

DOCUMENTOS

21

una propuesta alternativa
al sistema de penas y su
ejecución, y a las medidas
cautelares personales

22

A large, bold, black, stylized number '2' with a cursive, handwritten appearance.

na propuesta alternativa
al sistema de penas y su
ejecución, y a las medidas
cautelares personale

A large, bold, black, stylized number '5' with a cursive, handwritten appearance.

© COPYRIGHT

- Departamentos de Derecho Penal de las Universidades Carlos III, Complutense de Madrid, Castilla-La Mancha (Toledo) y Málaga.
- Jueces para la democracia (Comisión de Política criminal alternativa)

Edita: Grupo de Estudios de Política Criminal.

Distribuye: Tirant lo blanch. C/. Artes Gráficas, 14 bajo Dcha.. 46010 - Valencia

Venta electrónica: tb@tirant.com

Imprime: Gráficas Luis Mahave, S. L. - Málaga

Tel. y Fax: 952 25 41 92 - correo electrónico: graficasmahave@telefonica.net

I.S.B.N.:84-609-7280-1

Depósito legal: MA-917-2005

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	7
MANIFIESTO SOBRE EL SISTEMA DE PENAS Y SU EJECUCIÓN.....	11
PROPUESTA ALTERNATIVA AL SISTEMA DE PENAS Y SU EJECUCIÓN, Y A LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.....	23
ANEXOS.	
1. Convenios, resoluciones y recomendaciones internacionales tomados en cuenta en la elaboración de la Propuesta alternativa.....	91
2. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)..	
3. Resolución 1998/23 del Consejo económico y social de las Naciones Unidas sobre Cooperación internacional para la reducción del hacinamiento penitenciario y para la promoción de penas alternativas.....	97
4. Principios básicos del Consejo económico y social de las Naciones Unidas sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal.....	127
5. Planes de acción de las Naciones Unidas para la aplicación de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI.....	131

6. Recomendación núm. R (92) 16 del Comité de ministros del Consejo de Europa relativa a las Reglas europeas sobre sanciones y medidas en el seno de la comunidad.....	155
7. Recomendación núm. R (92) 17 del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre Coherencia en el enjuiciamiento penal.....	179
8. Recomendación núm. (96) 8 del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre La política criminal en una Europa en transformación.....	189
9. Recomendación núm R (99) 19 del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre Mediación en temas penales.....	199
10. Recomendación núm R (99) 22 del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre Hacinamiento en las cárceles e inflación de la población reclusa.....	233
11. Decisión marco del Consejo de la Unión europea relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal de 15 de marzo de 2001.....	243
12. Título III del Código penal -arts. 32 a 94-.....	259
13. Títulos VI y VII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento criminal -arts. 486 a 544 ter-.....	279
14. Declaración programática del Grupo de estudios de Política criminal	297

P PRESENTACIÓN

El sistema de penas previsto en un Código Penal determina, sin duda alguna, el carácter del mismo. Y de paso el del Estado en el que rige. Si ya pudo decirse del Código penal español de 1.995 que era extremadamente duro -como demuestra el hecho de que prácticamente no existieron revisiones de sentencias-, las sucesivas reformas que ha sufrido lo han convertido en una ley alejada de las tendencias penológicas y criminológicas más modernas. Las que se incorporaron al nuevo Código se han suprimido sin aplicación real. Puede, en fin, afirmarse que a las esperanzas de modernización ha seguido la pura contrarreforma -en el sentido más genuino-. Especialmente, la L.O.7/2003, fruto del denominado "Pacto por la Justicia" entre los dos principales partidos, pero de clara inspiración conservadora, ha devuelto el sistema de penas español a sus peores tiempos. No otra cosa puede decirse de la previsión de penas privativas de libertad de hasta cuarenta años de cumplimiento íntegro, de preceptos como el artículo 78 que permiten anular los efectos de los límites del concurso real de delitos, de la desaparición del arresto fin de semana y de las restricciones previstas para la sustitución o la suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad; pena que, por cierto, ve incrementada su condición de reina del sistema.

Ante este panorama, el Grupo de Estudios de Política Criminal decidió abordar como tema de análisis el sistema penológico entero previsto por nuestro cuerpo punitivo. Se trataba del tema más complejo de los que se han abordado hasta la fecha.

Tan es así que han sido necesarias cuatro reuniones para elaborar los documentos que ahora se presentan a la opinión pública. Se trata de tres aspectos sobre los que el Grupo se pronuncia en forma de reglas a las que entendemos que el legislador democrático debería atenerse. En esta ocasión, por tanto, no se ofrece un texto articulado detallado, la amplitud de la cuestión debatida no lo hacía aconsejable. Ofrecemos, eso sí, un cuadro general de lo que debería ser un sistema penológico moderno, respetuoso con los principios constitucionales y con los fines de la pena previstos en la norma fundamental y alejado de la creencia cada vez más extendida en que no hay mejor manera de solucionar los conflictos que el recurso exclusivo a la pena en general y a la cárcel en particular.

El primer documento se refiere al sistema de penas en general. Y se propone uno inspirado en el objetivo primordial de la tutela de bienes jurídicos y conforme a los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Española: proporcionalidad en la respuesta penal, no olvido de la reinserción social como finalidad en la ejecución de la pena privativa de libertad y consideración de ésta como el último recurso al que acudir: de ahí la necesidad de prever alternativas y, por supuesto, legalidad. En aplicación de estos principios, se propone que la pena privativa de libertad no supere ordinariamente los diez años, pudiendo llegar a quince en los supuestos de concurso, y que, en ningún caso, sea inferior a un año de duración debiendo ser sustituida siempre que ello resulte de la aplicación de las reglas de determinación. Además, deberá reintroducirse el arresto fin de semana y el arresto domiciliario. En todo caso, la privación de libertad debe dejar de ser la respuesta común a cualquier conducta delictiva. Es menester dar un juego mucho mayor a penas privativas de otros derechos -generalmente más relacionados con la conducta reali-

zada-, a la de trabajos en beneficio de la comunidad y a las pecuniarias a través de modalidades que corrijan los efectos discriminatorios que pudieran producir. De especial interés puede resultar la propuesta de introducir la reparación como sanción penal.

En el segundo documento se abordan los substitutivos penales y la ejecución de la pena de prisión. Se propone ampliar a tres años el límite para que una pena de prisión pueda ser substituida y que el juez goce de discrecionalidad para determinar la pena substituta y su duración así como para decidir las consecuencias del incumplimiento. Por lo que se refiere a la ejecución de la pena, se propone una mayor libertad para determinar desde el principio - o, al menos, desde un tiempo razonable -, el régimen de cumplimiento así como la libertad condicional. Se contemplan reglas especiales para los extranjeros, respetuosas con su condición de ciudadanos.

Por último, el tercer documento contempla los aspectos procesales y, concretamente, las medidas cautelares en el proceso penal. Es preciso recordar que los únicos fines que tiene su imposición es el de asegurar la presencia del imputado en el juicio o la ejecución de una hipotética sentencia condenatoria, así como evitar la destrucción de pruebas. Se rechaza expresamente que la denominada "alarma social" pueda justificar por sí sola la privación de libertad de una persona constitucional y procesalmente no culpable; al margen de que, en todo caso, resulta inexcusable la existencia de indicios suficientes para creer responsable al sujeto. Se propone un amplio elenco de posibles medidas cautelares distintas a la prisión provisional, pues también en este momento procesal, la libertad es el valor superior del ordenamiento jurídico y su privación sólo puede justificarse cuando resulte irremplazable.

El Grupo de Estudios de Política Criminal, constituido por casi dos centenares de expertos en Derecho penal procedentes de la Magistratura y la Universidad, aspira a continuar teniendo la presencia que le corresponde por la alta cualificación de sus miembros y por el interés que ha demostrado por la pervivencia de los valores fundamentales que han de inspirar una legislación penal moderna y democrática, sin concesiones a la demagogia y pensando siempre en el servicio a los ciudadanos y ciudadanas y a sus libertades. Lo hace en una nueva etapa, en la que se han producido cambios importantes, tanto en el país cuanto en el propio grupo -constituido ahora en asociación-. Y reitera su deseo de colaborar con los poderes públicos de la única forma en que resulta posible: conservando su independencia crítica y su libertad de criterio.

La Junta directiva.

MANIFIESTO SOBRE EL SISTEMA DE PENAS Y SU EJECUCIÓN

En los últimos meses el Gobierno ha presentado un conjunto de reformas de la legislación penal, penitenciaria y procesal que supone un endurecimiento del sistema de penas y de su ejecución contrario a los principios constitucionales que deben inspirar la política criminal, que ni siquiera se justifica, como se ha pretendido, por el nivel de delincuencia existente en España.

Frente a las reformas anunciadas, el Grupo de Estudios de Política Criminal propone una alternativa que tiene en cuenta la realidad sobre la que se proyectan las reformas y una correcta identificación de los principios que deberían orientar la reacción penal a la delincuencia.

1) Los principios constitucionales que han de guiar la selección y modalidades de las penas son:

El principio de humanidad, que prohíbe imponer sanciones que por su duración o por su forma de ejecución supongan un sacrificio inaceptable de la persona condenada.

El principio de proporcionalidad, que obliga a diferenciar las penas en función de la gravedad de los delitos y a reservar las más aflictivas para los comportamientos delictivos más graves.

El principio de resocialización, que promueve durante la condena la reeducación de la persona y su reintegración en la sociedad.

Con base en los mencionados principios, consideramos que el recurso a la pena de prisión ha de limitarse a la delincuen-

cia muy grave y, acompañada de las alternativas posibles, a la delincuencia grave. La reacción frente a la delincuencia no grave, como es el caso de la mayoría de los delitos contra la propiedad, debe ser una pena alternativa a la prisión, pues las penas que se cumplen en libertad, además de guardar proporción con esos hechos, tienen más capacidad para conseguir la integración social que la pena de prisión.

II) Existen varios aspectos que demuestran que nuestro sistema punitivo se aleja de esos principios.

a) El sistema de penas alternativas a la privación de libertad diseñado por el código penal de 1995 ha tenido una aplicación muy escasa, en particular la sustitución de la pena de prisión.

b) El CP de 1995 supuso un grave endurecimiento del sistema punitivo por el aumento de la duración de las condenas de prisión, consecuencia, entre otras razones, de la eliminación de la redención por el trabajo sin que se hubiere procedido a una disminución equivalente de las penas. De tal manera, como muestran las estadísticas del Consejo de Europa, España se sitúa entre los países de la Unión Europea donde el período medio de estancia en la cárcel es mayor (13 meses frente a 8 en la Unión Europea).

c) La realización del principio de reeducación y reinserción social durante la ejecución de la pena de prisión presenta graves carencias. Por una parte, las posibilidades de tratamiento dentro de la cárcel siguen siendo escasas, como demuestra la insuficiencia de trabajo retribuido y la falta de plazas para programas de tratamiento específicos. Por otro lado, no se han desarrollado los sistemas de control y tratamiento en libertad, basados en una progresiva reintroducción en la comunidad de la persona condenada, que permitirían realizar los objetivos de la ley penitenciaria. Ello explica que menos del 10% de la población condenada se encuentre clasificada en régimen abierto, precisamente el que mejor permite compatibilizar la finalidad sancionadora con la

rehabilitadora. Esta problemática resulta agravada para las personas extranjeras en situación administrativa irregular.

III) Un dato resume esa realidad. España tiene una tasa de delincuencia comparativamente baja, pero es uno de los países de la Unión Europea con mayor número de personas encarceladas (120 por cada 100.000 habitantes frente a 90 como media). Por ello, no es razonable que se impulse o se apoye un conjunto de reformas, que no se justifican por la finalidad de dar una respuesta justa y efectiva a la delincuencia, sino por la voluntad política de rentabilizar electoralmente el uso y la duración del encarcelamiento.

Este énfasis en el recurso a la prisión se manifiesta, en primer lugar, en las disposiciones que inciden sobre la delincuencia no grave, entre las que destacan:

a) La nueva regulación de la prisión preventiva pretende fomentar su utilización como respuesta rápida a la delincuencia, sacrificando su carácter excepcional y contribuyendo a que se encarcele a personas a las que después los jueces deberían imponer una pena alternativa, si fueren condenadas, lo que supone utilizar esta medida cautelar como pena anticipada. Además, se contempla una regulación agravada de la incomunicación-ya criticada por organismos internacionales- que amplía los espacios de opacidad y favorece prácticas policiales irregulares o, incluso, delictivas.

b) La reintroducción de las penas cortas de prisión para delitos de poca gravedad vulnera el principio de proporcionalidad, que excluye el uso de la prisión para esta clase de delitos, e ignora los efectos profundamente desocializadores de esta clase de penas. En particular, debe censurarse la apresurada eliminación de la pena de arresto de fin de semana como alternativa a la pena corta de prisión, sin que se hayan realizado los esfuerzos suficientes para su desarrollo y evaluación.

c) La nueva regulación de la habitualidad y de la reinciden-

cia, con base en una implícita presunción de peligrosidad cuya valoración por el juez queda excluida, incrementa la duración de las condenas en función de los antecedentes y dificulta la imposición de una pena alternativa, que basada en un tratamiento en libertad, podría estar más justificada en virtud de su proporcionalidad y de su capacidad de evitar la reincidencia de la persona condenada.

Por lo que hace a la delincuencia grave y muy grave, se pretende conseguir que el tiempo de cumplimiento dentro de la prisión se amplíe, como demuestran las siguientes modificaciones:

a) Eleva a 40 años (desde los ya excesivos 30 de la actualidad) el máximo de cumplimiento de condena, lo que no se justifica desde ninguno de los fines de la pena y resulta lesivo del principio de humanidad.

b) Excluye a personas condenadas por varios delitos muy graves de las posibilidades de reeducación y reinserción establecidas por nuestra Constitución, que atenta contra los principios de humanidad y resocialización. Esta regulación -contra lo que se ha dicho- resulta más severa que la de los países de la Unión Europea (valga como ejemplo el caso de Alemania, donde se considera contrario a la dignidad humana el no permitir la posibilidad de salida en libertad condicional de una persona condenada a cadena perpetua después de cumplir 15 años de prisión).

c) Limita la posibilidad excepcional contemplada en Ley Orgánica General Penitenciaria -que fue aprobada por unanimidad- de que, aun sin haber cumplido un cuarto de condena, ésta pueda ejecutarse combinando la estancia en prisión con el tratamiento en el seno de la comunidad. Si el Gobierno pretendía evitar casos de aplicación injustificada de este régimen penitenciario a personas condenadas por graves delitos de delincuencia de cuello blanco, bastaba con incluir -como se hace- la exigencia de reparación del daño causado. Pero, establecer un nuevo límite a la posibilidad de individualización supone un retroceso en el desarrollo del principio de resocialización, además de promover la

desconfianza sobre los órganos responsables de la administración de éste régimen.

IV) Frente a estas reformas, el Grupo de Estudios de Política Criminal considera necesario plantear una alternativa que pueda ser asumida por los partidos políticos y organizaciones sociales de orientación progresista.

1) Contra la delincuencia no grave -como es el caso de la mayoría de las infracciones contra la propiedad- la prisión no puede aparecer como *prima ratio*: antes deben explorarse las posibilidades de imponer una pena alternativa a la prisión.

Ni la reincidencia ni la habitualidad deben comportar, necesariamente, un incremento de pena y no han de excluir, ni dificultar, la imposición de una pena alternativa. La existencia de antecedentes penales es un aspecto que el juez debería ponderar para imponer una pena alternativa que requiera la participación de la persona en un programa de tratamiento en libertad.

2) Las penas cortas de prisión utilizadas como respuesta a la delincuencia de menor gravedad atentan contra los principios de proporcionalidad y resocialización. La respuesta adecuada debe ser la pena de días-multa u otra alternativa a la prisión. El juez ha de tener la posibilidad de sustituir la pena de días-multa por otras penas de gravedad equivalente, cuando la persona condenada no pueda hacer frente al pago de la multa o cuando esta pena resulte inadecuada para las necesidades de rehabilitación. En todo caso, deben realizarse las reformas que garanticen el correcto desarrollo de la pena de días-multa.

3) La ley debe ampliar las posibilidades de suspender o sustituir las penas de prisión y debe atribuir al juez discrecionalidad para individualizar la pena alternativa. En esta línea, merece una valoración positiva la posibilidad prevista por la propuesta de reforma del Código Penal de 1995 de que las penas de prisión puedan ser sustituidas por trabajo en beneficio de la comunidad.

4) Para que los jueces puedan ejercitar racionalmente su labor de individualización resulta necesario que se dote de

medios personales a los juzgados -a través, entre otros aspectos, de la figura del agente de ejecución de penas- y que las administraciones públicas presten la colaboración necesaria para la ejecución de las penas alternativas. Deben rechazarse de manera tajante las reformas legislativas que no contengan la previsión de los medios necesarios para su aplicación.

5) En ningún caso ha de buscarse la rapidez de la justicia, que es un bien indiscutible, al precio de deteriorar las garantías procesales o de violar los fines constitucionales de la prisión provisional, de carácter excepcional. Además, deben desarrollarse medidas cautelares no privativas de libertad, igualmente adecuadas a aquellos fines.

6) Los principios y garantías que informan el sistema penal mantienen su vigencia sobre toda persona inculpada, procesada o condenada, independientemente de su nacionalidad o de su situación administrativa como extranjero, con o sin permiso de residencia. El interés de la autoridad administrativa por agilizar la expulsión de una persona inculpada por un delito o falta, no debe prevalecer sobre los intereses propios de la justicia penal en el ejercicio del control penal. Respecto a las condenas por delito, la expulsión puede constituir una alternativa específica a la pena únicamente cuando resulte adecuada conforme a los criterios generales que fundamentan la elección de penas alternativas a la prisión. Tampoco debe excluirse a los extranjeros del acceso a las penas alternativas recogidas en la ley penal, ni de las posibilidades de rehabilitación y de reinserción contempladas en la legislación penitenciaria.

7) La ejecución de las penas de prisión ha de atender prioritariamente a la idea de reeducación y reinserción social. Las reformas deben proveer de los recursos penitenciarios y extrapenitenciarios necesarios para el logro de esos objetivos. De estos medios, y no de la mera privación de libertad, depende la efectiva reducción de las tasas de reincidencia.

La existencia de un efectivo proceso de rehabilitación -y debe valorarse positivamente que se requiera para ello que la

persona condenada haya afrontado y tratado de reparar los daños causados a la víctima- ha de favorecer su continuación en régimen de semilibertad o de libertad vigilada. En esta línea, y por comparación con los países de nuestro entorno, resulta acorde a los principios de proporcionalidad y de resocialización que la libertad condicional pudiera alcanzarse, al menos, a partir de la mitad de la condena.

8) Las personas penadas por delitos muy graves, entre los que se incluyen los de terrorismo, no deben ser excluidas de las posibilidades legales de reeducación y de reinserción social.

En Madrid, a 26 de abril de 2003.

FIRMANTES:

ACALE SANCHEZ, MARIA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.

ALVAREZ VIZCAYA, MAITE

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

ASUA BATARRITA, ADELA

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

BALERDI MUGICA, JOSE M.

Magistrado. Juzgado 1^º Instancia e Instrucción, n^º 9. Huelva.

BERLANGA RIBELLES, EMILIO

Magistrado. Tribunal Superior de Justicia de Barcelona.

BLANCO CORDERO, ISIDORO

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo.

BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ANGEL

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza.

BONET ESTEVA, MARGARITA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona.

CARBONELL MATEU, JOAN CARLES

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

CARMENA CASTRILLO, MANUELA

Magistrada. Audiencia Provincial de Madrid.

CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

CID MOLINE, JOSEP

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

CONDE-PUMPIDO TOURON, CANDIDO

Magistrado. Sala Penal del Tribunal Supremo. Madrid.

CUERDA RIEZU, ANTONIO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Juan Carlos I de Madrid.

DIEZ RIPOLLES, JOSE LUIS

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

ESCOBAR MARULANDA, D. GONZALO

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Gerona.

FARALDO CABANA, PATRICIA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de La Coruña.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, M^{ca} DOLORES

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Murcia.

GARCIA ARAN, MERCEDES

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

GARCIA DE DIOS FERREIRO, RAMIRO

Magistrado. Juzgado de Instrucción, nº 6. Madrid.

GARCIA PEREZ, OCTAVIO

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

GONZALEZ VEGA, IGNACIO

Magistrado. Juzgado de lo Penal nº 21, Barcelona.

HUERTA TOCILDO, SUSANA

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Burgos.

JAREÑO LEAL, ANGELES

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

LAMARCA PEREZ, CARMEN

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

LANDROVE DIAZ, GERARDO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia.

LARRAURI PIJOAN, ELENA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

LOPEZ ORTEGA, JUAN JOSE

Magistrado. Audiencia Provincial de Madrid.

LUNA JIMENEZ DE PARGA, PILAR

Magistrada. Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción, nº 1. Alzira. Valencia.

MARTIN PALLIN, JOSE A.

Magistrado. Sala Penal del Tribunal Supremo. Madrid.

MUÑOZ LORENTE, JOSE

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

MUÑOZ SANCHEZ, JUAN

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

NIETO GARCÍA, LUIS CARLOS

Magistrado. Juzgado de Menores. Avila

PANTOJA GARCÍA, FELIX

Fiscal. Consejero del Consejo General del Poder Judicial

PEREZ CEPEDA, ANA ISABEL

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de la Rioja.

PESTANA PEREZ, MARIO

Magistrado. Juzgado de Instrucción nº 9. Madrid.

PRIETO RAMIREZ, LUISA MARIA

Magistrada. Juzgado de Instrucción nº 2. Hospitalet. Barcelona

REBOLLO VARGAS, RAFAEL

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

SAEZ VALCARCEL, RAMON

Magistrado. Juzgado de lo Penal, nº 20. Madrid.

SANCHEZ GARCIA DE PAZ, MARIA ISABEL

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid.

SANCHEZ-ALBORNOZ , CARMEN

Magistrada. Juzgado de Instrucción nº 3. Madrid.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.

TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO DE

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

VALEIJE ALVAREZ, INMACULADA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo.

Los abajo firmantes, redactores o posteriormente adheridos al Manifiesto sobre el sistema de penas y su ejecución, aprobado en Madrid el 26 de abril de 2003, de acuerdo con las pautas en él marcadas así como en las reuniones de trabajo mantenidas en Madrid el 28 y 29 de noviembre de 2003 y en Toledo el 7 y 8 de mayo de 2004, aprueban la siguiente

Propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales.

PRIMERA PARTE. SISTEMA DE PENAS.

I. CRITERIOS INSPIRADORES DEL SISTEMA PROPUESTO

1. Cualquier medida de reacción contra la criminalidad debe ser conforme con los principios fundamentales de los Estados democráticos, sometidos a la preeminencia del Derecho y subordinados al objetivo primordial de la tutela de bienes jurídicos dignos de protección. Toda respuesta punitiva debe garantizar el respeto a los derechos y libertades fundamentales contemplados en la Constitución Española, interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia.

Justificación: Principios reiterados en la Recomendación núm. R (96) 8 del Consejo de Europa, sobre la política criminal en una Europa en transformación, de 5 de septiembre de 1996. Concretamente en su apartado 1 se alude al marco constitucional e internacional que debe respetar la política criminal y penal de un

Estado, que se impone a los tres poderes del Estado, y que por tanto debe inspirar la actividad del Legislador, de la Administración de Justicia y de la práctica de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

2. Cualquier Gobierno democrático cuenta con un amplio margen de libertad para diseñar y proponer una política criminal congruente con los principios señalados, y los Parlamentos ostentan la legitimidad para la aprobación de las leyes que plasmen tales opciones político-criminales. Pero la tendencia a presentar como eficaz instrumento contra la delincuencia el mero endurecimiento de los castigos constituye una manifestación de irresponsabilidad política, que no sirve a la tutela eficaz de la sociedad frente al delito y que supone una regresión hacia la irracionalidad, mediante la erosión de los pilares de la cultura jurídica democrática.

Justificación: En el Estado de Derecho corresponde al Poder Ejecutivo la facultad de efectuar propuestas sobre las líneas maestras de la política criminal, y es competencia de las Cortes Generales el debate y la decisión sobre las mismas. Pero tales propuestas no debieran inspirarse, como ocurre a menudo, en el mero interés de obtener ventajas electorales a corto plazo, con desprecio de los límites necesarios que dotan de credibilidad y legitimidad democrática a la intervención punitiva. La tendencia a incrementar el abanico de comportamientos considerados delictivos y a endurecer de forma progresiva las penas no resulta coherente con la exigencia de contención de la reacción penal a la estrictamente necesaria y adecuada para la prevención de conductas delictivas. Los discursos que alientan reacciones vindicativas desprecian el progreso conseguido en la forma de entender la justicia en una sociedad civilizada.

3. Ninguna sociedad carece de criminalidad. El principal objetivo de toda política criminal es reducir la delincuencia dentro de los límites más estrechos posible. Su erradicación total es, como la historia demuestra, un objetivo ilusorio. La prevención eficaz de la delincuencia en el mayor grado posible requiere la combinación y coordinación de medidas políticas y jurídicas de muy

distinta naturaleza, atendiendo a la distinta fenomenología delictiva.

Justificación: Criterio contemplado en el apartado 4 de la Recomendación núm. R (96) 8 del Consejo de Europa, sobre la política criminal en una Europa en transformación, de 5 de septiembre de 1996. Toda sociedad genera su delincuencia, por lo que no puede perseguirse la finalidad de erradicarla por completo, sino pretender más modestamente una contribución -sin duda importante- al fomento de la paz social. Una política criminal eficaz necesita complementarse con medidas sectoriales de prevención de muy distinto alcance atendiendo a los factores que favorecen el delito.

4. El principio de proporcionalidad exige una correlación entre la gravedad de la infracción penal y la consecuencia jurídica prevista para la misma, tanto en la calidad como en la cantidad de tal consecuencia. Es por ello necesario contar con un amplio y diversificado elenco de penas que se acomode a la distinta naturaleza de las infracciones penales y a la distinta necesidad de intervención punitiva. La prohibición de exceso implica la fijación de límites máximos para cada delito, que en ningún caso podrán rebasarse. Los objetivos de prevención general y especial deben operar respetando la prohibición de desbordar tales límites máximos.

Justificación: El principio de proporcionalidad prohíbe que se imponga la pena o medida que no sea adecuada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del infractor, por lo que cualquier exceso en la pena o medida debe considerarse contrario a la Constitución. La tradicional preeminencia de la pena de prisión como respuesta prevista para delitos de muy distinta naturaleza no respeta el mandato de proporcionalidad. Cumplido este criterio, deben atenderse las menores necesidades de prevención general o especial en el caso concreto.

5. En el diseño de las líneas fundamentales de una política criminal, el favorecimiento de la reinserción social del condenado debe orientar la aplicación de las penas. Por mandato constitucio-

nal la ejecución de las penas privativas de libertad debe adecuarse a dicho objetivo, lo que debe traducirse en la exclusión de condiciones que resulten contraproducentes para la progresiva integración social del condenado. Este criterio debe operar igualmente en caso de acumulación de penas por concurso de delitos.

Justificación: La obligación de los poderes públicos de evitar las situaciones que perjudiquen la resocialización o la integración social de los condenados no es sólo un imperativo constitucional, sino criterio reiteradamente proclamado en numerosas Resoluciones y Recomendaciones adoptadas por las Naciones Unidas y por el Consejo de Europa: Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra en agosto y septiembre de 1955; Resolución 45/111 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Principios básicos para el tratamiento de los reclusos; Resolución A/RES/56/261 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre Planes de Acción para la aplicación de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI, aprobada el 31 de enero de 2002; Resolución (73) 5 del Consejo de Europa, sobre el Conjunto de reglas mínimas para el tratamiento de los presos, adoptada el 19 de enero de 1973; Recomendación núm. R (87) 3 del Consejo de Europa sobre las reglas penitenciarias europeas, adoptada el 12 de febrero de 1987; Recomendación núm. R (92) 16, del Consejo de Europa, relativa a las reglas europeas sobre las sanciones y las medidas aplicadas dentro de la comunidad; Recomendación núm. R (96) 8 del Consejo de Europa, sobre la política criminal en una Europa en transformación, adoptada el 5 de septiembre de 1996; Recomendación núm. R (99) 22 del Consejo de Europa, relativa a la sobrepoblación de las prisiones y a la inflación carcelaria, adoptada el 30 de septiembre de 1999; Recomendación núm. Rec. (2000) 22 del Consejo de Europa, relativa a la mejora de la puesta en práctica de las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas dentro de la comunidad, adoptada el 29 de septiembre de 2000.

6. La privación de libertad debe ser considerada como una pena o medida a la que hay que acudir como último recurso, de manera que sólo deberá estar prevista cuando cualquier otra reacción penal se muestre manifiestamente inadecuada en atención a la gravedad del delito. El principio de subsidiariedad de la

pena de prisión forma parte del más amplio de proporcionalidad, de modo que la reacción penal más grave debe reservarse única y exclusivamente para las infracciones también más graves.

Justificación: Principios contenidos en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, apartado 1.5; en el apartado 32 a) de la Resolución A/RES/56/261 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre Planes de Acción para la aplicación de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI, aprobada el 31 de enero de 2002; y en las Recomendaciones núm. R (92) 17 del Consejo de Europa, relativa a la coherencia en la imposición de penas, adoptada el 19 de octubre de 1992, apartados A 6 y B 5, y en la núm. R (99) 22 del Consejo de Europa, relativa a la sobre-población de las prisiones y a la inflación carcelaria, adoptada el 30 de septiembre de 1999, apartado 1 del Anexo.

7. La promoción de alternativas a la pena de prisión debe formar parte de una política criminal dirigida a fomentar la reinserción social y a evitar los efectos criminógenos del internamiento en centros penitenciarios. La sustitución de la prisión por otras penas o medidas deberá preverse tanto en el momento de la imposición de la pena como a lo largo de su cumplimiento, con el objeto de alcanzar el mayor nivel de adecuación entre la reacción estatal y la evolución del condenado. Para hacer más efectivas las alternativas a las penas privativas de libertad que se proponen en este documento resulta absolutamente necesario optimizar la coordinación entre la Administración de Justicia y los Servicios sociales comunitarios en general.

Justificación: Recomendación núm. R (99) 22 del Consejo de Europa, de 30 de septiembre de 1999, relativa a la sobrepoblación de las prisiones y a la inflación carcelaria, apartado 15 del Anexo.

8. Las penas o medidas de seguridad no podrán tener una duración indeterminada. La exigencia de que la duración máxima de las consecuencias jurídico-penales esté expresamente prevista en la ley es un imperativo derivado de los principios de proporcionalidad y de legalidad penal (mandato de determinación).

Justificación: El mandato de determinación, que forma parte del contenido del derecho fundamental enunciado en el artículo 25.1 de la Constitución, exige que las penas estén concretadas ya a nivel legislativo en cuanto a su naturaleza y duración máxima y mínima. Este criterio está también incluido en la regla 5 de la Recomendación núm. R (92) 16 del Consejo de Europa, relativa a las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas dentro de la comunidad, adoptada el 19 de octubre de 1992.

9. Resulta necesario promocionar instrumentos de mediación entre la víctima y el autor y de reparación del daño causado, asegurando en todo caso el respeto a las garantías y derechos fundamentales de las partes.

Justificación: La reparación del daño causado a la víctima o a la sociedad mediante el favorecimiento de conductas positivas del infractor constituye hoy un objetivo político criminal especialmente destacado en las más recientes Recomendaciones internacionales y regionales: Resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, relativa a Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal; Recomendación núm. R (99) 19 del Consejo de Europa, relativa a la mediación en asuntos penales, adoptada el 15 de septiembre de 1999; artículo 10 de la Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal.

La orientación hacia la denominada "justicia reparadora" subraya la conveniencia de reconocer la reparación del daño como circunstancia que reduce la necesidad de la pena o incluso como respuesta suficiente en determinados casos para dejar en suspenso la pena o incluso prescindir de ésta. En los documentos presentados por las Naciones Unidas y por el Consejo de Europa se desarrollan los requisitos ordenados a garantizar los derechos procesales de las partes.

II. SISTEMA DE PENAS.

En el establecimiento del elenco de penas que pueden imponerse por la comisión de una infracción penal, deben figurar las siguientes:

1. Prisión.
2. Arresto fin de semana.
3. Arresto domiciliario o en centro no penitenciario.
4. Inhabilitación absoluta.
5. Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio o actividad, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda y acogimiento, o de derecho de sufragio pasivo.
6. Suspensión de empleo o cargo público.
7. Privación de cualquier otro derecho especificado en una ley penal
8. Privación del permiso de conducir vehículos de motor y ciclomotores.
9. Privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
10. Privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos.
11. Prohibición de aproximarse a la víctima o a sus familiares o a otras personas, o de comunicarse con ellas.
12. Trabajos en beneficio de la comunidad.
13. Libertad vigilada.
14. Obligación de participación en programa de tratamiento o de reeducación, o de sumisión a un programa de deshabitación.
15. Reparación a la víctima o a la sociedad.
16. Expulsión del territorio español.
17. Multa.

Justificación: La propuesta que presentamos no se dirige tanto a ampliar el elenco de penas respecto al actualmente vigente, como a reducir la preeminencia actual de la pena privativa de libertad en el código penal. Propugnamos una aplicación extensa de penas privativas de derechos cuyos contenidos son muy amplios y diversificados y por ello más adecuados para ajustar la respuesta punitiva a parámetros de proporcionalidad y a exigencias de individualización conforme a criterios de inserción social. La multa, las inhabilitaciones - algunas de las cuales conllevan grave afectación de derechos- y los trabajos en beneficio de la comunidad deben desempeñar un puesto central como pena principal en delitos no graves.

Las penas que sólo pueden operar como sustitutivos de la pena principal requieren una imposición ajustada a cada situación, atendiendo a criterios de prevención especial y de prevención general.

III. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Regla 1. La **prisión** perpetua y la prisión de larga duración son inconstitucionales. La duración extrema de la privación de libertad es incompatible con el postulado de la indemnidad de la dignidad humana, así como con la finalidad de promoción de la reinserción social que debe orientar la ejecución de las sanciones penales. Las penas de prisión de larga duración que excluyan el disfrute de beneficios penitenciarios pueden convertirse, de hecho, en prisión de por vida para condenados que hayan sobrepasado una determinada edad.

Justificación: El art. 15 de la Constitución prohíbe las penas inhumanas o degradantes. Del art. 25.2 de la Constitución se deriva la prohibición de penas que por sus características impidan la consecución de la reinserción social. Recomendaciones del Consejo de Europa califican ciertas penas largas de prisión como constitutivas, en la práctica, de prisión perpetua (Recomendación Num. R (99) 22, apartado 14). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que uno de los motivos, aunque no el único, para considerar que una pena es inhumana o degradante es el de su duración (Sentencias de 7 de julio de 1989, Soering contra Reino Unido, § 100; de 20 de marzo de 1991, Cruz Varas y

otros Contra Suecia, § 83; de 25 de marzo de 1993, Costello-Roberts contra Reino Unido, § 30). También considera que la duración es un factor decisivo junto a otros para calificar a una pena como inhumana o degradante el Tribunal Constitucional español (Sentencias 91/2000, de 30 de marzo, fundamento jurídico 9; 162/2000, de 12 de junio, fundamento jurídico 7; y Auto del Tribunal Constitucional 335/1982, de 3 de noviembre).

Regla 2. La pena de prisión ha de tener un límite máximo de diez años, que en casos de acumulación por concurso de delitos podría ser elevado hasta un máximo de quince años, de cumplimiento efectivo en ambos casos.

Justificación: Existen diferentes estudios que demuestran que la pena de prisión por encima de los quince años de duración provoca daños irreversibles en la personalidad de quien los sufre..

Regla 3. Es preciso evitar las penas privativas de libertad de corta duración inferiores a un año por su efecto desocializador¹.

Justificación: La pena de prisión debe reservarse para delitos de determinada gravedad y por ello la duración proporcionada debiera ser equivalente al menos a 1 año de privación de libertad. Por debajo de esa duración deben prevverse penas no privativas de libertad que ostenten una aflictividad punitiva equivalente, y que por ello deben tomarse como respuesta suficiente. Las recomendaciones internacionales insisten en la necesidad de evitar condenas de prisión de corta duración porque no ofrecen ventajas sobre otra clase de penas y porque, por el contrario, comportan un alto coste social: así la Recomendación núm. R (99) 22 del Consejo de Europa relativa a la super-población de las prisiones y de la inflación carcelaria, en su apartado 14.

Regla 4. Los delitos patrimoniales de escasa gravedad cometidos sin violencia en las personas no deben ser castigados con penas privativas de libertad. Es asimismo rechazable que la

¹Una minoría significativa del Grupo considera que el límite mínimo de la pena de prisión debería estar en los seis meses.

repetición de faltas contra el patrimonio se califique de forma automática como "delito", asignándoles los mismos efectos punitivos que a la comisión de infracciones de mayor entidad.

Justificación: Resulta injusto, como ya reconocía Beccaria, imponer una pena de privación de libertad a quien, habiendo cometido una infracción patrimonial de escasa gravedad y sin violencia, carece de recursos económicos y sólo cuenta con su propia libertad.

Tampoco es compatible con el principio de proporcionalidad que la repetición de varias faltas contra el patrimonio conduzca de forma automática a la calificación de los hechos como "delito". Las instituciones del concurso real de infracciones y del delito continuado ofrecen previsiones adecuadas para fijar la pena correspondiente a este tipo de criminalidad.

Regla 5. La pena de **arresto de fin de semana** consistirá en la privación de libertad ambulatoria durante dos días a la semana, preferentemente los viernes, sábados o domingos por un total de treinta y seis horas por semana, en internamiento en centro penitenciario próximo al domicilio del condenado, o en el lugar habilitado al efecto. Podrá imponerse como pena principal o como pena sustitutiva de otras y tendrá un máximo de veinticuatro fines de semana y un mínimo de dos fines de semana.

Justificación: Esta pena corta de privación de libertad discontinua se enmarca en la necesidad de diversificación de las penas, para atender a la adecuada proporcionalidad con el hecho cometido, así como a finalidades preventivas y de favorecimiento de sanciones no desocializadoras. Resulta conveniente como sanción privativa de libertad de escasa severidad y sin los inconvenientes de "contaminación carcelaria" que poseen las penas cortas de prisión. Instaurada en nuestro país en el código penal de 1995, ha sido de escasa y deficiente aplicación. Su fracaso se ha debido básicamente a la falta de articulación de medios para su cumplimiento en centros adecuados.

Regla 6. La pena de **arresto** consiste en la obligación del penado de permanecer en su domicilio o en otro lugar determi-

nado fijado por el Juez en la sentencia. Su duración será de uno a treinta días y podrá llevarse a cabo de forma continuada, en fines de semana, o en días determinados no continuados, atendiendo a la clase de infracción y a las circunstancias del sujeto.

Justificación: Como pena leve resulta adecuada para determinadas infracciones, en cuanto faculta al juez para adaptar mejor la pena al caso concreto. La limitada restricción de la libertad se convierte de hecho en la prohibición de acudir a cualquiera de los lugares que el penado frecuentaría en ese tiempo, por lo que puede permitir opciones de ejecución interesantes si la localización permanente se fija en fines de semana para jóvenes. Permite además la posibilidad de cumplimiento en determinados centros, residencias, u otros lugares que por sus actividades culturales o análogas (centros de voluntariado, talleres ecológicos-agrícolas...) puedan servir al penado para conocer otros "ambientes" que estimulen su interés en otros campos o amplíen su horizonte de experiencias positivas.

IV. PENAS PRIVATIVAS Y RESTRICTIVAS DE DERECHOS.

Regla 7. Las penas privativas o restrictivas de derechos son más adecuadas que las penas de prisión en el tratamiento punitivo de delitos de gravedad intermedia y baja. Se trata de penas que disminuyen la capacidad jurídica del agente, e implican su incapacidad para conservar, ejercitar o adquirir derechos subjetivos públicos o privados u otras facultades jurídicas.

Justificación: La amenaza de la prohibición de desempeñar determinadas actividades o de ejercer ciertos derechos puede tener un apreciable efecto preventivo general; asimismo, cuando su ejecución se lleva a cabo de forma rigurosa, pone también un indudable efecto de prevención especial ligado a la incapacidad de cumplir una actividad que en el pasado ha mostrado ser para el sujeto infractor una ocasión para cometer delito.

Por otra parte, en la búsqueda de penas alternativas está ganando terreno la idea de convertir las penas privativas de derechos, habitualmente empleadas en el Derecho comparado como medidas de seguridad, en penas principales. Esta modalidad de penas se encuentra en mejores condiciones que las clásicas alternativas a la prisión para reducir el uso de la cárcel en el tratamiento penal de ciertos delitos de mediana y baja gravedad:

En primer lugar, no obligan a entrar en consideraciones sobre la personalidad o la peligrosidad del condenado y sus posibilidades de rehabilitación, por lo que se amplía el margen de actuación a semejanza de lo que sucede con la multa. En segundo lugar, y por lo que se refiere a su ejecución, las penas privativas de derechos no tienen el carácter intrusivo que se recrimina a las alternativas clásicas que tienen como objetivo la resocialización del infractor, pues entre sus finalidades no se encuentra la transformación del delincuente mediante el seguimiento de algún tratamiento, la realización de ciertos trabajos o la conducción personal bajo ciertos patrones, cuyo cumplimiento debe ser especialmente vigilado y supervisado. Por otra parte, no están subordinadas a una actitud activa por parte del infractor la cual, en caso de no darse, podría llevar a una revocación de la alternativa y eventualmente a una pena de prisión. A diferencia de otras medidas que necesitan la garantía de prisión para su cumplimiento las privativas de derechos solo necesitan de la eficacia de los correspondientes registros administrativos para que su cumplimiento se lleve a cabo.

Regla 8. Las **inhabilitaciones profesionales** son penas especialmente adecuadas en relación con conductas en que la condición profesional o la infracción de las correspondientes obligaciones desempeñan un papel relevante en la comisión del hecho ilegal. Igualmente, se recomienda introducir penas de inhabilitación en calidad de penas principales para la criminalidad económica.

Justificación: Parece adecuado privar del ejercicio de una determinada actividad o derecho cuando se constata que dicha sanción resulta conveniente para castigar ciertas conductas en que la condición profesional desempeñada - incluida la función pública, actividad industrial, mercantil u oficio- resulta jurídicamente relevante para la comisión del delito de que se trata, en especial si éste es de mero riesgo o el daño que se produce es de poca o mediana gravedad. Ello no excluye que se acompañe, si procede, de otra clase de pena, sea privativa de libertad sea pecuniaria, en función de la gravedad de la conducta delictiva.

Regla 9: Las inhabilitaciones profesionales deben guardar proporcionalidad y congruencia con el delito cometido. La inhabilitación profesional debe tener una duración máxima similar a la prevista para las medidas de seguridad, fijada en 5 años.

Respecto a las inhabilitaciones profesionales para empleos y cargos públicos, es adecuado mantener la diferencia entre inhabilitación y **suspensión**, tal como actualmente viene regulado en el código penal.

Justificación: Se recomienda limitar la duración de las penas de inhabilitación, ya sea absoluta o especial, a cinco años pues una duración excesiva, como la que contempla el Código penal actual, convierte a esta pena en desocializadora por cuanto se le priva al condenado de un medio fundamental de integración social como es el derecho a ejercer un trabajo especializado. Hay que tener en cuenta que la capacidad aflictiva de estas penas es considerable, ya que al incidir en la capacidad jurídica del condenado incide también en sus intereses patrimoniales. Un ulterior argumento que avala la reducción de las penas de inhabilitación absoluta y especial es el hecho de que se trata de penas que no pueden ser suspendidas o de otro modo ser objeto de reducción, salvo por la vía del indulto; aun en este último caso sus efectos, en el caso de los empleos, cargos públicos y numerosas profesiones, son irrevocables por cuanto desde que la sentencia condenatoria adquiere firmeza se produce la pérdida definitiva de la condición profesional o funcionarial. Y como quiera que es requisito indispensable carecer de antecedentes penales o tenerlos cancelados para acceder a todos los cargos públicos y numerosas profesiones colegiadas resulta que por efecto del art. 136 del CP la inhabilitación se prolonga en el tiempo varios años mas allá del momento en que quede extinguida la pena.

Regla 10. La pena de **privación de otro derecho especificado en una ley penal** es una pena diferente e independiente de las inhabilitaciones profesionales. Sus efectos consisten en privar al condenado del ejercicio de una actividad o capacidad jurídica distinta al ejercicio del cargo público, profesión, empleo, actividad o industria. El derecho del que se priva al penado sólo puede recaer sobre alguno de los especificados en una ley penal, sea en los libros II ó III del código penal o en leyes penales especiales.

En su imposición deberá concretarse expresamente su alcance motivando su relación con el delito cometido. Su duración no podrá exceder de cinco años.

Justificación: Debe potenciarse una mayor utilización de las penas privativas de un derecho vinculadas a específicas actividades o conectadas a específicas categorías de delitos (por ejemplo, ciberdelincuencia). Se trata de privaciones que, no incidiendo o impidiendo totalmente la actividad laboral retribuida del condenado, le prohíben actuaciones en un determinado sector en el que se produjo la comisión del ilícito penal. Constituyen sanciones funcionales al tipo de actividad, por lo que se revelan más eficaces desde la óptica de la prevención especial y general. Sin embargo la actual configuración legislativa de las inhabilitaciones para otro derecho es deficiente, de ahí que debiera ser objeto de una reforma legal en el sentido que se propone en el texto: 1) la pena privativa de un derecho debe ser una pena diferente e independiente de las inhabilitaciones profesionales, configurándose como la última de las demás privaciones de otros derechos específicamente enumerados en el art. 39 del CP; y 2) debe suprimirse de su actual redacción la cláusula indeterminada de "cualquier otro derecho", sustituyéndola por "privación de un derecho de los descritos en la Parte Especial del Código Penal u otra ley penal especial".

Quedarían así integradas en esta previsión penas que actualmente aparecen de forma particular en algunos preceptos, como las de privación del derecho a contratar con las administraciones públicas, o del derecho a obtener subvenciones o ayudas públicas, o del derecho a obtener beneficios o incentivos fiscales, así como la privación del derecho de caza o pesca.

La exigencia de motivación expresa de la relación entre el derecho objeto de privación y el delito cometido, y la correspondencia con una pena ya prevista en una ley penal (código penal o leyes penales especiales), evitan el peligro de la "cláusula abierta" y colmarían las exigencias del principio de legalidad.

Regla 11. La pena de **inhabilitación especial para ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda y acogimiento** priva al penado de los derechos inherentes a la primera y supone la extinción de los demás así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos . Su empleo debe quedar reservado exclusivamente para los delitos que en el Código penal prevén expresamente que llevan o pueden llevar aparejada esta clase de inhabilitación y siempre que la realización del delito implique incumplimiento o un inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores.

Su imposición debe ser en todo caso facultativa, atendiendo exclusivamente al interés del menor. Su duración no podrá exceder de cinco años.

Justificación: Debe prevalecer la idea de vincular la privación de los derechos de la patria potestad o tutela a una concreta funcionalidad protectora de los menores e incapaces, en coherencia con la moderna concepción de estas instituciones del Derecho de familia como deberes-función. La imposición de esta consecuencia jurídica no ha de ser una consecuencia automática tras la subsunción de los hechos en los tipos penales que la contemplan. Debe ser de carácter facultativo por lo que su adopción debe ser motivada atendiendo a los intereses del menor y sus necesidades afectivas y educacionales. A tal efecto el juez o Tribunal deberán contar con los informes psico-sociales oportunos para fundamentar su decisión.

Regla 12: La pena de **privación del permiso de conducir vehículos de motor y ciclomotores** inhabilita al condenado para el ejercicio de la conducción de tales vehículos. Cuando el comportamiento delictivo revele que el autor carece de aptitudes para circular con seguridad en el tráfico viario la privación del permiso puede conllevar la anulación de la licencia administrativa, que el penado no podrá volver a solicitar, con sometimiento a las pruebas correspondientes, hasta finalizada la duración fijada en la sentencia.

La privación del derecho a conducir o la retirada del permiso tendrá una duración máxima de 5 años. Puede autorizarse motivadamente el cumplimiento fraccionado atendiendo a la menor peligrosidad de la conducta y a la intensidad de las consecuencias económicas o profesionales que la privación del ejercicio de la conducción comporta para el condenado.

Justificación. Esta pena presenta unos indudables efectos preventivos generales y un importante efecto preventivo especial de cara a la observancia en el futuro por el autor de las normas de tráfico viario. Se propone una reforma con

arreglo a los siguientes criterios: a) Ampliación de su contenido actual, permitiendo al juez o tribunal imponer no sólo "la prohibición temporal de conducir" (contenido del actual art. 47 del CP) sino también "la retirada del permiso de conducir"- la pérdida de la autorización administrativa de conducir y imposibilidad de obtenerla hasta el transcurso del plazo fijado en la sentencia- cuando resulte del hecho delictivo que el penado no es apto para la conducción de automóviles o ciclomotores; b) Limitación de su duración temporal máxima: Habida cuenta de que su límite máximo actual parece excesivo (10 años, aunque por el juego de subida en grado previsto en el art. 70.2, 3 del CP puede llegar a quince años) debiera limitarse éste a un máximo de cinco años: aparte de las razones expuestas para la limitación temporal de todas las inhabilitaciones, es preciso resaltar que una duración excesiva presenta efectos criminógenos adversos por cuanto puede favorecer los quebrantamientos de condena; c) Flexibilización de los modos de ejecución de esta modalidad de pena privativa de derechos: Debe tenerse en cuenta que se trata de una pena que presenta efectos desiguales, que serán poco afflictivos para personas que solo conducen en su tiempo libre, siendo, por el contrario, muy intensos cuando recae sobre un conductor profesional (ya que materialmente coincide en sus efectos con los previstos para la inhabilitación profesional). Por ello, en determinados supuestos, ponderando diversos factores, (peligrosidad de la conducta, posibilidad de reincidencia, desproporcionalidad de la pena en atención a las consecuencias económicas o profesionales que irroga al condenado) se propone el fraccionamiento de los periodos de ejecución (pudiendo ser razonable aplicarla solo los fines de semana, por ejemplo si el autor solo es peligroso los fines de semana, que es cuando ingiere alcohol y en cambio profesionalmente se dedica a la conducción de camiones que solo hace en estado sobrio). También debiera admitirse la posibilidad de su sustitución por otra pena alternativa (días-multa), o por trabajos en beneficio de la comunidad

Regla 13. Debiera ampliarse el catálogo de delitos para el que está prevista la imposición de la pena de **privación del derecho a la tenencia y porte de armas**. Su duración no podrá exceder de cinco años.

Justificación: Pocos son los delitos en los que se recurre a esta pena, prácticamente limitados al homicidio o lesiones culposas, o a la violencia doméstica de los arts. 153 y 173.2. Debería preverse en las hipótesis delictivas mas graves en las que se usen armas de modo peligroso (robo con violencia, participa-

ción en riña, o ciertos delitos contra el orden público) o incluso de modo facultativo en las amenazas. La revocación de una licencia de armas en vía administrativa no ha de ser obstáculo para que se contemple también la privación o retirada del permiso por vía penal.

Regla 14: Debe rechazarse el automatismo y obligatoriedad de las penas accesorias previstas en los arts. 55 y 56 del actual Código penal, por cuanto de la imposición de ninguna pena privativa de libertad debe derivarse como efecto necesario la pérdida de derechos civiles, profesionales o políticos.

Justificación : Debe rechazarse, a semejanza de otros ordenamientos jurídicos europeos, la imposición automática de penas accesorias cuya aplicación no obedezca a la naturaleza del delito cometido sino a la duración de la pena principal impuesta. Resulta criticable, por ambigua, la regulación de esta clase de penas en el Código penal actual, que conduce a que el juez o tribunal pueda crear penas compuestas para todos los delitos castigados con penas inferiores a diez años, con consecuencias aflictivas muy notables cuando se afecta a privación de empleo u oficio. Aunque se requiera relación con la comisión del delito conduce a consecuencias muy desiguales para los partícipes en un mismo delito, lo que no siempre resulta justificado. La imposición de la pena accesoria escapa al principio acusatorio y en consecuencia a un debate previo contradictorio sobre la vinculación o no de la actividad o derecho del que se priva al condenado con el delito. Debe resaltarse que su imposición automática perjudica la reinserción del condenado por cuanto que tales penas solo se extinguen con la cancelación de antecedentes penales y nunca pueden ser objeto de suspensión condicional en la medida que este beneficio, en el Código penal actual, solo es posible con relación a las penas privativas de libertad.

Regla 15. Las penas restrictivas de la libertad de movimientos, como la privación del derecho a residir en ciertos lugares, o de aproximarse o de comunicarse con la víctima o personas allegadas, deben imponerse en función de la naturaleza y gravedad de los hechos, atendiendo al peligro que presente el condenado para la seguridad de la víctima o allegados.

Justificación: Al fundamento de esta sanción pertenecen fines preventivo-especiales, que pretenden sobre todo neutralizar el peligro de comisión de delitos posteriores., así como eventuales enfrentamientos que pudieran producirse por el reencuentro de la víctima y el autor. También se han invocado contenidos victimológicos de atención y protección de los intereses de la víctima, sobre todo en relación a determinados delitos como los descritos en el art. 57, y en particular la violencia doméstica.

En cuanto a la duración de esta pena, que en su fundamento se aproxima más a una "medida de seguridad", se plantea el problema de la conveniencia de someter a revisión periódica su mantenimiento si el peligro de nuevas agresiones hubiera desaparecido y la víctima manifestara su interés en el levantamiento de esta "pena-medida". Evidentemente la víctima no puede "disponer" de la pena, pero su opinión no debiera dejarse de tener en cuenta cuando objetivamente, por el tiempo transcurrido o por otras incidencias, se pudiera constatar con alta probabilidad de acierto que el peligro ha dejado de existir.

Regla 16. La pena de **trabajos en beneficio de la comunidad**, que obliga al penado a prestar su cooperación en determinadas actividades de utilidad social conforme al plan de ejecución aprobado por el Juez sentenciador, debe potenciarse. Debería preverse su aplicación en un amplio número de delitos, sea como pena principal o como pena sustitutiva de otras. Se estima que la prestación de aportaciones positivas a la comunidad resulta muy acorde con la orientación a la reinserción social del condenado, y que es de amplia aceptación en la sociedad. Para su desarrollo es imprescindible la asignación de los medios personales y materiales necesarios, así como la coordinación con otras instituciones o instancias sociales que cooperen en la oferta de necesidades de trabajo o colaboraciones de utilidad social.

Justificación: La pena de trabajo en beneficio de la comunidad rara vez es aplicada en nuestro país en el derecho penal de adultos y, cuando se impone, las más de las veces es por iniciativa del juez, quedando - con carácter general- fuera del catálogo de peticiones de las acusaciones públicas, particulares y privadas.

Sin embargo, esta pena, aplicada a unos determinados tipos de delitos y a un sector de penados específicos, cumple una importante labor resocializado-

ra, pues permite imponer trabajos relacionados directamente con las consecuencias del hecho penal; en particular en el caso de delitos o faltas contra la seguridad del tráfico, imprudencias con resultado de lesiones y pequeños tráficos de droga, entre otros delitos, facilita que el penado tome conciencia de las consecuencias de su conducta.

Es de lamentar que esta pena se perciba como incómoda en su ejecución, sea mal recibida y tenga poca aceptación. El volumen de trabajo, los hábitos funcionariales y las rutinas judiciales, unido al hecho de que no se ve como una verdadera pena - pues parece una sanción liviana -, conllevan que una pena que puede cumplir una función importante, en la práctica y desde su vigencia haya quedado en papel mojado, sobre todo en las Comunidades Autónomas que tienen unos servicios sociales deficitarios. Su potenciación en las reformas de 2003 es una buena ocasión para su revitalización.

Regla 17. La imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad requiere el consentimiento expreso del penado² que será vinculante una vez prestado, salvo circunstancia justificada de carácter sobrevenido. En consecuencia, cuando esta pena figure como principal en ningún caso podrá constituir la única pena a imponer, sino que será una pena alternativa a otra u otras penas.

La clase de prestación deberá adecuarse a las circunstancias laborales y sociales del penado, para asegurar que pueda desarrollarla adecuadamente. Su duración no deberá exceder de un máximo de 800 horas y la jornada diaria de trabajo no podrá exceder de 8 horas ni ser inferior a 2 horas. Cuando la duración de la jornada quede fijada en menos de 8 horas diarias,

² Una minoría muy cualificada -un voto menos que la mayoría- acepta que la pena de trabajo en beneficio de la comunidad pueda ser de imposición obligatoria sin necesidad del consentimiento del condenado. Su opinión se funda en la conveniencia politicocriminal de consolidar prestaciones personales positivas que puedan suplir convincentemente a la prisión como pena en delitos de gravedad media y no sólo leve, así como en una correcta interpretación de la prohibición constitucional de trabajos forzados: Esta se estima alusiva a la explotación laboral en régimen de privación o restricción de la libertad ambulatoria, pero no a prestaciones laborales en régimen de libertad o aún de privación de libertad -trabajo penitenciario- con respeto de los derechos y beneficios ligados en nuestro ordenamiento jurídico a la actividad laboral

la duración máxima de la pena no podrá exceder en ningún caso de 180 días. La duración de la pena debe quedar fijada en sentencia, tanto en relación a los días de trabajo como a las horas a realizar cada día, atendiéndose en su concreción a la situación laboral del penado en el momento de su determinación.

El penado deberá gozar de los derechos que la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social le dispensa, y de todos aquellos que sean aplicables a los trabajadores en el régimen general de Seguridad Social, con excepción de los derechos de contenido económico y de días de descanso especiales o vacaciones. En caso de enfermedad física o mental sobrevinida durante la ejecución de la pena que impida la realización del trabajo se estará a lo dispuesto en el artículo 80.4 del Código Penal.

Justificación: Para que la ejecución sea viable es necesario contar con el consentimiento del penado, que debe ser inicial y previo a la fijación del trabajo, y a partir de este momento debe tener carácter vinculante, salvo en casos muy concretos y por razones justificadas. Fuera de estos supuestos, deberá estimarse que, en caso de negativa o revocación del consentimiento, la pena se ha incumplido.

El trabajo a realizar debe ser factible para el sujeto, y es deseable que se aprovechen sus facultades o conocimientos específicos cuando sea posible. Lo contrario supondría hacer inviable desde el inicio la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, y generar, ya desde la propia administración de justicia, una situación que favorezca el incumplimiento o exija al penado desarrollar un previo aprendizaje que excede del ámbito de restricción de derechos en que la pena consiste.

La regulación vigente no contempla la obligación de concretar las horas de cada jornada, lo que supone dejar en manos del Juez de Vigilancia Penitenciaria o bien de la administración penitenciaria la determinación de la intensidad real de la pena.

En caso de que el penado tenga una actividad laboral remunerada, dado que la pena consiste solo en realizar trabajos de forma gratuita que beneficien a la sociedad, su fijación concreta debe permitir su compatibilidad con la situación laboral del penado.

Se considera preferible la redacción anterior que fija la pena por horas y no por días, pues permite establecer jornadas laborables de menos horas, aunque ocupen más días. De otra parte, el cómputo de esta pena por horas, con un tope

máximo de días de trabajo, permite una mejor concreción de la pena atendiendo a criterios de culpabilidad.

El penado no deja de ser un trabajador, por tanto debe gozar de los mismo derechos que todo trabajador, con excepción de aquellos que sean incompatibles con la condición de penado, a saber, los de contenido económico y vacacionales, lo que supone que no tendrá derecho a salario, el trabajo no podrá ser computado a efectos de jubilación o paro, y no dará lugar a vacaciones, permisos, etc de la naturaleza que sean.

La previsión recogida en la nueva redacción del art. 49, 7ª del CP, es inadecuada, pues no ofrece una solución a la situación de los días de ausencia por razones justificadas, enfermedad, situaciones excepcionales, etc. Si la ausencia fue debido a una circunstancia temporal debe procederse a completar los días de cumplimiento con posterioridad, y si la imposibilidad de cumplimiento deviene definitiva debe procederse a la suspensión de la pena conforme a lo previsto expresamente en el art. 80,4 del Código Penal.

Regla 18. La **libertad vigilada** consiste en la obligación de someterse a supervisión y ayuda por un agente de ejecución de penas, de acuerdo a sus necesidades de reeducación y reinserción. Su duración no podrá exceder de dos años.

Justificación: Se trata de una pena que pertenece al elenco de las "penas de cumplimiento en comunidad", de gran arraigo en el ámbito anglosajón en el marco de las "community orders". Facilita la adaptación flexible de la pena al caso concreto cuando por la menor gravedad del delito y las circunstancias del sujeto aparezca como una restricción suficiente para apoyar su reinserción.

Se considera que esta pena puede ofrecer grandes servicios en el objetivo de la resocialización. Pero la eficacia de estas penas "en la comunidad" viene condicionada por la existencia de programas de ayuda a la inserción social que presten las instituciones locales o próximas al condenado, y requiere la coordinación con dichos programas y su correspondiente estructura organizativa.

Regla 19. La pena consistente en la **obligación de someterse a tratamiento de rehabilitación, o a programas educativos o de capacitación específica**, supone el compromiso del penado de participar en programas determinados que le faciliten la superación de las circunstancias que han favorecido su conducta delictiva. Podrá imponerse como pena sustitutiva de otra cuando

resulte adecuada para promover la inserción social del condenado, y en tanto ésta asuma voluntariamente el programa de ejecución aprobado por el Juez a tal efecto.

Justificación: El sometimiento por la persona condenada a un tratamiento que favorezca su inserción social y evite posibles recaídas en el delito puede ser una respuesta muy adecuada y eficaz desde el punto de vista de la prevención especial. Las previsiones actuales de remisión de la pena a toxicómanos, condicionada a que se sometan a tratamiento de deshabitación (art. 87 del c.p.), es un supuesto ya existente e infrautilizado. Se extendería a otra clase de tratamientos, como los dirigidos a incidir en los autores de "maltrato familiar" o los dirigidos a personas con patologías de comportamiento que requieren tratamiento especializado y que sin embargo no hayan sido considerados "inimputables" (o semi-inimputables). Asimismo se incluyen programas de formación profesional o educativos en atención a otros factores que hayan favorecido el delito.

El carácter de "pena" es discutible, pero creemos que debe aceptarse desde una concepción flexible de las consecuencias punitivas, al igual que sucede con la reparación. Sería deseable que pudiera imponerse como medida cautelar durante el proceso, lo que permitiría computar dicho tratamiento cautelar en la duración fijada en sentencia para el cumplimiento de esta pena.

Regla 20. La **reparación** como sanción penal consiste en la realización de prestaciones determinadas, a favor de la víctima o de sus familiares, o a favor de la comunidad. Podrá imponerse en sustitución de penas menos graves o de penas leves, con el requisito de la previa aceptación voluntaria por el condenado del plan de ejecución aprobado por el Juez. Las prestaciones pueden ser de carácter económico o de dedicación personal mediante servicios o actividades que impliquen en todo caso un esfuerzo personal constatable.

Justificación: El esfuerzo personal para reparar las consecuencias del delito, tanto en el plano material para la víctima como en el plano simbólico de satisfacción moral para la víctima y para la sociedad, tiene un efecto comunicativo relevante que puede hacer innecesaria la ejecución de la pena impuesta cuando ésta es de menor gravedad. Por ello se plantea como una forma de sustitución de otra pena, y no debe confundirse con la obligación del pago de la responsabilidad civil

cuando el condenado es solvente para ello. La existencia de un "esfuerzo" constatable recoge un "plus" sobre lo que sería exigible para satisfacer la reparación civil del daño.

Aunque es discutible su consideración como pena, en los ordenamientos que han introducido la reparación como respuesta que permite renunciar a la pena opera de hecho como sustitutivo de la pena inicialmente impuesta y adopta sus funciones. Estamos en el campo de la imposición de obligaciones que podría tener entrada, bien como condiciones de una suspensión de la pena bien como sanción sustitutiva. Nuestra Propuesta ya acoge la posibilidad de sustituir la pena impuesta por la suspensión de la ejecución junto con la imposición de una pena menor (Véase Segunda Parte de este Documento , relativa a los "Sustitutivos de la pena privativa de libertad", Regla 7).

Regla 21. La pena de **expulsión** obliga a abandonar el territorio español junto con la prohibición de retorno durante un periodo de 3 a 6 años. Su aplicación se restringe a personas de nacionalidad extranjera que carezcan de autorización de residencia en el momento de la imposición de la pena. Excepcionalmente puede aplicarse respecto a extranjeros que gocen de permiso de residencia si prestan su consentimiento expreso.

Únicamente puede operar como sanción sustitutiva de penas menos graves privativas de libertad, incluida la impuesta en caso de impago de multa, y cuando concurren los requisitos que regulan la sustitución de penas.

Justificación: Si se admite que la expulsión puede sustituir a la pena inicialmente impuesta, debe figurar en el catálogo de penas como sanción privativa de derechos. Como regla general se restringe su aplicación a extranjeros carentes de permiso de residencia que son los que estarían sometidos a la posible ejecución de una orden de expulsión. Puesto que deben concurrir los requisitos ordinarios que permiten renunciar a la ejecución de la pena de prisión, el fundamento de la expulsión residiría en evitar prolongar una situación de precariedad cuando de todas maneras poco tiempo después el afectado será expulsado gubernativamente.

No obstante, se extiende a extranjeros con residencia legal cuando éstos lo soliciten y concurren en ellos los requisitos para renunciar a la ejecución de la pena de prisión, en el marco de la institución de sustitución de penas. Se reitera

así nuestra propuesta del año 1997, que se explicaba por el deseo de evitar situaciones desiguales entre ciudadanos extranjeros.

V. PENA PECUNIARIA

Regla 22. La pena de **multa** se establecerá en forma de días-multa. La pena de días-multa tendrá una extensión mínima de diez días y máxima de cuatro años.

La cuota diaria tendrá un mínimo de dos euros y un máximo de seis mil. El importe de las cuotas se fijará atendiendo, exclusivamente, a la situación económica del reo, según su patrimonio, ingresos, obligaciones y demás circunstancias personales.

Justificación: El límite económico máximo debe ser elevado, para poder adaptarlo a los casos de sujetos con grandes fortunas, especialmente en supuestos en los que quiere atenderse de forma especial al beneficio económico que el delito concreto ha reportado (incluso aunque el número de días multa impuestos no sea muy extenso). De esta forma, se convierte en innecesaria la multa proporcional, ya que la finalidad actualmente establecida para esta última de reflejar "el valor del objeto del delito o el beneficio reportado" puede conseguirse con el sistema de días multa. Además, este último sistema permite una transformación más igualitaria en la responsabilidad personal subsidiaria.

Regla 23. La cuantía de los días multa debe establecerse en plazos diarios, semanales o mensuales. El condenado podrá anticipar el pago.

A efectos de la cancelación de antecedentes, el cumplimiento de la pena se producirá cuando se cumpla el último plazo-multa, sea cual sea la forma de pago realizada.

Justificación: Aunque el condenado efectúe el pago de la multa de forma anticipada, el plazo de cancelación de antecedentes penales debe empezar a contar en el mismo momento para todos, es decir, cuando se ha cumplido la extensión temporal de los días multa, ya que ésta es la que refleja la gravedad del delito realizado. De esta forma se respeta la igualdad y se impide la discrimina-

ción de condenados con menos recursos económicos, que no están en condiciones de efectuar dicho pago anticipado.

Regla 24. Cuando en el momento de iniciarse la ejecución de la multa, o una vez iniciada, el condenado carezca, de forma inmediata y transitoria, de capacidad económica suficiente, debe aplazarse temporalmente el pago de la multa. En estos casos también podrá modificarse el importe de las cuotas o los plazos establecidos, si las condiciones del condenado así lo aconsejan.

Justificación: En la primera parte de la regla se trata de diferir el pago al momento en que mejoren las circunstancias económicas del condenado, es decir, se trata de conceder un "aplazamiento" para dicho pago. Es una medida guiada por la idea de que lo fundamental es facilitar la ejecución de la multa, pena principal, posponiendo así su sustitución al momento inevitable. En la segunda parte, la posibilidad de reconsiderar el valor de las cuotas o de los plazos, incluso una vez iniciada la ejecución responde, también, a la idea de la máxima flexibilidad en la ejecución de la multa, buscando ante todo, como se ha dicho, el cumplimiento de la sanción principal impuesta.

Regla 25. Se entenderá incumplida la pena principal de días-multa, y se acordarán las medidas procedentes, cuando se produzca el impago de un porcentaje determinado de plazos, establecido sobre el total y de forma única para todos los casos. Además, antes de declarar el incumplimiento debe comprobarse la falta de justificación del mismo.

Justificación: Estableciendo el número de impagos necesarios para declarar el incumplimiento mediante un porcentaje se logra un criterio proporcionado para todas las sanciones de días-multa, independientemente del número de cuotas impuestas en cada caso. De esta forma se evita que se produzca el mismo resultado del incumplimiento de la pena cuando, por ejemplo, se trata de dos impagos con respecto a un total de diez plazos que los mismos cuando se trata de un total de treinta plazos.

SEGUNDA PARTE. SUSTITUTIVOS PENALES Y EJECUCIÓN DE PENA DE PRISIÓN.

I. SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

Regla 1. El límite máximo para que una pena privativa de libertad impuesta pueda ser objeto de sustitución debe fijarse en 3 años.

Justificación: En la medida en que se siguiera la recomendación establecida en la regla 1 de la ponencia 1 ello implicaría una reducción generalizada de las penas para los delitos que comportaría que penas de más de tres años de prisión sólo las tendrían los delitos muy graves y algunos delitos graves. Es por ello que en el marco punitivo propuesto tiene sentido que el límite de los sustitutivos penales quede fijado en las penas de prisión no superiores a 3 años.

Si, por el contrario, se mantuvieran los marcos penales establecidos por el Código penal de 1995 entonces el límite máximo debería fijarse en 5 años, pues sólo así se garantizaría que ante la delincuencia de mediana gravedad -tráficos de drogas, delitos contra la propiedad - el juez pudiera, de cumplirse las condiciones establecidas en las reglas 3ª y 6º, imponer un sustitutivo penal.

Regla 2. El catálogo de sustitutivos penales a la pena privativa de libertad debe incluir las siguientes:

- Suspensión de la ejecución de la pena
- Multa
- Reparación a la víctima o a la sociedad.
- Trabajos en beneficio de la comunidad.
- Privación del permiso de conducir vehículos de motor y ciclomotores.
- Libertad vigilada
- Obligación de participación en programa de tratamiento o de reeducación, o sumisión a un programa de deshabituación.
- Privación del derecho de residir en determinados lugares o de acudir a ellos.

- Prohibición de aproximarse a la víctima o a sus familiares, o a otras personas, o a comunicarse con ellas.
- Arresto domiciliario o en centro no penitenciario.

Justificación: Se introducen como nuevas substitutivos penales la reparación a la víctima, la libertad vigilada y la participación en programas de tratamiento.

En el caso de la reparación a la víctima, se incorpora al derecho penal de adultos una pena que, de acuerdo a las investigaciones existentes, puede, en referencia a determinados delitos, tener más capacidad rehabilitadora que otros substitutivos penales.

Por otra parte, se configuran dos nuevas modalidades de penas comunitarias: la libertad vigilada y la participación en programas de tratamiento, para dar respuesta a los casos en los que la persona necesita una intervención rehabilitadora, pero ésta puede desarrollarse en libertad. Estas respuestas se configuran como penas substitutivas autónomas y no, como hasta ahora, como condiciones de la concesión de la suspensión de la pena.

En la medida en que la libertad vigilada y la participación en programas de tratamiento adquieren naturaleza de pena autónoma, la suspensión de la ejecución de la pena queda reducida a su modalidad ordinaria, esto es, a la que configura como única obligación durante el periodo de suspensión la no delincuencia de la persona.

Regla 3. El criterio principal al que deberán atender los jueces para conceder o denegar la **imposición** de un substitutivo penal es la necesidad de la pena privativa de libertad para evitar la reiteración delictiva.

Justificación: Una vez admitido que, en atención a razones de proporcionalidad, la pena de prisión sólo resulta ineludible frente a delitos castigados con penas superiores a 3 años de prisión en el marco punitivo propuesto -o de 5 años en el marco punitivo del Código penal de 1995- la decisión del juez debe atender a las necesidades concretas de la ejecución de la pena de prisión. En esta decisión estarán en juego dos principios constitucionales -la libertad personal del condenado y la protección de la seguridad colectiva- y la forma de armonizar estos dos principios consiste en que el juez debe proceder a la no ejecución de la pena cuando los intereses relativos a la protección de la sociedad pueden ser adecuadamente protegidos mediante la imposición de uno de las substitutivos penales

previstas en la legislación. En otras palabras, el sacrificio de la libertad personal - que supone la ejecución de la pena de prisión- sólo quedará constitucionalmente justificado cuando ninguna de los sustitutivos penales existentes esté en condiciones de neutralizar el peligro de reincidencia de la persona.

Regla 4. La existencia de antecedentes penales no podrá excluir la imposición de una de las penas sustitutivas previstas en la legislación³.

Justificación: La aplicación práctica de los sustitutivos penales ha sido muy inefectiva por lo que se refiere a dar respuestas intermedias entre los sustitutivos clásicos -la multa y la suspensión de la ejecución de la pena- y la pena de prisión a personas con antecedentes penales, cuyas necesidades de rehabilitación y/o control podrían ser adecuadamente satisfechas a través de sustitutivos penales. El marco penal propuesto debe evitar, por tanto, excluir algunos de los sustitutivos penales por el mero hecho de tener antecedentes penales.

Regla 5. En los casos en los que pudiera proceder la imposición de una pena sustitutiva a la pena privativa de libertad, el juez iniciará trámite procesal a fin de resolver motivadamente al respecto, previa solicitud de informe psico-social sobre la persona condenada y previa audiencia de las partes personadas y de la víctima.

En el informe psico-social se deberá analizar el peligro de reincidencia de la persona y, en su caso, la posibilidad de que este peligro de reincidencia pueda ser neutralizado con la imposición de un sustitutivo penal que incluya tratamiento y/o control en libertad de la persona.

Justificación: A través de esta regla se intentan satisfacer dos necesidades.

³Una minoría cualificada del Grupo piensa que la suspensión de la ejecución de la pena sin otra obligación que la de no delinquir durante el período de suspensión sólo puede adoptarse cuando la persona carece de antecedentes penales por delito doloso. Cuando la persona tenga antecedentes el juez deberá, en su caso, optar por un sustitutivo penal que afronte las necesidades de rehabilitación de la persona.

Por una parte, se exige que exista un trámite procesal, con audiencia de las partes, para que el juez decida de manera motivada sobre la imposición de una pena sustitutiva. Además, para decidir con pleno fundamento, el juez debe disponer de un informe psico-social, en el que se haga constar la situación personal, familiar y laboral del condenado, se dé una explicación de su actividad delictiva, se indique la disponibilidad de la persona al cumplimiento de un sustitutivo penal y, por último, se señalen las posibilidades de que su cumplimiento sirva para evitar la reincidencia.

Regla 6. La ley no fijará criterios de conversión entre las penas privativas de libertad impuestas y los sustitutivos penales sino que dará discrecionalidad al juez para decidir motivadamente tanto la pena a imponer como -dentro de los márgenes legales- su duración.

En la determinación el juez deberá atender principalmente a los siguientes principios: a) Principio de resocialización, eligiendo el sustitutivo penal en función de las necesidades rehabilitadoras de la persona condenada; b) Principio de proporcionalidad, adecuando el sustitutivo penal a la gravedad de la infracción cometida y garantizando que, en ningún caso, la pena sustitutiva sea de mayor gravedad que la pena sustituida; c) Principio de atención a las necesidades de protección y reparación de la víctima.

Justificación: el sistema previsto por el CP vigente para la sustitución de la pena- basado en la idea de buscar una equivalencia entre la pena privativa de libertad y su sustitutiva- resulta inadecuado para satisfacer los diversos principios en juego en la concreción de un sustitutivo penal. Para dar satisfacción a estos principios se requiere dar discrecionalidad al juez para concretar tanto la clase como la duración de la pena sustitutiva. Ciertamente la ley debe indicar los principios más relevantes que deben guiar la decisión judicial pero deberá ser el juez quien determine el sustitutivo penal, atendiendo al caso concreto.

Regla 7. El juez podrá sustituir la pena privativa de libertad por más de un sustitutivo penal cuando ello sea necesario para satisfacer los principios establecidos en la regla anterior.

Justificación: Si bien la regla general debería ser la imposición de una única pena sustitutiva -pues la existencia de varias sanciones podrá ser un impedimento al cumplimiento de la sanción- no puede descartarse que la salvaguarda de los diversos principios en juego obligue al juez a imponer más de una pena sustitutiva. Piénsese por ejemplo en el caso en que el principio de resocialización haga recomendable tanto la libertad vigilada de la persona en la comunidad como su participación en un programa de tratamiento.

Regla 8. En los supuestos en que dos o más órganos jurisdiccionales hayan procedido a sustituir la pena privativa de libertad impuesta por penas sustitutivas de diferente naturaleza, corresponderá al último sentenciador efectuar la determinación de la pena efectivamente aplicable, previa audiencia de las partes e informe psico-social del equipo técnico, razonando en conjunto la situación a efectos de fijar la correspondiente liquidación de condena.

A tal fin, se hará constar la pena sustitutiva definitivamente impuesta en el registro central de sentencias penales.

Justificación: Se pretende solventar el problema práctico que existe en supuestos en que diversos órganos jurisdiccionales imponen diversas penas a la persona condenada, facilitando que se pueda imponer una penalidad sustitutiva conjunta, atendiendo a los diversos principios que se especifican en la regla 6.

Regla 9. La ley deberá permitir que el juez pueda suspender o sustituir el sustitutivo penal impuesto atendiendo al cumplimiento de los fines por los que se impuso.

Justificación: De la misma manera que en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad, existen instituciones -como el régimen abierto o la libertad condicional- cuyo objetivo consiste en adaptar la ejecución de la condena al cumplimiento de sus fines- parece razonable que la ley posibilite al juez la modificación del sustitutivo penal cuando, por ejemplo, se haya impuesto preferentemente en atención a finalidades de rehabilitación y éstas se hayan logrado.

Regla 10. El **incumplimiento** de los sustitutivos penales deberá ser definido por la ley atendiendo a las peculiaridades de cada uno de ellos, sobre la base de que el incumplimiento debe ser conceptualizado como un rechazo voluntario a la satisfacción de las obligaciones del sustitutivo penal.

Justificación: Resulta necesario establecer un criterio general respecto del incumplimiento de los sustitutivos penales, evitando el casuismo existente, por ejemplo, en la vigente regulación de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Se defiende el criterio del rechazo voluntario, por requerir un comportamiento suficientemente grave de la persona condenada como para hacer razonables las reacciones que se detallan en la regla 11.

Regla 11. En el caso de que exista un incumplimiento del sustitutivo penal el juez deberá adoptar una de las siguientes reacciones: a) sancionar el incumplimiento manteniendo el sustitutivo penal; b) imponer un sustitutivo penal de mayor gravedad; c) revocar el sustitutivo penal y ejecutar la pena privativa de libertad. En este último caso, el juez deberá compensar la parte del sustitutivo penal cumplida por la persona condenada.

Las sanciones que podrá adoptar el juez por incumplimiento de la regla a son: a) 1-30 días de multa; b) 1-7 días de arresto.

Justificación: Sin duda los sustitutivos penales deben contar con un sistema de refuerzos negativos que -junto a los instrumentos positivos definidos en la regla 9- permitan el máximo nivel de cumplimiento. Sin embargo, deben evitarse los sistemas que establecen la revocación como primera respuesta al incumplimiento, pues ignoran la posibilidad de adoptar respuestas intermedias capaces de lograr, a un coste menor, el fin de que los sustitutivos penales sean cumplidos por la persona condenada.

Regla 12. Las oficinas judiciales deberán contar en su seno con suficiente personal especializado en la ejecución de penas - que podría ser denominado **agente de ejecución de penas**. Sus

funciones serían las siguientes: a) emitir o solicitar los informes psico-sociales que el juez deberá tomar en consideración en la decisión sobre la sustitución de la pena; b) gestionar, con la colaboración de las entidades públicas o privadas participantes, la ejecución de la pena, garantizando el cumplimiento de sus finalidades; c) emitir los informes correspondientes relativos al seguimiento de la ejecución para que el juez pueda adoptar las decisiones que puedan significar una modificación en la ejecución de la pena.

Justificación: Si se quiere que los sustitutivos penales tengan capacidad de cumplir sus diversas finalidades y, en particular, si se pretende que, en caso necesario, puedan cumplir finalidades de rehabilitación, resulta necesario que el juez cuente con el apoyo de personal especializado que, por una parte, le ayude a decidir una cuestión que pueda involucrar un pronóstico de conducta futura y, por otra, facilite la importante carga de trabajo que supone la gestión y el control de la ejecución de las penas sustitutivas. Sin la adecuada dotación de estos medios personales, una reforma que pretenda reducir el uso de las penas privativas de libertad por penas sustitutivas está condenada al fracaso.

II. SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE MULTA.

Regla 13. En los casos en que se imponga una pena de multa el juez o tribunal deberá hacer uso de las posibilidades previstas en la legislación para facilitar su pago. Si el condenado no paga la multa, el juez o tribunal deberá seguir el procedimiento de apremio sobre el patrimonio de la persona condenada. Si esta vía no resulta efectiva para el cobro de la multa, el juez o tribunal, previa declaración de la imposibilidad de la persona condenada de hacer frente a la pena de multa, deberá ofrecerle la posibilidad de sustituir la pena de multa por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad o, en caso de imposibilidad de cumplimiento de ésta, por otro sustitutivo penal de gravedad semejante. Si la persona condenada rechazara o incumpliere la pena sustitutiva,

el juez impondrá una pena de arresto de fin de semana o prisión, de entre uno a treinta días de duración.

Justificación: El sistema propuesto persigue la finalidad de atenuar el problema tradicional de la pena de multa consistente en que exista pena de prisión sustitutiva por impago de multas, lo cual supone un castigo discriminatorio a la pobreza. Para reducir esta práctica que atenta al principio de igualdad constitucional, se establece un sistema que, en los supuestos de imposibilidad de pago de la multa, hace obligatoria -y no discrecional como en la actualidad- la imposición de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Sólo en caso de rechazo no justificado a cumplir esta pena el juez deberá imponer una pena privativa de libertad.

III. EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

Regla 14. El principio de individualización científica debe ser la base del sistema penitenciario, evitándose criterios rígidos que impidan que la persona condenada sea tratada de acuerdo al régimen penitenciario más adecuado a su progresión en el proceso de rehabilitación. En este sentido, deben eliminarse los criterios rígidos establecidos por la L.O. 7/2003, que, en condenas superiores a cinco años, impide que la persona sea ubicada en una institución de **régimen abierto** hasta el cumplimiento de la mitad de la condena⁴.

Justificación: Se mantiene el principio establecido por la LOGP en el sentido de considerar que la prisión abierta --que combina el control de la persona con la inserción en la comunidad- sea un régimen normal en el que, de acuerdo al principio de individualización científica, una persona condenada pueda ser ubicada, en atención a todos los factores que condicionan su tratamiento individual. La restricción prevista por la LO 7/2003, que establece que las personas condenadas a más de 5 años de prisión sólo podrán alcanzar como regla el régimen abierto al cumplimiento de la mitad de la condena, supone concebir la prisión abierta como una forma excepcional de cumplimiento de la condena y renunciar a que se

⁴Una minoría calificada del Grupo considera que la ubicación de una persona en una institución abierta sólo debería ser posible tras haber cumplido la ¼ parte de la condena.

amente el uso -hoy muy reducido- de una institución que tiene mayor capacidad de evitar la reincidencia que la ejecución de la pena de prisión en régimen ordinario.

Regla 15. Para que una persona pueda ser clasificada en régimen abierto se deberán valorar las condiciones siguientes: a) que la persona haya reparado o manifieste disposición efectiva a reparar el daño producido a la víctima o a la colectividad; b) que la sumisión a los controles de régimen abierto vaya acompañada de un pronóstico positivo de no-reincidencia; c) que la persona acepte la realización de un trabajo en el exterior o de otras actividades de tratamiento que sean propuestas por la administración penitenciaria; d) que las necesidades de la víctima queden atendidas.

Justificación: Sobre la base de pensar que cualquier pena de prisión -sea cual fuere el régimen de ejecución-satisface el principio de proporcionalidad, se sitúa la decisión sobre la concesión del régimen abierto en el plano del principio de resocialización y se establecen un conjunto de exigencias para conceder el tercer grado que garanticen que esta medida sólo se adopte cuando el razonable interés de la persona condenada en conseguir su reinserción social quede adecuadamente conciliado con el interés de la sociedad en general, y de la víctima en particular, en conseguir su protección.

Regla 16. La libertad condicional podrá obtenerse a la mitad del cumplimiento de la condena⁵.

Justificación: La actual regulación sobre los plazos de cumplimiento de condena necesarios para alcanzar la libertad condicional resulta excesivamente anclada en el logro de la proporcionalidad con el delito cometido. La regulación que se propone pretende dar mayor énfasis al principio de resocialización, admitiendo que la libertad condicional pueda alcanzarse a la mitad de la condena.

⁵ El Grupo se muestra dividido, en partes iguales, sobre si debería establecerse una modalidad adelantada de libertad condicional a 1/3 de la condena. Un sector se muestra favorable a esta modalidad adelantada para aquellos casos en que la persona haya demostrado su rehabilitación a través de una estancia prolongada en régimen abierto. Otro sector del Grupo considera que razones de proporcionalidad impiden aceptar que la libertad condicional pueda concederse antes del cumplimiento de la mitad de la condena.

Regla 17. Antes del cumplimiento de la mitad de la condena la administración penitenciaria deberá elevar al juez el expediente de libertad condicional para que este pueda decidir atendiendo a los requisitos que se establecen en la regla 18.

Justificación: Con esta regla se pretende evitar la situación que puede suceder actualmente con las personas que no están clasificadas en tercer grado, en las que ni siquiera se eleva el expediente de libertad condicional al juez de vigilancia penitenciaria. La alternativa defendida en la regla es que, aunque la persona esté clasificada en segundo grado, cuando vaya a cumplirse el plazo legal de la libertad condicional se traslade al juez de vigilancia penitenciaria el expediente de libertad condicional para que éste pueda pronunciarse, revisando en su caso la clasificación del penado. El objetivo es incrementar las garantías judiciales de la libertad condicional.

Regla 18. El juez de vigilancia penitenciaria deberá decidir sobre la libertad condicional de las personas que vayan a cumplir la mitad de la condena atendiendo a los siguientes criterios: a) que la persona haya reparado o manifieste disposición a reparar el daño producido a la víctima o a la colectividad; b) que exista un pronóstico positivo de no reincidencia o que, en caso de que exista un pronóstico dudoso, la persona acepte someterse a las reglas de control y/o rehabilitación propuestas; c) que las necesidades de protección de la víctima queden adecuadamente atendidas.

Justificación: La decisión sobre la libertad condicional debe fundamentarse, prioritariamente, en criterios de rehabilitación y de atención a las necesidades -de reparación y de protección- de la víctima del delito. Sólo parece razonable excluir la libertad condicional en aquellos casos en los que existe un pronóstico positivo de reincidencia -porque, por ejemplo, la persona ha rechazado someterse al programa de tratamiento propuesto por la administración penitenciaria-, el cual no es neutralizable a través de las reglas de control y rehabilitación a las que se puede condicionar la libertad condicional.

Regla 19. La administración penitenciaria debe dotarse de los medios humanos necesarios para que toda persona sometida a régimen abierto o en libertad condicional esté sujeta a la necesaria **supervisión** para garantizar que se cumplen las finalidades resocializadoras de estas instituciones.

Justificación: Si bien en la actualidad toda persona que cumple su condena en régimen abierto o en libertad condicional está sometida a la supervisión de un trabajador social o de un educador social, la realidad muestra que este personal es insuficiente y que ello comporta que, en muchas ocasiones, la supervisión de la persona -sobre todo en libertad condicional- sea más formal que real. Esta insuficiencia de medios tiene diversas consecuencias negativas. Por una parte, explica que las cifras de concesión del régimen abierto sean tan reducidas, por otra, comporta que algunas personas que podrían necesitar de una supervisión o de una ayuda para llevar adelante su proceso de resocialización, carezcan de ella. Todo ello contribuye lógicamente al desprestigio de estas instituciones tan valiosas desde el punto de vista de la resocialización.

Regla 20. No deberán existir regímenes especiales de ejecución de la pena de prisión. El régimen de ejecución especial previsto en la legislación (LO 7/2003) para los condenados por delitos de **terrorismo** debe eliminarse.

Justificación: Las garantías que se establecen en la legislación actual -con las revisiones formuladas en las presentes reglas- son suficientes para evitar casos de aplicación injustificada de las instituciones del régimen abierto y de la libertad condicional a personas condenadas por delitos de terrorismo. El abandono de los fines y medios terroristas, la efectiva desvinculación de la organización y la petición de perdón a las víctimas ya son requisitos para que se le pueda otorgar, de acuerdo a la legislación general, un tercer grado a una libertad condicional. Pero exigir, -como se hace en la LO 7/2003- la colaboración activa con las autoridades resulta una demanda excesiva desde el punto de vista del principio de resocialización. En cuanto a los plazos específicos para conceder el tercer grado o la libertad condicional, parecen responder únicamente a móviles ejemplarizantes que no encuentran acomodo entre los principios constitucionales en los que se debe basar la imposición de las penas.

IV. EXTRANJEROS Y EJECUCIÓN DE LAS PENAS.

Regla 21. Cuando el condenado sea una persona extranjera que carezca de permiso de residencia en España y haya sido condenado por delito a una pena privativa de libertad inferior a 3 años, podrá sustituirse ésta por la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de 3 a 6 años. Los criterios para decretar la expulsión serán los generales que inspiren la sustitución de penas privativas de libertad.

También podrá sustituirse por la expulsión la pena impuesta por impago de la pena de multa.

Cuando el condenado por delito sea una persona extranjera que disfrute de residencia en España, podrán aplicarse las mismas reglas de sustitución de la pena por la expulsión, siempre que medie expreso consentimiento.

Justificación: La sustitución se restringe a penas privativas de libertad porque por lo general el cumplimiento de las penas de privación de derechos no requiere la permanencia en España, y por tanto puede ser compatible con la ejecución de la orden gubernativa de expulsión. No parece procedente, por otro lado, dejar sin efecto una pena de privación de permiso de conducir, o de prohibición de acercamiento a la víctima, para sustituirla por la expulsión; la expulsión puede resultar más aflictiva que la pena impuesta, lo que vulneraría la exigencia de proporcionalidad.

Respecto a la pena de trabajos al servicio de la comunidad, o las consistentes en obligaciones de reparar o de someterse a tratamiento, se prevén siempre como sustitutivas o, al menos, alternativas de otras, por lo que cuando el juez considere que es más procedente optar por la expulsión contará con un marco de elección suficiente para atenerse al caso concreto.

La prohibición de retorno derivada de la expulsión debe tener una duración graduable que permita adecuarla de forma ponderada a la gravedad de la pena sustituida. Puesto que únicamente pueden sustituirse penas no superiores a tres años de prisión se mantiene el límite máximo de la expulsión en seis años.

Regla 22. La duración de la prohibición de retorno deberá adecuarse a la gravedad de la pena sustituida y a las circunstancias del condenado, al que en todo caso debe darse audiencia.

Justificación: Puesto que la opción por la expulsión puede aplicarse a supuestos de penas de distinta gravedad, deberá graduarse de forma proporcionada la duración de la expulsión.

Regla 23. Si el condenado a la expulsión regresara antes del transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que le han sido sustituidas. No obstante se podrá descontar el tiempo permanecido fuera de España a razón de un día de prisión por tres días fuera de España.

Justificación: Una vez que la expulsión opera como sanción penal, su cumplimiento parcial debe computarse para reducir la duración de la pena sustituida, tal como se recogía en la Propuesta del Grupo de Política Criminal de 1997. Esta consecuencia no se produciría si se tratara meramente de autorizar una expulsión administrativa.

Regla 24. Cuando una persona extranjera fuera condenada a una pena privativa de libertad que deba ejecutarse en centro penitenciario, cumplirá la pena bien en España o bien en su país de origen, de acuerdo con lo previsto en los Convenios suscritos por España a tal efecto para el traslado de personas condenadas a penas o medidas privativas de libertad. El traslado puede realizarse asimismo para el cumplimiento del último estado de la pena en libertad condicional.

Si sobre la persona condenada hubiera recaído una orden ejecutoria de expulsión gubernativa y la pena de prisión se cumple en España, la expulsión quedará suspendida. La expulsión podrá llevarse a cabo únicamente cuando se acceda a la libertad condicional, previa autorización judicial, oído el condenado y el ministerio fiscal. En este caso la pena se tiene por finalizada cuando transcurra el tiempo que reste de cumplimiento en libertad sin volver a delinquir. La revocación se regirá por las reglas generales. La eventual infracción de la orden de expulsión se regirá por la normativa de la ley de extranjería.

Justificación: El Convenio Europeo de Estrasburgo de 1983 sobre traslado de personas condenadas y los Convenios bilaterales suscritos por España pretenden facilitar el cumplimiento de las penas y medidas privativas de libertad en el país de origen, para lo cual se requiere el consentimiento del condenado. En el año 2002 se aplicó a 432 casos para el cumplimiento de la libertad condicional y a 42 casos para estadios anteriores (Fuente: Cuerpo técnico de Instituciones penitenciarias, reproducido por Elisa España, "Datos oficiales de delincuencia en España", RDPC N 13 2004)

En lo supuestos en que no proceda aplicar el traslado a su país de origen, deben mantenerse las reglas generales de cumplimiento. La concurrencia con la orden de expulsión no debe afectar al cumplimiento, pero puede considerarse compatible la ejecución de la expulsión con la situación de libertad condicional.

No obstante, debe mantenerse la diferencia de ambos órdenes sancionadores: la infracción de la prohibición de regreso inherente a la orden de expulsión no supone quebrantamiento de pena sino de la sanción administrativa. La revocación de la libertad condicional procederá cuando se produzca recaída en el delito o el incumplimiento de las obligaciones impuestas en relación al delito cometido (por ejemplo prohibición de acercamiento a víctimas).

TERCERA PARTE. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL.

I. CRITERIOS GENERALES.

Regla 1. Durante la sustanciación del proceso penal por delito, los Jueces y Tribunales podrán adoptar medidas cautelares personales establecidas por ley, privativas o restrictivas de derechos del imputado, cuando sean objetivamente necesarias para alcanzar los fines que las justifican y siempre con carácter provisional, pudiendo ser modificadas en función del resultado del proceso o si se alterasen los presupuestos que llevaron a acordarlas.

Justificación: Se recogen los principios de necesidad y provisionalidad en la adopción de medidas cautelares: Sólo podrán restringirse la libertad o los derechos del imputado cuando lo requieran los fines que justifican las medidas, y con carácter provisional.

Regla 2. Las medidas cautelares personales sólo podrán decretarse cuando aparezcan en la causa indicios suficientes para afirmar la existencia de un hecho constitutivo de delito y creer responsable criminalmente del hecho a la persona contra quien se dicta la medida.

Justificación: Las medidas cautelares se rigen por el principio de proporcionalidad: la privación o restricción deberá estar en función de la gravedad del hecho cometido y de la certeza de la sospecha. Por eso el hecho imputado debe ser constitutivo de delito, no de falta, y ha de poderse afirmar de manera indiciaria que la persona afectada es responsable criminalmente del hecho.

Regla 3. La alarma social no es un criterio válido a los efectos de apreciar la necesidad de la prisión provisional ni de ninguna otra medida cautelar.

Justificación: Se descarta la alarma social como criterio justificador de medidas cautelares personales. El mismo Tribunal Constitucional, en STC 47/2000, de 17 de febrero, procedió a plantearse una cuestión de inconstitucionalidad, todavía pendiente de resolución, acerca de la compatibilidad de los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -en su redacción anterior a la reforma LO 13/2003- con el derecho a la libertad personal, por entender que la alarma social producida por el delito no podía erigirse en un fin constitucionalmente válido, toda vez que "la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena, la prevención general".

Regla 4. El sometido a una medida cautelar sigue gozando de su derecho a la presunción de inocencia.

Justificación: A diferencia de las penas, con cuyo contenido material pueden coincidir en muchos casos, las medidas cautelares se imponen a quien aún no ha sido declarado culpable de la realización de un hecho delictivo, por lo que goza de la presunción de inocencia.

Regla 5. Las medidas cautelares personales habrán de atender a fines estrictamente procesales, es decir, asegurar la presencia del imputado en el juicio o la ejecución de una hipotética sentencia condenatoria, y evitar la destrucción de pruebas. Excepcionalmente podrán perseguir un fin preventivo, como es la neutralización de un riesgo fundado, grave y concreto de comisión de hechos delictivos por el imputado, a determinar según la naturaleza y circunstancias de comisión del delito que se le atribuye.

Justificación: Aunque el fin genuino de las medidas cautelares en el proceso penal es asegurar el mismo, no puede descartarse la necesidad de adoptar durante la sustanciación del proceso medidas preventivas destinadas a garantizar otro fin también constitucionalmente legítimo: la necesidad de inmediata protección de la víctima y la prevención de un riesgo grave e inminente de comportamiento delictivo. La adopción de medidas cautelares en atención a ese juicio de peligrosidad no convierte a estas medidas en medidas de seguridad "predelictuales", pues el juicio sobre la peligrosidad del imputado para los bienes jurídicos de

la víctima, o de otras personas, se infiere de los elementos concurrentes en la conducta delictiva cuya autoría se atribuye, de manera provisional pero fundada, al sujeto imputado.

Regla 6. El **catálogo** de medidas cautelares personales que pueden adoptarse durante la sustanciación del proceso penal está constituido por:

1. Prisión provisional
2. Custodia en establecimiento sociosanitario
3. Arresto domiciliario o permanencia vigilada en el domicilio.
4. Localización electrónica.
5. Libertad restringida.
6. Caución o fianza.
7. Prohibición de salida del territorio español.
8. Prohibición del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos.
9. Prohibición de aproximación a la víctima o a aquellos familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.
10. Suspensión de los derechos inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento.
11. Suspensión del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas.

Justificación: Es necesaria la previsión de un amplio elenco de medidas cautelares personales distintas y alternativas a la prisión provisional, que puedan servir a los mismos fines de aseguramiento del proceso y de evitación de la comisión delictiva que aquélla, pero sin que representen una quiebra tan gravosa del derecho fundamental a la libertad ni tengan las consecuencias tan negativas que se derivan del ingreso en un centro penitenciario. La Recomendación núm. R (80) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 27 de junio de 1980, que toma como base la Resolución (65)11 sobre la prisión de personas pendientes de juicio, establecía la necesidad de que los Estados miembros contemplaran en su legislación medidas alternativas a la prisión provisional, proponiendo las siguientes:

1. Promesa del interesado de acudir cuando sea llamado por la autoridad judicial y de no dificultar la acción y el curso de la justicia;
2. Obligación de residir en una determinada dirección (domicilio, centro de albergue, institución especializada para jóvenes delincuentes...) en las condiciones fijadas por la autoridad judicial)
3. Prohibición de abandonar o de salir, sin autorización del juez, de un lugar o de una zona determinada
4. Obligación de presentarse regularmente ante ciertas autoridades
5. Retención del pasaporte o documento nacional de identidad
6. Entrega o presentación de una caución u otras garantías, teniendo en cuenta las posibilidades de la persona.
7. Control y asistencia por un órgano designado por la autoridad judicial..

Regla 7. El Juez o Tribunal motivará de manera precisa las razones por las que selecciona una medida concreta, a partir de su idoneidad para alcanzar los fines propuestos y su necesidad, ponderando especialmente los perjuicios que provocará en la persona del imputado en atención a su situación familiar y laboral.

La prisión provisional sólo podrá ser acordada por el Juez o Tribunal cuando, concurriendo los presupuestos legales para ello, las otras medidas catalogadas no permitan alcanzar los mismos fines.

Justificación: Es necesario insistir en el carácter excepcional de las medidas cautelares y en la subsidiariedad de la prisión provisional respecto a las otras medidas, que, por ello, deberán configurarse de manera escalonada inversa, con su vértice en la privación preventiva de la libertad. La Recomendación 1245 (1994) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, tras poner de relieve los daños, a veces irreparables, que se derivan del ingreso en prisión, insiste en que se trata de una medida que se adopta respecto a una persona que, en este estadio del proceso, debe ser considerada inocente, como establece el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La realidad penitenciaria española, en la que un 22,22% del total de la población reclusa son preventivos -datos de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en la última semana de octubre de 2004- pone de relieve que la prisión provisional se usa como medida ordinaria. Si, además, tenemos en cuenta la situación de saturación de los establecimientos

y el deterioro que implica de las condiciones de vida de los encarcelados, la decisión de internar en un centro penitenciario a alguien que no ha sido condenado debe ser excepcional.

Regla 8. Las medidas cautelares durarán el tiempo mínimo imprescindible para alcanzar los fines señalados y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción, hasta la decisión final del proceso. Además, tendrán un plazo máximo de **duración**.

Justificación: Las medidas cautelares personales, en cuanto restricciones de derechos acordadas contra alguien al que se considera inocente, han de ser de aplicación provisional, proporcionadas a los fines que las justifican y limitadas temporalmente mediante el sistema de dos plazos, uno mínimo y otro máximo.

Regla 9. No podrán decretarse medidas cautelares privativas o restrictivas de derechos fundamentales del imputado que no estén expresamente **previstas en la ley**.

Justificación: La necesidad de habilitación legal previa y expresa para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales es consustancial al Estado de Derecho. Los jueces no tienen una autorización genérica para limitarlos, salvo en los casos que la ley expresamente lo permita y con las garantías y límites en ella impuestos. Tampoco en los casos en que se den los presupuestos para decretar la prisión provisional la existencia de tal posibilidad habilita para decretar cualquier otra medida cautelar menos aflictiva - con el argumento de "quien puede lo más puede lo menos"- que no esté prevista y regulada por ley.

Regla 10. Las medidas cautelares sólo podrán adoptarse por el juez previa solicitud de parte, salvo razones de urgencia, en cuyo caso simultáneamente a la adopción de oficio de la medida se convocará a audiencia a las partes, y respetando en todo caso las garantías del derecho de defensa. No obstante, el juez podrá acordar de oficio la libertad provisional cuando no vaya acompañada de restricciones u obligaciones adicionales a la obligación mínima de comunicar al juez los cambios de domicilio.

Justificación: Cualquier medida privativa o restrictiva de derechos fundamentales debe adoptarse motivando la concurrencia de los presupuestos fácticos y jurídicos que la justifican y previa audiencia del afectado. Resulta criticable que la vigente regulación de la LECrim permita que el juez adopte de oficio, y sin contradicción, las medidas de libertad provisional con fianza, art. 529, de privación del permiso de conducir, art. 529 bis, de retención del pasaporte, art. 530, y de alejamiento, art. 544 ter.

Regla 11. La tramitación de los procesos en los que se hubieran adoptado medidas cautelares privativas de libertad tendrá carácter preferente. La defensa del imputado podrá impugnar la decisión para que sea revisada por otra instancia judicial, que deberá resolver el recurso en el plazo improrrogable de veinte días desde su recepción. Transcurrido el plazo, la medida quedará sin efecto automáticamente.

Justificación: De acuerdo con las precauciones que se han de adoptar frente a la privación o restricción de libertad del declarado inocente, es necesario que el juez no pueda acordar estas medidas de oficio, que se respeten al máximo las garantías de defensa y que la tramitación de los recursos y del proceso sea preferente, con efectos inmediatos a favor de la libertad ante la desidia de los Tribunales.

Regla 12. El incumplimiento por el imputado de las medidas cautelares distintas a la prisión que contra él hubiera adoptado el juez podrá dar lugar a la aplicación de otra u otras medidas que impliquen mayor limitación de su libertad personal, teniendo en cuenta los motivos, gravedad y circunstancias del incumplimiento. En éste caso, sólo procederá la prisión provisional si el hecho que motivó la adopción de la medida incumplida estuviera castigado con pena superior a dos años de prisión o si las circunstancias del incumplimiento permiten inferir la existencia de un riesgo grave, fundado y concreto de que el imputado cometa un delito contra la vida, la integridad personal, la libertad o la libertad sexual de la víctima.

Justificación: Resulta desproporcionado que el quebrantamiento de una medida cautelar adoptada por la imputación de un delito que lleva aparejada pena inferior a dos años de prisión pueda dar lugar a la prisión provisional, salvo que las circunstancias del quebrantamiento permitan inferir que el riesgo de agresión a la víctima es ahora de tal entidad que resulta justificada la prisión provisional.

Regla 13. El incumplimiento de una medida cautelar distinta a la prisión provisional no conllevará la exigencia de responsabilidad penal, ni por un tipo autónomo de quebrantamiento de condena o medida cautelar, ni mediante la previsión de tipos agravados para delitos cometidos con previo quebrantamiento de la medida. En este sentido, deben derogarse el delito de quebrantamiento de medida cautelar no privativa de libertad del art. 468.2 CP y la agravación prevista en el art. 153.

Justificación: La necesidad de articular mecanismos que refuercen el cumplimiento de las medidas de prohibición adoptadas con el fin de aseguramiento del proceso o de protección a la víctima se satisface con la "amenaza" de que el incumplimiento derive en una medida cautelar más restrictiva de la libertad. Resulta una especie de "bis in idem" que el quebrantamiento de la medida genere, además, una responsabilidad penal adicional.

II. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

Regla 14. La custodia en establecimiento sociosanitario significará el ingreso o permanencia, si ya estuviera acogido, del imputado en un establecimiento cerrado, para recibir tratamiento médico, psiquiátrico o de deshabitación a drogas de abuso o alcohol. El encartado no podrá salir de la institución sin previa autorización judicial, que siempre atenderá a las indicaciones terapéuticas.

Justificación: Se trata de una prisión atenuada, homogénea a las medidas de seguridad materialmente equivalentes, que pretende no interrumpir procesos

terapéuticos en los que pueda hallarse el imputado o acomodar su régimen de privación de libertad a su situación.

Regla 15. El **arresto domiciliario** es una medida cautelar que consiste en la obligación de permanecer en el domicilio sometido al control que judicialmente se determine. Esta medida podrá acordarse por un plazo máximo de un año.

Justificación: La medida puede constituir una buena alternativa a la prisión provisional. Es una de las recomendadas por el Consejo de Europa y se conoce en países como Francia, Alemania, Italia y Austria. La persona encargada de la vigilancia será normalmente un agente policial pero debe dejarse abierta la posibilidad de que la vigilancia se encomiende por el juez a un familiar o persona que le merezca confianza suficiente.

Regla 16. El régimen del arresto domiciliario contemplará la posibilidad de que el imputado salga del domicilio con autorización judicial para realizar determinadas actividades (sanitarias, educativas, laborales). Excepcionalmente, podrá acordarse la restricción de las visitas de personas ajenas al círculo familiar del encartado o un control judicial del ejercicio del derecho a comunicar libremente.

Justificación: Es necesario flexibilizar su régimen para permitir su adecuación a situaciones diversas, aunque deben preverse mecanismos de control.

Regla 17. La **localización electrónica** consiste en colocar al imputado, con su consentimiento expreso, un dispositivo electrónico que permita conocer su ubicación en el espacio y tiempo. Podrá acordarse por un plazo máximo de un año.

Justificación: Mediante la localización electrónica, que habrá de tener un plazo máximo temporal y ser consentida por el imputado dada la intensa injerencia en su derecho a la intimidad, se podrá atender a supuestos de riesgo de agresión a la víctima sin necesidad de acordar la prisión provisional. Se recurre a

medios electrónicos de control tipo pulsera, con sistema GPS de seguimiento vía satélite, que el imputado está obligado a llevar en todo momento y que permiten conocer al instante, o controlar posteriormente, su situación en el espacio y tiempo. Aunque no se puede olvidar la gran capacidad de injerencia en la vida privada de las personas de este tipo de mecanismos, son menos invasivos que la prisión, la cual significa la cancelación absoluta de la diferencia entre lo público y lo privado. Por otro lado, esta medida habrá de considerarse instrumental de otras que consistan en restricciones de la libertad de movimientos, como la prohibición de aproximarse a la víctima, o de acudir o abandonar determinados lugares.

Regla 18. La libertad restringida es una medida cautelar que limita la libertad del imputado en diverso grado, en función de las necesidades del caso y de la persona del encartado. La obligación mínima es la de comunicar al juez cualquier cambio de domicilio, incluso provisional y transitorio, así como todo desplazamiento fuera de la ciudad de residencia.

Además de esa obligación mínima, podrán imponerse, siempre de forma motivada y previa petición de parte, alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a) Obligación periódica de comparecer ante la autoridad judicial u otra autoridad señalada por el juez (Policía, Guardia Civil, agente judicial o delegado suyo). La periodicidad de las comparecencias se fijará teniendo en cuenta la necesidad de asegurar la presencia del imputado y sus circunstancias personales.
- b) Obligación de residir en una determinada dirección.
- c) Sometimiento a tratamiento ambulatorio.

Justificación: La libertad restringida debería ser la situación normal de quien ha sido constituido como imputado. Para su conformación se establece una obligación mínima, y varias escalonadas que permiten incrementar en función del riesgo el control sobre su persona. Es una de las medidas capitales para hacer creíble un sistema tutelar alternativo a la prisión provisional. De ahí la necesidad de permitir diversos niveles de sujeción, huyendo del automatismo actual que la ha

convertido en una medida desacreditada para los actores del proceso y los imputados. No obstante, los días uno y quince de cada mes, en las grandes sedes judiciales, hay colas de personas que cumplen con su deber ritual de comparecer, sin que nadie compruebe el dato. De hecho, personas que se presentan periódicamente ante un determinado tribunal suelen encontrarse reclamadas por otra autoridad judicial. Además, la comparecencia no debería realizarse necesariamente en sede judicial sino que debería poder hacerse ante otras autoridades no judiciales, como se permite en Alemania, o ante un servicio específico constituido para tal fin.

Regla 19. La **caución o fianza** tienen como fin responder de la comparecencia del imputado cuando fuera llamado por el juez o tribunal que conociera de la causa. Para su determinación se tendrá en cuenta la situación económica del imputado. En ningún caso se impondrá una fianza como medio de eludir la prisión provisional.

Justificación: La práctica de acordar o fianza o prisión ha de desterrarse. Sólo puede adoptarse la prisión provisional cuando no hubiere otro medio adecuado para neutralizar el riesgo procesal. Por eso es la última medida cautelar de carácter personal. La fianza es una medida que puede servir de garantía en determinados casos de imputados de clase media y profesionales. Pero ha de tenerse en cuenta que carece de eficacia en la criminalidad organizada.

Regla 20. El juez o tribunal podrá imponer motivadamente la **prohibición de salir del territorio español** o la obligación de solicitar autorización judicial para ello cuando, por la naturaleza del delito cometido o las circunstancias personales del imputado, dicha medida sea necesaria para prevenir el riesgo de fuga. Para garantizar su cumplimiento se podrá ordenar la retención del pasaporte. La prohibición de salir del territorio español no puede justificarse únicamente en la necesidad de garantizar el cumplimiento inmediato de la obligación de comparecer ante el juez o tribunal.

Justificación: La restricción del derecho constitucional a salir de, o entrar libremente en, España puede ser necesaria para asegurar la presencia del imputado durante la sustanciación del proceso en aquellos casos en que no se dan los presupuestos para decretar la prisión provisional pero en los que, por tratarse de un delito cometido en el seno de una organización criminal internacional o por tener el imputado medios económicos que le permitirían fácilmente irse a otro país, hay riesgo serio de que no retorne a España. Resulta desproporcionada la restricción del derecho fundamental del art. 19.2 CE únicamente en aras de garantizar dicha comparecencia, pues dicho fin puede alcanzarse con otros medios.

Regla 21. En los procesos por delito el juez podrá imponer **la prohibición de residir en un determinado lugar, la de acudir a determinados lugares, la de acercarse a la víctima, sus familiares u otras personas o la de comunicarse con ellos** cuando, teniendo en cuenta las circunstancias de los hechos atribuidos, tales medidas resulten necesarias para evitar que el imputado pueda atentar contra la vida, la integridad personal, la libertad o la libertad sexual de la víctima.

El juez o tribunal podrá acordar el control electrónico del cumplimiento de estas prohibiciones mediante la colocación al imputado de un dispositivo que permita detectar su posición en relación a determinadas personas o espacios que sirvan de referencia, como la víctima, o el domicilio o lugar de trabajo de ésta.

Justificación: Para la adopción de estas medidas no se requiere que el delito imputado tenga previsto un determinado límite de pena porque, al no suponer una privación de la libertad tan radical como la prisión o el arresto, su adopción debe supeditarse a la necesidad de protección de la víctima. La medida es adecuada para casos en que los hechos denunciados constituyan un delito sancionado con pena inferior a dos años y el peligro de agresión a la víctima no fuere grave e inminente. No obstante, se condiciona a los supuestos de hechos constitutivos de delito. En este sentido, resulta criticable que el art. 544 ter permita al juez de instrucción dictar orden de protección para las víctimas de violencias domésticas también en los casos de indicios de la comisión de una falta.

Se prevé el control electrónico para advertir la aproximación prohibida del imputado a ciertas personas o lugares. En estos casos se activa la alarma en el

centro policial o en la vivienda de la víctima. La medida requiere de una expresa habilitación legal en cuanto supone una limitación adicional de los derechos del imputado, habilitación que debe incluirse en la LECrim. No es suficiente la habilitación prevista en el art. 48.4 CP pues se refiere exclusivamente a prohibiciones impuestas como pena en la sentencia y no a las adoptadas de forma cautelar durante la sustanciación del proceso.

Regla 22. El juez o tribunal podrá adoptar **medidas restrictivas de los derechos inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento** que el imputado tuviera respecto a menores de edad cuando éstos hayan sido víctimas del delito o estén bajo la custodia de la víctima, siempre teniendo en cuenta el interés prevalente del menor y su mejor protección. Tendrá validez y carácter de medida urgente hasta que el juez de familia decida en el proceso correspondiente.

Justificación: En los casos en que el imputado lo sea por un delito cometido contra menores de edad que estén bajo su patria potestad, tutela, guarda o acogimiento, resulta necesario que el juez pueda decretar medidas encaminadas a la protección del menor, como la prohibición de acercarse o comunicar con él, con suspensión del régimen de visitas que pudiera existir. La LO 15/2003 ha abordado parcialmente esta cuestión en el art. 48.2 CP pero en relación con la pena, no con la medida cautelar.

Regla 23. El Juez o Tribunal podrá decretar la **privación provisional del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas** si, por la naturaleza y circunstancias de los hechos atribuidos, puede afirmarse la existencia de un riesgo fundado, grave y concreto de que el imputado cometa hechos delictivos relacionados con la utilización de vehículos de motor o de armas.

Regla 24. Las oficinas judiciales deberán contar con personal especializado en el **control de las medidas cautelares** distintas de la prisión, que podrá coincidir con los agentes de ejecución

de penas, y cuyas funciones serán: a) emitir o recabar informes sobre la situación del imputado, que el juez deberá tomar en consideración en el momento de la adopción de la medida o de su modificación, b) colaborar, por delegación del juez, en las tareas de control de las obligaciones y prohibiciones que se impongan al imputado, especialmente en la de comparecencia periódica asociada a la libertad restringida.

Justificación: Al igual que ocurre con las penas sustitutivas de la prisión, si se quiere que las medidas cautelares distintas a la prisión provisional tengan capacidad de cumplir sus diversas finalidades y, por tanto, el juez las aplique con normalidad, resulta necesario el apoyo de personal especializado que, por una parte, le ayude a decidir una cuestión que puede involucrar un pronóstico de conducta futura y, por otra, facilite la importante carga de trabajo que supone la gestión y el control de la ejecución de las medidas cautelares.

III. LA PRISIÓN PROVISIONAL

Regla 25. Sólo podrá decretarse la prisión provisional cuando los hechos imputados constituyan delito para el que esté prevista pena de prisión superior a dos años y concurra además alguno de los **presupuestos** de la regla siguiente⁶.

Justificación: La privación del derecho fundamental a la libertad sólo resulta proporcional, en relación con los fines que la justifican, cuando los hechos imputados revisten cierta gravedad, de forma que en tales casos el interés de la justicia no puede asumir el riesgo de que el imputado se sustraiga al proceso o de que cometa hechos delictivos como los que se le imputan. Si los hechos imputados

⁶ Una minoría cualificada del Grupo considera que debe establecerse como presupuesto para decretar la prisión provisional que los hechos imputados constituyan un delito castigado con pena superior a tres años. De esta forma se mantendría la congruencia con la Regla sobre la sustitución de la pena de prisión, en la que proponemos fijar el límite máximo de ésta en tres años. Este sector del Grupo considera incoherente permitir la privación provisional de la libertad del imputado por hechos sancionados con una pena de prisión que, en caso de condena, puede ser acreedora de sustitución

constituyen un delito de poca gravedad, debe prevalecer el derecho a la libertad del imputado, pudiendo en tales casos alcanzarse los fines de aseguramiento del proceso o de evitación de la comisión delictiva, si esto último fuera necesario, con otras medidas cautelares no privativas de libertad. En este sentido, la Recomendación 1245 (1994) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre las prisiones y centros de detención preventiva afirma: "la prisión preventiva, que debe ser siempre opcional y excepcional, debe decretarse sólo cuando la mínima sanción en juego sea sustancial". El límite mínimo de los dos años resulta coherente con la regulación de la suspensión de la pena en el actual CP, art. 80, en el sentido de que la prisión provisional nunca debe imponerse en supuestos de comisión de hechos castigados con una pena susceptible de suspensión.

Regla 26. La adopción de la prisión provisional deberá justificarse motivadamente por el juez o tribunal en la concurrencia de alguno de los siguientes presupuestos:

a) Riesgo de fuga del imputado que no pueda conjurarse con otras medidas no privativas de libertad. Para valorar la existencia de dicho riesgo deberá tenerse en cuenta la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, las circunstancias personales de éste y el momento en que se encuentre el proceso. La gravedad de la pena prevista para el delito imputado no puede sustentar por sí sola el mantenimiento de la prisión provisional.

Justificación: En el mismo sentido que la jurisprudencia constitucional, consideramos que la gravedad de la pena no puede operar como único criterio -de aplicación objetiva y puramente mecánica - a tener en cuenta al ponderar el peligro de fuga, sino que debe ponerse en relación con otros datos personales del inculpado, como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc... .

b) Peligro de ocultación, alteración o destrucción por parte del imputado de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento del caso. Para valorar la existencia de este peligro deberá tenerse en cuenta el interés del imputado en suprimir las pruebas acusatorias y su capacidad para acceder a las fuentes de prueba

o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo. La prisión provisional por este motivo sólo podrá acordarse en los momentos iniciales de la investigación.

Justificación: Debe limitarse la posibilidad de acordar la prisión provisional por esta razón ya que según avanza la investigación desaparece el riesgo de manipulación probatoria.

c) Riesgo fundado, grave y concreto de que el imputado pueda actuar contra la vida, la integridad personal, la libertad o la libertad sexual de la víctima. Para valorar dicho riesgo deberán tenerse en cuenta la naturaleza y circunstancias de los hechos imputados y las características personales del autor.

Justificación: No debe olvidarse que esta medida supone la privación de libertad con base en una imputación indiciaria frente a la que todavía se está amparado por el principio de presunción de inocencia. Por ello, sólo estaría justificada la medida si los bienes que se trata de proteger son fundamentales, como los mencionados en la Regla, pero no cuando el peligro lo es para bienes como el honor, la intimidad o el patrimonio.

d) Riesgo fundado, grave y concreto de que el encausado pueda cometer hechos delictivos de la misma naturaleza que los imputados, siempre que esas conductas constituyan delitos graves contra la vida, la integridad personal, la libertad o la libertad sexual. Para valorar dicho riesgo deberán tenerse en cuenta las circunstancias de los hechos imputados, especialmente si han sido cometidos de manera concertada y organizada con otras personas, así como el pronóstico de peligrosidad del imputado. Dicho peligro no puede deducirse únicamente de la existencia de antecedentes penales.

Justificación: La admisión de la prisión provisional con este fin de prevención especial debe ser rigurosamente excepcional y limitada a aquellos casos en

que existen fundadas sospechas de que el imputado pueda seguir realizando hechos delictivos graves que afecten a bienes jurídicos de fundamental importancia. No puede fundarse la prisión provisional en la posibilidad abstracta de "evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos", como prevé el art. 503.2 LECrim.

Tampoco la peligrosidad delictiva del imputado puede deducirse automáticamente de la existencia de antecedentes penales, ya que ello implicaría una presunción iuris et de iure de peligrosidad. Por ello debe suprimirse la posibilidad que contempla el art. 503.1.1^o LECrim, tras la reforma de la LO 13/2003. Ello no impide que la existencia de condenas previas por delitos de la misma naturaleza que el ahora atribuido sea tenida en cuenta por el Juez para la elaboración de un pronóstico sobre la peligrosidad del sujeto.

Regla 27. Excepcionalmente podrá decretarse la prisión provisional, aunque los hechos imputados constituyan un delito sancionado con pena igual o inferior a dos años de prisión, si existiera una situación de peligro fundado, grave e inminente de que el imputado pueda actuar contra la vida, la integridad personal, la libertad o la libertad sexual de la víctima y dicho peligro no pueda conjurarse con otras medidas cautelares distintas a la prisión⁷.

Justificación: Esta regla pretende dejar abierta la posibilidad de que pueda decretarse excepcionalmente la prisión provisional ante una denuncia por delito sancionado con pena no superior a dos años pero en los que se aprecie por el juez una situación de peligro grave e inminente de que el imputado ataque bienes fundamentales de la víctima.

Regla 28. La duración de la prisión provisional se someterá a un plazo que sea razonable para el logro de los fines que la justifican. El plazo máximo de la prisión provisional no podrá exceder de un año, prorrogable hasta tres años en los casos de

⁷ Una minoría cualificada del Grupo considera que esta excepción sólo debe mantenerse si existe un peligro fundado, grave e inminente de que el imputado pueda atacar la vida o integridad física de la víctima, pero no en el caso de riesgo de ataque a otros bienes.

delincuencia organizada grave cuando se atribuya a los imputados responsabilidades directivas.

En el cómputo de dicho plazo no se tendrán en cuenta otras dilaciones indebidas que las procedentes de la propia conducta procesal del sometido a dicha medida. En todo caso, la suspensión del plazo en atención a dilaciones indebidas requerirá de una resolución judicial específica y motivada.

La prórroga de la prisión provisional debe estar especialmente motivada y decidirse contradictoriamente con anterioridad al vencimiento del plazo máximo de duración⁸.

Justificación: El artículo 17.4 de la Constitución establece que "por la ley se determinará el plazo máximo de la prisión provisional". La trascendencia del derecho a la libertad impone que dicho plazo sea "razonable", en el sentido que a este término ha venido dando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La razonabilidad del plazo habrá de determinarse en función de la naturaleza y complejidad del proceso, la actividad desplegada por el órgano judicial, al que debe exigírsele una especial diligencia, y el comportamiento del afectado. En el cómputo de dicho plazo no podrán tenerse en cuenta, a efectos de descuento, las dilaciones imputables a la conducta de otro coacusado. Tanto la decisión inicial por la que se acuerda el ingreso de un imputado en prisión provisional como su prórroga deben ser acordadas por auto motivado en el que se expliciten las razones que soportan la decisión. Es necesario establecer cautelas respecto a la excepcionalidad de la prórroga de los plazos máximos, para no encubrir la incuria procesal.

Regla 29. Transcurrido el plazo máximo de prisión provisional, no podrá decretarse de nuevo esta medida en la misma causa, salvo que entretanto hubiera recaído ya sentencia conde-

⁸ Una minoría cualificada del Grupo considera que el plazo máximo de la prisión preventiva debe ser el previsto por la Recomendación 1245 (1994) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: "la ley debe establecer un límite máximo de duración de la prisión preventiva que no debe exceder de seis meses para los delitos menos graves y de 18 meses para los delitos graves y estos periodos no pueden alargarse por ninguna razón. En consecuencia, los procesos con personas en prisión preventiva deben ser prioritarios e investigarse rápidamente".

natoria en primera instancia, en cuyo caso podrá ampliarse hasta la mitad de la pena impuesta. Sólo podrá reinstaurarse la prisión provisional, después de haber sido acordada la libertad, cuando aún no haya vencido el plazo máximo de la medida y por el tiempo que reste.

Justificación: Uno de los fundamentos de la previsión legal de un plazo máximo de prisión provisional, prórroga incluida, es la incitación a los órganos judiciales para que aceleren la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales con preso. Este objetivo devendría ilusorio si la propia ley estableciera excepciones a la imposibilidad de decretar de nuevo la prisión provisional de quien ya ha permanecido en dicha situación hasta agotar el plazo máximo de duración de la misma.

Existe, sin embargo, la posibilidad de ampliar la duración de la prisión provisional cuando ya haya recaído sentencia condenatoria en primera instancia, pues puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo de sustracción a la acción de la justicia. Dicha prórroga, sin embargo, no puede considerarse implícita a la sentencia, sino que ha de acordarse en forma expresa y motivada y, además, sobre la base de la pena impuesta. Esa posibilidad es excepcional, por lo que no resulta de recibo el criterio sustentado en el nuevo artículo 504.4 LECrim, a cuyo tenor "la concesión de la libertad por el transcurso de los plazos máximos para la prisión provisional no impedirá que esta se acuerde en el caso de que el imputado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del juez o tribunal".

Regla 30. En la determinación del plazo total de prisión provisional habrán de computarse los distintos periodos de tiempo pasados en tal situación por razón de una misma causa, aunque ésta tenga por objeto una pluralidad de delitos, o por razón de causas declaradas conexas.

Justificación: Tal ha sido el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional, que también ha considerado que los distintos periodos de prisión provisional en una misma causa, aunque sean discontinuos, y el período en que el imputado se encuentra simultáneamente en situación de penado como consecuencia de otra causa, son acumulables a efectos del cómputo del plazo máximo.

Regla 31. Únicamente podrá decretarse la **prisión provisional comunicada** por resolución judicial especialmente motivada y por el tiempo estrictamente necesario para impedir que se frustre el éxito de la investigación en curso, sin que su duración pueda exceder de un plazo máximo de tres días, sin posibilidad de prórroga.

Justificación: El nuevo artículo 509.2 LECrim. establece una duración máxima de cinco días, salvo que se trate de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis LECrim. o de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, en cuyo caso la medida podrá prorrogarse por otro plazo de cinco días. Además es posible una nueva incomunicación, en cualquier clase de supuestos, "siempre que la causa ofreciere méritos para ello", no pudiendo, en tal caso, exceder de tres días la duración de tal medida. Parece excesivo. La incomunicación sirve a unos concretos fines de la investigación: debilitar la voluntad del imputado en un primer momento, esperando que su aislamiento total le mueva a colaborar. Si se trata de neutralizar posibles entendimientos del encartado con terceros, abogados o familiares, se podrá acordar la intervención de sus comunicaciones lo que supondrá un mayor respeto al estatuto del imputado preso y su dignidad personal.

Regla 32. No procederá decretar la prisión provisional del acusado de un delito de los que dan lugar a un **enjuiciamiento rápido** por la sola razón de asegurar su presencia en la vista oral.

Justificación: Los motivos para decretar la prisión provisional deben venir legalmente tasados. Si el delito en cuestión no está sancionado con pena igual o superior a dos años de privación de libertad no resulta legítimo, por desproporcionado, ingresar al acusado del mismo en prisión provisional so pretexto de que con ello se pretende garantizar que no se sustraiga a la acción de la justicia, ya que para lograr este fin existen otras medidas menos gravosas.

Regla 33. La prisión provisional sólo podrá ser **acordada** si, tras el trámite de audiencia al imputado y a las acusaciones, alguna de las partes la instare. La audiencia habrá de celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas posteriores a la

puesta del detenido a disposición judicial o, caso de no ser posible, dentro de las siguientes 72 horas. Contra el auto de prisión provisional cabrá recurso de apelación que deberá resolverse en un plazo máximo e improrrogable de veinte días. Transcurrido el plazo, la medida quedará sin efecto automáticamente.

Justificación: El trámite de audiencia y la petición de parte es importante para que el órgano judicial pueda examinar con la previa contradicción la concurrencia de los presupuestos básicos de la prisión provisional. El establecimiento del plazo máximo de resolución del recurso y de la consecuencia en caso de incumplimiento es una garantía de la libertad que hace creíble la condición excepcional de la medida.

IV. SUSTITUCIÓN DEL PROCESO POR LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL

Regla 34. Se establece como principio general la sustanciación del proceso penal contra el imputado extranjero en situación de irregularidad. Se acordará la expulsión como sustitutivo del enjuiciamiento de forma excepcional.

Justificación: Se opta por esta regla frente a la contraria que se contiene en la LO 11/03, que establece la autorización de la expulsión como principio general salvo que el juez aprecie la existencia de circunstancias excepcionales. La expulsión supone una renuncia del Estado al "ius puniendo" para favorecer la política de expulsiones, lo cual resulta insólito porque es el único supuesto en que se prevé el sobreseimiento aun cuando existan indicios razonables de delito y se conozca al eventual responsable. Vulnera el principio de igualdad porque la renuncia al ius puniendo se hace depender de circunstancias extrapenales relativas a la situación administrativa irregular del imputado y no de criterios objetivos generalizables de los que pueda beneficiarse cualquier persona, como pueden ser la insignificancia del hecho, la conducta reparadora, o los efectos de "pena natural" derivados para el infractor. También se conculca el derecho de los eventuales perjudicados a la reparación que pudiera corresponderles, así como el derecho a la tutela judicial efectiva del imputado que reclame una sentencia absolutoria. La acogida del principio de oportunidad deberá ser excepcional y en todo

caso restringido a delitos de menor gravedad. La excepcionalidad de la medida aconseja, por otra parte, que la expulsión se pueda aplicar al residente.

Regla 35. Cuando un extranjero que carezca de residencia en España se encuentre imputado en un procedimiento por delito para el que la ley prevea una pena inferior a tres años, la autoridad gubernativa que hubiera dictado la orden ejecutoria de expulsión podrá solicitar al juez su expulsión previa audiencia del interesado y con informe del ministerio fiscal. Igualmente, deberá darse traslado a las demás partes. No podrá autorizarse por el juez la expulsión en un juicio por falta.

Justificación: Se opta por esta regla frente a la regulación actual del art. 57.7 a) de la Ley de extranjería, modificada por LO 11/2003, que permite la autorización de la expulsión para supuestos en los que la ley prevea penas inferiores a 6 años o de cualquier otra naturaleza, e incluso para las faltas. En todo caso la simple imputación de delito no es causa suficiente para autorizar la expulsión, que en ningún caso puede fundarse en la mera presunción de comisión de un delito ni en los hechos que motivan las diligencias penales. Son circunstancias que habrá que tener en cuenta el juez para renunciar a la persecución penal la falta de arraigo, su disposición a salir de España, así como sus circunstancias personales, lo que exige dar audiencia al interesado.

Regla 36. Para que proceda la autorización de la expulsión deberá existir auto de procesamiento, escrito de acusación o, cuando menos, auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado.

Justificación: Para que existan elementos suficientes que permitan motivar adecuadamente el auto que autoriza la expulsión es preciso haber llegado a esta fase del proceso.

En Málaga, a 20 de noviembre de 2004

Firmantes

AIGUAVIVA BAULIES, ARACELI

Magistrada. Juzgado de lo Penal nº 17 de Barcelona

ALONSO RIMO, ALBERTO

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, GREGORIO

Magistrado. Juzgado 1ª Instancia e Instrucción, nº 2 de Salamanca.

ASUA BATARRITA, ADELA

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

BALERDI MÚGICA, JOSÉ MANUEL

Magistrado. Juzgado 1ª Instancia e Instrucción, nº 9. Huelva.

BAUCELLS LLADÓS, JOAN

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona.

BONET ESTEVA, MARGARITA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

BUJAN ÁLVAREZ, JOSÉ MANUEL

Magistrado. Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Sala Civil y Penal

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

CARMONA RUANO, MIGUEL

Presidente de la Audiencia Provincial de Sevilla.

CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

CASTRO MARTÍNEZ, ANTONIO

Magistrado. Juzgado 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Guadalajara.

CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

CID MOLINÉ, JOSÉ

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

CUERDA RIEZU, ANTONIO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos I de Madrid.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

DOÑATE MARTÍN, ANTONIO

Magistrado. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial.

ESPINOSA CASARES, IGNACIO

Magistrado. Presidente Tribunal Superior de Justicia de La Rioja

FABIA MIR, PASCUAL

Magistrado. Juzgado de Instrucción nº 35 de Madrid.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, JESÚS

Magistrado. Presidente Sección nº 17 Penal de la Audiencia Provincial de Madrid.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

GARCÍA DE DIOS FERREIRO, RAMIRO

Magistrado. Juzgado de Instrucción, nº 6. Madrid.

GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón.

GONZÁLEZ VEGA, IGNACIO

Magistrado. Juzgado de lo Penal nº 21. Barcelona.

GONZÁLEZ ZORRILLA, CARLOS

Magistrado. Sección 5ª Audiencia Provincial de Barcelona.

HORMAZABAL MALAREE, HERNAN

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Gerona

HUERTA TOCILDO, SUSANA

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

IBAÑEZ SOLAZ, MARÍA

Magistrado. Audiencia Provincial de Castellón. Sección 3ª Civil-Penal.

IGLESIAS RIO, MIGUEL ANGEL

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Burgos.

JAREÑO LEAL, ÁNGELES

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

LAMARCA PÉREZ, CARMEN

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

LÓPEZ ORTEGA, JUAN JOSÉ

Magistrado de la Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Madrid

LOZANO ÁLVAREZ, MARÍA ANTONIA

Letrada del Consejo General del Poder Judicial.

LUNA JÍMENEZ DE PARGA, PILAR DE

Magistrada. Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción, nº 1 de Alzira (Valencia).

MACHADO RUÍZ, MARÍA DOLORES

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Almería.

MAESO VENTURERIA, AUGUSTO

Magistrado. Audiencia Provincial. Sección 2ª Civil y Penal. San Sebastián

MAPELLI CAFFARENA, BORJA

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA B.

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Granada.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, CARLOS

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Coruña.

MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO

Magistrado. Sala Penal del Tribunal Supremo. Madrid.

MATA BARRANCO, NORBERTO J. DE LA

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad del País del Vasco.

MUÑOZ LORENTE, JOSÉ

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid

MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

NAVARRO CARDOSO, FERNANDO

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Las Palmas

NEBOT DE LA CONCHA, ANTONIO JESÚS

Magistrado. Audiencia Provincial. Sección 2ª Civil y Penal. Albacete.

PANTOJA GARCÍA, FÉLIX

Fiscal. Consejero del Consejo General del Poder Judicial.

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

PÉREZ CEPEDA, ANA ISABEL

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de la Rioja.

PESTANA PÉREZ, MARIO

Magistrado. Juzgado de Instrucción nº 9. Madrid.

RAMOS TAPIA, INMACULADA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

REBOLLO VARGAS, RAFAEL

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, EDMUNDO

Magistrado. Juzgado de 1ª Instancia, nº 10 de Bilbao.

RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

ROIG ANGOSTO, MARÍA CONCEPCIÓN

Magistrada. Juzgado de Instrucción nº 2 de La Flota (Murcia).

RUÍZ RODRÍGUEZ, LUIS RAMÓN

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.

SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN

Magistrado. Juzgado de Instrucción nº 3. Madrid.

SALINERO ALONSO, CARMEN

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Las Palmas

SÁNCHEZ-ALBORNOZ, CARMEN

Magistrado. Juzgado de Instrucción nº 3 de Madrid.

VALEIJE ÁLVAREZ, INMACULADA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo.

VALLE ESQUÉS, FERNANDO

Magistrado. Audiencia Provincial. Sección 2ª Penal. Barcelona.

VARONA GÓMEZ, DANIEL

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Gerona.

VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO DE

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Castilla-La Mancha

VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Lérida.

VENTURA FACI, RAMIRO

Magistrado. Audiencia Provincial. Sección 16ª Penal. Madrid.

ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL

Catedrático de Derecho de Penal de la Universidad de Granada.

