acciones humanas. Por último, también se solía aludir a que la pena por antonomasia, la prisión, no era factible en el caso de personas jurídicas.

En definitiva, por estas y otras razones, las legislaciones penales del siglo xx solían seguir una vía intermedia para perseguir los delitos realizados en el seno o a través de personas jurídicas: el castigo penal de los representantes (personas físicas) de dichas personas jurídicas. Esta es la vía que en su origen siguió nuestro CP y que se plasmaba en el art. 31 CP vigente. No obstante, junto a ello se previó, en su art. 129, según mencionamos, un régimen de “consecuencias accesorias” para las personas jurídicas. Dicho régimen suponía auténticas penas, pero probablemente los reparos tradicionales mencionados convencieron al legislador de “disfrazar” dicha responsabilidad bajo la denominación equívoca de **consecuencias accesorias**.

No obstante, la extraordinaria importancia que en la sociedad han adquirido progresivamente estas estructuras, junto a la constatación cada vez más evidente de la capacidad de cometer delitos a través de ellas, hizo más acuciante la necesidad de traspasar las barreras de la estricta responsabilidad penal de las personas físicas. Así, en el año 2003 (reforma llevada a cabo por la LO 15/2003) ya se avanzó tímidamente en esta línea añadiendo un párrafo al art. 31 CP, en el que se contemplaba la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica del pago de la multa impuesta al representante de la misma condenado penalmente. Pero ha sido finalmente en la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 cuando el legislador penal se ha decidido a afrontar directamente esta cuestión mediante la introducción del vigente art. 31 bis, en el que se dice ya sin subterfugios que “(E)n los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”.

Se instaure así ya en nuestro sistema un doble régimen de responsabilidad penal por lo que se refiere a los sujetos destinatarios de la sanción penal: las personas físicas y las personas jurídicas.

Por lo que respecta a las penas concretas que resultan aplicables en el caso de responsabilidad penal de personas jurídicas, véase el art. 33.7 CP.

### 3. Estructura general del sistema de penas español

Hasta aquí hemos visto que el sistema punitivo forma parte de un contexto más amplio (el relativo a la potestad sancionatoria estatal) y que una de sus características definitorias es su diversidad o heterogeneidad. Antes de estudiar con cierto detalle cómo ha funcionado en la práctica este sistema y cuáles son (o deberían ser) sus principios rectores, vale la pena presentar al lector el esquema general del sistema de penas español (“penas *stricto sensu*”, es decir, dejando de lado las medidas de seguridad y las restantes consecuencias del delito), aun a riesgo de recordar (siquiera brevemente) el contenido de otras asignaturas.

#### 3.1. Clases de penas

El catálogo general de penas se regula en el art. 32 y ss. del Código penal y estas se pueden clasificar en atención a varios criterios. Nosotros haremos referencia aquí a dos de ellos:

##### 3.1.1. Según el bien jurídico afectado

En atención al bien jurídico o derecho afectado por la sanción, las penas se diferencian en privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa (art. 32 CP).

###### a) Penas privativas de libertad

Nuestro Código penal prevé tres tipos de penas privativas de libertad: la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Sin duda la prisión es la sanción penal por antonomasia y de hecho es opinión común entre la doctrina penal que la prisión es el eje de nuestro sistema penal. Un rápido vistazo al Código penal confirma este hecho, ya que la mayoría de delitos están castigados con pena de prisión. No obstante, como después veremos, la prisión no es en realidad la sanción más común para la criminalidad.

La pena de localización permanente se ha introducido en nuestra legislación en la reforma del Código penal llevada a cabo por la LO 15/2003, y sustituye al antiguo arresto de fin de semana. Su contenido esencial reside en la obligación de permanecer en el domicilio o en lugar determinado por el juez en la sentencia.

Por su parte, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa es la sanción prevista para los casos de impago de la multa impuesta como sanción penal. Nuestro Código penal atribuye a esta pena la naturaleza de pena privativa de libertad, pero en realidad ello no implica que siempre se cumpla en régimen de privación de libertad (ya que es posible que dicha responsabilidad subsidiaria se cumpla en forma de trabajos en beneficio de la comunidad).

#### **b) Penas privativas de otros derechos**

En realidad todas las penas son privativas de derechos (en este sentido, las penas privativas de libertad afectan al derecho a la libertad personal). Por ello el art. 32 CP se refiere a ellas como penas privativas de “otros” derechos. Se trata de penas que suponen una limitación de derechos políticos, civiles o profesionales, tal y como se deduce del catálogo contemplado en el art. 39 CP:

- 1) La inhabilitación absoluta.
- 2) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.
- 3) La suspensión de empleo o cargo público.
- 4) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- 5) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- 6) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
- 7) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- 8) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- 9) Los trabajos en beneficio de la comunidad.
- 10) La privación de la patria potestad.

Cabe señalar que estas penas pueden imponerse por el juez como penas principales o accesorias (art. 54 y ss. CP).

#### **c) Multa**

La pena de multa es una sanción pecuniaria que implica la privación de parte del patrimonio del afectado. En este sentido, se ha dicho que esta pena privaría de la “capacidad de consumo”, tan relevante, según parece, en nuestra sociedad actual.

En nuestro Código penal existen dos sistemas para el cálculo y la imposición de la multa: el sistema de días-multa y el sistema de multa proporcional.

### **3.1.2. Según el modo de imposición**

Según el modo de imposición podemos trazar tres clasificaciones distintas de las penas:

#### **a) Penas principales y penas accesorias**

Penas principales son aquellas que pueden imponerse por sí solas, esto es, que no dependen de la imposición de otra. Por el contrario, las penas accesorias, por su naturaleza, son aquellas que dependen de la imposición de una pena principal.

En otras palabras: penas principales son las establecidas por el legislador en la letra de los respectivos delitos de la parte especial del Código penal.

Quando el art. 138 CP dice que al reo de homicidio se le castigará con la pena de prisión de diez a quince años, esta es la pena principal del delito de homicidio.

Por su parte, las penas accesorias no se contemplan en la regulación de los diferentes delitos (parte especial), sino en la parte general del Código penal, que mediante una cláusula genérica (art. 54 y ss. CP), habilita al juez a imponer este tipo de penas aunque, según decimos, no están previstas en los diferentes delitos.

De este modo, siguiendo con el ejemplo propuesto anteriormente, la persona condenada como reo de homicidio será castigada a una pena de prisión de diez a quince años y además el juez puede imponerle como pena accesoria la inhabilitación absoluta (esta, de hecho, es de obligada imposición: art. 55 CP), la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad (art. 55 CP), la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a o comunicarse con la víctima (art. 57 CP).

En este sentido, las penas accesorias son cuestionables desde la perspectiva del principio de legalidad, en concreto en su faceta de garantía criminal (definición clara de las consecuencias del delito en la ley penal), ya que el ciudadano no experto en derecho penal no puede prever la pena concreta que acarreará el delito (puede prever la pena principal, pero no la accesoria que puede imponer el juez).

El catálogo concreto de penas accesorias se contempla en los arts. 54 y ss. CP, que diferencia en función de la pena principal impuesta.

Cabe añadir, por último, que las penas accesorias no son de imposición automática, ya que según el art. 79 CP “(s)iempre que los jueces o tribunales impongan una pena que lleve consigo otras accesorias condenarán también expresamente al reo a estas últimas”.

### **b) Penas únicas, cumulativas y alternativas**

Esta clasificación hace referencia a la pena principal establecida por el Código penal en el respectivo delito. Dicha pena principal puede presentar la forma de pena única, cumulativa o alternativa. Pena única sería el supuesto en que la ley penal solo contemplase una pena para el delito en cuestión.

Art. 138 CP, pues el homicidio tiene como pena principal única la prisión de diez a quince años.

Los supuestos de pena cumulativa serían aquellos en los que la ley penal prevé más de una pena para el delito en cuestión y además todas ellas son de imposición obligada.

El art. 380 CP castiga al que condujere con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

Por su parte, los supuestos de pena alternativa son aquellos en los que previendo la ley más de una pena para el delito en cuestión, sin embargo no son todas ellas de obligada imposición, ya que el juez ha de elegir entre ellas.

El art. 244 CP castiga al que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo de motor o ciclomotor ajenos con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de 6 a 12 meses.

En los supuestos de pena alternativa, pues, la pena en realidad no está determinada legalmente hasta sus últimas consecuencias, ya que será el juez el que decidirá la pena finalmente impuesta.

### **c) Penas originarias y sustitutivas**

Por último, según la vía de imposición de las pena, podemos distinguir entre penas originarias y penas sustitutivas.

Penas originarias serían las previstas en la parte especial del Código penal para el delito en cuestión de que se trate. Es decir, es la pena inicialmente prevista por el legislador para un delito determinado. Las penas originarias, a su vez, pueden tener la forma, según hemos visto, de pena única, cumulativa o alternativa.

Penas sustitutivas serían aquellas finalmente impuestas por el juez en los supuestos previstos legalmente en los que se le atribuye la facultad de sustituir la pena originaria inicialmente prevista por la ley por otra pena.

El art. 88 CP faculta al juez para, si se cumplen una serie de requisitos, sustituir una pena de prisión de hasta dos años por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Si el juez hace uso de esta facultad y sustituye una pena de prisión de 6 meses por trabajo en beneficio de la comunidad, esta última pena sería la pena sustitutiva.

Como podemos apreciar, con estas distinciones el legislador penal tiene a su alcance una amplia diversidad de opciones para dar mayor o menor libertad al juez o tribunal a la hora de determinar la pena finalmente aplicable al caso. Ello nos lleva a reflexionar sobre el papel de los diversos agentes implicados en el diseño y configuración del sistema punitivo en nuestro país.

## 4. Agentes

### 4.1. Legislador

Obviamente el primer agente que interviene a la hora de determinar la pena aplicable a un delito, y por lo tanto, el primer protagonista en el diseño del sistema punitivo es el legislador. Ello porque en nuestro sistema constitucional es el legislador de turno quien tiene la potestad de decidir qué castigar y cómo hacerlo.

Esto no es sino la consecuencia lógica de la configuración del principio de legalidad en nuestro ordenamiento:

#### Art. 25.1 CE

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

La doctrina penal destaca que el principio de legalidad se sustenta en dos ideas rectoras: primera, la libertad y seguridad jurídica de los ciudadanos; y segunda, el principio democrático o separación de poderes (según el cual es al poder legislativo, mediante las leyes, al que le compete decidir qué y cómo se castiga).

Cabe aclarar que cuando hablamos de **legislador** nos estamos refiriendo al legislador estatal, ya que según el art. 149.1 6.<sup>a</sup> CE el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación penal. No obstante, no puede excluirse en absoluto que las diferentes Comunidades Autónomas jueguen algún papel en la definición de las conductas delictivas, ya que por lo menos en los casos de las denominadas **leyes penales en blanco** ello ha sido aceptado por nuestro Tribunal Constitucional.

Menos excepcional es, sin embargo, el papel que las comunidades autónomas pueden tener, ya no en materia de definición de la actividad delictiva, sino en la cuestión relativa a la ejecución del castigo fijado en la normativa estatal.

#### El papel de las comunidades autónomas

En concreto la STC 120/1998 aceptó este papel complementario de las CC. AA. en materia penal vía leyes penales en blanco, pero con un límite: la normativa de la CC. AA. no puede introducir "divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio".

El caso paradigmático es la asunción de competencias en materia de ejecución penitenciaria por parte de la Generalitat de Cataluña, que desde 1984 gestiona este ámbito tan trascendental del castigo más severo. Ciertamente, existe una normativa estatal (ley y reglamento penitenciario) que trata de acotar el contenido de dicha ejecución en todo el Estado español, pero según veremos, el ámbito relativo a la ejecución administrativa de la pena permite cierto margen de maniobra en la definición concreta del contenido del castigo. Y en materia de menores de edad la excepción se convierte en norma, pues en este ámbito son las CC. AA. las que asumen directamente la competencia en materia de ejecución de las medidas derivadas de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor.

Por otra parte, recientemente está adquiriendo relevancia en materia penal una instancia, ya no infranacional sino supranacional: la Unión Europea. Son ya numerosas las directivas y recomendaciones emitidas por la Unión Europea en materia penal, que de una u otra forma vinculan al Estado español. De hecho, en las exposiciones de motivos de las últimas reformas penales se suele aludir a las obligaciones internacionales contraídas por España en el marco de la Unión Europea para justificar la introducción o modificación de toda una serie de delitos.

### Algunos ejemplos

En la relevante reforma del CP llevada a cabo por LO 5/2010 se declara expresamente (Disposición Final Sexta) que con ella “se incorporan al derecho español las siguientes normas de la Unión Europea”:

- **Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio del 2003**, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.
- **Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre del 2003**, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.
- **Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre del 2004**, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.
- **Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero del 2005**, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.
- **Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero del 2005**, relativa a los ataques contra los sistemas de información.
- **Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre del 2008**, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo.
- **Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio del 2002**, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.
- **Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre del 2008**, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal.
- **Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 28 de enero de 2003**, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado).

Por tanto, en la actualidad, el poder del legislador estatal en materia penal debe situarse en el contexto de una creciente soberanía supranacional, que según veremos afecta tanto a la definición de las conductas delictivas como a los castigos que puede asociar a ellas.

Al margen de esta cuestión competencial, cuando decimos que el legislador es el primer protagonista o agente clave en la configuración del sistema punitivo, al ser quien decide qué castigar y cómo castigar, vale la pena aquí tener en cuenta dos cuestiones importantes.

#### 4.1.1. ¿Un legislador todopoderoso?

La primera cuestión hace referencia al ámbito de dicho poder legislativo. En otras palabras: ¿tiene el legislador de turno absoluta libertad para diseñar el sistema punitivo o está sometido a ciertos límites que debe respetar al margen de sus preferencias político-criminales? Pues bien, en nuestro ordenamiento el legislador no goza de absoluta libertad a la hora de decidir qué castigar y cómo (con qué penas) hacerlo. Existen una serie de límites a la potestad punitiva del legislador, que derivan del reconocimiento de diversos principios y derechos fundamentales en nuestro texto normativo supremo (la Constitución) y también de las obligaciones contraídas internacionalmente por España, en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Ciertamente, estudiar con detalle esta cuestión desborda el contenido de la presente asignatura. Por ello no vamos a estudiar aquí los límites que afectan a la decisión relativa a qué castigar (principio de protección de bienes jurídicos o lesividad, principio de última ratio y principio de culpabilidad), pero sí es necesario hacer una referencia a los límites que afectan a la configuración del sistema punitivo español (cómo castigar).

Estos límites concretos a la potestad punitiva estatal han sido objeto de elaboración por parte de nuestro Tribunal Constitucional a lo largo de su ya dilatada historia. Así, ya en la trascendental STC 55/1996, este tribunal declaró que:

La respuesta a esta cuestión [sc. la planteada en este caso, que hacía referencia al castigo penal de la insumisión al servicio militar] debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. (...)

En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No solo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un estado social y democrático de derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, estos no le imponen una solución precisa y unívoca (FJ 6.º).

Por lo tanto, es la especial legitimidad democrática del legislador la que fundamenta su posición primaria a la hora de configurar el sistema punitivo, interpretándose en este sentido las leyes penales como expresión de la soberanía popular en un determinado contexto histórico. Ciertamente, no podía ser de otra manera: cómo se castiga un comportamiento determinado debe ser una decisión tomada por los máximos representantes de la soberanía popular, esto es, los miembros de las cámaras legislativas elegidos democráticamente.

No obstante, según venimos diciendo, aunque nuestro TC es bien consciente de ello, también deja claro que dicha posición primaria no le da al legislador una total patente de corso para configurar el sistema punitivo a su antojo, pues debe observar ciertos límites.

En particular, y por lo que respecta a las sanciones penales, deben mencionarse dos clases de límites reconocidos por el TC: el **límite formal** constituido por el principio de legalidad de las penas y los **límites materiales (o de contenido)**, plasmados en los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas.

### 1) El límite formal: principio de legalidad de las penas

Nuestro CP establece claramente, en el art. 2.1 CP, que “No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración”. El tradicional principio de legalidad, que se predica respecto de la definición del delito (art. 25 CE, art. 1 CP: *nullum crimen sine lege*), se extiende por tanto claramente también al aspecto de la configuración de las penas (*nulla poena sine lege*).

Ello abarca los diversos aspectos del principio de legalidad reconocidos por nuestro TC: reserva absoluta de ley, taxatividad, prohibición de aplicación analógica *in malam partem*, irretroactividad (excepto la favorable al reo) y prohibición de *bis in idem*. Precisamente, en tiempos recientes uno de los contenidos de la legalidad de las penas (en concreto, el aspecto relativo a la irretroactividad) ha sido debatido con soluciones diversas en el contexto de la conocida como “Doctrina Parot” por parte del TC (vid. STC 40/2012) y el TEDH (véase la sentencia Del Río Prada frente a España, 10-7-2012).

La **Doctrina Parot** es el nombre por el que se conoce la jurisprudencia sentada a partir de la STS de 28-2-2006, que en el caso del miembro de ETA Henri Parot Navarro, realizó una nueva interpretación del cómputo máximo efectivo de pena establecido en el CP de 1973. Dicha nueva interpretación implicaba *de facto* un alargamiento de varios años de su estancia en prisión. Uno de los aspectos discutidos de esta doctrina es el relativo a la irretroactividad de las sanciones penales, pues esta nueva interpretación realizada por el TS se aplicó a personas condenadas por hechos delictivos anteriores a dicha interpretación.

### 2) Los límites de contenido: humanidad y proporcionalidad de las penas

El **principio de humanidad de las penas** está, de hecho, claramente reconocido ya en la CE, pues en su art. 15 se declara taxativamente que:

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (muy similar es el art. 3 CEDH).

A ello debe añadirse la previsión del art. 25.2 CE relativa a que:

“[l]as penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”.

Las sanciones penales, por tanto, aun siendo obviamente un castigo y en este sentido una privación de derechos que sin duda va a comportar cierto sufrimiento en la persona condenada, no pueden, sin embargo, implicar de ningún modo una forma de tortura o trato inhumano o degradante, ya que ello afectaría a la dignidad de la persona (art. 10 CE).

Ciertamente, definir qué significa exactamente trato inhumano o degradante no es tarea fácil. La doctrina penal, más allá de aludir a la prohibición de la tortura, las penas corporales y la cadena perpetua, suele debatir aquí la cuestión relativa a las penas de prisión de larga duración. En concreto se discute a partir de qué umbral de tiempo la destrucción física y sobre todo psicológica del condenado es inevitable, y por ello estamos ante un castigo inhumano.

En nuestra jurisprudencia constitucional se encuentran muy pocos casos en los que se ha discutido el contenido de dicho derecho fundamental. Los recursos de amparo que han llegado a nuestro TC alegaban la vulneración de dicho derecho como consecuencia de determinadas prácticas en el ámbito de la Administración penitenciaria (el aislamiento en celda: STC 2/1987 y la exclusión de relaciones íntimas en prisión: STC 89/1987). En estas sentencias (ambas desestimatorias) el TC considera que la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las concretas modalidades que esta reviste, de forma que existirán tratos inhumanos o degradantes cuando aquellas “acarreen sufrimientos de una especial intensidad, o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de la condena” (STC 89/1987, FJ 2).

Quizás en un futuro nuestro TC deba afinar más el contenido de este derecho cuando se introduzca en nuestro ordenamiento penal la pena de “prisión permanente revisable”, pues como decíamos en la doctrina penal se discute la adecuación con el derecho fundamental a no sufrir penas o tratos inhumanos de las penas muy largas de prisión. Por otra parte, en el contexto europeo es una cuestión debatida si la cadena perpetua vulnera derechos fundamentales.

El TEDH ha declarado recientemente (Vinter y otros frente a United Kingdom, 2012) que una pena de cadena perpetua que prevé la posibilidad de solicitar la libertad condicional tras un tiempo mínimo de condena que ha de cumplirse forzosamente, no vulnera el art. 3 CEDH (que es el que establece la prohibición de las penas o tratos inhumanos o degradantes). Ello proviene de Kafkaris frente a Chipre (2008) donde el TEDH consideró contrario al art. 3 CEDH una pena de cadena perpetua en la que no existía ninguna posibilidad de revisión por parte del condenado. No obstante, en Vinter y otros frente a Reino Unido, el propio TEDH matiza que una pena de cadena perpetua sin posibilidad de revisión solo entraría en colisión con el art. 3 CEDH en el momento en que la prolongación de la privación de libertad no pudiera justificarse en atención a necesidades penológicas legítimas (menciona aquí el TEDH el castigo, la prevención de delitos, la rehabilitación y la protección de la sociedad).

Por otro lado, al margen del principio de humanidad de las penas, el segundo principio reconocido por el TC que juega un papel a la hora de diseñar el sistema punitivo es el **principio de proporcionalidad de las penas**. Este es un principio extraordinariamente complejo, tal y como reconoce el propio TC:

*...a diferencia de lo que sucede respecto de los órganos que tienen encomendada la tarea de interpretar y aplicar las leyes, el legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no solo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma —intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.— y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena.*

*En definitiva, en relación con la proporcionalidad de una determinada pena, este Tribunal no puede, para establecerla, tomar como referencia una pena exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la norma suprema no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida; pero, tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento.*

STC 55/1996, FJ 6

Situados aquí cabe entonces preguntarse cuál es ese **control material sobre la pena** que resta en manos del TC y que vincula al legislador. En este punto debemos referirnos al **test de proporcionalidad** elaborado por el propio TC y cuyos elementos o pasos son los siguientes:

- 1) **Bien protegible:** la norma debe proteger un bien que no esté constitucionalmente proscrito ni que sea socialmente irrelevante.
- 2) **Adecuación:** la norma penal debe ser un medio idóneo para proteger el bien en cuestión.
- 3) **Necesidad:** el bien protegido por la norma penal no debe ser adecuadamente protegible con una reacción de tipo no penal.

**4) Proporcionalidad en sentido estricto:** la pena no debe ser excesiva en relación con la entidad del delito.

En realidad, como puede apreciarse, solo el último aspecto (4) corresponde con lo que la doctrina penal ha considerado tradicionalmente el principio de proporcionalidad de las penas. De ahí que el propio TC denomine a este último aspecto “proporcionalidad en sentido estricto”. El resto pertenece en puridad a otros principios constitucionales. Así, cuando el TC alude a que, en primer lugar, “la norma debe proteger un bien que no esté constitucionalmente proscrito ni que sea socialmente irrelevante”, se está refiriendo con ello a lo que la doctrina penal denomina “principio de protección de bienes jurídicos o lesividad”. Y cuando el TC señala que “la norma penal debe ser un medio idóneo para proteger el bien en cuestión” y que “el bien protegido por la norma penal no debe ser adecuadamente protegible con una reacción de tipo no penal”, se está refiriendo al conocido como “principio de última ratio del derecho penal”.

Situados ya en el ámbito del (según lo denomina el TC) principio de proporcionalidad en sentido estricto, cabe decir que nuestro TC ha sido muy condescendiente con el legislador.

Así, en uno de los primeros casos en los que se le planteó al TC la posible vulneración del principio de proporcionalidad por parte del legislador penal a la hora de establecer la pena para un delito determinado, el TC consideró que un precepto penal que sancionaba la malversación de caudales públicos (de 15.000 euros) con la misma pena que el homicidio (en el caso concreto se condenó a la persona a 16 años de prisión) no era contrario a dicho principio de proporcionalidad (STC 65/1986).

La doctrina general del TC sobre el principio de proporcionalidad puede apreciarse en la STC 161/1997 (FJ 12):

En aplicación de las ideas fundamentales relativas al principio de proporcionalidad como criterio de enjuiciamiento del tratamiento de derechos fundamentales, hemos de reiterar que la relación final que guarde la magnitud de los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de la pena es el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que solo al legislador corresponde y que, por ende, en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado. La relación valorativa entre precepto y sanción solo será indicio de una vulneración del derecho fundamental que la sanción limita cuando atente contra “el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona (...); es decir, cuando concurra un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma» a «partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa»” (STC 55/1996, fundamento jurídico 9.º). Solo este criterio de proporcionalidad es el que corresponde aplicar a este Tribunal para la evaluación de si se ha producido un sacrificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe. A ese contenido mínimo de proporcionalidad se constriñe, pues, nuestro juicio, por lo que, como hemos reiterado, no comporta ninguna evaluación añadida de calidad o de conveniencia de la norma cuestionada.

Como puede observarse, el TC se esfuerza en aclarar que su tarea en la revisión de la proporcionalidad de las penas es muy limitada, debido a que, según vimos, es el poder legislativo quien ostenta la legitimidad democrática primaria y por tanto es a este a quien compete el diseño de las estrategias de políti-

ca-criminal. Por ello no es de extrañar que en esta sentencia, ante la alegación relativa a que una pena de prisión de 6 meses a 1 año de prisión es un castigo desproporcionado en relación con la gravedad del delito (negativa a la prueba de alcoholemia), el TC concluyera (FJ 13) que:

A la vista de los importantes bienes e intereses protegidos que resumíamos en el fundamento jurídico 10 y a pesar de la indudable severidad sancionadora que en sí supone la imposición de una pena privativa de libertad, no constatamos un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable” entre el desvalor de la conducta y la sanción que nos conduzca a afirmar que se ha producido una lesión de la libertad desde la perspectiva de los arts. 17.1 y 25.1 CE.

En definitiva, aunque el TC se esfuerza en señalar que la potestad del legislador a la hora de diseñar el marco punitivo no es ilimitada, en la práctica aplica un criterio tan laxo a la hora de controlar los presuntos excesos punitivos del legislador que bien puede afirmarse que en nuestro sistema el legislador penal goza de una amplia libertad para el diseño del sistema de penas.

#### 4.1.2. ¿Quién es el legislador?

Una segunda cuestión sobre la que es interesante reflexionar cuando aludimos al legislador como agente fundamental en el diseño del sistema punitivo en nuestro país es la relativa al proceso de elaboración de las leyes penales. Obviamente no se trata aquí de estudiar el procedimiento legal de elaboración, aprobación y modificación de las leyes penales, sino de preguntarnos cuál o cuáles son las figuras clave que determinan el proceso legislativo.

En particular, el interés en esta cuestión ha alcanzado recientemente interés académico en conexión con el fenómeno conocido como **populismo punitivo**. Con ello se suele aludir a la utilización del derecho penal con fines políticos. En concreto, un uso marcado fundamentalmente por la creencia de que mayores penas pueden evitar el delito y cuya finalidad última es ganar votos.

En otras palabras, una sociedad marcada por el populismo punitivo es aquella en la que las decisiones sobre la justicia penal no se toman tras reflexiones cuidadosas (de ciertos expertos) sobre las causas y las maneras de prevenir el delito, sino por el sentimiento impulsivo de que una política de mano dura es más atractiva para la ciudadanía y con ello promete más votos para los gobernantes.

En este sentido muchos criminólogos han denunciado el creciente peso de los políticos en la elaboración de las leyes penales, que actuando según la lógica corto-placista de la política (ganancia electoral), estarían marginando el saber científico (expertos en derecho, criminología, sociología, etc.). Con ello se subraya un cierto desplazamiento de poder o protagonismo en la elaboración

de las leyes penales, donde los expertos sociales habrían sido desplazados por los políticos, dando con ello lugar a leyes populistas pero injustas y además ineficaces en la lucha contra el delito.

No es este obviamente el lugar para discutir sobre el fenómeno del populismo punitivo pero cuando se habla del legislador como agente clave en el diseño del sistema punitivo, debe tenerse presente que la configuración concreta del poder legislativo (¿son las leyes penales el resultado de largos debates en el seno de comisiones legislativas de expertos? ¿O son más bien la respuesta a determinada coyuntura política o incluso mediática?) e incluso el procedimiento de aprobación de las leyes penales (¿con qué mayorías puede aprobarse una ley penal?, ¿el trámite parlamentario para aprobar una ley penal es lento y pausado?) son determinantes a la hora de dar un contenido u otro a dicho sistema de penas.

Quien quiera explicar las prácticas punitivas de un país determinado debe estar por tanto atento a las claves políticas que explican la configuración del poder legislativo.

## 4.2. Poder judicial

### 4.2.1. Imposición de la pena

Es usual señalar como segundo agente principal en el diseño del sistema punitivo al juez o tribunal encargado de imponer el castigo establecido en la ley penal. Ello es correcto, porque, como hemos podido apreciar ya en diferentes ejemplos presentados, la pena prevista por la ley penal no adopta la forma de una pena definida en cuanto a su duración e incluso en ocasiones en cuanto a su naturaleza (supuestos de pena alternativa o de penas sustitutivas). En este sentido, se considera que lo que la ley penal establece es meramente un “marco penal”, esto es, un marco genérico de pena que el juez deberá concretar en su sentencia, utilizando las reglas generales y específicas previstas en el CP (arts. 61 y ss.) hasta llegar a la imposición de una pena determinada en naturaleza y duración.

Por tanto, junto a la previsión legal de la pena por el legislador, será necesario siempre un proceso de concreción o determinación judicial de la pena. Este proceso de concreción judicial plantea la tradicional cuestión relativa a quién debe tener el protagonismo principal a la hora de fijar el castigo concreto impuesto al delincuente: el legislador o el juez.

#### Ved también

Podéis encontrar más información sobre el fenómeno del populismo punitivo en la asignatura *Política criminal*.

#### Ejemplo

Algunos criminólogos (en particular D. Green) han señalado que parece existir una diferencia relevante en la utilización política del derecho penal en función de si estamos ante una “democracia mayoritaria” (sistema de dos grandes partidos que se alternan en el poder, tipo conservadores-laboristas en UK), o una “democracia consensual”, en la que tradicionalmente el poder político se estructura en torno a coaliciones de varios partidos. En las democracias mayoritarias existiría una mayor tendencia al uso político del derecho penal.

Nuestra tradición continental ha venido muy marcada por el fenómeno de la codificación y el consiguiente recelo al estamento judicial. Los revolucionarios de los siglos XVIII y XIX que plasmaron formalmente su modelo social en los diferentes códigos de leyes, siempre recelaron de los jueces como representantes de las antiguas clases dominantes (aristocracia) y por ello en los primeros códigos se aprecia una clara intención de limitar su poder plasmada en la determinación cuasi-matemática de la pena por el propio legislador.

Beccaria, en su famoso libro *De los delitos y las penas* escribe en el capítulo 4 lo siguiente:

“En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Se pondrá 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”.

En las antípodas de este sistema se sitúa la tradición anglosajona, que tradicionalmente ha dado un gran margen de maniobra al juez para la determinación de la pena aplicable a los delitos, hasta el punto de que, por ejemplo, en Inglaterra, para muchos delitos la ley únicamente fija la pena máxima aplicable, dando así al juez plena libertad para, respetando ese límite máximo, aplicar la pena que crea más conveniente.

El sistema actualmente vigente en nuestro Código penal, aun siendo lógicamente heredero de la tradición continental referida, tal y como puede apreciarse en las dos primeras fases de la determinación de la pena (la ley fija el marco abstracto de pena y toda una serie de circunstancias que pueden modificarlo o delimitarlo), no podría calificarse sin embargo como un sistema de absoluta determinación legal de la pena por el legislador, ya que existen toda una serie de vías que dan entrada al poder del juez en la decisión sobre la pena final impuesta. Entre estas vías podrían destacarse las siguientes:

En primer lugar, tal como hemos visto, siempre es necesario una fase de concreción judicial de la pena, en la que el juez goza de cierto margen de libertad, mayor o menor en función de las circunstancias que concurran en el caso (cuantas más concurran y por tanto sean de aplicación las reglas generales o especiales de determinación de la pena, menor libertad tendrá el juez), pero aun así siempre quedará un marco final de pena en el que el juez podrá ejercitar su discrecionalidad en la imposición de la pena.

En segundo lugar, según hemos visto, existen supuestos en los que el legislador no ha previsto una pena única para el delito, sino que contempla penas alternativas (véase art. 244 CP). En estos supuestos el juez tiene poder no solo para fijar la cuantía de la pena, sino su misma naturaleza. Lo mismo puede predicarse de las amplias posibilidades existentes en nuestro Código penal de sustituir la pena inicialmente impuesta por penas de distinta naturaleza (institutos de la suspensión y sustitución de las penas).

### Ejemplo

Un buen ejemplo de ello son los primeros códigos penales españoles que prácticamente no dejaban margen alguno al juez a la hora de imponer la pena. El legislador preveía casi todas las circunstancias que podían tener alguna influencia en el delito cometido y en función de ellas sometía al juez a unas reglas precisas para la determinación de la pena.

En tercer lugar, el propio Código penal ha atribuido en determinados supuestos un mayor margen de discrecionalidad al juez, liberándolo de la obligación de seguir las reglas generales y especiales de determinación de la pena. Así sucede por ejemplo para las faltas (art. 638 CP), para los delitos imprudentes (art. 66.2 CP), y en algunas figuras delictivas concretas (ejemplo: delitos contra la seguridad del tráfico, véase art. 385 ter).

En conclusión, aun siendo nuestro sistema punitivo heredero de la codificación y atribuyendo por tanto a la ley (legalidad de las penas) el papel primario en la configuración del sistema punitivo, no puede olvidarse que el juez penal goza de cierta libertad (mayor o menor en determinados ámbitos) a la hora de imponer la pena por el delito cometido.

Llegados a este punto, se plantea uno de los aspectos clave en el análisis del sistema punitivo: estudiar qué principios guían (o han de guiar) a los jueces a la hora de ejercitar esa libertad, pues está claro que “libertad” no quiere decir “total discrecionalidad”.

Todo ello nos permite apreciar que, según veremos, hay que estudiar cuidadosamente las prácticas judiciales que presiden la imposición de los castigos para dar cuenta de su realidad.

Una cuestión que ha de tenerse en cuenta es que la delimitación del respectivo marco de acción del legislador y el tribunal es una cuestión contingente sometida a continua tensión y evolución, pues en últimas lo que está en juego para quien asume el papel protagonista es la delicada tarea de imponer el castigo concreto por una acción delictiva. Por ello, en los últimos años hemos sido testigos de reformas y contrarreformas de la ley penal motivadas en ocasiones por el excesivo (a criterio del legislador) margen de discrecionalidad judicial, y en otras precisamente por lo contrario, esto es, un excesivo rigor de la ley que impide al juez adaptar el castigo a las circunstancias del caso.

La reforma penal de los delitos contra la seguridad del tráfico llevada a cabo por la LO 15/2007, en particular por lo que se refiere al delito de conducción bajo la influencia del alcohol o drogas (art. 379.2 CP), se justificó en parte para evitar la disparidad interpretativa judicial, fijándose así legalmente un límite objetivo del alcohol en sangre a partir del cual el delito se considera en todo caso cometido. Sin embargo, pocos años después (LO 5/2010) se vuelve a modificar el delito para dar mayor libertad al juez en lo relativo a la imposición de la pena.

#### 4.2.2. Ejecución de la pena

Ya hemos hecho referencia a la labor del juez o tribunal en el proceso de imposición de una pena, a lo que debe añadirse su papel en la ejecución de la misma. Es necesario distinguir el proceso de imposición de una pena (que es competencia exclusiva del juez o tribunal sentenciador), y el proceso de ejecución de la pena. Este último hace referencia al conjunto de decisiones y actividades por las cuales las autoridades judiciales y administrativas competentes hacen cumplir la pena impuesta al sujeto. Esta distinción es crucial, porque

#### Ved también

A esta trascendental cuestión dedicaremos el módulo “La lógica del sistema punitivo: modelos punitivos” de esta asignatura, donde analizaremos los distintos modelos punitivos que pugnan por explicar el castigo, pues esos modelos no solo informan las decisiones del legislador sobre cómo castigar, sino lógicamente también las prácticas judiciales que están implicadas en las decisiones sobre el castigo concreto a una persona determinada.

#### Ved también

Estudiamos la distinción entre el proceso de imposición de una pena y el proceso de ejecución de la pena, en la asignatura *Ejecución y derecho penitenciario*.

existe un margen (más o menos amplio) de maniobra en la ejecución de la pena impuesta, y por tanto, las decisiones que tomen las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la ejecución concreta de la pena pueden ser muy relevantes a la hora de configurar el castigo concreto.

El caso más claro es probablemente el representado por la ejecución de la pena de prisión. La decisión, por ejemplo, sobre la clasificación penitenciaria (primer, segundo o tercer grado) determina en gran manera el régimen concreto de cumplimiento de la prisión. En esta decisión pueden intervenir las autoridades administrativas y judiciales encargadas de la ejecución de la pena de prisión.

En el siguiente apartado analizaremos brevemente el papel de las autoridades administrativas en la ejecución de la pena. Veamos ahora qué rol tienen los tribunales en esta tarea.

En principio, el juez o tribunal sentenciador es el encargado de ejecutar la sentencia una vez esta es firme. No obstante, este que era el principio general se ha visto paulatinamente erosionado por diversas razones, entre las que cabe destacar el exponencial aumento de la carga judicial, la relevancia asociada a la ejecución de ciertas penas y la cada vez mayor diversidad de sanciones penales.

La primera razón explica mayormente la creación en tiempos relativamente recientes de los denominados **Juzgados de Ejecución de Penas**, que en la actualidad existen en Barcelona, Madrid, Palma de Mallorca, San Sebastián, Bilbao y Valencia. Estos juzgados se encargan en exclusiva de ejecutar las sentencias dictadas en el ámbito de su competencia territorial. Por otra parte, la particular relevancia de la ejecución de la pena privativa de libertad está detrás de la creación en su día de una figura judicial crucial que es el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Por último, la creciente diversidad de las sanciones penales explica cierta pérdida de poder de los jueces sentenciadores en la ejecución de determinadas penas. De esta manera, en penas cuyo cumplimiento no requiere la intervención de terceros agentes (paradigmáticamente las penas de multa o la suspensión de pena de prisión sin reglas de conducta), el tribunal sentenciador o el juez de ejecución asume de forma íntegra la tarea de ejecución del castigo. Pero en aquellas penas en las que por su naturaleza sea necesaria la intervención de otros agentes, el tribunal sentenciador o juez de ejecución puede pasar a tener un papel secundario en la ejecución. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad (TBC), donde existe un órgano administrativo (RD 840/2011: los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, unidad administrativa multidisciplinar dependiente de la Administración penitenciaria), que se encarga de la gestión concreta de la pena, asumiendo también el Juez de Vigilancia Penitenciaria un rol de control. Otro tanto sucede en el caso de la pena de *probation*<sup>3</sup>, donde es ahora el

#### Ved también

Hemos estudiado extensamente la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, en la asignatura *Ejecución y derecho penitenciario*.

<sup>(3)</sup>Puede denominarse así la suspensión de la pena de prisión sometida a ciertos deberes u obligaciones ex. Art. 83.15.ª o 6.ª CP, o la obligación de tratamiento.

juez competente para la ejecución el que asumirá el rol de control, pues será el mencionado servicio de gestión de penas y medidas alternativas el que va a asumir el rol principal en la ejecución.

### **4.3. Administración encargada de la ejecución de la pena**

Hasta aquí hemos visto que legislador y poder judicial son los dos primeros protagonistas clave en el diseño del sistema punitivo en nuestro país. No obstante, también hemos señalado que existe un cierto margen de maniobra a la hora de ejecutar las penas, y que dicha flexibilidad debe ser finalmente concretada por parte de las autoridades judiciales o administrativas que se encargan de la ejecución de las penas. Analizado brevemente el rol judicial en la ejecución, resta hacer referencia a las autoridades administrativas relevantes en dicha tarea.

Evidentemente, la autoridad administrativa más relevante en la ejecución de las penas es la **administración penitenciaria** (la estatal o la autonómica en el caso de Cataluña). Cabe aclarar que la Administración penitenciaria no solo abarca los establecimientos penitenciarios (prisiones), sino que tiene una estructura más compleja. Así, por lo que hace referencia a la Administración penitenciaria estatal, hay que señalar que el sistema penitenciario cuenta con **68 centros penitenciarios** para el cumplimiento de penas, medidas de seguridad y para prisión preventiva. Al margen de ello deben mencionarse también los **centros psiquiátricos penitenciarios**, establecimientos dedicados a la custodia y tratamiento de los internos que padecen trastornos graves de conducta y que han sido internados en ellos por decisión de los tribunales. Existen 2 de estos establecimientos en el territorio dependiente de la Administración estatal (AGE).

Por otra parte, los **centros de inserción social** son establecimientos penitenciarios destinados al cumplimiento de las penas privativas de libertad en régimen abierto y al seguimiento de penas no privativas de libertad (control telemático mediante pulseras u otros dispositivos) que se establece en la legislación penal y cuya ejecución se atribuye a los servicios penitenciarios. Actualmente, en el territorio AGE existen 13 centros de inserción social con plena autonomía organizativa y funcional y 19 dependientes.

Por último, debe hacerse referencia a los **servicios de gestión de penas y medidas alternativas**. Son las unidades administrativas que tienen encomendada la ejecución de las penas y medidas alternativas (RD 840/2011). Dependen orgánica y funcionalmente de un establecimiento penitenciario. Forman parte de estas unidades diferentes profesionales penitenciarios: psicólogos, pedagogos, otros técnicos, administrativos y trabajadores sociales. Se configuran, por tanto, como equipos multidisciplinares, al frente de los cuales hay un jefe/res-

ponsable del Servicio. Se ubican en locales externos a los establecimientos penitenciarios. En el momento actual en el territorio AGE existen 54 servicios de gestión de penas y medidas.

Por lo que se refiere a Cataluña, que desde 1984 tiene transferidas las competencias en materia de ejecución de penas y medidas de seguridad, debe mencionarse que existen 14 centros penitenciarios (2 de ellos son centros penitenciarios abiertos) y 1 pabellón hospitalario penitenciario (en Terrasa). Por lo que se refiere a la ejecución de penas alternativas y medidas de seguridad no privativas de libertad, el organismo administrativo que se encarga de ello es el denominado **Servicio de medidas penales alternativas**.

#### **4.4. Fiscalía**

No es habitual situar a los fiscales como agentes relevantes a la hora de analizar el sistema punitivo, pero creemos que ello es un error porque desconoce el crucial papel que en multitud de ocasiones juegan los fiscales a la hora de decidir el castigo que se va a imponer por la comisión de un delito. El fenómeno básico que debe tenerse en cuenta aquí es una institución procesal: la **conformidad del acusado en el proceso penal**.

La conformidad es una figura recogida en la legislación procesal penal mediante la cual el acusado otorga su consentimiento, que vincula al tribunal, para que se le imponga la pena solicitada por la parte acusadora. Así, en los supuestos de conformidad, la labor del juez o tribunal queda limitada normalmente a la mera “certificación” de dicho acuerdo, que deberá plasmar en la sentencia condenatoria (no obstante, véase art. 787 LECRIM). Por tanto, en los supuestos de conformidad bien puede decirse que quien asume el rol fundamental a la hora de decidir el castigo concreto es la parte acusadora, esto es, básicamente el fiscal (si se ha personado, la acusación particular deberá también adherirse a la conformidad para que esta despliegue sus efectos, de lo contrario se celebrará el juicio de forma ordinaria), pues es quien realiza la “oferta” de pena, que de ser aceptada por el acusado se impondrá en sentencia.

Obviamente, el fiscal debe actuar dentro de los márgenes establecidos en la ley penal, pero según vimos, esos márgenes son en ocasiones muy amplios, y por tanto mediante la figura de la conformidad la fiscalía asume un papel muy relevante a la hora de decidir el castigo concreto, porque no solo puede decidir sobre la extensión de una pena (por ejemplo, más o menos años de prisión), sino también variar su propia naturaleza en aquellos delitos en que la pena prevista sea una pena opcional (por ejemplo, art. 379 CP) o una pena que pueda ser sustituida.

Hay que tener en cuenta que debido a la saturación a todos los niveles de la justicia penal existe una clara tendencia por parte del legislador y de los operadores jurídicos a favorecer la conformidad del acusado, aspecto este que algunos han criticado por poner en tela de juicio la presunción de inocencia y la

tutela judicial efectiva. Esta tendencia favorecedora de la **justicia negociada** (como algunos la denominan) se puede apreciar claramente en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo en el año 2002 que, dando un paso más, introdujo en nuestro país la figura de la **conformidad premiada**. Esta figura permite, en los supuestos de delitos enjuiciados mediante el procedimiento rápido previsto en los arts. 795 y ss. LECRIM (los llamados “juicios rápidos”), la rebaja en un tercio de la pena establecida en la ley penal si el acusado presta su conformidad, “aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal” (art. 801.2 LECRIM).

Por desgracia no tenemos datos en nuestro país sobre el número o porcentaje de sentencias dictadas con la conformidad del acusado, lo cual nos permitiría valorar en su justa medida el papel que en la práctica están asumiendo los fiscales a la hora de la imposición de los castigos. No obstante, todo apunta a que un porcentaje muy relevante de los delitos que son procesados por el sistema penal dan lugar a sentencias de conformidad y que, por lo tanto, hay que incorporar sin duda la labor del fiscal al ámbito de estudio de los protagonistas de la imposición del castigo penal en nuestro país.

En una investigación llevada a cabo en los Juzgados de lo Penal de Barcelona (Cid y Larrauri, coords. 2002) se analizó una muestra de las sentencias dictadas durante dos meses del año 1998 (abril y mayo). Los resultados muestran que en un 70% de los casos existió conformidad. Hay que tener en cuenta que cuando se llevó a cabo la investigación no se había introducido todavía en nuestra legislación la figura de la conformidad premiada.

Por otro lado, junto al papel del fiscal en la decisión concreta sobre el castigo penal (vía conformidad), debe también mencionarse que la Fiscalía, como institución, asume otro papel relevante en la configuración del sistema punitivo de nuestro país. Lo que sucede es que se trata aquí de una intervención indirecta. Nos referimos con ello a que la Fiscalía, como órgano habilitado para dar inicio al proceso penal, tiene en sus manos el poder de decidir qué conductas se persiguen penalmente y en últimas reciben un castigo penal.

Vale la pena mencionar ya cuando hablamos del papel de los diferentes protagonistas de la justicia penal en la configuración del sistema punitivo, que algunos agentes actúan de forma directa decidiendo cómo se castiga (diseño del sistema punitivo), y otros de forma indirecta decidiendo qué delitos se persiguen y de esta manera cuál es el “volumen” concreto del castigo penal en nuestro país.

Es así la acción conjunta de estos agentes directos e indirectos la que configura en últimas la realidad del sistema punitivo español.

#### Ved también

Veremos esta cuestión con más detenimiento en el módulo “Modelos punitivos en acción” de la presente asignatura, donde estudiaremos el “procesamiento” de la delincuencia por parte del sistema de justicia penal.

En el ámbito anglosajón suele aludirse gráficamente a esta cuestión haciendo referencia a la diferencia entre *law in books* y *law in action*. *Law in books* hace referencia al derecho como conjunto de disposiciones legales o jurisprudenciales. *Law in action*, en cambio, es un concepto que remite a las prácticas de los agentes del sistema (en este caso el sistema penal), que son las que, en realidad, al convertir la ley (*in books*) en práctica (*in action*) determinan o dan vida al derecho. Traspasando esta idea a nuestro ámbito de estudio, el *punishment in books*, abarcaría las disposiciones legales que establecen los castigos asignados a determinados comportamientos. Pero el estudio del *punishment in action* abarcaría todas aquellas prácticas de los diferentes agentes del sistema (jueces, administraciones implicadas, fiscales, policía...), que van a determinar en la realidad la dimensión del castigo penal en nuestra sociedad.

#### 4.5. Policía

La policía, en nuestro sistema y a diferencia de otros países, no tiene un poder penal sancionatorio directo, ni por lo que se refiere a la imposición de la pena, ni en lo relativo a su ejecución concreta.

No obstante, la policía ocupa obviamente un papel extraordinariamente relevante en lo que se refiere a la persecución del delito, y en este sentido, como vimos al hablar del papel de la fiscalía, hay que tener muy en cuenta su papel en la configuración final del sistema punitivo en nuestro país: al decidir el volumen de delincuencia que se procesa en el sistema penal, se está incidiendo también en la dimensión del castigo en un país determinado. La policía es, en este sentido, sin duda el agente más importante dentro del *punishment in action*, por ello su estudio en profundidad es clave a la hora de entender el funcionamiento del sistema penal.

Si la policía decide llevar a cabo una campaña especial de vigilancia del tráfico en unas fechas señaladas, es conocido que tal mayor control desembocará en una tasa mayor de comisión de ciertos delitos (como la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas). Hay que tener en cuenta así que hay delitos (como el referido en el ejemplo), cuya verificación depende en gran medida de la actividad policial, pues no son comúnmente denunciados por la ciudadanía. La decisión (política o policial) de llevar a cabo con mayor o menor intensidad campañas de control intensivo (pruebas de alcoholemia, por ejemplo) incide así de manera decisiva en el volumen de delitos conocidos, procesados por el sistema y en últimas sometidos así a castigo.

#### 4.6. Víctimas

No suele tampoco hacerse referencia a las víctimas a la hora de señalar a los agentes implicados en el diseño y configuración del sistema punitivo en un país determinado. Ello es lógico si tenemos en cuenta el papel que el proceso penal tradicional les ha reservado, considerándolas básicamente una fuente o medio de prueba, con escaso o nulo poder a la hora de decidir sobre la imposición del castigo.

#### Inglaterra

En Inglaterra, en cambio, la policía tiene potestad para, en delitos menores (que pueden abarcar pequeños hurtos en tiendas o grafitis), imponer lo que se denomina una *caution*. Con ello se evita procesar formalmente a la persona, y en este sentido las *cautions* son consideradas un mecanismo de "desjudicialización". Las *cautions* pueden ser simples amonestaciones o advertencias (*warnings*), pero pueden también conllevar ciertas condiciones u obligaciones (por ejemplo, someterse a un programa de deshabitación), así como consistir en una multa. Además, aunque no se trata formalmente de una condena penal (*criminal conviction*), las *cautions* quedan registradas y pueden tenerse en cuenta *a posteriori* por un juez penal.

No obstante, hay que admitir que en nuestro país desde el momento en que existe la figura procesal de la **acusación particular**, que permite personarse y ser parte del procedimiento penal a la víctima del delito (figura desconocida en otros ordenamientos, como por ejemplo, el Reino Unido), no puede decirse que la víctima está absolutamente marginada del proceso penal y así de las decisiones sobre el castigo, pues cuando efectivamente se ejerza por ella dicha acusación particular puede participar activamente en el proceso penal solicitando una determinada pena.

Sin embargo, en tiempos recientes algunos autores ya han señalado que las víctimas deben ocupar un papel importante en las decisiones relativas al castigo, pues son las primeras afectadas por el delito cometido.

Ciertamente, este nuevo papel que se quiere atribuir a las víctimas en la configuración del castigo penal arranca de las corrientes victimológicas, que desde hace tiempo vienen denunciando la tradicional marginación que han padecido en el diseño del proceso penal ilustrado y así en las decisiones sobre el castigo.

De hecho, esa preocupación está en la base del nacimiento de un modelo alternativo a la actual justicia penal, que es el modelo de la **justicia reparadora** o **justicia restauradora**. En este modelo se concibe el castigo penal (mejor, la respuesta penal al delito cometido) como una manera de reparar o restaurar el daño causado por el delito, a la víctima concreta y a la comunidad afectada. Desde las directrices de este modelo es obvio que entonces la víctima adquiere un papel central en todas las decisiones ligadas a la imposición y ejecución de las respuestas al delito, asumiendo otras figuras que en el actual sistema son clave (por ejemplo, el juez), un papel más secundario.

Un modelo de este tipo no debería ser considerado como algo utópico o irrealizable, pues de hecho ya existe en nuestro sistema penal en un sector concreto: la justicia penal juvenil, donde ha demostrado desde hace ya años su viabilidad y eficacia como modelo alternativo al proceso penal. Sin embargo, ciertamente en la justicia penal de adultos existen todavía muchas reticencias a la hora de incorporarlo al actual sistema penal o articular, como sucede en la justicia penal de menores, un modelo alternativo.

No obstante, estamos aquí ante una cuestión muy delicada, pues las tendencias ligadas al mayor protagonismo de las víctimas pueden fácilmente ser leídas (de forma malintencionada o no), como simples demandas de mayor castigo frente a la delincuencia. Muchos criminólogos han alertado de que cuando se habla de un mayor protagonismo de las víctimas en el sistema penal, ello a veces se tergiversa de forma políticamente intencionada como una sim-

#### Ved también

Hablaremos del modelo de justicia reparadora en el módulo "La lógica del sistema punitivo: modelos punitivos".

ple demanda de mayor castigo. Los defensores del modelo reparador niegan tajantemente que efectivamente poner a la víctima en el centro del sistema penal equivalga a un mayor punitivismo.

Ciertamente, tratar con detenimiento esta cuestión desborda el contenido de esta asignatura. Aquí solo queremos señalar que efectivamente en el actual sistema penal el papel de la víctima en la configuración del sistema punitivo es escaso, pues se limita básicamente a su posible participación en el proceso penal vía acusación particular. Pero ello es obviamente contingente: depende del modelo de justicia penal que existe en un país determinado, y lo cierto es que la tendencia en los países desarrollados es hacia un mayor protagonismo de las víctimas en la justicia penal.

El TEDH ha reconocido en varias decisiones (vid. en particular *Gäfgen vs. Alemania*, 20-12-2010) que la obligación de “respetar” los derechos fundamentales, que incumbe a cada Estado, implica el deber de, primero, criminalizar en abstracto las violaciones de los derechos humanos; segundo, investigar diligentemente sobre las supuestas violaciones de dichos derechos; y tercero, castigar a los responsables con una pena proporcionada (no con una pena meramente formal como, por ejemplo, una multa suspendida). Con ello se está reconociendo un auténtico derecho de las víctimas de ciertas vulneraciones de los derechos humanos al castigo de los que perpetraron dichas acciones.

#### 4.7. Gobierno

Para acabar este recorrido por los diversos agentes implicados en el diseño y configuración del sistema punitivo español, quisiéramos hacer una breve referencia al papel que también desempeña el Gobierno de turno. Puede parecer extraño hablar del “Gobierno de turno”, pues ya hemos visto cuál es el papel del legislador en el diseño del castigo. Pero aquí no queremos referirnos al Gobierno como posible impulsor o integrante del poder legislativo. Estamos hablando del poder que directamente tiene reservado un determinado Gobierno para decidir sobre el castigo. Este poder está configurado por una figura muy concreta: el **indulto**.

El indulto es una figura muy polémica, pues como hemos dicho es una facultad que se reserva al Gobierno de turno y por ello escapa al control del poder legislativo y del poder judicial. Es un poder, además, extraordinario: el poder de renunciar o modificar al castigo impuesto por los tribunales penales en sentencias firmes, sin necesidad siquiera de justificar o motivar la concesión de semejante prerrogativa.

Por ello, son muchas ya las voces en la doctrina penal que consideran la institución del indulto como un vestigio de tiempos pasados en los que los monarcas absolutos ejercitaban su “gracia” o perdón, que atenta contra la separación de poderes propia de un sistema democrático y que por ello debería ser eliminada.

#### Nota

No en vano, a pesar de que ha sido modificada (su última reforma tuvo lugar por la Ley 1/1988, de 14 de enero) la ley fundamental que regula el indulto data de 18 de junio 1870.

Mientras ello no suceda vale la pena tener en cuenta la existencia de este poder a la hora de valorar el sistema punitivo.

Con ello finalizamos este estudio de los agentes implicados en el diseño y configuración del sistema punitivo. No obstante, no deberíamos olvidar que como institución social que es, todos estamos en realidad implicados en su funcionamiento.

Así como destaca Zedner (2004, pág.15), incluso los ciudadanos como tales podrían ser considerados agentes de la justicia penal, porque lo cierto es que sin su intervención, poniendo en conocimiento de las instituciones la perpetración de delitos o sirviendo como prueba de su comisión (testimonios en el juicio penal), el sistema no funcionaría. Debe tenerse en cuenta que muchos delitos no son detectados por la policía, sino que simplemente son dados a conocer por los ciudadanos mediante el mecanismo de la denuncia. Desde este punto de vista, el papel de los ciudadanos es básico, pues si estos, por la razón que sea, no consideran una conducta como delictiva, no confían en la policía (o en el sistema penal) o tienen razones para evitar el contacto con los agentes oficiales, por mucho que la ley la prohíba, jamás llegará a ser objeto de atención de las instituciones oficiales.

#### Datos

Según un reciente estudio (DOVALy otros, 2011) en el periodo 2000-2008 se concedieron 4667 indultos, lo que arroja una tasa de cerca del 0,4% del total de penados. No obstante, más que cuantitativamente, ha sido una dimensión cualitativa (indultos de poderosos –políticos, banqueros, directivos de empresas–), la que ha traído a primer plano de la actualidad la figura del indulto.

## Resumen

En este módulo hemos puesto de relieve la multiplicidad de la potestad sancionadora del Estado plasmada en diferentes instancias: civil, administrativa o penal. Es importante ser conscientes de esta heterogeneidad en la potestad sancionadora estatal para situar el poder punitivo en su contexto y ser conscientes de las consecuencias que conlleva utilizar uno u otro poder sancionatorio a la hora de hacer frente a determinadas conductas.

Hemos observado también que la heterogeneidad es a su vez una característica definitoria de la propia potestad punitiva, que pretende adaptarse así, con múltiples sistemas y mecanismos, a sujetos y circunstancias de diversa naturaleza jurídica que posibilitan respuestas alternativas de distinta índole; como el caso de los menores y la finalidad sancionatoria-educativa. Analizamos la convivencia entre penas y medidas de seguridad como dos sanciones con fundamento y destinatario dispar, que en tiempos recientes parecen tender a la convergencia (libertad vigilada). Pero también hemos detallado la existencia de otras consecuencias del delito que siguen a la imposición de las sanciones, manifestadas en el ámbito civil con ánimo reparador. Respecto de los sujetos susceptibles de sanción, apreciamos la evolución legislativa hacia la imputabilidad penal de las personas jurídicas solidariamente con sus representantes legales, antes únicos capaces de culpabilidad, como medio de garantía de responsabilidad.

En referencia al sistema español de penas *stricto sensu*, las hemos clasificado según dos criterios doctrinales básicos: el bien jurídico afectado y el modo de su imposición. Dentro del primero se ha tenido en cuenta, como eje manifiesto del sistema, las privativas de libertad, diferenciándolas de las privativas de otros derechos, y finalmente de las de contenido patrimonial (multas). Por lo que atañe al modo de imposición, se han establecido, a su vez, tres concreciones básicas: según su accesoria o principalidad (estipulada directamente con el delito), dentro de esta, siendo posible que se impongan única, acumulativa o alternativamente, y aplicándose las originariamente establecidas por el legislador o las que el juez pueda sustituir sustantivamente mediante discrecionalidad de decisión.

El último apartado lo hemos dedicado a los agentes implicados en la configuración del sistema punitivo. Evidentemente, hemos empezado la clasificación por el legislador estatal como depositario de la soberanía popular y único competente en legislación penal, teniendo la potestad de decidir qué castiga y como lo hace. Pero tal atribución debe ser matizada desde diversos ámbitos: en primer lugar, debido a cesiones de esta soberanía propia de los complejos estados actuales, el legislador comunitario (UE) está armonizando la materia penal, y el autonómico, aun teniendo un papel complementario, posee cierta

competencia. Además, la acción legislativa se encuentra encorsetada por los derechos y principios fundamentales de la CE y el CEDH, como los derivados del principio de legalidad o de humanidad y proporcionalidad, con el ineludible objetivo final de reeducación y reinserción.

Por lo que se refiere al papel del juez, hemos constatado que, aunque la tradición codificadora continental es de exhaustividad en la concreción, duración y naturaleza de las penas, existe cierto ámbito de actuación en el marco de la imposición judicial de la pena. Los jueces o tribunales sentenciadores son exclusivamente competentes en la imposición de las penas; no así en el proceso de su ejecución donde necesitan de la Administración pública (centros penitenciarios, psiquiátricos, de inserción social...) o de otros órganos judiciales especializados, debido a un sistema judicial saturado. Con esta saturación también hemos evidenciado que se ha utilizado como excusa para fomentar las conformidades con el Ministerio Fiscal, convirtiéndole en órgano decisor de extensión e incluso naturaleza de las penas, en detrimento de la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva; además del inherente principio de oportunidad que tiene en la persecución de conductas, que comparte con los cuerpos policiales como primera línea de contacto con el delito. También hemos comentado el papel creciente que está adquiriendo la víctima, en línea con una concepción de justicia reparadora, ya experimentada en el ámbito del derecho penal de menores. Finalmente, criticamos el vestigio absolutista, faltado de cualquier garantía, justificación o motivación, del indulto, al único arbitrio del poder ejecutivo de turno.

En definitiva, el sistema punitivo español se define a través de los agentes que intervienen directamente (decidiendo cómo castigar) e indirectamente (decidiendo qué comportamientos concretos se persiguen y así en últimas se castigan).



## Ejercicios de autoevaluación

1. Desde un plano formal, las sanciones penales pueden distinguirse de las administrativas, atendiendo...

- a) al órgano encargado de imponerlas.
- b) a la cuantía de la multa
- c) a la concurrencia o no de privación de derechos.
- d) Todas las respuestas anteriores son correctas.

2. Las conductas sancionadas con "privación de libertad" de forma directa o indirecta...

- a) son sanciones exclusivamente de carácter administrativo.
- b) son sanciones exclusivamente de carácter penal.
- c) pueden tratarse de sanciones penales y/o administrativas.
- d) La Administración civil solo podrá imponer sanciones privativas de libertad ante infracciones muy graves.

3. El principio *ne bis in ídem* establece...

- a) que el derecho penal debe aplicarse solo en casos extremadamente graves.
- b) que una ley penal válida es aquella emitida por los órganos autorizados por la constitución para construir legislación penal.
- c) que los hechos cometidos antes de la vigencia de la ley no pueden ser perseguidos por ella.
- d) que un ciudadano no puede recibir una doble sanción por la realización de unos mismos hechos, siempre que las normas sancionatorias aplicadas tengan el mismo fundamento.

4. Los menores de 14 años que cometen un ilícito penal...

- a) responden penalmente con arreglo al código penal de 1995.
- b) se les exige responsabilidad penal con arreglo a la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- c) no responden penalmente, pero se les aplica lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil.
- d) no responden penalmente y tampoco se les exige responsabilidad civil.

5. Actualmente, las medidas de seguridad pueden imponerse...

- a) a personas inimputables.
- b) a personas inimputables y/o semiinimputables.
- c) a personas plenamente imputables.
- d) Las tres respuestas anteriores son correctas.

6. El Comiso previsto en el art. 127 del Código penal...

- a) es una pena accesoria.
- b) es una consecuencia accesoria del delito.
- c) es una medida de seguridad.
- d) es un delito.

7. Atendiendo al bien jurídico afectado, ¿cuál de las siguientes penas puede considerarse una pena privativa de libertad?

- a) Inhabilitación absoluta.
- b) Trabajos en beneficio de la comunidad.
- c) Privación de la patria potestad.
- d) Localización permanente.

8. Las penas sustitutivas...

- a) son las penas inicialmente previstas por el legislador para un delito determinado.
- b) son penas impuestas por el juez, cuando legalmente se le atribuye la facultad de sustituir la pena originaria.
- c) son penas que por su naturaleza acarrear siempre privación de libertad.
- d) se originan en los supuestos en los que la ley penal prevé más de una pena para el delito.

9. ¿Quién es el encargado de imponer el castigo establecido en la ley penal?

- a) Los jueces y tribunales.
- b) El legislador.
- c) Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.
- d) Los fiscales.

10. La figura de la conformidad del acusado que se prevé en la legislación procesal penal implica...

- a) que el acusado acepta celebrar el juicio de forma ordinaria.
- b) que el acusado está conforme con la defensa planteada por su abogado.
- c) que el acusado niega los hechos que se le imputan.
- d) que el acusado otorga su consentimiento, que vincula al tribunal, para que se le imponga la pena solicitada por la parte acusadora.

11. La facultad que ostenta el Gobierno de turno para renunciar o modificar el castigo impuesto por los tribunales penales en sentencias firmes es penalmente conocida como...

- a) absolución gubernamental.
- b) indulto.
- c) exención.
- d) clemencia.

## **Solucionario**

### **Ejercicios de autoevaluación**

1. a

2. b

3. d

4. c

5. d

6. b

7. d

8. b

9. a

10. d

11. b

## Glosario

**AGE** *f* Administración General del Estado

**bien jurídico** *m* Interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico (Von Liszt).

**CCiv** *m* Código civil

**CE** *f* Constitución española

**CEDH** *m* Convenio Europeo de los Derechos Humanos

**CP** *m* Código penal

**LECrím** *f* Ley de Enjuiciamiento Criminal

**Ley Penal en Blanco** *f* Precepto penal que contiene la consecuencia jurídica pero no establece íntegramente los elementos del supuesto de hecho, remitiendo a otras disposiciones legales del mismo rango legislativo o inferior.

**ne bis in idem** *m* Principio de relevancia constitucional según el cual una persona no puede ser juzgada ni castigada dos veces por los mismos hechos, siempre que las normas aplicadas tengan el mismo fundamento sancionador.

**persona jurídica** *f* Entidad u organización que persigue una determinada finalidad y a la que el Ordenamiento Jurídico asigna personalidad civil, capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

**reo** *m* Culpable o presunto responsable de un delito.

**responsabilidad civil derivada del delito** *f* Obligación que tiene el autor de un delito o falta de reparar económicamente los daños y perjuicios causados o derivados de su infracción.

**responsabilidad solidaria** *f* Responsabilidad aplicable a diferentes deudores, de manera que todos responden ante la obligación en su conjunto y en primer grado, pudiendo el acreedor dirigirse contra cualquiera o contra todos a la vez para su cumplimiento.

**sentencia firme** *f* Resolución judicial que pone fin al proceso y contra la que no cabe recurso alguno, ordinario o extraordinario.

**STC** *f* Sentencia del Tribunal Constitucional

**TC** *m* Tribunal Constitucional

**TEDH** *m* Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

**UE** *f* Unión Europea

## Bibliografía

**Beccaria, C.** (1774). *De los delitos y de las penas* (cit. de la edición de Alianza Editorial, 1994).

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

**Ferri, E.** (1933). *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y Delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia* (1.ª ed.). Traducción de José-Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Reus.

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

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

