

# El sistema de penas en el Código Penal de 1995

Carmen SALINERO ALONSO

## I. INTRODUCCION

Desde que en 1978 se promulgara la Constitución española y con ella se conformara el nuevo marco social, económico y jurídico de nuestra sociedad se hizo evidente la necesidad, gestada tiempo atrás, de un cambio en nuestro ordenamiento punitivo —fundamentalmente de nuestro Código Penal— que acomodara el mismo a los valores constitucionalmente proclamados.

Así, desde esa fecha hasta hoy el proceso de reforma de la legislación penal ha seguido dos caminos diferentes aunque paralelos por cuanto el primero de ellos es consecuencia de la falta de concreción del segundo.

En efecto, la *primera vía* pretendía la adaptación y acomodamiento del contenido del Código Penal a los principios constitucionales a través de reformas parciales y sectoriales<sup>1</sup>. Esta técnica del parcheo coyuntural que, con mayor o menor fortuna "constitucionalizó" aspectos importantes de nuestro texto punitivo, fue necesaria para paliar la falta de un Código Penal de nueva planta que no terminaba de ver la luz<sup>2</sup>.

Por otro lado, el *segundo camino*, más racional y coherente, se concretaba en la idea de dotar a la sociedad española de un nuevo texto que fuera fiel reflejo de sus necesidades, las necesidades propias de una sociedad pluralista y democrática. Sin embargo los avatares políticos y, sobre todo, la falta de voluntad de nuestros legisladores han llevado a tener que esperar más de quince años para que este proceso culminara con la promulgación de un nuevo Código Penal (NCP), el de 1995<sup>3</sup>.

Hasta qué punto este recién estrenado texto punitivo, en cuanto intitulado "Código Penal de la Democracia", responde a las expectativas creadas es una duda que el tiempo, la doctrina y nuestros tribunales despejarán a través de sus aportaciones y resoluciones.

Pero desde luego sobre lo que no hay duda alguna es que el *sistema de sanciones* por el que se opte constituye uno de los puntos de referencia fundamental —a mí modo de ver el más relevante— para conocer la política criminal que le orienta, limando en buena parte los aspectos que puedan

considerarse negativos o, por el contrario, derivando lo positivo que pueda tener.

Desde esta perspectiva el sistema de sanciones de nuestro NCP debía ser reflejo de los valores propios de un Estado Social y Democrático de Derecho expresados en torno a un Derecho penal preventivo —principios de legalidad, irretroactividad, proporcionalidad o resocialización, entre otros—. Pero es que al tiempo, y aquí los problemas son numerosos, su contenido, las concretas figuras diseñadas por el legislador, deben ser aplicables y factibles, debiendo dotarse a la Administración penitenciaria de los medios y recursos económicos y humanos necesarios para su puesta en práctica, lo que hasta el momento no ha ocurrido. Si a ello le unimos la necesidad de que la reforma de la ley penal, como parte de un sistema penal global del que tan sólo es una de sus fases, debe ir acompañada, a su vez, de una reforma sosegada y seria de las normas procedimentales y de ejecución de penas, el panorama que se nos presenta no es en modo alguno alentador.

No obstante y sin entrar en valoraciones críticas y reflexiones que por sí solas merecen una mayor atención y que me apartarían del objeto del trabajo, pasaré a tratar el *sistema de penas* configurado por el legislador de 1995, en el entendimiento de que el mismo forma junto, con las medidas de seguridad, las consecuencias accesorias y la responsabilidad civil derivada del delito, el conjunto de consecuencias jurídicas diseñado por el NCP.

## II. SISTEMA DE PENAS

El sistema de sanciones que recogía el anterior CP y que procedía en su mayor parte de los códigos de 1848 y 1870, era fiel reflejo de su doble origen: liberal, especialmente en el sistema de penas, y totalitario en relación a las medidas de seguridad<sup>4</sup>.

Ciertamente el sistema de penas se asentaba, como en el texto actual, sobre la privación de libertad como pena por excelencia<sup>5</sup>, pero su duración desde un día hasta treinta años, sus diversas denominaciones —arresto, prisión, reclusión—, y su complicado proceso de individualización —grado superior e inferior, grado mínimo, medio y máximo—, hacían necesario un cambio profundo, cuando no radical, del mismo.

Por ello que el sistema de penas que establece el nuevo texto —y que procede con ciertos retoques

<sup>1</sup> De entre ellas destaca la LO 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial de Código Penal y la LO 3/1989 de 21 de junio.

<sup>2</sup> De hecho, como "saqueo" de los textos prelegislativos fueron consideradas las numerosas reformas y adaptaciones abordadas por el legislador penal a partir de 1983. En este sentido el Prof. Gimbernat Ordeig en su *Prólogo* a la Sexta edición del Código Penal de Tecnos, aunque posteriormente y a la vista de los aspectos negativos del Código Penal de 1995, concluye que el derogado era un gran Código. *Vid.* el *Prólogo* a la Segunda edición del Código Penal de 1995.

<sup>3</sup> El proceso de reforma arranca con el Proyecto de Código Penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 —quizás los textos más perfeccionados y debatidos por la doctrina—, el Proyecto de Código Penal de 1992 y, finalmente el Proyecto de Código Penal de 1994.

<sup>4</sup> Así Berdugo Gómez de la Torre, I.: "El Proyecto de Código Penal de 1992. Cuestiones de Parte General", en *Revista del Foro Canario*, núm. 87, 1993, pág. 67.

<sup>5</sup> Por mucho que se haya reducido el uso de la pena de prisión limitando su duración y el legislador haya potenciado los sustitutivos y la pena de multa, lo cierto es que la privación de libertad, continua o discontinua, sigue siendo la sanción principal sobre la que gira el sistema de penas articulado por el nuevo Código Penal.

no siempre afortunados del proyecto de 1980<sup>6</sup>—suponga la aportación más novedosa y positiva de todo el CP de 1995<sup>7</sup>. Y no sólo porque los principales cambios y transformaciones, en relación básicamente a la teoría del delito y al resto de la parte general, ya se habían llevado a cabo de manera parcial a través de las diversas modificaciones y reformas sufridas por el derogado Código de 1944, sino y, fundamentalmente, porque siendo el sistema de sanciones uno de los puntos claves de cualquier reforma global del Derecho penal, el nuevo texto se ha convertido en punto de referencia de las tendencias político criminales dominantes en nuestro entorno<sup>8</sup>.

Además, a lo expuesto debe unirse la idea de que la pena se basa en su necesidad y utilidad, que la misma debe ser *proporcionada* a la gravedad del delito y a la culpabilidad del autor y que, al menos la privativa de libertad —pero no sólo ella—, debe orientarse en su aplicación y ejecución hacia la reeducación y reinserción del reo —art. 25.2 CE— como fin último de la pena.

Teniendo presente lo anteriormente manifestado no es difícil destacar los pilares básicos en los que se fundamenta el nuevo sistema de penas del actual CP.

Así y como *primera singularidad* del sistema de penas instaurado por el legislador de 1995 es su ruptura respecto al previsto por el derogado texto de 1973. En efecto, se produce una apreciable *simplificación* de las clases de penas, desapareciendo afortunadamente las diferentes denominaciones —con base en su duración— de la pena privativa de libertad, y simplificándola

se al mismo tiempo las reglas de determinación de la pena. Asimismo desaparecen penas anacrónicas y totalmente desfasadas como el extrañamiento, el confinamiento, el destierro, la caución, la pérdida de la nacionalidad española o la reprensión pública<sup>9</sup>, penas que en la práctica habían quedado relegadas a escasos delitos y que apenas se aplicaban<sup>10</sup>.

La segunda nota que caracteriza el sistema penalógico del NCP es su *modernización* por cuanto no solo desaparecen determinadas penas, sino que al tiempo se introducen otras nuevas como el arresto de fin de semana o el trabajo en beneficio de la comunidad. Además alguna de las previstas en el anterior texto se reubican —por ejemplo, el comiso pasa a considerarse como una “consecuencia accesoria”— o se les dota de un contenido totalmente nuevo, como es el caso de la pena de multa.

Por último, y quizás lo más importante, es la *supresión*, en principio, de las penas privativas de libertad de corta duración —por debajo de los seis meses—, utilizando en su lugar penas alternativas, *penas alternativas* que, a su vez, pueden dar lugar a su posible suspensión a través de la condena condicional.

### III. CLASES DE PENAS

De acuerdo con el artículo 32 del NCP las penas a imponer, ya sea con carácter principal o como accesorias<sup>11</sup>, pueden ser privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa. A la vez y en función de su naturaleza y gravedad las penas anteriores se clasifican en penas graves, menos graves y leves —art. 33—; división que ha de relacionarse necesariamente con el contenido del artículo 13 que recoge una clasificación *tripartita* de los ilícitos penales en *delitos graves*, *delitos menos graves* y *faltas*, cuyas consecuencias procesales se prevén en la disposición final 1<sup>a</sup> del Código Penal<sup>12</sup>.

De otra parte y no existiendo más penas que las

<sup>6</sup> El sistema de penas acogido por el Proyecto de CP de 1980 es obra fundamentalmente del Prof. Gimbernat Ordeig, tal y como reconoce, entre otros, Mir Puig, S.: *Derecho Penal Parte General*, op. cit., pág. 683 y en “Alternativas a la prisión en el Borrador de Anteproyecto de Código Penal de 1990”, en *Homenaje a J. del Rosal*, Madrid, 1993, pág. 844.

<sup>7</sup> En este sentido la generalidad de la doctrina, Muñoz Conde/García Arán: *Derecho Penal. Parte General*, 2<sup>a</sup> ed., Valencia, 1996, pág. 521; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 4<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1996, Gracia Martín (Coord.)/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Valencia, 1996, pág. 9; Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, 1996, pág. 15; Sánchez García, M.I.: “El sistema de penas (I)”, en la *Ley*, año XVII, núm. 4010, 8 de abril de 1996, pág. 1.

<sup>8</sup> Al respecto y tal y como señala Sánchez García, I.: “El sistema... (I)”, op. cit., pág. 1, muchas de las novedades que recoge nuestro legislador de 1995 provienen del Proyecto Alternativo al Código Penal alemán de 1966, fundamentalmente la supresión de la pena privativa de libertad menor a seis meses; propuesta que, sin embargo, no llegó a cuajar en el Código Penal alemán de 1975 que se limitó a suprimir la prisión inferior a un mes y a sustituir la misma por la pena de multa. *Vid.* también, Mir Puig, S.: “Alternativas a la prisión en el Proyecto de Código Penal de 1992”, en *Revista del Foro Canario*, núm. 89, 1994, pág. 59.

No obstante, y a pesar de que nuestro legislador a la hora del debate parlamentario manejó abiertamente el conjunto de recomendaciones internacionales sobre las últimas orientaciones en materia de penas y alternativas a la privativa de libertad, lo cierto es que el resultado no es del todo satisfactorio. Así no se contempla, por ejemplo, la “suspensión del fallo” —recogida, sin embargo, en el PCP de 1980 y PACP de 1983—; la condena condicional, aun reconociéndose con mayor amplitud que en el texto derogado, se reserva únicamente a las penas privativas de libertad exigiéndose unos requisitos que la limitan sustancialmente; la falta de virtualidad de la responsabilidad civil como medio alternativo o, en todo caso, complementario de la pena en determinados casos, o la previsión de que la responsabilidad personal subsidiaria se sustancie como pena privativa de libertad.

<sup>9</sup> En contra de la supresión de la pena de reprensión pública y arresto menor por considerar que las mismas eran de gran utilidad para la prevención de delitos menos graves y/o de faltas, Serrano Butragueño, I.: *Las penas en el nuevo Código Penal*, Granada, 1996, pág. 23.

<sup>10</sup> A pesar de esta simplificación lo cierto es que algún sector doctrinal entiende que el número de penas puede considerarse excesivo si lo ponemos en relación con las previsiones contenidas en otros Códigos penales, como el Código Penal alemán, austriaco, portugués o sueco. En este sentido Manzanera, J.L./Cremanes, J.: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1996, pág. 20.

<sup>11</sup> A pesar de la redacción del precepto “Las penas que pueden imponerse..., bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa”, únicamente las penas privativas de derechos pueden imponerse como accesorias de acuerdo con los artículos 54 a 57.

<sup>12</sup> La modificación afecta a los artículos 14.3 y 779 de la LECr., de tal modo que el conocimiento y fallo de los *delitos menos graves* queda reservado al Juzgado de lo Penal, mientras que los *delitos graves* caen bajo la competencia de las distintas audiencias provinciales. En este sentido cabe destacar el “vacío” de competencias que sufren los juzgados de lo penal en detrimento de las audiencias provinciales, peor dotadas económica, humana y materialmente que aquellos. Además el “efecto dominó” se dejará sentir, a su vez, en la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, que volverá a ver como se colapsa a consecuencias de los recursos de casación.

señaladas en el artículo 32, el legislador de 1995, sin embargo, vuelve a introducir un precepto —art. 34 del NCP que reproduce, con mayor rigor jurídico, el contenido del anterior art. 26—, según el cual se reputa que no es pena lo que efectivamente no lo es: la detención y prisión preventiva y demás medidas cautelares de naturaleza penal; las multas y correcciones de carácter gubernativo o disciplinario y las privaciones de derechos y sanciones reparadoras de índole civil o administrativa<sup>13</sup>.

#### IV. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Como ya apuntamos la pena privativa de libertad sigue siendo la pena estrella de nuestro sistema punitivo, estableciéndose tres variantes: la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa<sup>14</sup> (art. 35 CP).

##### IV.1. La prisión

La pena de prisión tendrá naturaleza de pena grave o menos grave dependiendo de su duración: de seis meses a tres años será pena menos grave y de más de tres años se considera pena grave.

Independientemente de esta particularidad, que por otro lado tiene su correspondencia en la nueva clasificación que de las infracciones penales realiza el artículo 13 del CP, y de la simplificación operada en orden a su denominación, la novedad más significativa es su duración, al establecerse un período mínimo de seis meses y máximo de veinte años.

Y ciertamente, en principio y desde un punto de vista meramente programático, parece que el NCP abandona las penas de prisión de menos de seis meses y de más de veinte años, haciéndose eco de esta forma de las orientaciones político criminales más avanzadas y de la doctrina más autorizada que pedían la supresión de las penas privativas de libertad de corta y de muy larga duración<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Aun no reputándose penas porque no lo son en virtud del principio de presunción de inocencia constitucionalmente proclamado, el tiempo de privación de libertad preventivamente por el condenado se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas. Del mismo modo se operará en las privaciones de derechos acordadas cautelarmente (art. 58 CP).

<sup>14</sup> La pena de responsabilidad personal subsidiaria es normalmente conocida en los ambientes judiciales como "arresto sustitutorio".

<sup>15</sup> Sobre las críticas vertidas a las penas privativa de libertad de muy larga y corta duración, *Vid.* por todos, Cerezo Mir, J.: "Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995, en *La Ley*, núm. 4 063, de 21 de junio de 1996, pág. 2; Muñoz Conde/García Arán: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 528 y ss; De la Cuesta Arzamendi, J.L.: "Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992", en *Homenaje a J. del Rosal*, Madrid, 1993, 319 y ss; Cid Molino: *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Madrid, 1994; Boldova Pasamar, M.A.: *Las Consecuencias jurídicas*, op. cit., págs. 93 y ss; Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco: *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., págs. 68 y ss.

Las razones por las que se critica la prisión de larga duración no son sólo humanitarias, sino que asisten razones de carácter práctico en cuanto que son contrarias a la reinserción por la desocialización que suponen del condenado —criminológicamente está comprobado que un internamiento superior a los quince

Sin embargo, un estudio más detallado de todo el articulado del NCP pone en evidencia, tanto a la alta como a la baja, esta afirmación.

En efecto, en determinados supuestos el límite mínimo de la pena de prisión puede ser inferior a los seis meses. Este sería el caso del cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa: de acuerdo con el módulo de conversión fijado en el artículo 53.1, el condenado deberá cumplir un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, señalándose a renglón seguido, "que podrá cumplirse en régimen de arresto de fin de semana... o mediante trabajos en beneficio de la comunidad"; cumplimiento que en cuanto "facultativo" deja una puerta abierta a una privación de libertad continuada.

Otra vía de entrada a la prisión de menos de seis meses es la previsión contenida en el artículo 37.3 en relación al quebrantamiento de condena de la pena de arresto de fin de semana, supuesto en el que el juez de vigilancia podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente.

Sin embargo, y como acierto, hay que aplaudir su inclusión, el artículo 71.2 del CP señala que si a consecuencia de tener que aplicar la pena inferior en grado resultare una pena de prisión inferior a los seis meses "ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la Sección 2ª del capítulo III de este Título —arresto de fin de semana o multa— sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda"; suspensión que estará condicionada a que el condenado haya delinquirido por primera vez —art. 81.1— o tratándose de reincidente que no sea reo habitual —art. 94— y se den todos los requisitos exigidos en el artículo 87 del CP<sup>16</sup>.

Fuera de estos casos de posible suspensión si en aplicación de las reglas de sustitución previstas en el artículo 71.2 el reo quebranta el arresto de fin de semana o impaga la multa impuesta, deberá entenderse que entrarán en vigor las previsiones contenidas en los citados artículos 37.3 y 53.1 del CP,

años causa en el penado daños irreversibles en su personalidad, destruyéndolo como ser social— y, además, obligan a introducir sistemas de reducción de la duración —el famoso art. 100 de la reducción de las penas por el trabajo, o los indultos generales prohibidos en la actualidad por la CE—. Por último desde un punto de vista preventivo general no parece que las penas de prisión de muy larga duración sean efectivas ya que estadísticamente está constatado que un recrudecimiento en el castigo no conduce a un retroceso de los delitos sancionados ya muy severamente.

Por otra parte las penas cortas de prisión también se critican por similares razones: el ingreso por un breve período de tiempo no permite que el tratamiento penitenciario consiga los efectos resocializadores deseados, al no permitir la realización y conclusión de las supuestas tareas resocializadoras. En cambio tiene todos los inconvenientes de la cárcel: el contacto criminógeno y la estigmatización, obligando al condenado a interrumpir su vida familiar y profesional, a romper el contacto con sus amigos y su medio social y a ingresar en el mundo carcelario, que hoy por hoy sigue siendo la mejor escuela de criminalidad. Además estas penas se imponen por conductas en ningún caso graves, lo que posibilita el recurso a medidas menos lesivas que la prisión continuada.

<sup>16</sup> Tal y como afirman Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco. *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 74, si bien en el régimen general la suspensión de la pena es potestativa, en el caso del artículo 71.2 resulta obligada por ministerio de ley, por lo que de concurrir las circunstancias del artículo 81 deberá siempre suspenderse la ejecución.

resurgiendo de nuevo la prisión continuada de menos de seis meses.

Por último, y en relación a las penas de prisión de corta duración, señala Mir Puig<sup>17</sup> que caben tres vías para proscribirlas: renunciar a toda pena, acudir a otras penas —arresto de fin de semana o multa— o suspender *condicionalmente* la ejecución de la pena. Sin embargo, como el mismo autor llegó a reconocer en relación al PCP de 1992<sup>18</sup> no puede pasar inadvertido el hecho de que en algunos supuestos la fijación de este límite mínimo —seis meses— ha supuesto un endurecimiento sustancial de la sanción penal. Así, por ejemplo, motivos que en nada han tenido en cuenta la gravedad del injusto han determinado que la pena del hurto se haya visto incrementada en el triple respecto al anterior CP. En efecto, de una parte invocaciones preventivo generales mal entendidas y, de otro, la inoportunidad práctica de castigar tal conducta con penas de multa —que de ser muy elevada supondría normalmente su impago y de ser de escasa cuantía podría dar lugar a que la delincuencia patrimonial resultara rentable—, han llevado a este indeseable endurecimiento punitivo, en todo caso, difícilmente casable con el pretendido espíritu progresista del legislador de 1995.

Pero es que, como ya adelanté más arriba, en torno a la pretendida reducción, por lo alto, de la pena de prisión resulta lamentable comprobar que, aun situado con carácter general este límite máximo en veinte años, pueda, no obstante, verse rebasado al admitir esta posibilidad el artículo 36 del CP. Así los veinte años de privación de libertad pueden convertirse, con carácter general, hasta en treinta de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 70.2.1<sup>º</sup> —pena superior en grado— y en el art. 76.1.a) y b) —concurso real de delitos—. Además con independencia de esta exacerbación extensible con carácter general a todos los delitos, la parte especial del CP castiga determinadas figuras con penas de prisión que exceden este límite —art. 572.1.2<sup>º</sup> para el terrorismo, art. 473 sobre rebelión, art. 485 por matar al Rey o algún miembro de la familia real, o el art. 140 en relación al asesinato multicircunstanciado—.

Si a lo expuesto añadimos el hecho de que el NCP destierra la figura de la redención de las penas por el trabajo (art. 100 del VCP), que bajo el anterior texto venía a reducir considerablemente —sobre un tercio— el tiempo de condena, no parece que las cosas hayan cambiado de forma sustancial respecto a la situación anterior. Por ello no resultan tan desacertadas las opiniones de quienes, ante este panorama, consideran que nuestro NCP acoge materialmente la pena privativa de libertad perpetua, sobre todos si tenemos en cuenta que los estados que formalmente la incluyen en su catálogo de penas, prevén instrumentos, como el indulto o la condena condicional, que evitan el cumplimiento de por vida<sup>19</sup>.

Por último, cabe apreciar una considerable reducción de las penas accesorias en relación a la de prisión. El automatismo que caracterizaba el sistema de penas accesorias en el anterior texto y la reiterada crítica de la doctrina a su efecto perturbador para las posibilidades resocializadoras del condenado, son los pilares de la nueva regulación<sup>20</sup>. Así la inhabilitación absoluta será pena accesoria cuando la prisión sea igual o superior a los diez años —art. 55— y tratándose de una prisión de hasta diez años el Tribunal podrá imponer como accesoria la suspensión de empleo o cargo público o la inhabilitación especial pero siempre que exista una relación directa entre el delito cometido y el derecho afectado.

#### IV.2. El arresto de fin de semana

La segunda pena privativa de libertad prevista por el legislador de 1995 es el Arresto de Fin de Semana (AFS)<sup>21</sup>. Con esta pena y junto a la de multa se aspira a cubrir el hueco dejado por la prisión de menos de seis meses de duración<sup>22</sup>.

En principio su inclusión merece un juicio positivo<sup>23</sup>, es una buena medida alternativa a la prisión corta y cumple también su función como sustitutivo de penas privativas de libertad de hasta 2 años de duración, pero no hay que olvidar que la bondad de una institución se demuestra llevándola a la práctica y que la falta de medios económicos, materiales y humanos van hacer, están haciendo ya, muy difícil su adecuada y correcta ejecución<sup>24</sup>.

El AFS aparece recogido en el artículo 37 del CP y tiene la consideración de pena menos grave —cuando su duración es de siete a veinticuatro fines de semana— o pena leve —de uno a seis fines de semana—. Por tanto no cabe imponer una pena de más de veinti-

---

condenados a cadena perpetua son indultados antes de los veinticinco años de cumplimiento efectivo y en Italia suele concederse el indulto o la libertad condicional en torno a los veinte años.

<sup>20</sup> Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco: *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pags. 84 y 85.

<sup>21</sup> La generalidad de la doctrina alude su carácter novedoso dentro del sistema de penas del CP de 1995, pero no puede pasarse por alto que aparecía incluida como medida de seguridad en la derogada Ley 16/1970, de 4 de agosto sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, arts. 5.4<sup>º</sup> y 6.7<sup>º</sup> b) y que todos los prelegisladores desde 1980 hasta hoy la han incluido en el catálogo de penas

<sup>22</sup> Lo que no significa que los delitos que antes estaban castigados con hasta 6 meses sean castigados ahora con arresto de fin de semana. Muestra de ello es el hurto que se castiga ahora de seis a dieciocho meses.

<sup>23</sup> Señalan Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco: *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 85, que las ventajas de esta pena desde un punto de vista preventivo *especial* son considerables, al recibir el condenado, a lo largo de la ejecución, "cortas pero intensas descargas punitivas que no perturban sus relaciones con la sociedad". En el mismo sentido López Garrido/García Arán: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, pág. 60, sostienen que con los arrestos discontinuos se pretende lo que penológicamente se conoce como efecto "shock", cuyo carácter admonitorio no produce consecuencias contraproducentes para la integración social del condenado.

<sup>24</sup> De hecho entre todos los centros penitenciarios que al mes de julio de 1996 reunían los requisitos mínimos imprescindibles para ejecutar esta pena sumaban un total de 691 plazas para hombres y 159 para mujeres, existiendo centros que no habilitaban plaza para hombres o mujeres, lo que evidenciaría la falta de disponibilidad real de medios, lo que obviamente determinaría una "lista de espera" para su cumplimiento.

<sup>17</sup> Mir Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 708.

<sup>18</sup> Mir Puig, S.: "Alternativas a la prisión...", op. cit., pág. 60. En este mismo sentido también, Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco: *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 73

<sup>19</sup> Así, por ejemplo, en Alemania la generalidad de los presos

cuatro fines de semana, salvo que se imponga como sustitutiva de otra privativa de libertad —prisión o arresto sustitutorio por impago de multa—, en cuyo caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas señaladas en el artículo 88<sup>25</sup>.

El Código la configura como pena primaria u originaria, tanto para delito menos grave como para falta; como pena sustitutiva de la responsabilidad personal subsidiaria o de la prisión —arts. 53.1 y 88.1—, y como pena sustituible por multa o trabajos en beneficio de la comunidad —art. 88.2—.

Su duración será de treinta y seis horas y en cualquier caso equivaldrá a dos días de privación de libertad, debiéndose cumplir durante los viernes, sábados o domingos. Ahora bien, cuando las circunstancias lo aconsejen el juez o tribunal sentenciador, oído el Ministerio Fiscal y con el consentimiento del reo, podrá ordenar que el arresto se cumpla en otros días de la semana<sup>26</sup>.

De acuerdo con el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, que desarrolla las circunstancias de ejecución del AFS y trabajo en beneficio de la comunidad (TBC)<sup>27</sup>, el ingreso del condenado debe efectuarse entre las ocho de la mañana del viernes y las doce del mediodía del sábado —art. 14 RD—. A partir de esa hora no se admitirá ningún ingreso. Además pa-

<sup>25</sup> Sobre la posibilidad de rebasar este límite de 24 fines de semana señalan Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco. *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 86, que el mismo únicamente se refiere al AFS como pena sustitutiva de una pena de prisión, apoyándose en los arts 37 y 88, olvidando el legislador que cabe la posibilidad de que el incumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria pueda también sobrepasar este límite —en concreto ciento treinta y dos fines de semana, cifra que ha sido corregida por Valdecabres Ortiz: *Comentarios al Código...*, op. cit., pág. 347 que señala correctamente la cifra de ciento ochenta fines de semana—.

Admitiendo este olvido Boldova Pasamar, M.A.: *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 104, sostiene que el legislador ha obviado otra segunda excepción como es que de acuerdo con el artículo 70.2<sup>5</sup> los arrestos pueden alcanzar una duración máxima de treinta y seis fines de semana.

A nuestro juicio esta interpretación que limita el contenido del artículo 37.1<sup>o</sup> a la pena de prisión peca de restrictiva en exceso, ya que el citado artículo 37.1<sup>o</sup> no alude en ningún momento a la pena de prisión sino a cualquier otra pena *privativa de libertad*, lo que engloba a la responsabilidad personal subsidiaria. Por tanto el problema que se avecina no es tanto si tales excepciones han sido o no tenidas en cuenta en el CP, sino si la posibilidad de imponer una pena de arresto de cien o ciento cincuenta fines de semana es eficaz y casable con el espíritu de castigar con penas cortas infracciones no muy graves. La respuesta es obvia.

<sup>26</sup> Ciertamente esta previsión, muestra del carácter flexible que el legislador ha querido dar a esta pena, desvincula su cumplimiento del fin de semana, por lo que parece que su denominación ha perdido el sentido inicial y que no les falta razón a quienes abogan por otra expresión —menos festiva en palabras de Mir— como puede ser "arresto semanal" o "arresto de tiempo libre".

<sup>27</sup> El núm. 4<sup>o</sup> del artículo 37 señala que "las demás circunstancias de ejecución se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley penitenciaria, cuyas normas se aplicarán supletoriamente en lo no previsto expresamente en este Código".

La remisión que este precepto hace a un futuro reglamento ha sido objeto de crítica por parte de un sector de la doctrina, estimando que la remisión debería hacerse a una Ley porque el AFS, aunque previsto para infracciones no graves, sigue siendo una pena privativa de libertad, debiendo, por ello, integrarse al igual que la pena de prisión en la LOGP; Vid. por todos, Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco: *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 86. Finalmente tal reglamentación se ha llevado a cabo a través de un Real Decreto, el 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana.

ra el más adecuado control y mejor orden del establecimiento no se admitirán ingresos entre las doce de la noche del viernes y las ocho de la mañana del sábado<sup>28</sup>. Si el penado se presentara pasadas las doce del mediodía del sábado, se hará constar así en un acta en la que se indicará, expresamente, la hora de llegada y las razones alegadas por el sujeto, entregándole una copia al interesado y remitiéndola de forma inmediata a la autoridad judicial de quien dependa —órgano sentenciador—.

El Código a la hora de fijar el lugar del cumplimiento opta por el centro penitenciario más próximo al domicilio del arrestado o, previo acuerdo del reo y oído el Ministerio Público, el depósito municipal en caso de no existir aquél en el partido judicial donde resida y siempre que el tribunal sentenciador así lo acuerde. En el supuesto de existir varios centros penitenciarios será preferente el centro de inserción social<sup>29</sup> más próximo al domicilio del reo.

Por su parte si no existiese Centro Penitenciario —se ha de entender habilitado para el cumplimiento de esta pena— y el tribunal no acordara el cumplimiento en el depósito municipal —cosa nada infrecuente dadas las precarias condiciones de los mismos—, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente, indicará el centro de cumplimiento —art. 12 RD—.

Una vez que el director o encargado del establecimiento donde se ejecutará el arresto reciba el correspondiente mandato de cumplimiento, se definirá el *Plan de Ejecución* —art. 13 RD—, que decidirá los días de cumplimiento, buscando que el mismo no perjudique las obligaciones laborales, formativas o familiares del condenado. Para fijar todos estos extremos y velar por la corrección del plan, se realizará al condenado una entrevista personal por el encargado de los servicios sociales penitenciarios, que recogerá, de forma sucinta, las alegaciones del interesado quien firmará el impreso como constancia fehaciente de la realización de la entrevista —Circular 08/96 GP, de 12 de junio de 1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (C 80/96)—. Esta propuesta de plan de ejecución se pondrá en conocimiento del juez de vigilancia penitenciaria para su aprobación<sup>30</sup>.

Los gastos de transporte —art. 15 RD— hasta

<sup>28</sup> Resulta curioso comprobar que si el ingreso se efectúa a primera hora del viernes el arresto quedará cumplido a las 20 horas de sábado, con lo que el efecto intimidatorio en "criminales de sábado noche", va a quedar muy desdibujado.

<sup>29</sup> Los centros de inserción social, creados por el nuevo Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero), son establecimientos penitenciarios destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad en régimen abierto y de penas de AFS, así como al seguimiento de cuantas penas no privativas de libertad se establezcan en la legislación penal y de los liberados condicionales que tengan adscritos —art. 163.1—. Su objeto esencial es potenciar las capacidades de inserción social positiva mediante el desarrollo y programas de tratamiento. Por último, su funcionamiento estará basado en el principio de confianza en el interno y en su aceptación voluntaria de los programas de tratamiento —art. 164 RP—.

<sup>30</sup> Sobre este particular señala Serrano Butragueño, J.: *Las penas...*, op. cit., pág. 32, que la aprobación del plan por el Juez de vigilancia Penitenciaria contradice el artículo 37.2 del CP, considerando que el principio de jerarquía normativa impone que sea el Juez o Tribunal sentenciador el que apruebe el plan, sin perjuicio de que el control de cumplimiento recaiga en el juez de vigilancia penitenciaria.

el centro de cumplimiento correrán a cargo del arrestado, salvo que no exista centro penitenciario o depósito municipal en el partido judicial en que resida, en cuyo caso la Administración reintegrará —¿cuándo?— los gastos originados por el uso de cualquier medio de transporte público excepto el servicio de taxi, salvo que se demuestre la inexistencia de otro medio de transporte<sup>31</sup>. Eso sí, se le facilitará al arrestado el racionado diario —art. 20 RD—.

Una vez efectuado el ingreso e identificado convenientemente el penado, se le adjudicará una celda y se le entregará ropa de cama. En el primer ingreso se estará a lo previsto en el artículo 18 del RP y se procederá a la apertura de una ficha de registro en el Departamento de Ingresos —C 08/96—.

El cumplimiento se llevará a cabo en celda individual —donde será visitado por el médico— y en régimen de aislamiento, como no podía ser de otra manera, para evitar su posible contaminación del resto de reclusos.

El reo no podrá abandonar la celda salvo para participar en programas formativos o educativos o para disfrutar de los períodos de paseo que tendrá una duración mínima de dos horas y se efectuará en el patio o en las salas de estar u otras dependencias habilitadas al efecto, en caso de que el Departamento carezca de patio —C 08/96—. Durante su estancia se someterá al régimen ordinario del centro y podrá disponer de radio o TV a su costa, acceder a los servicios de biblioteca y economato durante el período de paseo<sup>32</sup> y efectuar una única llamada telefónica al ingreso que será gratuita.

Durante el tiempo de cumplimiento el reo no podrá recibir visitas, comunicaciones o paquetes. En el caso de que la pena se cumpliera ininterrumpidamente —porque el condenado haya incurrido en dos ausencias no justificadas y así lo acuerde el juez de vigilancia (37.3)— se le permitirá mantener una comunicación semanal de cuarenta minutos de duración por los locutorios generales, recibir un paquete a la semana y llamar por teléfono de acuerdo con lo establecido en el Reglamento Penitenciario para el régimen ordinario con carácter ordinario.

Por último señalar que la privación de libertad discontinua que supone el AFS puede venir en continua, siendo su cumplimiento, entonces, ininterrumpido, cuando el condenado incurra en dos ausencias no justificadas, debiéndose valorar y ponderar tal injustificación por el juez de vigilancia

<sup>31</sup> La previsión se podría tomar como una broma si no fuera por lo serio del tema y de las consecuencias que puede traer para aquellas personas que no tengan medios económicos o que vivan alejados de los establecimientos de cumplimiento. Pensemos en el sujeto que viviendo en una aldea gallega o en un caserío vasco tenga que desplazarse por caminos vecinales y secundarios. O, peor aún, cuando ese desplazamiento deba hacerse entre islas. Despropósitos como estos surgen cuando no se tienen en cuenta las múltiples diversidades de nuestra geografía.

<sup>32</sup> Aunque el RD en su artículo 18 únicamente admite el acceso del condenado a los servicios de biblioteca y economato, la C 08/96 prevé también el acceso a la cafetería, precisando que cuando ese acceso no sea posible se arbitrarán las medidas necesarias para adquirir los productos a través del pedido. Igual procedimiento se utilizará en el caso de la biblioteca y economato.

penitenciaria, que en su caso, y de acuerdo con el artículo 37.3 del CP, podrá deducir testimonio por quebrantamiento de condena.

### IV.3. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa

Cuando el condenado sea sancionado a una pena de multa y no satisficiera su importe, total o parcial, entrará en aplicación la responsabilidad personal subsidiaria (RPS) a que se refiere el artículo 53 del CP.

La primera novedad que cabe destacar respecto al texto anterior es que el legislador de 1995 reconoce expresamente su carácter de pena<sup>33</sup>, acabando de este modo con la discusión generada bajo la vigencia del anterior artículo 91 VCP<sup>34</sup>, quedando definitivamente configurada como pena privativa de libertad —art. 35—.

De este modo el legislador da carta de naturaleza a la RPS de conformidad con la STC 19/1988, de 16 de febrero, en la que nuestro más alto Tribunal declaró la constitucionalidad del arresto sustitutorio al estimar que el mismo no infringe ni el principio de igualdad ante la Ley, ni el principio de proporcionalidad. A pesar de ello, la citada sentencia sugería que tal responsabilidad personal no tenía por qué vincularse de manera exclusiva a la prisión y aconsejaba la articulación de fórmulas alternativas de cumplimiento menos lesivas.

Y esta idea parece que ha cuajado en el nuevo texto, al establecer el artículo 53.1 la posibilidad de que la RPS pueda cumplirse en régimen de Arrestos de fin de semana o mediante trabajos en beneficio de la comunidad. Además, la RPS en cuanto pena privativa de libertad, está sometida a las previsiones contenidas en el artículo 80 del CP, admitiéndose, por ello, la suspensión de su ejecución siempre que se den los requisitos exigidos con carácter general para ello.

En todo caso no puede olvidarse que determinándose la multa en función de la capacidad económica del condenado y que siendo ésta susceptible de revisión a la baja de acuerdo con lo previsto en el artículo 51 del CP, es de esperar que el efectivo cumplimiento de la pena de multa rebaje considerablemente su ejecución por la vía de la RPS.

De acuerdo con la previsión contenida en el artículo 53 del CP, la RPS entrará en aplicación cuando “el condenado a pena de multa no satisficiera voluntaria o por vía de apremio la multa impuesta”. La previsión viene a mantener la interpretación que ya con anterioridad a la reforma de 1983 se hacía del artículo 91 y que negaba que el multado pudiera optar entre el abono de la multa o el

<sup>33</sup> A pesar de este expreso reconocimiento Serrano Butragueño, I.: *Las penas...*, op. cit., pág. 36, niega que se trate de una verdadera pena privativa de libertad, considerando que es una forma de extinción de la pena multa.

A nuestro juicio y por mucho que a través del cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria se extinga la pena de multa —art. 53.4—, tal circunstancia no desvirtúa su naturaleza y esencia de pena privativa de libertad.

<sup>34</sup> Sobre el tema, por todos, Jareño Leal. *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Madrid, 1994, págs. 31 y ss

arresto sustitutorio, obligando el precepto a acudir previamente a la vía de apremio<sup>36</sup>.

Por tanto, la RPS dependerá de la multa impagada y tratándose de una pena privativa de libertad, su cumplimiento se llevará a cabo en prisión, bien de manera continuada, bien mediante el sistema de arresto de fin de semana.

No obstante, como consecuencia de la admisión de dos clases de multa —el sistema de días multa y la multa proporcional—, el artículo 53 del CP regula, a su vez, dos sistemas a la hora de su impago que se diferencian precisamente en los módulos de conversión.

Así, en relación al sistema de días-multa la conversión de la multa en privación de libertad será de "un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas" —art. 53.1—. Ningún problema se presenta en torno a la prisión continuada donde el módulo de conversión no da lugar a ningún problema<sup>36</sup>. Sin embargo, la cuestión no está tan clara en lo concerniente a los AFS ya que nos encontramos con dos disposiciones que fijan módulos de conversión distintos<sup>37</sup>.

En efecto, el artículo 37, como ya vimos, señala que "un arresto equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad". Por su parte, el artículo 88 establece que "cada semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana".

Ante esta dualidad la doctrina aparece dividida. Por un lado aquellos<sup>38</sup> que, apoyándose en argumentos de índole sistemática, entienden, a mi juicio correctamente, que debe optarse por el módulo del artículo 37. Así sostienen, en primer extremo, que puede haber supuestos en que los días de privación de libertad, en razón al número de cuotas impagadas, sea inferior a una semana; en segundo lugar que el artículo 37 aparece como regla general ("en cualquier caso"); y, por último, aluden a que el módulo previsto en el artículo 37 coincide con lo previsto en los artículos 88.1 (cada día de prisión será sustituida por dos cuotas de multa), 88.2 (cada arresto de fin de semana será sustituido por cuatro cuotas de multa) y con el contenido del propio artículo 53.1. Y, de otro, aquellos<sup>39</sup> que aún reconociendo la certeza de los anteriores argumentos postulan que en el artículo 88 se encuentra la misma regla que la contenida en el artículo 53, "y que, además es más favorable al condenado". Es más, algunos autores<sup>40</sup> admiten —*tertium genus*— ambas

opciones, de forma alternativa, sin decantarse por ninguna de ellas, solución que a mi juicio ha de rechazarse por el trato desigual que llevaría consigo.

En su espíritu de evitar la privación de libertad continua o discontinua, el legislador ha previsto, asimismo, la posibilidad de que la RPS pueda cumplirse mediante TBC, siempre que el penado muestre su conformidad. En este caso el módulo de conversión aparece fijado expresamente en el propio artículo 53. 1 señalando que "cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo".

Por su parte y en relación a la multa proporcional, el módulo de conversión no aparece fijado legalmente, señalando el núm. 2 del artículo 53 que en estos casos los jueces y tribunales establecerán la RPS "según su prudente arbitrio" teniendo presente que, en ningún caso, podrá exceder de un año de duración.

El impago de la multa proporcional no permite su cumplimiento en AFS<sup>41</sup>, si bien admite su ejecución en régimen de TBC, mediando consentimiento del condenado.

De todos modos tal y como señala Gracia Martín<sup>42</sup> la facultad que establece el artículo 53 para que los jueces o tribunales decidan el cumplimiento en régimen de AFS o, de conformidad con el reo, mediante TBC, es una facultad ejercitable cuando la RPS tenga una duración superior a seis meses. Por debajo de este límite tal facultad se transforma en pauta obligatoria por aplicación analógica del artículo 71.2. Con esta interpretación se palió en parte el resurgimiento de la pena privativa de corta duración, que como se dijo más arriba, no ha desaparecido del todo.

Del mismo modo cuando el AFS y los TBC se aplican en lugar del arresto por impago tienen el carácter y naturaleza de penas sustitutivas y en caso de quebrantamiento se estará a lo dispuesto en el artículo 88, es decir se le descontará lo cumplido y se ejecutará el resto como arresto sustitutorio de manera continuada.

Para terminar señalar que en ningún caso la RPS se impondrá a quien sea condenado a una pena privativa de libertad superior a cuatro años<sup>43</sup> y que su cumplimiento extingue la obligación del pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna.

<sup>36</sup> Así Manzanares Samaniego, J.L.: "La pena de multa", en *La Ley*, año XVII, núm. 4015, 15 de abril de 1996, pág. 5 y Mir Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 733.

Siendo la cuantía máxima de la multa veinticuatro meses —art. 50.3— la duración máxima de la RPS en arresto continuo será de un año, es decir trescientos sesenta días —art. 50.4—.

<sup>37</sup> Aún así, Valdecabres Ortiz, I.: *Comentarios...*, op. cit., pág. 348, estima en relación a la anterior regulación del arresto sustitutorio que "debe reconocerse como mejora evidente del nuevo sistema, la certeza de los criterios de conversión...".

<sup>38</sup> Por todos, Gracia Martín, L.: *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., págs. 175 y 176. También, Valdecabres Ortiz, I.: *Comentarios...*, op. cit., 347.

<sup>39</sup> En este sentido Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco: *Consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 171, quienes sostienen que cuando ni el propio legislador respeta la regla general es lógico que nos inclinemos por esta segunda ecuación.

<sup>40</sup> Así Berdugo Gómez de la Torre/Árroyo Zapatero/García Rivas/Ferré Olivé/Serrano Piedecabras: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, pág. 314

<sup>41</sup> Lo cierto es que no es fácilmente justificable la ausencia del arresto de fin de semana como forma de cumplimiento del impago de una multa proporcional. "Probablemente todo se deba a un defecto de técnica legislativa por apresuramiento" tal y como indican Manzanares/Cremades: *Comentarios...*, op. cit., pág. 32

<sup>42</sup> Gracia Martín, L.: *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., págs. 174 y 175.

<sup>43</sup> Este límite, fijado en el anterior texto en seis años, ha dado lugar a diversos supuestos y a distintas soluciones. Así junto a la multa impagada puede haberse condenado al sujeto a más de cuatro años de privación de libertad por el mismo o distintos delitos, o superarse este límite por la suma de diversas condenas.

Pues bien, si como parece el precepto está inspirado en razones humanitarias y piadosas la limitación debe aplicarse a todos los casos en que se supere el límite de cuatro años de prisión. En este sentido Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco: *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 170. En contra, reservando su aplicación únicamente a los casos en que la pena de multa sea acumulativa a la pena de prisión, Gracia Martín, L.: *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 174 y Manzanares Samaniego, J.L.: "La pena de multa", op. cit., pág. 6

## V. PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS

Bajo esta denominación se recoge un grupo de penas de lo más heterogéneo cuyo común denominador es la privación, temporal o definitiva, de derechos distintos a la libertad. En estos casos el condenado pierde la posibilidad de ejercicio de algunos derechos personales, profesionales o políticos.

Aparecen recogidas en los artículos 39 a 49, con mayor rigor jurídico que en el anterior CP, aunque su contenido, salvo las de nueva incorporación, es muy similar.

La *Inhabilitación Absoluta o Especial* aparecen como penas principales o accesorias; como principal la inhabilitación absoluta es siempre pena grave —su duración va de seis a veinte años—, sin embargo la especial puede ser pena menos grave —de seis meses a tres años— o grave —de más de tres años—.

La diferenciación de contenido entre ambas es más nítida que respecto a la anterior regulación. En efecto, mientras que la primera supone la privación definitiva de los honores, cargos y empleos públicos del penado, la incapacidad para obtenerlos por el tiempo de la condena y la privación, por el mismo tiempo, de ser elegido para cargo público —art. 41—; la *inhabilitación especial* afecta a un cargo, empleo u honor en específico, privando definitivamente de los mismos y de su capacidad para obtenerlos durante el tiempo de la condena, pudiendo tener un quintuple contenido: cargos y empleos públicos (art. 42); derecho de sufragio pasivo (art. 44); profesión, oficio, industria y comercio (art. 45); ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento (art. 46); y, por último, inhabilitación especial "para cualquier otro derecho", fórmula que da lugar a un sistema de *numerus apertus* en torno a todas las posibles inhabilitaciones, incluida la, no por ello desaparecida, inhabilitación de sufragio activo. Ahora bien el artículo 45 exige su expresa concreción en la sentencia, lo que desde luego limitará su aplicación a los delitos relacionados con su ejercicio<sup>44</sup>.

Por su parte la pena de *suspensión* se reduce en el CP de 1995 al empleo o cargo público que tuviera el penado, privándolo de su ejercicio y configurándose como pena grave o menos grave dependiendo de su duración (art.43).

La *privación del derecho a conducir vehículos y ciclomotores*, puede ser tanto pena leve, como grave o menos grave e inhabilita al sujeto tanto para su conducción como para su obtención (art. 47), poniendo fin de este modo a la polémica que sobre su contenido se mantuvo con el anterior texto.

Como pena nueva se introduce la *privación del derecho a la tenencia y porte de armas*, configurada del mismo modo que la anterior como pena leve, grave o menos grave y que aparece reservada para los casos en que el delito se ha llevado a cabo me-

dante un arma<sup>45</sup>. El concepto de arma, no definido por el legislador, puede representar un problema a la hora de su determinación, si bien la exigencia de la licencia administrativa deviene en una referencia, a mi juicio, imprescindible.

Como pena privativa de derechos se configura la *privación del derecho a residir* en determinados lugares o acudir a ellos —art. 48—, a pesar de su proximidad a las penas privativas de libertad, previéndose como pena grave o menos grave (seis meses a 5 años) y únicamente para los delitos señalados en el artículo 57 del CP.

### V.1. El trabajo en beneficio de la comunidad

La última pena privativa de derechos es el trabajo en beneficio de la comunidad (TBC).

Como ya hemos dicho esta pena constituye una de las novedades del nuevo texto<sup>46</sup>, aunque lo cierto es que se ha introducido de manera muy tímida, pues sólo se aplicará como pena *sustitutiva* del AFS —88.2— o de la RPS por impago de multa. Esta prudencia del legislador es saludable en cuanto realmente no se conocen a ciencia cierta las bondades prácticas de esta pena nueva en nuestro ordenamiento. Si llevada a la práctica se manifiesta como satisfactoria nada impide que en el futuro se le dote de un mayor protagonismo en nuestro sistema punitivo y se instaure como pena principal.

El TBC aparece recogido en el artículo 49 del CP que fija los criterios y aspectos generales de su contenido<sup>47</sup>, remitiéndose a un posterior desarrollo reglamentario para fijar las circunstancias de su ejecución y señalando que la Ley penitenciaria —LOGP— se aplicará supletoriamente en lo no previsto especialmente en el Código<sup>48</sup>.

Este desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo a través del RD 690/1996, de 26 de abril, que define en su artículo 1 los TBC como "la prestación de la cooperación personal no retribuida en deter-

<sup>44</sup> Sin embargo, llama la atención que tal pena no se prevea como principal para los delitos regulados en la Secc. 1<sup>a</sup>, Cap. V, Tit. XXII "De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos".

<sup>45</sup> Su incorporación representa también una novedad en relación a los distintos proyectos de Código Penal que, haciendo caso omiso a las aportaciones doctrinales, silenciaron su presencia hasta el Anteproyecto de 1994. Por todos, De la Cuesta Arzamendi, J.L.: "La sanción de trabajo en provecho de la comunidad", en *La Ley*, 1985-1, págs. 1067 y ss., y Sola/García Arán/Hormazábal: *Alternativas a la prisión*, Barcelona, 1986, pág. 62.

<sup>46</sup> La redacción inicial del TBC en el anteproyecto de 1994 —art. 48— e incluso en el proyecto de 1994 —art. 49—, no fijaban el contenido esencial de esta pena, remitiendo las circunstancias de su ejecución a lo que se estableciera reglamentariamente. Advertida la posible inconstitucionalidad del precepto, las condiciones básicas que recoge el actual artículo 49 fueron introducidas mediante enmienda transaccional propuesta por el Grupo Socialista. Así, García Arán, G.: "El trabajo en beneficio de la comunidad", en *Cuadernos Jurídicos*, núm. 38, 1996, págs. 37 y 38, y Manzanares/Cremades, J.L.: *Comentarios*, op. cit., pág. 28.

<sup>47</sup> Ciertamente esa hipotética remisión a la LOGP no deja de ser una cierta improvisación si tenemos en cuenta la dificultad de su aplicación a una pena no prevista en ella. Ni siquiera de forma analógica cabría aplicar el contenido de los arts. 26 y ss de la LOGP, ni de los arts. 132 y ss del nuevo Reglamento. En este sentido, Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco: *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 178 y Boldova Pasamar, M A: *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 134, cit 56

<sup>44</sup> En contra de considerar el artículo 45 como un cajón de sastre de otras posibles inhabilitaciones, Sánchez García, I.: "El sistema... (I)", op. cit., pag. 4, quien sostiene que la privación de otro derecho distinto de los recogidos en el artículo 39 ha de entenderse referido únicamente a derechos concretados en los tipos de la Parte Especial, ya que de otro modo se vulneraría el principio de legalidad penal.

minadas actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, tendente a servir de reparación para la comunidad perjudicada por el ilícito penal y no supeditada al logro de intereses económicos.

De esta definición y de los caracteres básicos fijados por el artículo 49 CP cabe destacar que las características fundamentales de esta pena son las siguientes:

1º. En primer lugar su *voluntariedad*: esta pena no puede imponerse sin consentimiento del penado, requisito que se asienta en la prohibición constitucional de penas consistentes en trabajos forzados (art. 25.2 CE). Para cumplir con este requisito del previo consentimiento se someterá al penado a una entrevista para conocer sus características personales, laborales, ofertándole las distintas plazas existentes con indicación expresa de su contenido y horario —art. 4.1 RD—. Una vez que el sujeto haya prestado su conformidad se le comunicará al juez o Tribunal sentenciador a los efectos oportunos —art. 4.3—.

De acuerdo con el artículo del 33 CP la duración total de esta pena oscila entre las 16 y 384 horas, aunque su duración diaria no podrá exceder de 8 horas —art. 49 CP— ni ser inferior a 4 horas —art. 5.1 RD—. Para fijar la duración de la jornada de trabajo se tendrán en cuenta las cargas personales y familiares del penado.

De todos modos en la ejecución de esta pena rige el principio de flexibilidad —art. 5.2 RD— para hacerla compatible con las actividades diarias del sujeto, y tanto es así que cuando concorra causa justificada el Tribunal podrá autorizar jornada partida en el mismo o diferentes días y en períodos mínimos de dos horas<sup>48</sup>.

2º. En segundo lugar cabe destacar su carácter *no retribuido*, que impide que el condenado reciba gratificación económica alguna por su cumplimiento. Sin embargo, el penado será indemnizado en los gastos de transporte y en su caso de manutención por la entidad en beneficio de la cual presta su trabajo, salvo que estos servicios sean prestados por la propia entidad beneficiaria —art. 5.3 RD—. Al igual que el resto de los penados gozará de los derechos en materia de Seguridad Social.

3º. La tercera exigencia alude a que debe tratarse de actividades de *utilidad pública o social*. El trabajo será facilitado por la Administración Penitenciaria —art. 2 RD— pudiendo, a tal fin, establecer los oportunos convenios con otras Administraciones Públicas o entidades públicas o privadas. Excepcionalmente y en caso de inexistencia de convenio o insuficiencia de plazas el propio penado podrá proponer un trabajo concreto. En tales supuestos la Administración penitenciaria tras analizar la propuesta emitirá un informe al Tribunal y este decidirá finalmente si se acepta o no el trabajo propuesto.

4º. En cualquier caso la dignidad del trabajador debe quedar preservada y su ejecución no se supeditará al logro de intereses económicos.

<sup>48</sup> Sobre los problemas de conversión de la pena de AFS y del cumplimiento de la RPS por impago de multa y la configuración del TBC como pena leve y pena menos grave. Vid. Boldova Pasamar, M.A.. *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., págs. 136 a 138.

5º. El seguimiento y desarrollo de su ejecución se llevará a cabo por parte del Tribunal sentenciador que podrá requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la entidad a favor de la que se preste.

Por su parte el artículo 8 del RD 690/1996 regula los supuestos de incumplimiento de pena, estableciendo que los servicios sociales penitenciarios comunicarán a la autoridad judicial, a efectos de lo dispuesto en el artículo 88.3 del CP<sup>90</sup>, las siguientes circunstancias:

a) La ausencia del trabajo o el abandono injustificado.

b) Cuando el rendimiento sea sensiblemente inferior al mínimo exigible, a pesar de haber sido requerido. En estos casos ¿quién determina cuál es el mínimo exigible y cuántos requerimientos se precisan?

c) La oposición o incumplimiento de forma reiterada y manifiesta de las instrucciones dadas por el responsable de la ocupación. ¿Y si los responsables son varios y cada uno dice da una instrucción contraria a la del otro?

d) Cualquier otra razón por la que su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negare a seguir manteniéndolo en el centro.

La indeterminación de las fórmulas empleadas, sobre todo de la última, el peligro de manipulación que encierra y las inadmisibles e injustas consecuencias a que puede conducir, dan la razón a aquellos que exigían que el desarrollo reglamentario de las circunstancias de esta pena casaba difícilmente con las garantías penales propias de un Estado de Derecho<sup>49</sup> inadmisibles a que puede llevar. Pensemos que en caso de que se considere incumplida la pena de TBC al ser sustitutiva va a determinar que se cumpla la pena privativa de libertad sustituida. Por ello, que en este tema el juez o tribunal sentenciador deba hacer un esfuerzo mayor, si cabe, dando audiencia al condenado, permitiéndole formular alegaciones en contra de los informes del encargado de la entidad, valorando libremente la prueba y motivando suficientemente su resolución.

## VI. LA MULTA

El CP de 1995 recoge como única pena pecuniaria la multa, pena, ya centenaria, que ha sido, sin embargo, considerada una de las originalidades del nuevo texto debido al sistema de aplicación y al protagonismo que el legislador le ha concedido.

En efecto, las ventajas de la pena de multa puestas de manifiesto por la doctrina<sup>50</sup>, han llevado

<sup>49</sup> Tal y como señala García Arán, G.: "El trabajo en beneficio de la comunidad", op. cit., pág. 41, el artículo 88.3 se limita a establecer que en el "supuesto de quebrantamiento o incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión o de arresto de fin de semana inicialmente impuesta se ejecutará descontando." La radacción dada al precepto equiparando quebrantamiento e incumplimiento parece que se refiere tanto a los casos de cumplimiento defectuoso como a los de incumplimiento malicioso, estableciendo la misma consecuencia jurídica para ambos supuestos, lo que, a juicio del autor que compartimos totalmente, no parece correcto del todo.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pág. 42 y ss.

<sup>51</sup> Por todos, Manzanares Samaniego, J.L.: *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español*, Barcelona, 1983, págs.

a que el nuevo texto se sirva de ella no ya como un "plus" agravatorio en determinados delitos, sino como pena principal única y, sobre todo, como alternativa a la privación de libertad de corta duración.

La tendencia expansiva de la pena de multa apreciada en los últimos años se ha debido, fundamentalmente, a las *ventajas* advertidas frente al fracaso y crisis de la pena privativa de libertad. Así, la multa apenas tiene efectos estigmatizantes frente a la prisión, ya sea de corta o de larga duración. Además, ofrece una respuesta satisfactoria frente al delincuente ocasional. Por otra parte es fácilmente adaptable a la gravedad del injusto y a las circunstancias subjetivas y patrimoniales del condenado, amén de su eminente carácter aflictivo —nadie se acostumbra a desembolsar dinero—, siendo una sanción fácilmente reparable en caso de error judicial. Por último, un aspecto que tampoco puede ser despreciado es el hecho de que tal pena no supone quebranto económico alguno para el Estado, como sucede con la prisión, sino más bien todo lo contrario.

Frente a estas ventajas, no pueden pasar inadvertidos sus *inconvenientes*. La crítica más severa y cierta es que se trata de una pena desigual ya que, por mucho que se busquen vías para evitarlo, el efecto de la misma es diverso dependiendo de la fortuna del condenado; además el carácter personalista de la pena puede verse difuminado cuando la misma es abonada por una tercera persona, y en ocasiones, por contra, puede llegar a tener un efecto criminógeno con el fin de recuperar ilícitamente lo abonado. El catálogo de reproches se cierra por último, y no por ello la crítica es de menor importancia, con el impago de la pena de multa —que no deja de ser pena—, y que conlleva como alternativa la privación de libertad de corta duración, lo que viene a poner de manifiesto la contradicción de fondo de un sistema que busca la desaparición de la prisión de escasa duración.

Aún así, la balanza se inclina a favor de los aspectos positivos de esta pena, eso sí, siempre que "se utilice sólo para combatir la criminalidad menor, se individualice con cuidado, se refuerce su contenido y se acuda al sistema de cuotas que ahora recoge el nuevo Código Penal español"<sup>53</sup>, en definitiva, siempre que su contenido y puesta en aplicación sean los correctos.

La multa aparece regulada en los artículos 50 a 53 adoptando el llamado *sistema de días-multa*. Este sistema sustituye el anterior de multa de cuantía única —se establecía un mínimo y un máximo de multa y el juez decidía dentro de esa cantidad—, e instaura el sistema de días-multa o escandinavo, acogido de manera generalizada en Derecho comparado<sup>54</sup>.

49-55 y ss.; *el mismo*, "La pena de multa", op. cit., pág. 2; Rolán Barbero, H.: *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, Madrid, 1983, pág. 53; Gracia Martín, L.: *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., págs. 144 a 148; Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco: *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., págs. 161 y 162.

<sup>53</sup> Manzanares Samaniego, J. L.: "La pena de multa", op. cit., pág. 2.

<sup>54</sup> Este sistema de multa por cuotas o multa escandinava ha sido adoptado, con algunas variantes, entre otros, por Finlandia, Suecia, Dinamarca, Perú, Cuba, Alemania, Austria, Portugal o Francia.

Este sistema se caracteriza por configurar *dos momentos* en la determinación de la multa:

1º. En primer lugar se establece la duración temporal o extensión de la multa, es decir el número de cuotas, que pueden ser diarias, mensuales o anuales. En este primer momento se atenderá fundamentalmente a la gravedad del injusto y la culpabilidad.

Si bien el límite mínimo de la multa se contempla en el artículo 33 del CP, al igual que el resto de las penas, su límite máximo hay que buscarlo en el núm. 3º del artículo 50 variando su extensión entre cinco días a veinticuatro meses —de cinco días a dos meses será pena leve, y de más de dos meses pena menos grave—. No obstante este tope máximo puede verse incrementado hasta treinta y seis meses de conformidad con el artículo 70.2.4º, siempre que la multa se imponga como pena principal. Si su imposición fuese como pena sustitutiva, no regirá este límite máximo por cuanto "en este caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas previstas en el artículo 88" —art. 50.3—.

2º. En segundo lugar se fija el importe de cada cuota dentro los márgenes establecidos en la Ley: la cuota diaria oscilará entre las doscientas y cincuenta mil pesetas, aplicable a la conversión en semanas, meses o años.

A la hora de la fijación del importe de cada cuota el Tribunal valorará "exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo" —art. 50.5—. De este modo se busca evitar la discrecionalidad permitiendo, al tiempo, una mejor y correcta individualización y potenciando el carácter igualitario del sistema.

La ejecución de la pena de multa debe determinarse por el Tribunal en la sentencia, señalando el tiempo y forma del pago de las cuotas —art. 50.6—. Queda, por tanto, al arbitrio del Tribunal la fijación de las circunstancias concretas de pago, entendiendo que esta flexibilidad ha de buscar la mejor ejecución de la pena.

Las ventajas de este sistema son evidentes y se resumen no sólo en una mejor adecuación del principio de igualdad, consiguiendo una multa más equitativa, sino favoreciendo el cumplimiento efectivo de la pena, con lo que, al menos teóricamente, se ve restringido el recurso al arresto sustitutorio en caso de impago. Además en caso de que el reo empeorara de fortuna después de dictar sentencia, el Tribunal podrá excepcionalmente reducir el importe de las cuotas.

No obstante, incomprensiblemente el legislador de 1995 ha previsto, junto a la multa por cuotas, con carácter excepcional y cuando el Código lo determine expresamente, la posibilidad de una *multa proporcional* al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo —art. 52—.

La naturaleza excepcional que se ha querido dar a esta multa proporcional no evita, sin embargo, la quebra y ruptura del conjunto articulado en torno a la pena pecuniaria por nuestro Código Penal. Su

inclusión —más bien permanencia— en el nuevo texto no se justifica ni por razones retributivas ni preventivo generales, ni de los cuantiosos beneficios que determinados delincuentes obtienen en la realización de específicas conductas delictivas<sup>55</sup>. Así tal y como apuntan Cerezo Mir y Manzanares Samaniego los fallos de la multa por cuotas pueden, en estos casos, salvarse por cuanto el daño causado forma parte del desvalor del resultado y será tenido en cuenta a la hora de fijar el número de cuotas; los objetos del delito deberán ser decomisados y los beneficios obtenidos pueden ser

neutralizados mediante el comiso o la pérdida de las ganancias<sup>56</sup>.

En estos casos de multa proporcional la cuantía y la capacidad económica del reo pasa a un segundo plano, operando con factores principales el daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio obtenido.

Además este tipo de multa no opera nunca como pena sustitutiva, sino como pena primaria para los supuestos expresamente previstos en la parte especial —receptación, delitos contra la hacienda pública, tráfico de drogas, blanqueo de dinero, etc.

---

<sup>55</sup> Sobre ello, Sánchez García, I.: "El sistema...(I)", op. cit., pág. 3 y Gracia Martín, L.: *Las consecuencias jurídicas* ., op. cit., págs. 167 y 168.

---

<sup>56</sup> Cerezo Mir, J.: "Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1995", en *La Ley*, núm. 4063, de 21 de junio de 1996, pag. 3 y Manzanares Samaniego, J.L.: "La pena de multa", op. cit., pág. 3.

Por su parte la insuficiencia de las cuantías resultantes de la aplicación de la multa por cuotas se evitaría suprimiendo el límite máximo para la cuota diaria, a modo del artículo 49.2 del Proyecto Alternativo alemán. Así, Gracia Martín, L.: *Las consecuencias jurídicas* ., op. cit., págs. 156 y 167 y 168.