

LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995

Mercedes PELÁEZ FERRUSCA

RESUMEN: La elaboración y promulgación de un nuevo Código Penal significa la revisión del sistema penal en general, pues dicho Código representa la cobertura normativa del organismo punitivo del Estado y es parte del sistema de justicia criminal. En el Código Penal, tanto la selección de las conductas criminalizables como sus sanciones correspondientes son igualmente fundamentales para desempeñar con eficacia el control social propio de un Estado constitucional de derecho. La elección acerca de cuáles y en qué medida deben imponerse las penas, en especial la pena privativa de la libertad, efectuada por los legisladores españoles en 1994, es el objetivo del presente estudio.

ABSTRACT: The work out and promulgation of a new penal code implies to review the penal system in general, for this code represents the normative coverage of the State punitive body and is part of the criminal Law system. In the penal code, choosing the criminal conducts as well as the corresponding penalties, are equally fundamental to fulfill efficiently the social control characteristic of a Constitutional State of Law. This essay deals with the choice that Spanish legislators, in 1994, made between which and to what measure penalties should be imposed, in particular the depriving penalty of freedom.

I. INTRODUCCIÓN

Es importante considerar que la necesidad de reformar el Código Penal es un acontecimiento muy importante y trascendente en la vida social y jurídica de un país, la guía rectora de la política criminal estatal se sigue a partir del contenido prescriptivo y sancionador del catálogo punitivo. Sin embargo, la importancia que reviste la posibilidad de promulgar un nuevo Código Penal va más allá de las expectativas político-criminales de un momento histórico determinado. El Código Penal es precisamente la cobertura normativa del aparato punitivo del Estado y forma parte del sistema integral de justicia criminal, por tanto cuando se somete a consideración la elaboración y promulgación de un nuevo Código Penal, debe revisarse el sistema

penal en general, pues se cuestiona su eficacia y regularidad desde los más variados aspectos: la infraestructura, los medios materiales y humanos con que cuenta, los cauces procedimentales que garantizan la aplicación de la ley y, sobre todo, el clima generado por la relación entre la comunidad jurídica y el sistema. No debe perderse de vista que la oportunidad de elaboración de un Código Penal atraviesa por la asignación de la función que debe cumplir el derecho penal en el Estado a través del sistema penal. En este sentido, la Constitución española consagra el compromiso no sólo de erigimiento sino de mantenimiento de la forma de Estado social y democrático de derecho, por lo que habrá que estar a las consideraciones que revelan un derecho penal mínimo, racional y garantista, si no se quiere deslegitimar con una función impropia del derecho penal al Estado en general.¹

Así, comparten importancia dentro del Código Penal tanto la elección de las conductas a criminalizar como las sanciones que corresponden a esas infracciones en un doble sentido igualmente trascendente para cumplir con el papel de instrumento eficaz de control social en el marco del Estado constitucional de derecho. Este doble sentido se refiere a cuáles y en qué medida deben ser impuestas las penas. A la selección hecha por el legislador español de 1994 nos dedicaremos en estas líneas, fundamentalmente por lo que se refiere a la pena privativa de libertad.

La Constitución de 1978 desencadenó procesos de reformas legales especialmente pronunciados en el ordenamiento penal. Ello era desde luego previsible, pues como indica Jiménez de Asúa, cada Constitución española ha traído siempre de la mano su correspondiente Código Penal. En esta ocasión, el tan esperado Código tardó casi 20 años, por lo que algún doctrinario ha dicho que en España, en ese tiempo, sólo se ha escrito de proyectos de códigos penales.

El Código de 1995 es producto, fundamentalmente, del proyecto presentado por el Ministerio de Justicia e Interior en 1994. Sin embargo, ya en 1978 se preparaba su texto y posteriormente fueron presentados varios proyectos, algunos bien recibidos y otros no tanto,

¹ Sobre la función que cabe asignar al derecho penal en el Estado constitucional de derecho, es decir, la función instrumental, véase Peláez Ferrusca, "Legislación penal y derechos humanos", *Memoria del INACIPE 1998*, México, en prensa.

como el proyecto de 1980, que logró en el ámbito de la ciencia penal extraordinario consenso. A éste siguió la propuesta de anteproyecto de 1983, parecido en líneas fundamentales al proyecto de 80; no fue posible su promulgación, sin embargo, promovió una reforma parcial y urgente que vino a adecuar los principios constitucionales consagrados en 1978 al Código Penal. También existieron un borrador de proyecto de 1990 y un proyecto de 1992 que efectivamente se debatió, era inminente su aprobación, ya que numerosas sentencias del Tribunal Supremo se apoyaron, *lege ferenda*, en él.

El llamado Código de la Democracia ha nacido en un contexto histórico muy particular, caracterizado por el clima político. Es por ello que no debe perderse de vista que la denominación que surge del seno del propio gobierno socialista a través del Ministerio de Justicia es calculada y resalta el aspecto político, pues es producto del consenso reforzado (El partido que encabezaba la oposición, hoy en el poder, no votó el proyecto y fue necesario recurrir a alianzas con los partidos autonómicos más representativos para sacar adelante su aprobación), cuando no parecía posible en función de las circunstancias y acontecimientos políticos que le precedieron, y que aun le superan después de su entrada en vigor. El proyecto fue presentado al final de la legislatura; como no existía el consenso político elemental —baste para ilustrar la situación que ni siquiera habían sido aprobados los presupuestos de ese año— no existía viabilidad para el acuerdo y por si fuera poco el clima era de crispación y constantes tensiones políticas. El logro político que representa la aprobación del Código no impide, por el contrario, cuestionar la calidad técnica, así como la traducción del contenido democrático del mismo.

En este sentido, es perceptible la premura con que fue aprobado su texto (en una sola sesión 200 artículos), lo que denota el fuerte componente político de su promulgación. Muchas de las disposiciones fueron elaboradas al tenor de acontecimientos demasiado arraigados en la opinión pública, lo que acentúa el carácter maximalista del Código, pues en vez de considerarse el recurso penal como *ultima ratio*, se produjo una distorsión valorativa de la finalidad de la criminalización de ciertas conductas, renunciando de antemano a soluciones no penales, desnaturalizando de esta manera la función instrumental del sistema penal.

Algunos y variados son los aspectos positivos que promueve el nuevo Código Penal español,² así como también son numerosos los aspectos criticables; sin embargo, su tratamiento excede la intención del presente trabajo, cuya finalidad es revisar el tratamiento que da el Código Penal español de 1995 a la que se consagra, una vez más, como la reina de las penas: la prisión.

Con algunas novedades del legislador de 1994 presenta, por lo menos formalmente, una privación de la libertad adelgazada y simple, contra aquella robusta y compleja que era ese sistema de presidios, reclusiones, prisiones y arrestos. Y decimos que la prisión se queda como reina, porque a pesar de los esfuerzos por eliminar las penas cortas (menos de seis meses), aun quedan numerosos supuestos de penas de hasta tres años, que como se verá es el rasero de la gravedad temporal de esta pena; dejando todavía mucho camino por recorrer en lo que a sustitutivos se refiere. No obstante que para la implementación de este mecanismo sustitutorio se hayan elegido dos figuras innovadoras en la legislación española, como son el arresto de fin de semana y los trabajos en beneficio de la comunidad, se vuelve al camino de la prisión con esa fórmula de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa (¿prisión por deudas?), cuando podía haberse experimentado con las diversas formas de garantía de las que tanto éxito reporta el derecho civil y mercantil. De estas dos figuras puede asimismo decirse que, aunque profusamente experimentadas hace ya tiempo en el continente, en numerosas legislaciones han sido derogadas por inviables o ineficaces, constatándose la mala pericia del legislador español al momento de seleccionarlás. Ni qué decir de las penas alternativas, que ni por asomo reportan novedades, reconfigurándose en un aparente orden y simplificación las antiguas de multa, con una variante y, las privativas de derechos.

El nulo soporte criminológico y las desdibujadas directrices político-criminales del Código se agravan en esta materia que como en ninguna otra parte del mismo ordenamiento requiere tanta atención

2 De gran utilidad son los trabajos de varios autores dedicados a facilitar al lector las novedades, y sobre todo la orientación respecto del nuevo Código; pueden consultarse, entre otros, los siguientes títulos: Segovia Bernabe, J. L., *Nuevo Código Penal al alcance de todos*, 4a. ed., Madrid, 1996, 232 pp.; Pastor Alcoy, F., *Guía urgente del nuevo Código Penal*, Valencia, 1996, 223 pp.; Herrero, C., *Introducción al nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, 516 pp.; García Carrero, M., *Diccionario abreviado del Código Penal vigente*, Madrid, 1996, 524 pp.; Bentabol Manzanares, F., *El Código Penal de 1995. Resumen práctico de novedades*, Madrid, 1996, 126 pp.

y solidez. No acompañan a la elección de este nuevo sistema de penas privativas de libertad, ningún estudio sobre los efectos de la privación, excepto por las voces que desde hace mucho tiempo ha levantado la doctrina contra las penas cortas de prisión; ningún dato sobre la realidad penitenciaria española, ni tan siquiera sobre las cifras de la población reclusa, nada. Tampoco se presentaron estudios comparados con la pena de arresto de fin de semana o sobre la conveniencia tanto técnica como operativa y humana de la prisión intermitente o la posible incidencia del incumplimiento de la pena de multa para dar lugar a la privación de libertad o sus efectos en el sistema penitenciario nacional, incluso la regulación de sus aspectos más concretos llegó después.³ Más que adecuar la ley a la realidad, habrá que adecuar la realidad a la ley y las complicaciones de implementación, por lo que a las penas de arresto de fin de semana se refiere no se tendrá nada fácil.

Parecen incongruentes algunas de las disposiciones con la finalidad constitucional asignada a estas penas, la resocialización del delincuente. Cuando los estudios criminológicos recomiendan el empleo mayoritario de otras medidas distintas, alternativas a la prisión, el Código nuevamente la consagra en este lugar principal y determinante de la filosofía punitiva del Estado español. El sistema penal y con él el Código y las penas que consagra no consiguen actualmente ningún otro beneficio digno de tomarse en cuenta, es decir, no cumplen ningún fin especialmente valorado por la comunidad en su conjunto, excepto la retribución misma. Una vez más hay que decir que para que un sistema penal sea eficaz, debe retornar una solución pacífica y positiva para la sociedad, para el delincuente y para la víctima, es decir, debe ser disuasorio del delito, resocializador y conciliador.

Asimismo, se trata lo relativo al sistema adoptado por el nuevo Código Penal respecto de las reglas que determinan la medición de la pena privativa de libertad. Consideramos este tema de trascendencia, pues como se sabe, el nuevo sistema adoptado por el legislador de penas, sobre todo por lo que toca a las penas privativas de libertad, a las que nos referiremos en este texto, implica ya un avance

3 El decreto de 26 de abril de 1996, por el cual se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de arresto de fin de semana.

sustancial que rompe con todo lo que en esta materia había venido desarrollándose desde el Código de 1848. Por otro lado, el cambio en la clasificación de las penas trae consigo la alteración de las reglas de dosimetría legal aplicables a las mismas. Se ha eliminado la escala gradual que permitía tener prevista de antemano la pena superior e inferior en grado. El legislador de 1994 ha optado por conservar la identidad de la pena, a pesar de su graduación al prever el doblamiento y desdoblamiento que sobre sí misma puede hacer el juzgador, aplicando unas reglas que determinarán la pena superior e inferior en grado. También hay modificaciones respecto del cálculo de la pena para el resto de los autores (cómplices, cooperadores, etcétera) y para las diversas formas de ejecución imperfecta (grado de ejecución).

La división bipartita de la pena, que ha sido posible, como se verá más adelante gracias al nuevo sistema adoptado por el legislador, con un tope mínimo y uno máximo que permite dividirla en dos, la mitad superior y la mitad inferior, se constituye como el marco de referencia, pues el legislador ordena en determinadas ocasiones que la extensión legal de la pena deba ser considerada de la mitad para abajo o de la mitad para arriba, dependiendo de las circunstancias del caso y del tipo. Asimismo, se presentan un par de novedades respecto de las reglas especiales para la aplicación de sanciones, esto es, si se trata de concurso de delitos y delito continuado.

Novedosa si, la posibilidad de sustitución que ha previsto el legislador en el nuevo Código, representa una buena oportunidad para desterrar del todo las penas cortas privativas de libertad, incluso de dos y tres años, según veremos. Esta es una tendencia que superficialmente puede apreciarse; porque si bien es cierto que han sido eliminadas las penas inferiores a seis meses, también lo es que con la aplicación de las reglas de cálculo de la pena se puede dar lugar a ellas nuevamente, por lo que cobra relevancia la sustitución por la que se puede acceder a la privación intermitente de la libertad o incluso a los trabajos en beneficio de la comunidad.

II. ORIENTACIÓN CRIMINOLÓGICA Y POLÍTICO-CRIMINAL DEL SISTEMA DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

De la nueva regulación del sistema de penas y medidas,⁴ especialmente de las penas privativas de libertad, hay que destacar la supresión de la graduación de dichas penas conforme a la teoría de las escalas contemplada hasta entonces. La extensión de la prisión ha sido fijada en seis meses, como mínimo, a 20 años, como máximo, excepcionalmente 30;⁵ quedando solamente la prisión como pena grave de más de tres años de privación; y la prisión como pena menos grave, con una privación de menos de tres meses.

Si bien es cierto que simplifica el cuadro de las penas privativas —suprimiendo las escalas y facilitando los cálculos de medición—,⁶ también lo es que con esta reestructuración se pierde la referencia inmediata, dejándose a infinitas posibilidades las combinaciones posibles entre los valores topes.

Esto es posible apreciarlo si se ve detalladamente la graduación que hace el legislador, en principio proporcional, pero que conforme va avanzando el numeral, la pena privativa de libertad pierde sentido en relación con otros delitos, incluso menos graves, observándose distorsiones importantes a partir del artículo 300 aproximadamente. Por lo que no se encuentran los módulos intermedios comparativos, fácilmente identificables en el sistema anterior. También hay que destacar la incongruencia de algunos tipos con las consiguientes penas.⁷

4 Entre la bibliografía que puede consultarse está: Fernández del Torco Cubriso, Juan Manuel, "El sistema de penas en el nuevo Código Penal: observación crítica al respecto", *CPC*, Madrid, núm. 59, 1996, pp. 293-320; Landrove Días, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4a. ed., Madrid, 1996, 162 pp.; Manzano, Mercedes, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, coord. Luis García Marín, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, 528 pp.; Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 1a. y 3a. ed., Madrid, Civitas, 1990 y 1996, 196 y 260 pp.; Molina Blázquez, C., *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 1996, 146 pp., así como "El sistema de penas del Código Penal de 1995", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Madrid, año LI, 1o. de febrero, núm. 1790, 1997, pp. 273-290; y Serrano Butragueño, I. J., *Las penas en el nuevo Código Penal*, Granada, 1996, 296 pp.

5 Artículo 36 en relación con el 76. Volveremos después sobre este límite, pues representa de acuerdo con la doctrina un retroceso y un endurecimiento de la pena de prisión, al establecerse el límite máximo en 30 años y sin la posibilidad de la redención de penas por trabajo del anterior Código, en realidad lo que se está legitimando es la cadena perpetua.

6 De acuerdo con los artículos 70 y 71.

7 Modelos de cuadros comparativos y ejemplificativos se encuentran en el trabajo de Pastor Alcoy, Francisco, *op. cit.*, nota 2, pp. 69 y ss.

Sin embargo, puede rescatarse la simplificación terminológica,⁸ así como la “intención” aparente de evadir las penas cortas privativas de libertad.⁹

Por lo que se refiere a lo estrictamente novedoso —en el panorama legislativo español—, la adopción de las penas de arresto de fin de semana y los trabajos en beneficio de la comunidad.¹⁰ Se refiere a la imposición de estas penas ya como sustitutivas¹¹ o como principales.

Estas penas aportan utilidad para la comunidad porque su impacto es de hondo calado social; sin embargo, debe reprocharse su improvisación al establecerse en el Código sin la regulación de su contenido y ejecución, en la cual falta la aportación criminológica y son poco claras las líneas político-criminales. Estas penas no fueron consideradas por el legislador como auténticas penas alternativas, no se les confirió criterio de universalidad, pues están claramente determinadas para ciertos delitos, así como para determinados delincuentes.

En este apartado de los sustitutivos penales, el legislador peca de timidez y de pocas ideas, así como de escasas ambiciones, pues aún existiendo en la doctrina y en el derecho comparado numerosas fórmulas alternativas,¹² el legislador optó por dos, que pocos resul-

8 Se suprimen todas las categorías de presidios, prisiones, reclusiones y arrestos, para dejar, como se verá con detalle más adelante, la prisión grave, menos grave y el arresto de fin de semana.

9 Se eliminan como penas principales las penas de menos de seis meses y se deja la posibilidad de la sustitución en caso de penas privativas de libertad de hasta tres años (drogadictos) por otras medidas, así como la privación intermitente, pero sobre todo la posibilidad de sustituir éstas por trabajos en beneficio de la comunidad.

10 Artículos 37 y ss., así como 44 y ss., respectivamente, y cuya regulación fue posterior a la entrada en vigor del Código, por Real Decreto 690/1996 de 26 de abril, al que nos remitiremos más adelante.

11 Legislativamente de las penas de prisión de dos años, artículo 88 y ss.

12 Respecto de las numerosas penas alternativas que han sido estudiadas por la doctrina e incluso empleadas por el derecho comparado, véanse los interesantes trabajos, entre otros, de Valmaña Ochaíta, Silvia, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el derecho penal español*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990; varios, *Alternativas a la prisión*, Barcelona, Instituto de Criminología de Barcelona, 1986; Higuera Guimera, Juan Felipe, *La pena de arresto de fin de semana*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1982; Sabater, Antonio, “Penas intermedias entre la libertad y la prisión”, *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, año VII, núm. 27, julio-septiembre, 1966; Ríos Martín, Julián Carlos, “Las alternativas a la prisión en el proyecto de Código Penal de 1992”, en *Estudios de Jurisprudencia*, Madrid, núm. 6, 1993, pp. 19-28; Norenilla Rodríguez, José María, “Las medidas alternativas de la prisión: orientaciones del Consejo de Europa”, *Poder Judicial*, Madrid, núm. 8, septiembre de 1983, pp. 141-146; Morris, Norval, “Alternativas de la prisión: fracasos y perspectivas”, *Doctrina y acción postpenitenciaria*, Buenos Aires, Patronato de Liberados de la Capital Federal de la Argentina, año 2, núm. 3, 1988, pp. 59-79; Duenkel,

tados favorables han obtenido en países donde su práctica se remonta décadas atrás.

Aparentemente lo que se busca es evitar la privación de la libertad, pero no quedan claros los objetivos positivos que deberían proyectarse en estas instituciones cuando de política criminal se trata.

Otro de los puntos que cabe mencionar a propósito del desconocimiento del legislador de los efectos que en la realidad produciría la entrada en vigor de un Código como el que estaban aprobando, es el de la supuesta excarcelación masiva que se produciría con la vigencia del nuevo texto penal.¹³

También merece la pena destacar, por su trascendencia político-criminal, los reclamos de un grupo por exigir el cumplimiento "efectivo" de las condenas, sobre todo por lo que a presos por actos de terrorismo se refiere, que hace coincidir el cumplimiento real con la pena nominal; lo cual es positivo desde el punto de vista del crédito que merece la pena como castigo, así como por los efectos fundamentalmente disuasorios que buscan conseguirse, pero hay que decir, que en términos comparativos resulta mucho más severo el actual Código en virtud de la supresión de la redención de penas por el trabajo.¹⁴

Por otra parte, hay que hacer notar que no se aporta con la presentación de este nuevo Código ningún diagnóstico científico ni empírico sobre el crimen, en el que se destaquen aspectos como la cuantificación de los problemas delictivos, la distribución y la seriación de los delitos, o el perfil, las tendencias, la evolución o la génesis de la criminalidad: lo que resalta la falta de respaldo científico en la decisión del legislador.

Frieder, "Alternativas a la pena privativa de libertad. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparada sobre sanciones", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, núm. 10, año IV, enero-abril de 1988, pp. 101-125; Doñate Martín, Antonio, "La 'probation' como alternativa a la pena privativa de libertad", *Poder Judicial*, Madrid, núm. 10, 1984, pp. 69-76.

13 Según los conocimientos de un diputado de la entonces oposición, 13,000 reos saldrían a la calle con la entrada en vigor del nuevo Código Penal, en realidad salieron poco más de 500 gracias a la interpretación del Tribunal Supremo en sentencia de 13 de noviembre de 1996 de la Sala Segunda.

14 Por ejemplo, al artículo 78, que entiende el sistema progresivo junto con el cómputo de los beneficios, en relación con la sentencia y los años puestos en ella como condena; véase disposición transitoria segunda y transitoria tercera.

En los quince años que duró la gestación de este Código bien pudo ser posible la obtención de estos elementos, por lo que se puede decir que fue una reforma de laboratorio o, mejor aun, de despacho. Parece como si se quisiera dar respuesta a un problema abstracto, técnicamente fundado, sin coordinación con la realidad.

También faltan las reflexiones de tipo criminológico. Cuestiones puramente criminológicas que han sido profusamente discutidas en el seno de esta área del conocimiento multidisciplinario, han sido resueltas por el legislador desde un punto de vista único y exclusivo, el legislativo, sin que para esas decisiones mediaran las aportaciones de esta disciplina.

Podemos aventurarnos con un primer diagnóstico y decir que la base criminológica y político-criminal, esto es, el soporte empírico del nuevo Código Penal es, más que deficiente, nulo. Es evidente el clima de premura en el resultado final de la redacción del Código. Asimismo, resulta evidente que las decisiones finales sobre determinadas instituciones penales son producto del contexto político.¹⁵ Respecto de las penas privativas de libertad, el legislador de 1994 parece desconocer la doctrina que hasta entonces se ha desarrollado y que no es poca. Las mejoras que se pueden apreciar en esta materia se refieren única y exclusivamente a la ordenación y clasificación de estas penas.

No redujo la extensión de las sanciones, en realidad la aumentó; fijó el máximo en 20 años que pueden ser treinta, sin redención de penas por trabajo. Eliminó del Código las penas cortas (seis meses), pero se puede llegar a ellas otra vez por otras vías. Se instituyó la sustitución, pero al arbitrio del juez, y no se emplean estas penas como verdaderas alternativas a la prisión.

En fin, que ha legislado poco y mal en esta materia que estaba urgida de una reforma radical. Se ha visto que un Código Penal nuevo no siempre significa una nueva política criminal, en este caso se puede decir que ni siquiera existe tal política criminal, por que las desdibujadas líneas que apenas pinta el Código hablan más bien

15 Por citar sólo un ejemplo al que ya hemos hecho referencia en líneas arriba, de acuerdo con la redacción del artículo 78, en el sistema progresivo se valora el número de años efectivos de condena, así como la libertad condicional anticipada, la que se hace depender del 3er. grado penitenciario, buena conducta e información favorable.

de un derecho penal maximalista, inhumano y garantista pero con determinados grupos.¹⁶

III. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Las penas privativas de libertad, especialmente la prisión, fueron adoptadas como solución al problema que representaba el mantenimiento de la pena capital, por lo que su nacimiento y desarrollo es relativamente reciente, incluso en España. Esta pena ha estado presente en todos los códigos penales españoles, y podemos decir que este último no es la excepción. En comparación con el Código anterior, la clasificación de las penas privativas de libertad se mejora, desterrando un complicado sistema¹⁷ que se estructuraba con base en la duración de las mismas.¹⁸

El catálogo punitivo español ha sido siempre prolijo enumerando penas que en el Código de 1850 llegaron a ser 36 previstas en una escala general. Comenzó a partir de aquí su paulatina reducción,¹⁹ presentándose en la reforma de 1983, la más importante, hasta antes del Código de 1995, de las reducciones a las penas privativas de libertad. En efecto, en ese año se produjo la desaparición del presidio mayor y menor, básicamente porque la diferencia con las correspondientes prisiones (mayor y menor) era sólo nominativa.²⁰

16 Numerosas críticas se han levantado contra el Código Penal y su "democracia", entre algunos de los trabajos que hay, pueden verse: Gimbernat, Enrique, "Diatriba del nuevo Código Penal", *La Ley*, núm. 4043, 24 de mayo de 1996; Muñoz Conde, "El moderno derecho penal en el nuevo Código Penal. Principios y tendencias", *La Ley*, núm. 4043, 24 de mayo de 1996; Rodríguez Ramos, "Un buen Código para reformar", *La Ley*, núm. 4043, 24 de mayo de 1996; Sánchez García, Isabel, "El sistema de penas", *La Ley*, núms. 4010-4012, 8 a 9 de abril de 1996; Saez Valcarcel, R., "El 'nuevo Código: maximalismo penal'", *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 26, 1996; Rivacoba y Rivacoba, Manuel, "Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código Penal de España (1995)", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Madrid, año I., núm. 1778, 15 de julio de 1996.

17 La clasificación de las penas, incluidas las privativas de libertad, están contenidas en el artículo 27. La privación de la libertad consistía en las penas de reclusión: mayor y menor prisión; arresto mayor y menor, y confinamiento.

18 Artículo 30.

19 Respecto del debate doctrinal que se mantuvo para fundamentar la pena en las distintas épocas de la España contemporánea (1939-1992), véase la importante obra de Cid Moliné, José, *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1994.

20 *Cfr.* Mapelli Caffarena, B. y Terradillos Basoco, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 1a. y 3a. ed., Madrid, Civitas, 1990 y 1996, 196 y 260 pp. (1a. ed.), p. 40.

El Código Penal de 1995 recoge en los artículos 32 y siguientes una clasificación mejor. Tanto en la nueva ordenación de las penas privativas como en su enumeración y sistematización en el Código, puede apreciarse una sensible mejora tanto técnica como nominativa. De acuerdo con el artículo 33 las penas pueden ser graves, menos graves y leves. Las penas privativas de libertad son la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad subsidiaria por impago de multa.²¹

Por su extensión, la pena de prisión considerada grave es aquella superior a tres años, con un tope máximo de 20, si bien en la parte especial pueden apreciarse algunas excepciones por las que la pena puede incluso alcanzar los 30 años. Menos grave es pues, según el código, la prisión de seis meses a tres años, así como el arresto de siete a veinticuatro fines de semana. Se reputa pena privativa de libertad leve, el arresto de uno a seis fines de semana. En el caso de la pena de arresto de fin de semana, éste tendrá una duración de treinta y seis horas y equivaldrá a dos días de privación de la libertad.²²

El anterior Código clasificaba a las penas privativas en graves y leves, en función de la gravedad de las infracciones.²³ Dentro de las primeras se encontraban: la reclusión mayor, la reclusión menor, la prisión mayor, la prisión menor y el arresto mayor. Como pena leve estaba previsto el arresto menor. La duración máxima que tenía prevista para la pena privativa de libertad era de 30 años y correspondía a la reclusión mayor, pudiendo ser excepcionalmente de 40.²⁴

A diferencia del actual, el anterior sistema de penas estaba basado en una escala gradual, determinándose de antemano las penas superiores e inferiores en grado, de acuerdo con una secuencia predeterminada de duración. De esta manera, la reclusión menor —inferior en grado de la mayor— iba de doce años y un día a veinte años; la prisión mayor de seis años y un día a doce años; la prisión menor de seis meses y un día a seis años; el arresto mayor de un mes y un día a seis meses, y el arresto menor consistía en la privación de la libertad de uno a treinta días.

21 Artículo 35 ncp.

22 Artículo 37 ncp.

23 De acuerdo con el antiguo artículo 60., correspondía a los delitos como castigo las penas graves y a las faltas las leves, siguiendo un sistema bipartito.

24 De acuerdo con el artículo 75 del anterior Código Penal.

De acuerdo con el modelo actual, la pena de prisión²⁵ —dice Molina Blázquez— es una privación de libertad continuada. El Código Penal de 1995 abandona el tradicional sistema español de multiplicidad de penas privativas de libertad, unificando las mismas bajo una misma denominación, prisión, y estableciendo el marco penal abstracto en la parte especial al tipificar las conductas delictivas.²⁶

Se adopta una formulación simplificada —dice Fernández del Torco Cubriso— adscribiéndose a la orientación iniciada por la reforma urgente y parcial del 83, en la que se unificaron las penas de presidio y prisión sólo en este último grupo, aunque se mantuvo la distinción entre mayor y menor, extendiendo el criterio de unificación también a las penas de reclusión en el nuevo cuerpo normativo.²⁷

Con la supresión del modelo gradual se reduce el catálogo²⁸ a sólo tres penas privativas de libertad en el nuevo Código, repartidas en un sistema tripartito de penas graves, menos graves y leves, que caracteriza básicamente a la legislación francesa y que ya había sido adoptado por el Código de 1928.

Así, el Código Penal de 1995 adopta las penas de prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, como penas privativas de libertad. Las dos primeras podríamos decir originarias y la última derivada, porque como explicaremos más adelante, no se impone directamente como pena.

1. *La prisión*

Queda pues presidiendo el catálogo punitivo del Código de 1995 la pena de prisión, con una extensión prevista que va desde los seis meses hasta los 20 años, con excepciones que la llevan hasta los 30. Esta pena, en función de su duración puede ser considerada, de acuerdo con el sistema tripartita al que hacíamos alusión líneas arri-

25 "El núcleo esencial de las penas privativas de libertad radica en la pena de prisión", Fernández del Torco Cubriso, Juan Manuel, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 59, 1996, p. 299.

26 Molina Blázquez, "El sistema de penas en el Código Penal de 1995", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Madrid, año I, núm. 1790, 1o. de febrero de 1997, p. 275.

27 Fernández del Torco Cubriso, Juan Manuel, *op. cit.*, nota 4, p. 299.

28 En función de su naturaleza y duración, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33.

ba, como pena grave la superior a tres años, y como menos grave de los seis meses a tres años.²⁹

Mucho se ha dicho sobre la ineficacia de esta pena para conseguir los objetivos del derecho penal de nuestro entorno en la realidad, pero se sigue viendo, como en esta ocasión —y no sólo en la reciente legislación española—³⁰ que continúa predominando su empleo, a pesar de los esfuerzos por adoptar penas alternativas de las que ya la doctrina se ha encargado de hacer estudios y evaluaciones de viabilidad.

Por otro lado, podría decirse que si bien se analizaran los efectos del resto de las penas (privativas de otros derechos), en realidad poco sirven para cumplir la exigencia constitucional de resocialización. Aunque esta es una finalidad constitucional, está únicamente adjudicada a las penas privativas de libertad. No está de más decir que en el momento actual debe entenderse a la pena con una finalidad integral, que opere positivamente en la persona del delincuente, pero también en el seno de la sociedad y por supuesto en la víctima.³¹

2. *El arresto de fin de semana*

Esta pena privativa de libertad representa una verdadera novedad en el ordenamiento penal español —a pesar de aparecer recogida en la Ley de Peligrosidad Social de 1970—,³² aunque ya ha sido empleada por otras legislaciones europeas e incluso derogadas de algunas de ellas, por las dificultades que presenta su implementación para que verdaderamente cumpla con las finalidades que le son asignadas.

29 Artículo 33. 2 y 33. 3. En el párrafo 33. 2 inciso a) se entiende a partir de los tres años y un día.

30 Así lo confirman los códigos penales europeos de reciente entrada y en vigor como Alemania y más recientemente Francia e Italia. Véase varios. *Valore e principi della codificazione penale: la esperienza italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, Convegno organizzato da la Facoltà di Giurisprudenza e del Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università de Firenze, 1995, 304 pp.; Militello, Vincenzo. "Il diritto penale nel tempo della 'ricodificazione' ", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, n. s. anno XXXVIII, fascicolo 3, luglio-settembre, 1995, pp. 758-819; Pradel, Jean, "Le code pénal espagnol de 1995 vu par un français", *Revue Pénitentiaire et de Droit pénal*, Versailles, núm. 1, janvier-mars, 1996.

31 Véase la interesante obra de Mireille Delmas-Marty, *Dal Codice penale ai Diritti de-l'uomo*, Milano, Giuffrè, 1992.

32 Artículo 5. 4.

Es esta una pena de privación intermitente,³³ catalogada en función de su duración, como pena menos grave, con una duración que va de siete a veinticuatro fines de semana, que puede llegar a 36³⁴ y, como pena leve, cuando la privación se produce de uno a seis fines de semana, en el establecimiento penitenciario más cercano al domicilio del reo y de no haber, en los depósitos municipales.³⁵

En principio, esta pena se ejecutará los viernes, sábados y domingos, aunque no se descarta su cumplimiento en otros días distintos,³⁶ siempre y cuando cuente como jornada de arresto de treinta y seis horas.³⁷

En caso de que el condenado incurra en dos ausencias injustificadas, el juez de vigilancia podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente. Asimismo, esta pena puede ser empleada como sustitutivo de acuerdo con las reglas correspondientes.³⁸

Una de las peculiaridades que presenta este sistema de sustitución para esta pena es la que apunta Concepción Molina al decir que la redacción que prevé la equivalencia de dos días de prisión como uno de arresto de fin de semana,³⁹ puede ser un engaño, puesto que no en todos los casos un arresto de fin de semana es igual a dos días de prisión. Así es, según el artículo 88 cuando se proceda a sustituir penas de prisión por penas de arresto, cada semana de prisión se sustituirá por dos fines de semana.⁴⁰

33 "El arresto de fin de semana... es una pena privativa de libertad discontinua puesto que supone que durante la semana el condenado está en su propio domicilio, desarrollando sus ocupaciones habituales, y que cuando llega el fin de semana acude a cumplir la pena que se le ha impuesto", Molina Blázquez, *op. cit.*, nota 4, p. 275.

34 Artículo 70. 2. 5o.

35 Gran polémica ha levantado el informe del defensor del pueblo sobre el estado de los depósitos municipales españoles, sobre todo por lo que se refiere a su uso para estos fines; de acuerdo con el Real Decreto de 26 de abril, 690/1996, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana, artículo 12. Véase, *Informes, estudios y documentos. Situación penitenciaria y depósitos municipales de detenidos 1988/1996*, Madrid, Defensor del Pueblo, 1997.

36 Para Fernández del Torco la denominación es absurda cuando el cumplimiento de dicha sanción puede tener lugar fuera de tal período, *op. cit.*, nota 4, p. 301.

37 Artículo 37

38 De acuerdo con los artículos 88 y 89.

39 Artículo 37. 1.

40 Molina Blázquez, *op. cit.*, nota 4, p. 284.

De esta manera, la equivalencia: dos días de prisión/un arresto de fin de semana, sólo existe cuando esta última se cumpla de manera continuada debido a dos ausencias injustificadas y cuando se trate de responsabilidad personal subsidiaria.⁴¹

De acuerdo con Fernández del Torco, aunque no se manifieste expresamente por el Código, habrá que deducirse del tope de pena fijada los fines de semana cumplidos con anterioridad al incumplimiento, y sólo sobre tal diferencia, ejecutar el acto de convertibilidad.⁴²

Por último, con respecto al tope señalado para la extensión máxima de la pena de arresto de fin de semana, la idea de limitación —dice Molina Blázquez— de cumplimiento de esta pena es atractiva, por cuanto podría llegar a imponerse hasta por 225 arrestos de fin de semana; es decir, unos cuatro años privado de la libertad todos los fines de semana, lo que parece una pena bastante dura.⁴³

3. *La responsabilidad personal subsidiaria*

Ésta, más que una pena por sí misma, es la consecuencia de faltar al pago de la multa impuesta,⁴⁴ por lo que los supuestos de procedencia de ésta están limitados por las características de la pena de multa, la que puede ser impuesta por el sistema de días-multa o por el sistema proporcional como se había venido aplicando.

En el caso de la pena como días-multa, la equivalencia es: por cada dos cuotas diarias no satisfechas, un día de privación de la libertad, que podrá cumplirse en régimen de arresto de fin de semana. Igualmente se podrá cumplir mediante trabajos en beneficio de la comunidad; para este sistema, cada día de privación de la libertad equivale a una jornada de trabajo. En los supuestos de

41 *Idem.*

42 Fernández del Torco, *op. cit.*, nota 4, p. 302.

43 Los cálculos se obtienen deduciendo de una multa de hasta 30 meses (artículo 50. 4) igual a 900 días multa (53. 1), igual a 450 días de prisión, que de acuerdo con el 37. 1 entre dos, igual a un arresto de fin de semana, dan por total 225 fines de semana. *cfr.* Molina Blázquez, *op. cit.*, nota 4, p. 285.

44 En caso de que el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria, siempre y cuando no se trate de condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años. artículo 53. 1 y 53. 3.

multa proporcional, podrá cumplirse mediante trabajos en beneficio de la comunidad.⁴⁵

A pesar de que algunos autores ven en la posibilidad de sustitución por impago de multa para evitar la prisión una expresión de buena voluntad,⁴⁶ nos adherimos a la opinión de Quintero cuando dice que la existencia de la responsabilidad personal subsidiaria pone de manifiesto las insuficiencias político-criminales de la pena de multa. A través de aquella vuelve a surgir la privación de libertad que querría hoy evitarse acudiendo a la pena de multa.⁴⁷

Para terminar este apartado, repasaremos las equivalencias de estas penas entre sí, pues como el legislador prevé la sustitución, impone también los parámetros de los cálculos, los que —debe decirse— ocasionarán más de un conflicto de interpretación, por lo ambiguo de sus cláusulas.⁴⁸

Como apunta Molina Blázquez⁴⁹ hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa supondrá la privación de libertad inferior a seis meses, pena que el legislador ha querido erradicar del Código, por lo que valdría preguntarnos si es obligatorio entonces imponer la privación de libertad en régimen de arresto de fin de semana o trabajos en beneficio de la comunidad? De acuerdo con el artículo 53.1 no, el tribunal puede imponer el cumplimiento continuado de la privación de libertad, aunque ésta sea inferior a seis meses.

Pues bien, de acuerdo con las reglas del artículo 88 un arresto de fin de semana equivale a cuatro cuotas diarias de multa y a dos días de prisión.⁵⁰

45 Artículo 53.

46 Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 4a. ed., Barcelona, PPU, 1996, p. 731.

47 "El arresto sustitutorio", *CPC*, Madrid, núm. 2, 1977, pp. 113-118 y ss.

48 Sobre todo por el uso indiscriminado del verbo "podrán".

49 Molina Blázquez. *op. cit.*, nota 4, p. 284.

50 Véanse los artículos 37, 53. 1, 88. 1, y 88. 2.

VI. DETERMINACIÓN, INDIVIDUALIZACIÓN Y MEDICIÓN. CONCEPTO

1. Reglas de medición

El sistema de medición adoptado por el Código Penal español de 1995 simplifica y mejora las reglas de la medición de la pena, por lo que para obtenerla deberán seguirse tales reglas que poco dejan al arbitrio judicial, exigiendo a éste la regla general contenida en disposición constitucional de justificación racional.

Podemos decir a pesar de dejar al arbitrio del juez la evaluación de las reglas de suspensión de la ejecución, así como de la sustitución de penas —según veremos más adelante— en principio no forman parte de las reglas de medición, pero sí contribuyen a determinar ésta en determinados casos.

A. Supuestos

La pena debe ser impuesta en función del delito y del delincuente. El legislador de 1994 establece las penas para el delito consumado por el autor responsable de éste, así como una serie de reglas para los casos de otros autores, y también para la ejecución imperfecta. Para ser efectivamente determinada y medida una pena, necesitan presentarse determinados supuestos que hacen referencia al autor y al hecho presuntamente delictivo, así como al estadio de perpetración del ilícito penal.⁵¹

a. Determinados en función del delito

En los supuestos de medición de la pena determinados en función del delito, se entiende que se aplicará la pena indicada por el precepto penal para los casos de delito consumado. A los diferentes estadios de perpetración del delito, el Código asigna reglas especiales, así para la tentativa y la cooperación.

⁵¹ Véase Llorca Ortega, José, *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 67-76.

b. Determinados en función del autor

En función del autor debemos entender los supuestos que se refieren al autor del delito, así también el Código decreta reglas concretas para el caso de los cómplices y otros partícipes.

B. *Extensión legal*

En el Código Penal de 1995 han desaparecido las penas genéricas cuya duración y extensión estaba limitada en el Código de 1973 con carácter general. En el nuevo Código Penal cada delito tiene asignado una pena cuya duración mínima y máxima se encuentra determinada específicamente para cada delito.

La extensión de las penas no se encuentra prefijada con carácter general, sino que cada delito puede tener mayor o menor extensión según la voluntad del legislador. La gran variedad de la duración de las penas, y la ausencia de penas predeterminadas de forma genérica, ha producido que el nuevo Código Penal haya tenido que variar su redacción respecto al anterior en lo que respecta a la determinación del plazo de prescripción de los delitos.⁵²

En principio, el Código impone una extensión limitada a las diferentes penas privativas de libertad que van, para el caso de la prisión de seis meses a 20 años, aunque es necesario mencionar numerosas excepciones recogidas en la parte especial, que van hasta los 25 e incluso los 30 años para algunos supuestos; y el arresto de fin de semana que puede ser impuesto de uno hasta 24, si bien también tiene una excepción que le permite una extensión de hasta 36 fines de semana.

Distinguimos —junto con Llorca— las penas naturales como aquellas fijadas por el legislador en el libro primero y que atiende a su naturaleza y duración, respecto de las que llama legales, es decir, el castigo de cada una de las infracciones que tipifica.⁵³

52 Pastor Alcoy, Francisco, *La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva, comentarios y formularios*, Valencia, Práctica de derecho, 1996, pp. 23 y 24.

53 Llorca Ortega, José, *op. cit.*, nota 52, pp. 17 y 18.

Esto significa —siguiendo a Llorca—⁵⁴ que en el momento en que el operador judicial proceda a practicar las operaciones conducentes a la individualización del castigo, siempre se encontrará con una sanción temporal, con un lapso de tiempo perfectamente definido entre un límite mínimo y un límite máximo.

Asimismo, distingue el legislador de las anteriores —pena en abstracto y la extensión de la pena en concreto—. Llorca explica que el legislador habla de extensión legal de una pena en relación con un determinado delito, mientras que la extensión en concreto es la resultante de aplicar las reglas de la dosimetría legal.⁵⁵

a. La pena base

Las diversas operaciones que han de conducirnos a la determinación del castigo de una figura penal concreta estarán condicionadas por la pena-tipo, esto es —de acuerdo con Llorca— el castigo que el legislador ha previsto por la tipología en cuestión y que, conforme a la terminología utilizada, equivale a la pena legal en abstracto. Según la modalidad en que aparezca impuesta, las operaciones a practicar serán distintas.⁵⁶

b. Ascenso y descenso de la pena

La elevación de la pena consiste en el aumento de la misma hasta el estadio inmediato superior, lo que en el Código anterior se regulaba separadamente como pena superior en grado y que era básicamente distinta de la pena base. El nuevo Código establece ciertas reglas para la determinación tanto de la pena superior en grado como de la inferior.⁵⁷

El legislador optó al momento de fijar la pena correspondiente a cada delito por establecer en la parte especial el castigo para cada uno de ellos, castigo referido a la consumación y a la autoría, estableciendo, en el libro primero, unas reglas generales, comunes a to-

54 *Idem.*

55 *Idem.*

56 *Idem.*

57 Fernández del Torco, *op. cit.*, nota 4, p. 299.

dos los delitos, previsoras de la formación del castigo de las restantes formas de desarrollo y de participación.

Con la elección de este sistema, el legislador ha obtenido una considerable economía en la extensión del Código, así como una mayor claridad expositiva.⁵⁸

Para que el órgano judicial pueda hacer efectivos los mandatos de poner la superior o inferior a una determinada pena, será necesario que el legislador regule un sistema de ascensos y descensos, cuyos prototipos son fundamentalmente dos: Uno, que había sido empleado mayoritariamente en la legislación española y que consistía en un sistema de escalas graduales; por el que se agrupaban las penas en varios bloques o tablas atendiendo a su naturaleza afin, en las cuales los castigos aparecen ordenados de mayor a menor.

Otro, de acuerdo con el sistema de penas autárquicas, que consiste en estructurar todas y cada una de las penas que forman parte del catálogo general del Código, de forma tal que sean susceptibles de desdoblarse en sí mismas y por sí mismas, hacía arriba o hacia abajo, dando paso a la pena superior e inferior respectivamente. Este es el sistema que como hemos indicado ha adoptado el legislador para el Código de 1995.

De acuerdo con Llorca Ortega, esta elección del legislador es un acierto en virtud de que se mantiene la identidad sancionadora, no obstante los ascensos y descensos. Lo que explica del siguiente modo: Cuando el legislador ordena elevar o aminorar una pena determinada, lo hace en función de apreciar, por lo general, una mayor o menor culpabilidad en el agente, menor en el cómplice que en el autor, y menor en la tentativa que en la consumación, por ejemplo. Pero todos estos sujetos y sus respectivas conductas revelan y condicionan una responsabilidad semejante, de índole parecida. Este elemento común o análogo entre conductas de distinta intensidad, pero vinculadas a un mismo delito, exige la imposición de penas de la misma naturaleza, aunque de menor (o mayor) extensión.⁵⁹

Por último, es conveniente decir que las reglas de ascenso y descenso de la pena son aplicables a todos aquellos supuestos en los que expresamente lo manifieste así el legislador, por otro lado, todas

58 Llorca Ortega, José, *op. cit.*, nota 52, p. 33.

59 *Ibidem*, p. 35.

las penas del catálogo punitivo del 95 son divisibles, pues se refieren a castigos temporales que aparecen siempre determinados en una variable extensión.⁶⁰

C. Técnica de división

La división bipartita de la pena se refiere a la división de la pena en dos partes, la mitad superior y la mitad inferior,⁶¹ la cual viene a completar las reglas de medición.

Siguiendo a Llorca, la división bipartita de las penas viene impuesta por varias razones: para dar cumplimiento a las normas que regulan el influjo de las circunstancias modificativas de la responsabilidad;⁶² para dar cumplimiento a preceptos de aplicación general contenidos en el libro primero del Código;⁶³ para cumplir con determinados preceptos de la parte especial en la que el legislador, tras describir el tipo penal básico, tipifica sub-tipos a los que estima merecedores de una pena de envergadura distinta de la correspondiente al tipo básico, y al considerar excesiva la pena inmediata superior o demasiado leve la inmediata inferior, opta por circunscribir el periodo de duración general de la pena.⁶⁴

Asimismo, se establecen las reglas para conjugar los elementos a tomar en cuenta para la escalación gradual de las penas a imponer por parte del juzgador, dentro de las que destacan las reglas aplicables a las circunstancias atenuantes y las agravantes. Este sistema viene a sustituir el anterior de escalación gradual de las penas, es un marco más amplio que deja mayor libertad al arbitrio del juzgador. La primera regla consiste en la sujeción del juzgador al marco legal compuesto del mínimo y el máximo, dentro del cual el juez podrá imponer la pena que se considere adecuada para la culpabilidad del delincuente y las características del hecho probado.⁶⁵ La segunda

60 Respecto de la pena superior e inferior, véase el artículo 70.

61 "En la operación que nos ocupa, se trata simplemente de estructurar en dos mitades la extensión de una determinada pena", Llorca, *op. cit.*, nota 52, p. 63, refiriéndose a la distinta naturaleza de la operación de ascenso y descenso como de división.

62 Por ejemplo, véase el artículo 66.

63 Por ejemplo, artículo 77. 2.

64 *Ibidem*, p. 62.

65 Véase Llorca, *op. cit.*, nota 52, pp. 77-96, especialmente 95.

regla se refiere a la existencia de una circunstancia atenuante, en cuyo caso, el juzgador no podrá rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la ley para el delito. En el caso de existir una o varias circunstancias agravantes, el juez impondrá la pena en la mitad superior. Finalmente, si se trata de dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy calificada, el juzgador podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados.

2. Suspensión de la ejecución y sustitución de la pena

Estas dos figuras, junto con la libertad condicional, componen el capítulo relativo a las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad. La libertad condicional, así como la suspensión de la ejecución, ya se habían hecho presentes en el ordenamiento español con anterioridad, por lo que no representan ninguna novedad excepto por la nueva regulación de la suspensión.

Por otro lado, se parte de la base de que las penas cortas de prisión crean algunos problemas no logrando los deseados efectos resocializadores que manda la constitución para estas penas.

Así que su principal finalidad es la de evitar en la medida de lo posible recurrir a las penas cortas privativas de libertad. Por tratarse de asuntos que directamente interesan al tema de la medición, y por hallarse contemplados para el momento de dictar la sentencia sólo hablaremos aquí brevemente de la suspensión y de la sustitución, ya que la libertad condicional es una figura típica de la ejecución.

A. La suspensión

La suspensión procede cuando se cubren los siguientes requisitos:

- Penas cortas, de menos de dos años, en cualquiera de las formas de pena privativa de libertad.
- Que se trate de penados primodelincuentes
- Que se proceda o se demuestre la intención de la satisfacción de la responsabilidad civil.

El plazo por el que el juez puede acordar la suspensión va de dos a cinco años durante los cuales podrá someter al sentenciado a algunas obligaciones. En caso de que el sentenciado reincidiera y se le condenara por nuevo delito dentro del periodo decretado por el juez, éste le revocará la suspensión y ejecutará la pena sumando a aquélla la nueva pena.

La equivalencia entre arresto de fin de semana y días de prisión es de 108 fines de semana, es decir, 216 días de prisión, por lo que si es procedente incluso en su límite máximo. Por lo que toca a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, la conversión da en su límite máximo 1350 días (3 años 9 meses), un día de prisión por cada dos de incumplimiento (675 fines de semana $\times 2 = 1350$), en este caso excede el límite de los dos años. Respeto de la alternancia que pudiera darse con las figuras de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y la suspensión, se puede observar claramente el favorecimiento de un comportamiento de evasión de la ley, al eludir el pago de la multa por no tener bienes, librándose de los antecedentes penales, y consiguiendo la suspensión de la ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria. En cambio, si se paga la multa, sí quedan antecedentes penales.

Respecto de las penas accesorias y su suerte, una vez que corra la suspensión, el anterior artículo 73 consignaba la no aparejación de las penas accesorias. El actual artículo 56 no aborda la cuestión, lo que podría considerarse razonable es que deba entenderse que también se suspenden éstas, siguiendo la suerte de la principal.

La suspensión tiene lugar también cuando se trata de las faltas, de los delitos imprudentes, sea cual sea el número, así como de los delitos dolosos, siempre y cuando exista cancelación de los antecedentes penales o que haya transcurrido el tiempo para cancelarlos. Se puede recurrir a ella en caso incluso de varios delitos, siempre y cuando la suma de las penalidades a ellos asignadas no rebasen el límite de los dos años. Esta se acuerda, una vez decretada la firmeza de la sentencia que resuelve la causa. Esta es una facultad potestativa del juez que concede basándose en la peligrosidad del sujeto.

El acuerdo de la suspensión se registra en una sección especial del Registro de penados. Es común la imposición del juez al con-

denado de una serie de reglas de conducta, conforme a las cuales el juzgador se orientará respecto del cumplimiento por parte de aquél.

Existe un régimen especial para drogadictos, el límite se va a los tres años, se le toma en cuenta como atenuante o eximente incompleta, e incluso opera para los delitos más graves, funcionando como reductor en uno o dos grados. No se requiere el carácter de primodelincuente, opera incluso en reincidentes.⁶⁶

Se exige para este régimen, certificación de deshabitación o constancia de encontrarse en tratamiento. En caso de abandono, se revoca la suspensión.

De acuerdo con el artículo 84 se puede recurrir a la suspensión en cualquier pena, siempre y cuando se trate de enfermos en fase terminal, cuando no se encuentre el penado gozando de la suspensión por una causa distinta.

B. La sustitución

De acuerdo con el artículo 88, la sustitución puede operar cuando se trate de penas de prisión de hasta dos años, por su equivalente en arresto de fin de semana o por multa de acuerdo con varios supuestos y requisitos. Representa una verdadera innovación en el nuevo Código, pero no deben desatenderse los problemas que pueda ocasionar en el futuro, debido a las equivalencias de las penas por sustituir.

V. CONCLUSIONES

1. Respecto de la nueva sistemática que presenta la clasificación de las penas privativas de libertad, se puede decir que simplifica el anterior sistema gradual, y por lo tanto es plausible. No puede decirse lo mismo de la aparente reducción de las penas, que como se ha visto sólo ha sido nominal y en ocasiones ni eso, pues la prisión aun puede alcanzar el tope de 30 años en no pocos casos, y por lo que se refiere a la eliminación de las penas cortas de prisión, como se ha visto puede volverse a ellas, siguiendo las reglas de dosimetría legal.

66 Artículo 94, reo habitual.

2. Por otro lado, con la supresión del sistema gradual, la adopción del legislador de un nuevo sistema para determinar las penas superior e inferior en grado significa una economía que no es de despreciarse en un Código de 639 artículos. Además que conserva la idoneidad en la naturaleza de la pena al desprender sus correspondientes (superior e inferior) de ella misma, como hemos podido apreciar al momento de revisar este apartado.

3. La simplificación nominativa de las penas privativas de libertad dejó vigentes sólo tres instituciones: la prisión, considerada en todo caso grave o menos grave y nunca leve; el arresto de fin de semana, introducida como novedad, aunque no es tal, en el nuevo Código, y la responsabilidad subsidiaria por impago de multa, que en mi opinión viene a constituir una prisión por deudas.

4. La adopción por parte del legislador de la "sustitución" origina una serie de problemas relativos a la equivalencia de las penas a sustituir, por cuanto en ocasiones no son respetados dichos parámetros, promoviendo la inseguridad jurídica, así como desdibujando las aparentes líneas de acción político-criminal pretendidas por el legislador, por ejemplo cuando dice que se eliminan las penas cortas de menos de seis meses; por otro lado, se puede acceder a ellas a través de las reglas de dosimetría legal, etcétera.

5. Una vez dentro del tema propiamente de la determinación de la pena, hay que dejar constancia de la diferencia sustancial y no sólo gramatical que representa para quien esto escribe, el tratamiento de la "determinación, la individualización y la medición", que atienden a diferentes estadios de la concreción penal y que en todo caso sólo se hace referencia a la naturaleza y a la extensión de la pena a imponer.

6. Resulta muy favorable la decisión del legislador de adherirse al sistema que permite fijar la pena correspondiente a cada delito, para establecer en la parte especial el castigo para cada uno de ellos, pena referida a la consumación y a la autoría; estableciendo, en el libro primero, unas reglas generales, comunes a todos los delitos, previsoras de la formación de la pena de las restantes formas de desarrollo y de participación.

7. El legislador ha dado los elementos a tomar en cuenta para la graduación de la pena a imponer, en la que desempeñan un papel

fundamental las circunstancias atenuantes y las agravantes. Este sistema viene a sustituir el anterior, de escalación gradual de las penas, con un marco más amplio que deja mayor libertad al arbitrio del juzgador.

8. La sustitución representa una institución innovadora, aunque no deben descartarse de antemano los problemas de interpretación que pueda ocasionar en virtud de la aplicación de las reglas de equivalencia, como mencionamos líneas arriba.

VI. BIBLIOGRAFÍA⁶⁷

- BENTABOL MANZANARES, F., *El Código Penal de 1995. Resumen práctico de novedades*, Madrid, 1996, 126 pp.
- CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, 1995, 726 pp.
- Documentación Jurídica*, Madrid, Sria. Gral. Técnica del Ministerio de Justicia, núms. 37-40, vol I, enero-diciembre de 1983.
- FERNÁNDEZ DEL TORCO CUBRISO, Juan Manuel, "El sistema de penas en el nuevo Código Penal: observación crítica al respecto", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 59, Madrid, 1996, pp. 293-320.
- GARCÍA ALBERO, "Non bis in idem", *Material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995, 442 pp.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982, 242 pp.
- GARCÍA CARRERO, M., *Diccionario abreviado del Código Penal vigente*, Madrid, 1996, 524 pp.
- HERRERO HERRERO, C., *Introducción al nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, 516 pp.
- LANDECHO VELASCO, *et al.*, *Derecho penal español, parte general*, 5a. ed., Madrid, 1996, 572 pp.
- LANDROVE DIAS, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4a. ed., Madrid, 1996, 162 pp.
- Ley Orgánica del Código Penal*, Trabajos parlamentarios, 3 vols, Madrid, 1996, 3676 pp.

67 Orientativa sobre el nuevo Código Penal español.

- LÓPEZ GARRIDO, D. *et al.*, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, comentario al texto y al debate parlamentario, Madrid, 1996, 336 pp.
- LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de derecho penal, parte general*, 9a. ed., Madrid, 1997, 322 pp.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, Instituto de Criminología, Universidad Complutense, 1979.
- , *Curso de derecho penal, parte general I*, Madrid, Editorial Universitas, 1996, 650 pp.
- LLORCA ORTEGA, José, *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, 4a. ed., Valencia, 1996, 256 pp.
- MANZANARES, J. L. *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1996, 268 pp.
- MANZANO, Mercedes, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, 528 pp.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 1a. y 3a. ed., Madrid, Civitas, 1990, 1996, 196 y 260 pp.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 4a. ed. Barcelona, 1996, 792 pp.
- MOLINA BLÁZQUEZ, C., *La aplicación de la pena, estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 1996, 146 pp.
- , “El sistema de penas del Código Penal de 1995”, *Boletín de Información*, Madrid, Ministerio de Justicia, año LI, 1o. febrero, núm. 1790, 1997, pp. 273-290.
- MORALES VILLANUEVA, A. y LÓPEZ CORRAL, M. (coords.), “Comentarios al nuevo Código Penal”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, Madrid, núm. monográfico, 1996, 518 pp.
- MUÑOZ CONDE, Francisco *et al.*, *Derecho penal, parte general*, 2a. ed., Valencia, 1996, 654 pp.
- PASTOR ALCOY, F., *Guía urgente del nuevo Código Penal*, Valencia, 1996, 223 pp.
- , *La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva, comentarios y formularios*, Valencia, 1996, 138 pp.
- POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal, parte general, tomo I, Fundamentos científicos del derecho penal*, 3a. ed. Barcelona, 1996, 579 pp.

- QUINTERO OLIVARES, G. (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, J. M. Valle Muñiz, 1996, 2387 pp.
- , *El problema de la determinación de la pena y los presupuestos político criminales de la reforma del Código Penal*, 278 pp.
- , *Curso de derecho penal, parte general*, Barcelona, 1996, 591 pp.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, “Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código Penal de España (1995)”, *Boletín de Información*, Madrid, Ministro de Justicia, año L, núm. 1778, 15 de julio de 1996, pp. 2969-2985.
- ROXIN, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal”, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Luzón Peña, Madrid, 1976.
- SEGOVIA BERNABE, J. L., *Nuevo Código Penal al alcance de todos*, 4a. ed., Madrid, 1996, 232 pp.
- SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Madrid, Dykinson, 1995, 110 pp.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I. J., *Las penas en el nuevo Código Penal*, Granada, 1996, 296 pp.
- Valore e principi della codificazione penale: la esperienza italiana, spagnola e Francese a confronto* Convegno organizzato della Facoltà di Giurisprudenza e del Dipartimento di Diritto comparato e penales dell'Università de Firenze, Padova, 1995, 304 pp.
- VIVES ANTÓN, Tomás *et al.*, *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, 2 vols., Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, 2 vols., Valencia, 1996, 1303 pp.