

## **Estudios Monográficos**

### **La reforma del Código Penal y sus implicaciones penológicas**

Por Abel Téllez Aguilera  
Doctor en Derecho  
Jurista de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias

Es mucho más fácil dictar leyes y más leyes que gobernar con ellas o sin ellas (León Tolstoi)

Se analizan las consecuencias penológicas de las modificaciones del Código Penal efectuadas por Leyes Orgánicas 7/2003 (de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas), 11/2003 (sobre medidas concretas en materia de seguridad, violencia doméstica e integración social) y 15/2003 (de reforma del Código). El nuevo panorama es de incremento punitivo generalizado, con desaparición de penas que no han terminado de funcionar, y con alguna mejora técnica reseñable.

#### **SUMARIO:**

- **I. 2003: Un año de reformas penales.**
- **II. Adiós a la pena de arresto de fin de semana: sentido réquiem por una pena incomprensida.**
- **III. La irrupción de la pena de localización permanente.**
- **IV. Los cambios en la intensidad penal: la alargada sombra de la cadena perpetua.**
- **V. La individualización legal: o de cómo hacer un pan con cuatro granos de trigo.**
- **VI. La individualización judicial y penitenciaria.**
- 

#### **I. 2003: UN AÑO DE REFORMAS PENALES**

La reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (BOE del día 26 del mismo mes) ha supuesto la culminación de un año, el 2003, que se ha caracterizado por el hecho de que nuestro sistema penal haya sufrido una auténtica convulsión, como consecuencia de una serie de sucesivas reformas en aluvión que han venido a introducir en el mismo novedades de gran calado. Reformas para la protección a las víctimas de violencia doméstica, creación de los nuevos Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria, extensión de la doble instancia penal, ampliación del ámbito de los juicios rápidos, nueva configuración de la prisión preventiva, instauración de la orden europea de detención y de los Equipos conjuntos de investigación penal... son simplemente algunas de sus manifestaciones.

Lo que hoy nos ocupa es centrar nuestro estudio en las novedades penológicas que la reforma del Código penal ha traído consigo, fundamentalmente tras la última reforma operada por la LO 15/2003, sin olvidar otras anteriores acaecidas este mismo año, como las llevadas a cabo por las Leyes Orgánicas 11/2003 (sobre medidas concretas

en materia de seguridad, violencia doméstica e integración social) y la 7/2003 (de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas). Y a diferencia de otros estudios anteriores, en éste voy a utilizar una técnica eminentemente descriptiva y práctica, lo que explica la ausencia de notas de pie de página cuya inclusión es más propia de otro tipo de trabajos, lo que no significa que no deje entrever mi opinión y crítica personal de muchos cambios de los legislativos acontecidos.

En línea con lo dicho, no puedo dejar pasar la ocasión para señalar que la vertiginosa producción normativa que hemos sufrido en el último año ha afectado seriamente no sólo a la necesaria seguridad jurídica sino, lo que es aún más importante, a la calidad de las leyes promulgadas. Baste unos ejemplos. Hemos asistido atónitos a cómo se han reformado disposiciones que todavía no se hallaban vigentes por encontrarse en periodo de vacatio legis (art. 788.2 de la LECrim.), y, por el contrario, se ha introducido una reforma en un articulado que en el momento de producirse ya había sido reformado por otra reforma gestada más rápidamente (disp. adic. 5.ª de la LOPJ). Por si ello fuera poco, el legislador ha llegado a protagonizar un error que hasta ahora sólo lo encontrábamos en los medios de comunicación; me refiero al consistente en confundir libertad provisional con libertad condicional (léase, al respecto el apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas). Esta incontinencia legislativa ha llegado a su clímax con la contrarreforma efectuada en el nuevo régimen de la prisión provisional introducido en la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, modificado por la Ley Orgánica 15/2003 tan sólo un mes después.

Pues bien, volviendo a nuestro tema de estudio, las implicaciones penológicas de las citadas reformas, el mismo vamos a abordarlo desde una cuádruple perspectiva. En primer lugar lo analizaremos desde el punto de vista cualitativo, es decir, viendo qué penas han desaparecido y cuáles han irrumpido en nuestro repertorio penal de forma novedosa. A continuación estudiaremos estos cambios desde una perspectiva cuantitativa, es decir, analizando los cambios de intensidad penal aportados por la reforma. Y finalizaremos con un análisis desde el prisma de la individualización legal, judicial y penitenciaria de la pena.

## **II. ADIÓS A LA PENA DE ARRESTO DE FIN DE SEMANA: SENTIDO RÉQUIEM POR UNA PENA INCOMPRENDIDA**

En efecto, la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, ha procedido a hacer desaparecer de nuestro catálogo punitivo la pena de arresto de fin de semana y a sustituirla por la denominada pena de localización permanente (nuevo art. 35 del CP).

La pena de arresto de fin de semana, cuya primera manifestación como reacción punitiva la encontramos como medida de seguridad en la Ley de Peligrosidad de 1970, revistiendo la forma de sanción ya en la Ley del menor de 1992, y se intentó introducir, como pena propiamente dicha, ya en el primer Proyecto democrático de Código penal que data, como sabemos de 1980, reiterándose en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 y en los Proyectos de 1992 y 1994, este último convertido en Derecho positivo con el Código vigente de 1995. No se trató pues de una aparición sorpresiva, máxime si se tiene en cuenta los importantes antecedentes y la amplia tradición que esta modalidad punitiva presentaba en el Derecho comparado; así en Alemania desde 1943 o Inglaterra desde 1948.

La citada pena, como es sabido, estaba pensada para aquellos sujetos que teniendo claras vinculaciones laborales, familiares y sociales el cumplimiento de una pena corta

de prisión suponía para ellos unas consecuencias nocivas colaterales (ejemplo pérdida del puesto de trabajo) mucho más aflictivos que la pena en sí misma considerada. No creo que nadie con sentido común pueda reprochar nada a ello. Pero el problema vino no tanto, como algunos interesadamente quisieron dejar entrever, en su cumplimiento sino en el hecho de que la pena se imponía a sujetos que nada tenían que ver con el citado perfil, siendo frecuente encontrar a internos con muchos años de prisión que además tenían pendientes de cumplimiento tantos fines de semana, con la consecuente aparición de la necesidad de forzar la interpretación del art. 37 del CP para convertirlos, cuando el sujeto quería, en días continuos de prisión. Y ¿qué sentido tenía esto? Pues sencillamente ninguno; era un total y absoluto disparate, lo que ha acarreado que el legislador corte por lo sano y promueva su desaparición. Pero el problema es que no se ha querido investigar dónde está el problema, cuál es la razón para que ello aconteciera. Y no se ha profundizado en ello, o no se ha querido hacer, porque el responsable de este fracaso no es otro que el propio legislador. Sí el propio legislador del Código de 1995 que creó la pena de arresto de fin de semana y la abanderó como una conquista de un texto penal progresista cometió el craso error de configurar la misma no como una pena sustitutiva, como bien hizo con los trabajos en beneficio de la comunidad, sino también como una pena principal. Con ello había determinados tipos de delitos que el Código Penal anudaba su comisión irremisiblemente a la pena de arresto de fin de semana y ante ello el Juez penal no podía otra cosa que imponerla. Y como los delincuentes multirreincidentes suelen presentar un perfil criminológico caracterizado por el recorrido de un amplio espectro en la fenomenología criminal, pues, lógicamente, también cometían delitos castigados con aquellas penas, sin concurrir en su persona los presupuestos de vínculos laborales y sociales que daban sentido a esta fórmula penológica. Sólo la configuración como pena sustitutiva, y por tanto imponible sólo a quienes después de haber cometidos delitos de escasa importancia tuvieran el perfil citado hubieran salvado a la pena de arresto de fin de semana de una muerte prematura anunciada.

### **III. LA IRRUPCIÓN DE LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE**

La consecuencia de la desaparición de la mencionada pena de arresto de fin de semana ha traído como consecuencia la necesidad de ocupar el espacio penológico que hasta ahora aquélla ocupa. Para ello, en los delitos la antigua pena de arresto de fin de semana ha sido sustituida por una nueva pena corta de prisión que aparece en la reforma y que tienen una duración de tres a seis meses o por una ampliación del ámbito de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Por el contrario, en el ámbito de las faltas es la nueva pena de localización permanente la que viene principalmente a desempeñar esta labor sustitutiva, si bien no faltan ocasiones en que dicha función la cumple la pena de prisión de corta duración o el trabajo en beneficio de la comunidad.

Así pues, como pena relativamente novedosa encontramos la llamada pena de localización permanente. Y digo relativamente porque su antecedente más directo no es otro, como por cierto reconoce expresamente la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 (apartado III), que el arresto domiciliario que el artículo 85 del derogado Código Penal de 1944 (texto refundido de 1973) preveía como régimen potestativo de cumplimiento para los arrestos menores, o sea de un mes a un día de duración, si bien se acerca todavía más a los propios antecedentes de este precepto, esto es la Ley de 3 de enero de 1907 que permitía tal permuta sólo de penas de hasta

cinco días de arresto o las previsiones del Código Penal de 1932 que lo extendió a tan sólo penas de hasta diez días. La diferencia, claro está, es que lo que allí era una facultad discrecional sin condicionamientos del tribunal ahora se convierte en una pena privativa de libertad (art. 35) con sustantividad propia, si bien se trata siempre de una pena leve y alternativa que concurre normalmente de manera disyuntiva con la pena de multa, y en dos ocasiones con la pena de trabajo en beneficio de la comunidad (arts. 620.3 y 626).

Según dispone el art. 37, la pena de localización permanente obliga al penado a permanecer en su domicilio o en el lugar que fije el juez en la sentencia la cantidad de días a que se le condene (de uno a doce como máximo), y que podrán cumplirse bien de forma continuada bien de forma no continuada o durante los fines de semana si el reo así lo solicita y el Juez o Tribunal sentenciador lo acuerda, una vez oído al Ministerio público, por entender que las circunstancias aconsejan tal cumplimiento discontinuo.

En cuanto al régimen de quebrantamiento de esta pena se mejora sustancialmente respecto a su antecesor de los arrestos de fines de semana en donde, como recordaremos, la deducción del correspondiente testimonio por el Juez o Tribunal sentenciador se realizaba cuando el penado incurría en dos ausencias. Ahora desaparece esta dispensa legal del primer quebrantamiento y, por lo tanto, el mismo se produce desde el momento en el que se incumple el deber de permanencia. Además, y ésta es otra mejora de redacción destacable, en estos casos el Juez o tribunal no «podrá», como decía el 37.3 en su redacción antigua, sino que «deducirá» testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el art. 468 del CP.

Nada se dice el art. 37 de cuáles sean los medios de control de la efectividad del cumplimiento de esta pena, por lo que no hubiera estado de más una previsión como la realizada en el art. 48.4 relativa a la posible utilización de medios electrónicos. El problema es que el citado artículo 48 se refiere a la ejecución de las penas privativas de derechos mientras que, como ya hemos dicho, la pena de localización permanente es una pena privativa de libertad lo que imposibilita su aplicación, al igual que ocurre con las previsiones contenidas en la legislación penitenciaria para reclusos, ya que el penado a esta nueva pena no se encuentra vinculado jurídicamente con la Administración penitenciaria.

Para finalizar, señalar que en cuanto a la posible revisión de sentencias impuestas antes de la reforma y que pudieran ser susceptibles de aplicación retroactiva de ésta por ser más favorable (art. 2.2 del CP) la disp. transit. 4.<sup>a</sup> de la LO 15/2003 señala que a efectos de la necesaria comparación de los textos legales, cada día de localización permanente equivale a un día de prisión.

#### **IV. LOS CAMBIOS EN LA INTENSIDAD PENAL: LA ALARGADA SOMBRA DE LA CADENA PERPETUA**

Varias son las penas que en la reforma del Código Penal han visto aumentada su duración teórica, siendo destacable:

a) Las penas de alejamiento y de no aproximación a la víctima ven ampliados sus límites máximos, pasando de los seis meses a cinco años de la regulación anterior a una duración de un mes a diez años de la actual, pudiendo llegarse a los veinte años cuando se imponga como pena superior en grado (art. 70). Además, se incluye la previsión de su cumplimiento simultáneo con la de prisión e incluso concluida la pena, para evitar el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios

penitenciarios o después de su cumplimiento (art. 58). Se mejora la redacción, al dotarla de mayor claridad sistemática y expositiva, al establecerse por separado las tres modalidades existentes en la actualidad, con el fin de que se pueda imponer la que corresponda a la verdadera naturaleza del delito: la prohibición de residir y acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas y la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas. Y por último, se mejora técnicamente para que sirva con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra la violencia doméstica, estableciéndose la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos, así como la prohibición de comunicaciones por medios informáticos o telemáticos. Esta misma reforma se hace en la regulación de la medida de seguridad equivalente.

b) La pena de trabajo en beneficio de la comunidad, que ahora pueden tener una extensión de hasta ciento ochenta días frente al tope de trescientos ochenta y cuatro horas anteriores (art. 33), encuentra una más amplia regulación en el nuevo art. 49. Junto al tradicional perfilamiento que, como sabemos, realizó ex novo el legislador de 1995 (configuración como pena privativa de derechos --¿derecho al descanso laboral?--, necesidad de consentimiento del penado para evitar la conculcación de la proscripción constitucional de los trabajos forzados, salvaguarda de la dignidad del penado, no supeditación al logro de intereses económicos, será facilitado por la Administración...), la reforma que comentamos ha introducido importantes novedades que podemos cifrar en:

-- Se acota las características que el trabajo ofrecido al penado puede tener, al señalar que podrá consistir en labores que tengan relación con el delito cometido, en reparar los daños causados por el mismo o en actividades asistenciales a las víctimas. Se acoge con ello la posibilidad de que los trabajos en beneficio de la comunidad se configuren como programas de confrontación del delincuente con el daño ocasionado, lo que desde una perspectiva criminológica debe ser acogido positivamente. Otra cosa será que llegado el momento existan realmente los citados programas, y que, por tanto, la previsión legal no quede en un mero flatus vocis que impida hacer efectiva una respuesta penal que puede tener unos buenos resultados.

-- El control judicial de la ejecución de esta pena pasa de los tribunales sentenciadores al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Esta transmutación de competencia merece una reflexión. Como es sabido el Juez de Vigilancia Penitenciaria fue concebido en la Ley Penitenciaria de 1979 como un garante del cumplimiento de las penas y medidas privativas de libertad (art. 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 76 del mismo texto legal). De los modelos que el Derecho comparado ofrecía, el legislador de finales de los setenta optó, fundamentalmente, no por un juez de ejecución de penas sino como un juez tuitivo de la legalidad y de los derechos de los condenados tan sólo a una clase de penas, las privativas de libertad. Pues bien, con la reforma del Código Penal se ha venido a dar un cambio de timón a la citada orientación, pues junto a las tradicionales funciones atribuidas a este órgano jurisdiccional respecto a las penas privativas de libertad se le atribuye ahora también el control de una pena privativa de derechos cual es el trabajo en beneficio de la comunidad, amén de conferirle funciones estrictamente penológicas hasta ahora competencia exclusiva de los tribunales sentenciadores (caso de la nueva competencia atribuida en el art. 58 para el abono de prisión preventiva sufrida en otra causa).

-- Por último, la llamada a una regulación reglamentaria que hacía el texto derogado del art. 49 (y que como sabemos encontró cumplida respuesta en el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril) ha sido sustituida por una regulación básica que se concreta

en los siguientes extremos: Los Servicios Sociales Penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena, y, en todo caso, siempre que el penado se ausente del trabajo durante al menos dos jornadas laborales (siempre que ello no suponga un rechazo voluntario por su parte del cumplimiento de la pena), su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible (previo los requerimientos oportunos del responsable del centro de trabajo), se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que le diera el responsable del trabajo referido al desarrollo del mismo, o cuando por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro. Una vez elaborado el informe por los citados servicios, el Juez de Vigilancia podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha cumplido la pena (competencia ésta un tanto excesiva al permitir al Juez de Vigilancia, a la vista de los informes de las incidencias, dar por cumplidos un número de jornadas de trabajo que efectivamente no se han cumplido, como una especie de indulto judicial sin que se especifique cuáles son las razones que pueden llevar a ello). Se prevé, asimismo, que en caso de incumplimiento se deduzca el oportuno testimonio por delito de quebrantamiento de condena (que será eventualmente castigado con la pena prevista en el segundo inciso del 468 ya que el penado no se encuentra privado de libertad), si bien se olvida hacer una remisión a los supuestos en los que la pena de trabajo comunitario sea sustitutiva de una pena de prisión (art. 88.1), en cuyo caso el incumplimiento conllevará el cumplimiento de la pena de prisión sustituida descontando tantos días como jornadas ya se hayan trabajado (art. 88.2). Por último se añade la previsión de que en caso de ausencia justificada ésta no se entenderá como abandono, si bien el trabajo perdido no se computará, lógicamente, en la liquidación de la condena en donde sólo contarán los días o jornadas efectivamente trabajados.

c) Respecto a la pena de multa ahora se aumenta su extensión temporal mínima pasando de los cinco a los diez días y el importe de la cuota diaria también se ve incrementado al convertir las pesetas a euros; así se pasa de 200 a 50.000 pesetas de la regulación anterior a de 2 a 400 euros actuales (arts. 50.3 y 50.4). Pero la reforma ha aportado a la pena de multa otras novedades, si bien se sigue partiendo de la misma configuración básica imprimida en el Código de 1995, esto es, como regla su configuración bajo el sistema de días multa y, sólo excepcionalmente cuando así lo prevea el correspondiente tipo, por la multa proporcional.

-- Respecto a los supuestos en los que la multa se impone a los administradores de hecho o de derecho o a los que actúan en nombre o representación, legal o voluntaria de personas jurídicas, al amparo de lo dispuesto en el art. 31, del pago de la misma ahora responde solidariamente la propia persona jurídica administrada o representada.

-- Ante la posibilidad de que, por causa justificada, el tribunal autorice la demora del pago o su cumplimiento aplazado, el 50.6 puntualiza que ambas posibilidades deben realizarse dentro del plazo de los dos años siguientes a la firmeza de la sentencia (art. 50.6 inciso primero).

-- En cuanto al incumplimiento de esta pena cuando se acuerda su pago aplazado, se prevé que el impago de dos plazos determina el vencimiento de los restantes (art. 50.6 in fine), lo que abre paso a la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria, la cual ahora, ante la desaparición de los fines de semana, podrá cumplirse mediante localización permanente. Creo que esta previsión legal de cumplimiento debería no haberse contemplado, pues entiendo que la pena de arrestos de fin de semana, dado

que en el fondo suponía un ingreso en prisión, sí que tenía fuerza intimidatoria suficiente como para compeler al sujeto a pagar la multa, algo de lo que carece la localización permanente. ¿Quién va a preferir pagar una multa millonaria ante la posibilidad de simplemente quedarse en su casa, incluso sólo los fines de semana?

-- Respecto a la citada responsabilidad personal subsidiaria, el conocido en la práctica como arresto sustitutorio, la prohibición de que el mismo se imponga a condenados a determinadas penas de prisión (el texto habla de pena privativa de libertad pero dado el límite temporal a que se refiere solo es predicable de la prisión) se pasa de las penas superiores a cuatro años (tope que fue fruto de la rebaja operada por el Código de 1995, pues en el de 1973 era de seis años) a las superiores a cinco años.

d) En materia de penas accesorias se introducen las siguientes modificaciones:

-- En el art. 56 se produce una mejora en la redacción, al separar en ordinales las medidas, lo cual trae como consecuencia el aclarar que la necesidad de vinculación entre el delito cometido y la pena impuesta es predicable sólo de la inhabilitación especial para empleos, cargos, profesiones oficios o cualquier otro derecho (56.1.3.<sup>a</sup>) y no para el sufragio pasivo o la suspensión de empleo o cargo público.

-- En el citado precepto se incluye la mención de ser aplicable sin perjuicio de la inhabilitación absoluta prevista para los delitos de terrorismo en el art. 579.

-- En el art. 57 la pena accesoria se define por remisión a las prohibiciones previstas en el art. 48 y se eleva su duración de cinco a diez años para el caso de delitos graves, fijándose en cinco (tope general previsto en el texto derogado) para los menos graves. Además se prevé una aplicación obligatoria de la prohibición de acercarse a la víctima o sus familiares en los casos de violencia doméstica, prohibición que no excederá de diez años cuando el delito fuera grave y de cinco si fuera menos grave.

e) En cuanto a la frontera entre la catalogación de una misma pena como grave o menos grave encontramos cambios en cuanto a que el límite que determina el cambio de dicha clasificación varía tanto en las penas restrictivas de derechos, colocándose, según la clase de pena, en cinco y ocho años lo que antes era tres o seis.

Pero, sin duda alguna, es en la pena de prisión donde encontramos una más importante y de mayor repercusión novedad. Por un lado sus límites legales, tanto inferior como superior, experimentan una modificación, y, por otro la frontera para determinar su naturaleza también varía en la línea antes señalada. Empezando por este último aspecto, hemos de decir que ahora la pena de prisión es menos grave cuando tienen una duración de entre tres meses (con lo que se rebaja la pena de prisión mínima existente de los seis meses a los tres) y los cinco años (en lugar de los tres de la regulación anterior), teniendo la catalogación de grave cuando supera los cinco años. El citado cambio es argumentado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 en la finalidad de «armonizar con la distribución de competencias entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial». No se alcanza a ver que tiene que ver una cosa con la otra, pues el art. 14 de la LECrim. determina la distribución de competencias entre ambos en función de la duración de la pena (superiores o no a los cinco años de prisión) y no por la gravedad de las mismas. En cualquier caso, una de las mayores repercusiones que la citada calificación tenía, y que era a la hora de poder decretar la prisión provisional durante la tramitación de la causa sobre delitos castigados por la ley con penas graves ha quedado diluido tras la nueva redacción del art. 503 de la LECrim. operada por Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, en donde el criterio que se utiliza ya no es el de la gravedad sino el de la duración (como regla general, aunque con numerosas e importantes excepciones, delitos castigados con penas de más de dos años de prisión). No obstante, siguen existiendo en la legislación

referencias a la catalogación de la pena para hacer depender de ello importantes consecuencias: así por ejemplo, el recurso de apelación contra la clasificación o libertad condicional de penados tendrá efectos suspensivos cuando se refiera de penas graves (por remisión indirecta ya que la disp. adic. 5.<sup>a</sup> de la LOPJ, en redacción dada por la Ley Orgánica 7/2003 habla de delitos graves, los cuales son, ex art. 13.1 del CP, los castigados con pena grave).

Pero en la pena de prisión encontramos algo más importante, aún que su extensión de la duración inferior y el cambio en la frontera de su gravedad. Me refiero al importante aumento del límite superior de su duración. En efecto, al margen de los aumentos acaecidos en virtud de la individualización legal de la pena que el legislador ha realizado a la hora de establecer la pena correspondiente en cada tipo, el mayor y más espectacular aumento lo encontramos en los supuestos de acumulación de penas en los supuestos de concurso real de delitos. Y es que, como es de sobra conocido, el sistema que sigue nuestro Código Penal para la punición del concurso real de delitos es el de la acumulación material (arts. 73 y 75) limitado por el principio de acumulación jurídica (art. 76). Es decir, al responsable de dos o más delitos se le imponen las penas correspondientes a cada uno de ellos, pero la suma total, en los casos en que fueron impuestas en un solo proceso o en distintos pero por delitos que por su conexión pudieran haberse enjuiciado en uno sólo, se limita al triple de la más grave, sin que este máximo de cumplimiento pueda superar los topes que fija el art. 76, y que hasta la reforma que comentamos, eran de 20, 25 o 30 años, según los casos allí previstos. Para los supuestos en los que la pena resultante de la acumulación supusiera una rebaja superior a la mitad de la suma de todas las penas, el art. 78 preveía la posibilidad de que el Tribunal sentenciador señalará, atendiendo a la peligrosidad del sujeto, que los beneficios penitenciarios y el cómputo para disfrutar de libertad condicional se realizasen no sobre la pena acumulada resultante sino sobre el total de las penas, acuerdo que podía luego el Juez de Vigilancia modificar en función de la evolución tratamental del penado, y por tanto dejar sin efecto dicha limitación.

Pues bien, la Ley Orgánica 7/2003 ha procedido a realizar una reforma en los arts. 76 y 78 del CP, cuyos aspectos más destacados son los siguientes: Se parte del mismo sistema de punición del concurso real (esto es principio de acumulación material limitado por el de acumulación jurídica) señalando como tope el triplo de la pena más grave y fijando el tope punitivo general en los 20 años. Excepcionalmente se mantienen los topes de 25 (para cuando alguno de los delitos está castigado por la ley con pena de hasta 20 años) y 30 (si para alguno de los delitos la pena legalmente prevista es superior a los 20 años). La novedad fundamental consiste en que se incluye un nuevo tope penológico de 40 años de prisión para los supuestos en que dos delitos estén castigados con penas superiores a 20 años, salvo que se trate de delitos de terrorismo, en cuyo caso basta la existencia de un solo delito castigado legalmente con pena superior a 20 años para que la pena acumulada total a cumplir se sitúe en los 40 años. Junto a esta fundamental novedad, comentar que se añade en el ap. 2.<sup>o</sup> del art. 76 la mención expresa al momento de la comisión del delito como criterio, junto al de conexión, que permite la acumulación punitiva.

Por otro lado, y respecto a las limitaciones previstas en el art. 78, éstas se agudizan, en el sentido de que lo que era una facultad del Juez o Tribunal sentenciador antes de la reforma se convierte ahora en un acuerdo preceptivo para los supuestos en los que la pena resultante sea de 25, 30 o 40 años (siempre que dicho tope represente un ahorro de más de la mitad de la duración que representaba la suma lineal de todas las condenas), ampliándose el campo de aplicación no sólo a los beneficios y libertad



condicional sino también a los permisos y a la clasificación en tercer grado. Por su parte, la restricción comentada se extiende, asimismo, a la posibilidad de que el Juez de Vigilancia pueda luego revisar dicho régimen, pues en los casos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones delictivas dicha posibilidad nunca podrá darse para poder clasificarse en tercer grado antes de que reste tan sólo una quinta parte del límite máximo de cumplimiento o una octava parte para acceder a la libertad condicional.

Quizás con un ejemplo se vea más claro el mecanismo. Si un sujeto es condenado por varios delitos no relacionados con el terrorismo ni cometidos en el seno de una organización delictiva, por ejemplo, por varios asesinatos, a cinco penas de 25 años, la suma total de penas de prisión es de 125 años de condena. Si los delitos se impusieron en un mismo proceso o pudieron haberlo sido ya que se cometieron sin estar condenado en sentencia firme anterior por alguno de ellos, entonces la acumulación hará que la pena a cumplir sea de 40 años. Y como 40 años supone cumplir menos de la mitad de 125, el tribunal sentenciador si fue uno sólo o quien procedió a la acumulación en caso de ser varios (el último que impuso una condena ex art. 988 de la LECrim.) acordará que para poder disfrutar de permisos (tener cumplida la cuarta parte de la condena), ser clasificado en tercer grado (mitad de la condena), obtener la libertad condicional (cumplimiento de 3/4 parte) o el beneficio de su adelantamiento (2/3 parte) el cómputo se refiera no a los 40 años sino a los 125 años, lo que a la postre, y en román paladino, viene a significar que no podrá disfrutar nunca ni de libertad condicional ni de adelantamiento de la misma, ya que las 2/3 y 3/4 partes de 125 sobrepasan los 40 años que el sujeto va a estar en prisión, y respecto a los permisos tan sólo podría comenzar a disfrutarlos pasados 31 años y 3 meses (1/4 de 125 años). No obstante, el Juez de Vigilancia, viendo la evolución del sujeto, podría hacer que el régimen de cumplimiento fuera el general, esto es que las citadas fechas de cumplimiento se refirieran a los 40 años, con lo que podrá comenzar a disfrutar de permiso transcurridos los 10, ser clasificado en tercero a los 20 y salir en libertad condicional a los 30. Pero pensemos que nuestro sujeto ha sido condenado por delitos de terrorismo, en este caso la aplicación del régimen limitado de cumplimiento podrá ser cambiado al régimen general por el Juez de Vigilancia, sólo para que el sujeto pueda ser clasificado en tercer grado cuando le falte una quinta parte para los 40 años (o sea, lleve cumplidos 32 años) o para disfrutar de libertad condicional cuando le falte una octava (esto es, lleve cumplidos 35 años).

Dejando a un lado las cuestiones técnicas de la reforma, de las que ya me he ocupado en otro trabajo anterior, entiendo que el problema fundamental que late en la fijación de un tope penológico de 40 años de prisión, con el régimen visto, esto es partiendo de su cumplimiento íntegro y dejando abierto un portillo para que se pueda disfrutar de una libertad condicional a partir de los 35, es el relativo a la necesidad de plantearnos si estamos o no a presencia de una forma de cadena perpetua, cómo se engarza esta reforma con el mandato resocializador contenido en el art. 25.2 de nuestra Constitución y cómo se justifica este tratamiento diferenciado por categorías delictivas. En primer lugar hay que relativizar el concepto que de cadena perpetua se tiene en el actual panorama del Derecho penal de los países europeos. Los ordenamientos que contemplan en sus textos punitivos dicha pena, caso de Italia, Alemania o Francia, prevén expresamente la posibilidad de que el interno alcance la libertad anticipadamente, disfrutando de libertad condicional alcanzado un tope mayor o menor de cumplimiento. Tan sólo en la Constitución portuguesa encontramos una proscripción expresa de la prisión perpetua (art. 29.1). Nadie es condenado irremisiblemente en

Europa a pudrirse en prisión. Desde la citada premisa sí que podría calificarse de cadena perpetua la imposición de una pena de 40 años en la que la libertad condicional tan solo puede alcanzarse a los 35 años. No se llamará expresamente así, pero coincide con lo que se conoce en Europa como cadena perpetua, incluso la hace más rigurosa que en algunos países (por ejemplo, en Italia, la cadena perpetua permite la liberación condicional a los veintiséis años --art. 176.3 del Código Penal italiano--, y en Alemania a los quince --art. 57 a del CP--). Por eso no ha faltado ya en nuestro país quien se haya pronunciado a favor de una reforma penal que la instaure, máxime cuando el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 y ratificado por nuestro país el 4 de octubre de 2001, expresamente la acoge.

La cuestión de fondo es saber si una pena como la dicha anteriormente (40 años con posibilidad de libertad condicional a los 35) es acorde con nuestra Constitución. Y ello se concreta sobre la respuesta a si la misma constituye, por un lado, un atentado a la proscripción de penas inhumanas o degradantes prevista en el art. 15 de la Carta Magna, y si, por otro, es compatible con el mandato resocializador impuesto en el 25.2. Pues bien, respecto a la primera cuestión, hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha vinculado la calificación de una pena como inhumana o degradante no tanto a su duración sino a su contenido material, afirmando que «depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena» (STC 65/1986, de 22 de mayo). Precisamente, ese fue el argumento por el que el Tribunal Constitucional denegó el amparo de un súbdito italiano al que las autoridades de su país le reclamaban para el cumplimiento de una pena de reclusión perpetua o «ergástolo» impuesta en un proceso penal celebrado en ausencia del procesado (STC 91/2000, de 30 de marzo). La cuestión es, por tanto, el contenido sustancial de la pena y que ésta, pese a ser perpetua o de muy larga duración, siempre lleve aparejada la posibilidad de una libertad anticipada. Y así lo han entendido los Tribunales Constitucionales de diversos países europeos cuyos Ordenamientos contemplan la cadena perpetua (así en Alemania ya en la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de junio de 1977, y en Italia desde las pronunciadas por la Corte Constitucional el 22 de noviembre de 1974, 27 de septiembre de 1983 y 28 de abril de 1984), y de forma reiterada el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias de 25 de octubre de 1990 (caso Thynne, Wilson y Gurmell vs. Reino Unido), 18 de julio de 1994 (caso Wyrine vs. Reino Unido) y 16 de octubre de 2001 (caso Einhorn vs. Francia).

Respecto al mandato contenido en el art. 25.2, esto es a que las penas estén orientadas a la reinserción social, es de sobra conocida la doctrina constitucional que ve en su consagración tan sólo un mandato al legislador, y por tanto no un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación. Se trata pues de un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derecho fundamental alguno y que en ningún caso supone que la reinserción sea la única finalidad de la pena privativa de libertad. Es más, se llega a afirmar que es precisamente en las penas cortas donde el citado mandato encuentra mayores dificultades de ser llevado a cabo (STC 19/1988, de 16 de febrero), lo que, a sensu contrario, podría llevar a colegir, erróneamente a mi entender, que mientras más larga es la duración de la pena mayores son las posibilidades de éxito del tratamiento penitenciario. La cuestión,

entiendo, no es esa, sino que pasa por la necesaria ponderaciones de los fines preventivo generales y especiales que la pena ha de perseguir. Está claro que una prisión de por vida, sin posibilidad alguna de libertad anticipada, amén de pena inhumana como antes vimos, sería atentatoria al mandato reinsertador por convertirlo, simplemente, en imposible. Pero, ¿y una pena de 40 años con libertad condicional a los 35? El Consejo General del Poder Judicial, en su informe al entonces Anteproyecto de ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, siguiendo la estela ya marcada por el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 21 de junio de 1977, dedujo que a fin de cuentas se trata de una opción del legislador a la hora de ponderar coordinadamente la prevención general y la especial en delitos especialmente graves, de gran contenido de injusto y culpabilidad. Si ello es así, esto es, si no hay tacha de constitucionalidad, ello no significa, como dijimos más arriba, que la medida esté basada en fundamento criminológico alguno que permita deducir de la reforma una mayor prevención de los graves delitos a los que se aplica, máxime en los casos de la llamada delincuencia de convicción (terrorismo) o caracterial (asesinos psicópatas, violadores con disfunciones de personalidad...). La única ventaja es la que es. Estos delincuentes estarán más tiempo alejados de la sociedad, pero llegado el momento alcanzarán la libertad. ¿Se planteará entonces el legislador de turno modificar de nuevo los artículos 76 y 78 para aumentar las penas otros cuantos años?

## **V. LA INDIVIDUALIZACIÓN LEGAL: O DE CÓMO HACER UN PAN CON CUATRO GRANOS DE TRIGO**

Como consecuencia de los cambios penológicos antes descritos, se producen en los Libros segundo y tercero del Código penal, esto es en la descripción legal de los correspondientes tipos de delitos y faltas, importantes variaciones en la intensidad penal con que se castigan dichos ilícitos, amén de algunas relevantes incriminaciones y descriminalizaciones de conductas.

En efecto, como principal consecuencia de la desaparición de la pena de arresto de fin de semana y la extensión del límite inferior de la de prisión, encontramos:

a) Por un lado se produce una sustitución de la pena de arresto de fin de semana de tal manera que cuando ésta era utilizada para castigar faltas ahora es, como regla general, la pena de localización permanente la que ocupa su lugar, con una conversión de cada fin de semana por dos días de localización permanente. Esta revisión penológica, no obstante, es aprovechada, asimismo, para incrementar los mínimos legales de las multas de algunas faltas (arts. 621.3, 627, 628, 631), incluso en algún supuesto, el del 620 último párrafo, en la falta de amenazas, coacciones, injurias o vejación injusta leve cometida en el ámbito familiar, la antigua multa es sustituida ahora por penas de trabajos en beneficio de la comunidad.

b) Por otro lado, cuando la pena de arresto de fin de semana figuraba en el Libro II, esto es para castigar a delitos, la sustitución se produce, como regla general, con una extensión de la pena de prisión que facilita el contar ahora con penas cortas de prisión de duración a partir de los tres meses. Y aquí, a diferencia de lo que hemos dicho antes sobre la sustitución en las faltas por la localización permanente, no hay un módulo fijo de conversión sino que el legislador en cada caso ha procedido a fijar el nuevo quantum penal. Así por ejemplo, una pena de 7 a 24 fines de semana del texto derogado aparece sustituida ahora por penas de prisión de tres a seis meses en el art. 147.2, de tres a cinco meses en el art. 158, incluso de 6 meses a dos años en el 170.2.

No faltan, sin embargo, ocasiones en los que los fines de semana se sustituyen por trabajos comunitarios (art. 244.1) o por prisión más multa (arts. 226 y 227).

c) Aprovechando la reforma se retocan asimismo, mayoritariamente al alza (excepción, por ejemplo en el art. 184), la cuantía de las multas (en ocasiones doblando su duración, por ejemplo en arts. 185 y 186, o triplicándolo, por ejemplo en el 225) y de las penas de prisión, en donde encontramos cambios sustantivos en delitos como los relacionados con la violencia doméstica (arts. 153 y 173.2), la pornografía infantil (art. 189), los delitos contra la propiedad intelectual (art. 271), el acceso fraudulento a servicios de radiodifusión sonora o televisiva o servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica (nuevo art. 286) o el tráfico de drogas (arts. 369 y 370), a lo que habrá que añadir la creación de nuevos delitos como los de lesa humanidad (art. 607 bis), la inmigración clandestina de personas, con agravación para el caso de que sea con fines de explotación sexual (318 bis), los delitos contra la Corte Penal Internacional (art. 471 bis), el resurgimiento de la punición del rufián (art. 188.1 in fine), el maltrato de animales domésticos causando muerte o lesión (art. 337, frente a la falta del 632) o la mutilación genital (art. 149.2), entre otros.

d) En contraposición a lo anterior son escasos los ejemplos en los que se produce una rebaja pena de prisión (ejemplo art. 249 donde se rebaja el límite superior de 4 a 3 años), o se produce una descriminalización directa (ahí está la incomprensible impunidad de la conducción de vehículos sin seguro obligatorio del párrafo 2.º del 636) o indirecta, mor a un importante aumento de las cuantías mínimas necesarias para considerarse la acción como delictiva (caso paradigmático el delito fiscal que de exigir que lo defraudado superase los quince millones de pesetas se ha pasado ahora a exigir que supere los 120.000 euros). En esta línea, hay que tener presente la degradación de delito a falta que se produce al convertir la antigua frontera de los delitos patrimoniales no violentos de 50.000 pesetas en 400 euros.

e) De singular importancia, y de ahí que le dé nombre al subtítulo de este epígrafe, es la reforma introducida por la Ley Orgánica 11/2003 en materia de transmutación de cuatro faltas en un delito. En efecto, en los casos de comisión de acciones constitutivas, en principio, de faltas de lesiones (art. 617), hurto (art. 623.1) y hurto de uso y robo con fuerza de vehículos (art. 623.3), cuando se cometan cuatro de tales acciones en el plazo de un año (y siempre que en el caso de las faltas patrimoniales superen en su conjunto los 400 euros) se castigará como un delito de lesiones (art. 147.1 in fine), de hurto (art. 234 párrafo 2.º) o de hurto de uso o robo con fuerza de vehículo (art. 244.1 párrafo 2.º). Es por ello, que de esta facultad de convertir cuatro faltas en un delito, se halla dicho que es como pretender convertir cuatro granos de trigo en un pan, pues en realidad entre estos dos tipos de infracciones no hay una progresión que pudiera justificar este cambio de naturaleza, aunque la diferencia entre la falta y el delito se haga depender del valor de lo sustraído. Como afirma la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003 (apartado II), se trata de «medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubiesen sido aún juzgados y condenados». Esta necesidad, lógica por otra parte, de que se trate de faltas juzgadas es, en cierto sentido, contradictoria con la filosofía de progresiva aplicación de los juicios inmediatos de faltas prevista en la Ley 38/2002. Quizás una redefinición de la agravante de multirreincidencia, haciéndola expresamente extensible a la existencia de tres faltas de la misma naturaleza cometidas en el plazo de un año, hubiese sido una buena manera de alcanzar los objetivos pretendidos salvando el escollo antes mencionado.

## VI. LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL Y PENITENCIARIA

Varias y sustanciosas son las novedades que se contienen en la reforma en materia de individualización judicial, esto es, en las reglas que tienen como destinatario el Juez y que le sirve a éste para concretar la pena dentro de la horquilla legal fijada en cada tipo.

a) El art. 23, referido como sabemos a la circunstancia mixta de parentesco precisa que el agraviado sea «o haya sido» cónyuge, pareja, ascendiente, descendiente o hermano del ofensor «o de su cónyuge o conviviente», lo que, como vemos, dota de mayor amplitud a la citada circunstancia.

b) El art. 65 ve mejorada su redacción al sustituir la farragosa redacción de circunstancias que consistan en «la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal» por, simplemente «circunstancias que consistan en cualquier causa de naturaleza personal». Además se introduce un nuevo núm. 3, según el cual cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate, con lo que se acoge la solución jurisprudencial dada a la penalidad correspondiente a la participación de los extraneos en los delitos especiales propios referida a la necesidad de atenuar la pena en estos casos y que hasta ahora se resolvía con la aplicación de la atenuante analógica del 20.6.

c) Ha sido la Ley Orgánica 11/2003 la que ha dado nueva redacción al art. 66 en el que, como es de sobra conocido, se establecen las reglas generales de individualización judicial por concurrencia de atenuantes y agravantes, estableciéndose al respecto:

-- Si concurre una sola atenuante se aplica pena señalada por la ley en su mitad inferior.

-- Varias atenuantes o una o varias muy cualificadas (sin atenuantes): pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al número y entidad de dichas atenuantes.

-- Una o dos agravantes: pena en mitad superior.

-- Dos o más agravantes sin atenuantes: podrá aplicar pena superior en grado en su mitad inferior.

-- Agravante de reincidencia consistente en tres o más delitos (no cancelados o cancelables) de mismo título y naturaleza: pena superior en grado.

-- Ni atenuantes ni agravantes: pena establecida por la ley en la extensión adecuada en atención a las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

-- Atenuantes y agravantes: se valorarán y compensarán racionalmente. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado, y si se mantiene un fundamento cualificado de agravación se aplicará la pena en su mitad superior. Con ello se recoge el criterio adoptado en el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo para unificación de doctrina de 27 de marzo de 1998.

-- Cuando los jueces apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

d) También en el art. 68 se vuelve a acoger un criterio ya sentado por la jurisprudencia penal de nuestro Alto Tribunal, y que se asentó sólidamente después del acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo para unificación de doctrina de 23 de marzo de 1998. Me refiero a la exigencia, que no potestad, de imponer la

pena inferior en uno o dos grados en los supuestos de concurrencia de la circunstancia prevista en el art. 21.1 del CP (atenuante de eximente incompleta).

e) Respecto al modo de determinar cuáles sean las penas superiores o inferiores en grado se mejora la redacción del art. 70 al preverse que el límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer. Y para el límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer. Además se modifican los topes máximos de las penas superiores en grado cuando se trata de inhabilitación especial o absoluta (pasando de veinticinco a treinta años) y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas (que pasa de quince a veinte), amén de introducirse los topes de las nuevas penas restrictivas de derechos. Y en cuanto a las penas inferiores en grado, el 71 añade la previsión de que ello nunca supondrá la degradación de delito a falta y modifica en límite inferior a partir del cual la pena de prisión debe ser siempre sustituida (pasando de las inferiores a seis meses a las inferiores a tres, debido a la ampliación del umbral mínimo de esta pena ya estudiado).

f) El nuevo art. 72 deroga la referencia a la aplicación analógica de las reglas anteriores para consignara ahora sin ambages un mandato de motivación de la sentencia, afirmando que los Jueces y Tribunales «razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta».

g) En el delito continuado (art. 74), además de precisar que la excepción de su admisibilidad en los delitos contra el honor y contra la libertad e indemnidad sexual lo es siempre que afecten al mismo sujeto pasivo (con lo que se acoge parcialmente un criterio sólidamente asentado en nuestra jurisprudencia) establece una importante novedad penológica consistente en que ahora ya no es sólo la correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior sino que puede llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

h) En materia de suspensión de ejecución de penas privativas de libertad las novedades son:

-- El tope penológico que la hace posible pasa de «las inferiores a dos años» a «no superiores a dos años», por lo que ahora la pena de dos años queda dentro del campo de aplicación del art. 80, con la añadida novedad de que en el cómputo de los mismos no se contabilizan los arrestos sustitutorios por impago de multas (art. 81).

-- Junto al tradicional criterio de la peligrosidad criminal del sujeto a valorar, fundamentalmente, para la suspensión, se añade uno nuevo: «la existencia de otros procedimientos penales contra éste».

-- Desaparece la inscripción de las penas suspendidas en una sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes (arts. 82 y 85).

-- Se establecen normas especiales para los casos de violencia doméstica: siempre se condiciona la suspensión al cumplimiento de las prohibiciones de acudir a determinados lugares o aproximarse o comunicarse con la víctima o sus familiares (art. 83.1 in fine) y se prevé que el incumplimiento de los mismos determina la revocación de la suspensión (art. 84.3).

-- Importante son las novedades en caso de suspensión de penados drogodependientes que incorpora el art. 87. Ahora las penas que pueden acogerse a esta suspensión privilegiada alcanzan los cinco años («no superiores a cinco años») frente a los tres del texto anterior, y el requisito fundamental para acordarla es única y exclusivamente el que el condenado se encuentre deshabitado o sometido a

tratamiento para tal fin (exigiéndose ahora siempre informe del Médico forense sobre tales extremos), y, por tanto, desapareciendo la exclusión de los reos habituales, respecto a los cuales, por cierto, no es predicable la definición del art. 94 por referirse ésta sólo a la institución de la sustitución de penas (sección 2.<sup>a</sup> del capítulo III) y no a la sección 1.<sup>a</sup>.

-- Para finalizar debemos tener presente asimismo el cambio producido en los casos de suspensión por enfermedad mental sobrevenida previstos en el art. 60, atribuyendo ahora la competencia de la misma no al Juez o Tribunal sentenciador sino al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

i) Las novedades en materia de sustitución de penas (art. 88) traen causa en la desaparición de la pena de arresto de fin de semana. Ahora las penas de prisión de hasta un año o dos en caso de reos no habituales pueden sustituirse por multa (un día de prisión por dos cuotas de multa), o por trabajos comunitarios, en lugar de arrestos de fin de semana, a razón de una jornada por día de prisión. Se establece una regla especial para los condenados por violencia doméstica (art. 173.2 del CP) y que consiste en que la citada sustitución de la pena de prisión es siempre por trabajos en beneficio de la comunidad (nunca multa) y adicionalmente se le debe imponer la obligación de estar sujeto a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y de las obligaciones de acudir a determinados lugares o aproximarse o comunicarse con la víctima o sus familiares. El concepto de reo habitual del art. 94 ahora sólo se refiere a las sustituciones de penas y no a las suspensiones.

Además ha de tenerse presentes las modificaciones que en el art. 89 ha introducido la LO 11/2003 y de la que es destacable el deber de sustituir las penas privativas de libertad inferior a seis años impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión del territorio nacional («serán sustituidas» en lugar «de podrán sustituirse») salvo excepciones justificadas y debidamente motivadas (art. 89.1), deber de sustitución que se hace también predicable, en caso de penas igual o superior a seis años, a los extranjeros cuando éstos accedan al tercer grado o cumplan, estando clasificados en cualquier grado penitenciario, las tres cuartas partes de su condena. Además la duración de dicha expulsión experimenta un aumento significativo ya que la prohibición de regresar a nuestro país pasa de 3 a 10 años del texto anterior a los diez años actuales.

j) Ya en materia de medidas de seguridad como novedades destacables tenemos:

-- La irrupción de nuevas medidas de seguridad (art. 96) como la custodia familiar (según la cual el sometido a ella quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado), las prohibiciones de aproximarse o comunicar con víctima o familiares, y la sumisión a tratamientos médicos o socio-sanitarios externos o a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual o similares.

-- Incluir como resolución que puede adoptar el Juez o Tribunal sentenciador, previa propuesta del Juez de Vigilancia, la de mantener la ejecución de la medida impuesta, y recoger la previsión de que producida la sustitución de una medida por otra, la evolución desfavorable determina la revocación de dicha suspensión y, por tanto, el volver a aplicar la medida sustituida (art. 97).

-- En materia de posibilidad de quebrantamiento de las medidas de seguridad se extiende no sólo a las medidas de internamiento, como hasta ahora, sino a cualquier medida (art. 100).

-- El art. 108, en redacción dada por Ley Orgánica 11/2003 prevé la sustitución de las medidas de seguridad impuestas a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión del territorio nacional, con la misma filosofía que inspira el art. 89 antes visto.

k) En el ámbito de las llamadas consecuencias accesorias (art. 127) también encontramos novedades que afectan al decomiso, el cual se extiende a los bienes y medios con que se haya preparado el delito o falta dolosos y las ganancias provenientes no solo del delito sino también de la falta. Además se introduce la posibilidad del decomiso de reemplazo o de valor sustitutorio («si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el párrafo anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho») y la posibilidad de que el Juez o Tribunal pueda acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

l) Como causas de extinción de la responsabilidad penal se añade expresamente en el art. 130 la remisión definitiva de penas suspendidas condicionalmente cuando hubiera transcurrido el plazo señalado sin cometerse nuevo delito y se extiende la prescripción también a las medidas de seguridad.

m) En materia de prescripción de delitos (art. 131) ahora el plazo de cinco años lo es para delitos cuya pena máxima señalada por la ley sea de prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco (antes era las penas de tres a seis años) y a los diez años cuando la duración de la pena fuera de cinco a diez (antes de seis a diez). Además se añade la imprescriptibilidad, junto al delito de genocidio, los de lesa humanidad y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Por lo que al cómputo la prescripción de delitos señalar que el 132 incluye mención expresa a los supuestos de infracciones que exijan habitualidad, entendiendo que el dies a quo es desde que cesó la conducta. En cuanto a la prescripción de penas (art. 133) se establece en treinta años las penas de prisión de más de veinte, y se vuelve a reiterar la imprescriptibilidad de las penas para los delitos imprescriptibles antes señalados. Para el cómputo de la prescripción de las penas en el supuesto de suspensión condicional se establece (art. 136) que el cómputo comienza al día siguiente en que hubiera quedado cumplida la pena si no se hubiese disfrutado de este beneficio, tomando como fecha inicial para el cómputo del cumplimiento teórico de la misma el día siguiente al otorgamiento de la suspensión.

Para terminar, y por lo que a la individualización penitenciaria se refiere tan sólo dar un par de apuntes:

-- En la regulación de la libertad condicional se ha introducido un nuevo requisito para su disfrute cual es el de tener satisfechas las responsabilidades civiles derivadas del delito (art. 90 redactado por Ley Orgánica 7/2003, en donde se contienen criterios valorativos para apreciar dicho requisito), se prevé la pérdida del tiempo pasado en libertad si se trata de revocación de libertad condicional de condenados por delitos de terrorismo (art. 93.3) y se establecen pautas a seguir en los supuestos de libertad condicional de enfermos muy graves con padecimientos incurables, al objeto de que dicha libertad pueda hacerse efectiva sin demoras burocráticas (nuevos números 2 y 3 del art. 92 adicionado por Ley Orgánica 15/2003).

-- En cuanto a los beneficios penitenciarios se crea un nuevo beneficio de adelantamiento privilegiado de libertad condicional que supone adelantar el disfrute de



este beneficio desde las dos terceras partes de la condena a 90 días menos por cada año de cumplimiento de condena, siempre que no se trate de condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 91.2 adicionado por Ley Orgánica 7/2003).

Como recapitulación de todo lo dicho vamos a mostrar un cuadro en el que se exponen sintéticamente algunas de las novedades más significativas de la reforma con relevancia en el ámbito penológico.

ARTÍCULO	MODIFICACIÓN	CONSECUENCIA PENOLÓGICA
23	Se precisa que el agraviado sea «o haya sido» pariente del ofensor «o de su cónyuge o conviviente».	Aumento del ámbito de la circunstancia mixta de parentesco.
31	Se incluye previsión de responsabilidad de persona jurídica en caso de multa impuesta a sus administradores o representantes.	La persona jurídica es responsable directa y solidaria de dicho pago.
33	Cambia el límite para distinguir entre penas graves y menos graves.	La pena de prisión es grave a partir de los 5 años, no de los tres como hasta ahora.
35 y 37	Supresión de la pena de arresto de fin de semana y sustitución por pena de localización permanente.	En libro II (delitos) se sustituye principalmente por prisión de corta duración y en el III (faltas) por localización permanente.
36	El límite inferior de la pena de prisión pasa de seis a tres meses.	Aumento del ámbito de la pena de prisión, permitiendo la sustitución de arrestos de fines de semana para el castigo de delitos.
40	Las penas de alejamiento y de no aproximación a la víctima o sus familiares ve ampliados sus límites máximos.	De seis meses a un año pasa a de un mes a diez años.
50	La pena de multa aumenta su extensión temporal mínima y el importe de cuota diaria.	Extensión mínima pasa de 5 a 10 días y cuota diaria pasa de 200 a 50.000 ptas. a de 2 a 400 euros
53	Ante el impago, se permite su cumplimiento mediante pena de localización permanente. No se impondrá arresto sustitutorio a condenados a penas de prisión superior a 5 años.	Aumento límite a partir del cual el arresto sustitutorio no se impone por coincidir con pena de prisión, pasando de 4 a 5 años.

57	Pena accesoria se define por remisión a prohibiciones del art. 48, se eleva su duración y se hace obligatoria en ciertos casos	Límite máximo se pasa de 5 a 10 años para delitos graves y hasta 5 años para menos graves. Obligatoria la de acercarse a víctima o a familiares para casos de violencia doméstica.
60	Cambio de competencia para acordar suspensión por enfermedad mental sobrevenida	Se atribuye ahora la competencia al Juez de Vigilancia Penitenciaria en lugar de tribunal sentenciador.
65	Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate.	Atenuación penológica para la participación del extraneus en delitos especiales propios.
66	Nuevos criterios para la individualización judicial de la pena por la concurrencia de atenuantes y agravantes.	Mayor ámbito de aplicación de las agravantes al permitir si concurren dos o más el poder subir a pena superior en grado en su mitad inferior, además de pena superior en grado en caso de multirreincidencia.
68	Criterio para atenuación en casos de atenuante de eximente incompleta	Obligatoriamente se ha de rebajar la pena en uno o dos grados.
70	Se modifican los topes máximos de las penas superiores en grado de la inhabilitación especial y absoluta (pasando de veinticinco a treinta años) y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas (que pasa de quince a veinte), amén de introducirse los topes de las nuevas penas restrictivas de derechos	Límites máximos de inhabilitación especial y absoluta pasa de 25 a 30 años y el de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 15 a 20.
71	Cambio de umbral inferior a partir del cual la pena de prisión debe ser obligatoriamente sustituida.	Se rebaja de inferiores a 6 meses a inferiores a 3 meses.
76	Aumento de límites máximos de pena de prisión en caso de concurso real de delitos	De 20, 25 o 30 años de prisión se pasa a 25, 30 o 40 años, este último para los casos en los que hay al menos dos condenas mayores de veinte años o cuando

		en supuestos de terrorismo hay al menos una mayor de 20.
80-85	Ampliación plazo de suspensión de ejecución de penas, nuevo criterio a valorar y normas especiales para casos de violencia doméstica.	La pena de 2 años puede ahora suspenderse (antes era superiores a dos años), se incluye nuevo criterio a valorar cuál es la existencia de otros procedimientos penales contra el sujeto; se suprime la inscripción de penas suspendidas en sección especial del registro Central de Penados y Rebeldes, y para violencia doméstica siempre se acompaña la suspensión de orden de alejamiento.
87	Suspensión de pena de delincuentes drogodependientes: se aumenta su ámbito	Abarca penas de hasta cinco años (antes hasta tres) y desaparece el requisito negativo de que no sean reos habituales; ahora único requisito es estar rehabilitado y siguiendo programa de tratamiento de drogodependencia.
88	Sustitución de prisión ahora por multa o trabajos comunitarios (al desaparecer los fines de semana), señalándose que casos de violencia doméstica del 173.2 sólo pueden sustituirse por trabajos y nunca por multa, además de ir acompañadas de orden alejamiento y seguimiento de programas terapéuticos.	Ampliación ámbito de trabajos comunitarios.
89 y 108	Sustitución de penas y medidas de seguridad de extranjeros, haciéndola obligatoria como regla general.	Penas inferiores a seis años regla general es la expulsión (antes posibilidad), las superiores dicha expulsión al estar clasificados en tercer grado o cuando cumplan las tres cuartas partes de la condena cualquier que sea el grado de clasificación penitenciaria.
90	Nuevos requisitos acceso a libertad condicional: tener satisfechas las responsabilidades civiles derivadas del delito (criterios valorativos al respecto)	Endurecimiento para el acceso a la libertad condicional.
91	Nuevo beneficio de	Adelantamiento privilegiado de la

	adelantamiento de libertad condicional de las 2/3 partes de la condena hasta 90 días más por cada año de cumplimiento de condena	libertad condicional no aplicable a terroristas ni delincuencia organizada
96	Nuevas medidas de seguridad	Custodia familiar y prohibiciones de aproximarse o comunicar con víctima o familiares, y la sumisión a tratamientos médicos o socio-sanitarios externos o a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual o similares.
100	Quebrantamiento de medidas de seguridad se refiere no solo a las de internamiento sino a cualquiera otras	Ampliación ámbito quebrantamiento de medidas de seguridad.
127	El decomiso se extiende a bienes y medios con los que se haya preparado el delito o falta dolosos y las ganancias provenientes tanto de delito como de faltas. Se introduce posibilidad de decomiso de reemplazo y posibilidad de abarcar bienes de no penados siempre que quede acreditada la situación patrimonial ilícita.	Mayor ampliación del decomiso.
131	Distribución de plazos de prescripción: 5 años para delitos con pena de 3 a 5 años (antes de 3 a 6) y 10 años cuando sean de 5 a 10 (antes de 6 a 10). Imprescriptibilidad de genocidio, delitos lesa humanidad y contra personas o bienes protegidos en conflicto armado.	Aumento de plazos de prescripción para delitos castigados con penas de 6 años. Que ahora prescriben a 10 años en lugar de 5.
147.1, 234 párrafo 2.º y 244.1 párrafo 2.º	Son delitos de lesiones, hurto y hurtos de uso y robo con fuerza en vehículos y no faltas si se cometen cuatro acciones correspondientes a tales faltas en el plazo de un año.	Cuatro faltas se convierten en un delito en los casos señalados.
149.2	Delito de mutilación genital.	Prisión de 6 a 12 años.
153	Menoscabo psíquico o lesión leve en el ámbito familiar pasa a convertirse delito, imponiéndose las penas en su mitad superior si	Las conductas pasan de ser falta a delito y se castigan con penas de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos comunitarios de 31 a 80

	se realiza en presencia de menores, usando armas o en domicilio común o de la víctima	días y privación de tenencia y porte de armas de 1 a 3 años, y cuando el interés del menor o incapaz lo recomiende también inhabilitación para ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de 6 meses a 3 años.
173.2	Ejercicio habitual de violencia física en el ámbito familiar pasa a ser delito contra integridad moral, manteniendo el criterio de no remitirse a un número concreto de actos para entender cuándo hay habitualidad sino incluyendo fórmula hermenéutica abierta ya utilizada en su antecedente antiguo art. 153.	Se mantiene misma pena de prisión que antiguo 153, pero se añaden privación de tenencia y porte de armas de 2 a 5 años, y cuando el interés del menor o incapaz lo recomiende también inhabilitación para ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de 1 a 5 años.
Art. 188.1	Resurge la punición del rufián	Prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses.
Art. 189	Pornografía infantil ve aumentada su penalidad tanto en el tipo básico como por la introducción de nuevos tipos agravados (utilizar a menores de 13 años, hechos particularmente degradantes o vejatorios, atendiendo al valor económico del material, violencia física o sexual de niños o incapaces, pertenencia a organizaciones o asociaciones aunque sean transitorias y cuando responsable es ascendiente, tutor, curador, guardador persona encargada del menor o incapaz). Además se castiga la simple posesión de este material para uso propio.	Importante aumento de las penas de prisión. El tipo básico pasa de 1 a 3 años del texto anterior a de 1 a 4 años. El tipo referido a la mera asociación de material pornográfico se castiga con prisión de 3 meses a 1 año o multa de seis meses a 2 años, y los tipos agravados se penan con prisión de 4 a 8 años, cuando antes el único tipo agravado que existía (organización o asociación aunque fuera transitoria) se castigaba de 3 a 4 años y medio de prisión.
234, 236, 244, 246, 247, 249, 252-256, 263 y 324	Delitos patrimoniales no violentos: hurtos, hurto uso vehículos, usurpación, estafas, apropiaciones indebidas, defraudaciones, y daños ven aumentado el límite cuantitativo a partir del cual pasan de ser falta a delito	Son delitos en lugar de faltas a partir de 400 euros de valor de la cosa objeto del delito (antes 50.000 pesetas).
249	Rebaja de pena en tipo básico de estafa.	De seis meses a 4 años el texto anterior pasa a de seis meses a 3

		años.
270 y 271	En tipo básico del 270 se incluye conducta referida a la exportación intencionada o almacenaje de ejemplares o la importación internacional. En el tipo agravado del 271 se perfila que se entiende por especial gravedad y se incluyen dos nuevos supuestos: que el culpable pertenezca a organización o asociación aunque fuera transitoria y que se utilice a menores de 18 años.	Se mantienen las penas previstas pero se amplían tanto el tipo básico como los agravados en los términos vistos.
286	Se introduce nuevo delito de acceso fraudulento a los servicios de radiodifusión sonora o televisiva o servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica.	Pena de seis meses a dos años de prisión y multa de 6 a 24 meses.
305 y 307	Aumento de límite cuantitativo necesario para convertirse que lo defraudado constituya delito fiscal o a Seguridad Social.	De necesidad de que exceda de 15 millones de pesetas pasa a que exceda de 120.000 euros (o sea, equivalente a 20 millones de pesetas).
318 bis	Se introduce en el tipo la referencia a la inmigración clandestina aumentando las penas considerablemente y previendo un tipo cualificado de tráfico ilegal o inmigración clandestina con fines de explotación sexual.	Tipo básico ve aumentada la pena de prisión de 6 meses a tres años del texto anterior a 4 a 8 años del actual. Para el tipo agravado de fines de explotación sexual la pena de prisión es 5 a 10 años.
337	Nuevo delito de maltrato de animales domésticos causando lesiones o muerte (frente a falta del 632)	Prisión de 3 meses a 1 año e inhabilitación especial de 1 a 3 años para ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con animales.
471 bis	Nuevos delitos contra la Corte Penal Internacional	Penas de prisión que pueden llegar a los 5 años de prisión en caso de falso testimonio que propicia fallo condenatorio.
369	Los tipos cualificados se reordenan, pasando el de utilizar menores de 16 años al 370 de forma ampliada (menores de 18), e introduciendo las de empleo de violencia, exhibición o uso de armas y cuando el culpable	Se mantienen las penas pero se aumenta el ámbito del tipo por ampliación a nuevos supuestos.

	introdujera o sacare ilegalmente las drogas del territorio nacional o favoreciere tales conductas. Se añaden previsiones penológicas para caso de organizaciones, asociaciones o titulares de establecimientos	
370	Se precisa que se entiende por extrema gravedad y se incluye el uso de menores de 18 años o disminuidos psíquicos y cuando se trate de jefes, administradores o encargados de organizaciones o asociaciones dedicadas a tráfico de drogas.	Importante aumento penológico, además de por aplicarse a nuevos supuestos, por pasar de pena superior en grado a la señalada en el 368 a imponer pena superior en uno o dos grados, con lo que en caso de drogas blandas puede llegar a 6 años y 9 meses de prisión y en drogas duras a 20 años y tres meses.
607 bis	Nuevo delito de lesa humanidad.	Según las conductas, puede llegar hasta 20 años de prisión cuando se cause muerte de alguna persona, pudiendo llegar a 30 años si concurren causas del art. 139.
636.2	Impunidad de conducción de vehículos a motor sin seguro obligatorio	Descriminalización de conducta.