

LA SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

José M.^a Luzón Cuesta
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

Una de las novedades más llamativas del Código Penal de 1995, es una reforma total del sistema de penas de los Códigos precedentes, que, según su esculpida Exposición de Motivos, «permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna». Y, después de la discutible afirmación de que, el sistema que se propone, simplifica la regulación de las penas privativas de libertad, destaca «las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos». Se introduce así, en el Título III del Libro I, en el Capítulo III «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad», entre dos viejas instituciones, cuales son la «De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad» (antigua condena o remisión condicional) y la «De la libertad condicional», esta nueva «De la sustitución de las penas privativas de libertad», en los artículos 88 y 89, aparte de las particularidades contenidas en los artículos 53 y 71.2.

La sustitución, ahora regulada, ya fue abordada por el Proyecto de Código Penal de 1980 (artículos 99 y 100) y seguida, tanto en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, de 1983 (artículos 82 y 83), como en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, de 1992 (artículos 88 y 89), respondiendo así a orientaciones del Consejo de Europa seguidas por los países de nuestro entorno (1). Así, tal organización, par-

(1) España no se adhirió al Consejo de Europa hasta el 24 de noviembre de 1977, en la etapa de transición a la democracia.

tiendo de la Recomendación 195 aprobada por su Asamblea Consultiva en abril de 1959, sobre la reforma penal, llevo a la Resolución (65) 1, de 22 de enero de 1965, «sobre “sursis”, “probation” y otras medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad»; Resolución (73) 17, «sobre el tratamiento de condenados adultos a penas de corta duración», en que alude a la necesidad de «limitar el papel de la prisión clásica, cuya eficacia es cada vez más cuestionada, especialmente en el caso de las penas cortas», aunque reconoce el escaso eco de tales recomendaciones; y Resolución (76) 10 «sobre ciertas medidas de sustitución a las penas privativas de libertad», en que, entre otras declaraciones, y aparte de afirmar que «las penas privativas de libertad deben reservarse exclusivamente para hechos graves con la mira puesta en la protección de la sociedad y en la reinserción del delincuente, para evitar la reincidencia», contiene la siguiente: «En casos de delitos no graves y en el supuesto de delincuentes juveniles o primarios, el sistema penal debe prever la posibilidad de suspender la imposición de la pena cuando el penado acepte cumplir determinadas condiciones o “pruebas” bajo la vigilancia o asistencia de Agentes Sociales y del Juez. También debe corresponder al Juez la facultad de escoger entre varias medidas penales establecidas por la Ley para un mismo hecho y que puede consistir en sanciones pecuniarias, privación de derechos, restricciones a la libertad y trabajos en beneficio de la comunidad, que puedan imponerse en sustitución de penas cortas privativas de libertad, y de manera que evite en la medida de lo posible, tener que acudir a esta pena en caso de incumplimiento de las condiciones» (2). Evidente resulta que, en el artículo 88.3 del Código Penal, en caso de quebrantamiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, no se atiende a esta recomendación final.

La justificación de las llamadas formas sustitutivas, las expresaba la Exposición de Motivos del citado Proyecto de 1980 (que incluía también la suspensión del fallo), en los siguientes términos: «Concebir la pena como castigo proporcional a la gravedad del hecho cometido no significa que la sanción correspondiente haya de imponerse y ejecutarse en todo caso. Se puede renunciar a la ejecución o incluso a la imposición misma de la pena, si ésta no es indispensable desde el punto de vista de la prevención general, y no está indicada desde la perspectiva de la prevención especial. Y por las mismas razones puede ser sustituida en su caso por otra de menor gravedad».

En definitiva, tanto la suspensión de la ejecución como la sustitución de las penas (en cuanto la libertad condicional tiene una muy distinta natu-

(2) Ampliamente, cfr. J.M.^a Morenilla Rodríguez: «Las medidas alternativas de la prisión: orientaciones del Consejo de Europa». Poder Judicial, n.º 8, sept. 1983, p. 141-146.

raleza), responden al general desprestigio que vienen sufriendo las penas privativas de libertad de corta duración, que, cuando se trata de las inferiores a seis meses, han llegado a calificarse, creo que con evidente exageración, de «nocivas» (3). Diversos son los argumentos esgrimidos, que *Gracia Martín* (4) sintetiza en que no sirven para alcanzar los fines de la resocialización, exponen al penado a la contaminación carcelaria y colapsan y sobrecargan el aparato estatal de ejecución de las penas. Ahora bien, en cuanto tales posibles inconvenientes de dichas penas tenían el remedio de la suspensión de la ejecución, en nuestro Derecho introducido mediante la Ley de Condena Condicional de 17 de marzo de 1908, pretende justificarse la nueva institución como forma de, en determinados supuestos, evitar la impunidad que, de hecho, aquélla viene a suponer. Así, *Quintana Giménez* (5) se refiere a una doble finalidad de la sustitución: «en sentido negativo, para eludir las penas cortas privativas de libertad al considerarse que no sirven para su objetivo de readaptación y suponer un costo económico elevado; y en sentido positivo, para mantener, en reafirmación del ordenamiento, la imposición de una pena pero estableciendo, por razones de prevención especial, unas alternativas para optar por la sanción que se considere más idónea». Así, pues, como ya señalara *Gracia Martín* (6), «serán razones de prevención especial las que indicarán la conveniencia de que no se ejecute la pena privativa de libertad impuesta» y «razones derivadas de las exigencias de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general las que indicarán la necesidad de que se ejecute la pena», resolviéndose el conflicto «mediante el recurso a la sustitución de ésta por la aplicación de otras sanciones que se estimen idóneas para alcanzar el fin de prevención especial sin menoscabo de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de las exigencias de la prevención general». Y, en esta misma línea, afirma *Serrano Butragueño* (7) que «por medio de la pena sustitutiva se confirma ante los ciudadanos la imposición de un castigo por el delito cometido (prevención general o *para que no delincan los demás*); pero también, por medio de las sustitutivas, se puede escoger la

(3) D. M. Luzón Peña: «Medición de la pena y sustitutivos penales». Madrid, 1979, p. 70.

(4) L. Gracia Martín. (Con M.A. Boldova Pasamar y M.C. Alastuey Dobón). «Leciones de consecuencias jurídicas del delito». Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 226.

(5) C. Quintana Giménez: «Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad», en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal». III-1999, Madrid, Ministerio de Justicia y Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, p. 360.

(6) «Lecciones...», cit., p. 153.

(7) I. Serrano Butragueño: «Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)» (con la colaboración de otros catorce coautores). Comares, Granada, 1998, p. 737.

pena que más convenga a cada responsable penal de acuerdo con las circunstancias del hecho y con sus circunstancias personales (prevención especial o *para que el reo no vuelva a delinquir*)».

Pero la verdad es que, en la práctica, la sustitución de las penas viene a ser un sustitutivo de la condena condicional, o suspensión de la ejecución, como ahora se la denomina, en aquellos casos en que, por no tratarse de delincuentes primarios (o con antecedentes cancelados) deviene inaplicable este beneficio. Resulta así que el principal argumento en contra de las penas cortas de prisión, cual es el de que «son frecuentemente criminógenas porque pueden servir de escuela de criminalidad» (8), no parece tener mucho peso cuando no se trata de delincuentes primarios, aparte de que, con carácter general, otra razón esgrimida contra tales penas, como es la de no favorecer la socialización o resocialización, no parece vaya a conseguirse con las penas sustitutivas de multa o arresto fin de semana, pena ésta cuyo fracaso práctico es evidente, en la que su cumplimiento en régimen de aislamiento no puede considerarse precisamente socializador (9), en la que no existe tratamiento penitenciario y que se desnaturaliza en los supuestos de ejecución ininterrumpida.

Por lo que se refiere a la posibilidad o necesidad de aplicación de una pena sustitutiva, y recordando que, conforme al artículo 88.4 del Código Penal, «En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras», el régimen general de dicho artículo y del artículo 89, referido a extranjeros, parece claro, en cuanto, salvo el supuesto de penas de prisión inferiores a seis meses, en que la sustitución por pena de arresto de fin de semana o multa es obligatoria, en los restantes es facultativa del Tribunal, en todo caso oyendo al penado, que, en algunos supuestos, habrá de prestar su conformidad (10). Pero el problema no es éste. La cuestión está en determinar la posible aplicación de los artículos 88 y 89, así como del artículo 57, en relación con el artículo 9 del mismo Código Penal de 1995, respecto a leyes penales especiales o leyes con normas penales. Recordemos que este artículo, después de establecer que las disposiciones del Título Preliminar, al que sirve de cierre, «se aplicarán a los delitos y faltas que se

(8) D.M. Luzón Peña: «Medición...» cit., p. 69.

(9) Conforme al art. 17 R.D. 690/1996, de 26-4, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana, el penado cumplirá éste en celda individual y en régimen de aislamiento, es decir, con absoluta separación del resto de los detenidos, presos o penados.

(10) Aunque la privación de libertad por impago de multa es obligatoria, según el art. 53 del CP., la misma tiene un régimen distinto, ya que tal privación de libertad es a su vez sustituible, facultativamente, por arrestos de fin de semana o trabajos en beneficio de la comunidad, frente a la señalada prohibición del art. 88.4.

hallen penados por leyes especiales», precisa que «Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas» (11).

Por lo que se refiere al artículo 89, en que no se realiza sustitución por pena alguna, al no figurar como tal en el 33 la de expulsión del territorio nacional, de similar naturaleza a la antigua de extrañamiento, no responder a los principios que inspiran la sustitución de las penas, de evitar las privativas de libertad de corta duración, e incluso pudiendo considerarse, especialmente el segundo supuesto del apartado n.º 1 de aquel artículo, como una modalidad de libertad condicional, acorde con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ningún inconveniente existe para su aplicación a extranjeros penados con arreglo a dichas leyes especiales.

Diferente es la situación respecto al artículo 88, en que lo primero que habrá que examinar es si tales leyes contienen las penas susceptibles de ser sustituidas conforme a este artículo. Así, la Ley de 12 de enero de 1887, de Protección de los Cables Submarinos, prevé, aparte de unas mínimas multas, no actualizadas, penas de «prisión correccional» y «arresto mayor»; la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, modificada por Ley Orgánica 1/1986, de 8 de enero, enumera las penas que se pueden imponer con arreglo a la misma, entre las que se encuentran las viejas reclusiones, prisiones y arrestos del Código Penal derogado, al que expresamente se remite, así como la multa, y concluye el Título Primero con el artículo 12, que dispone: «En todo lo no previsto especialmente en este Título se aplicarán como normas supletorias de sus disposiciones los preceptos del Libro I del Código Penal»; la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en el Capítulo VIII, «Delitos e infracciones electorales», prevé que, en lo que no se encuentre expresamente regulado en el mismo, «se aplicará el Código Penal», añadiendo que «También serán de aplicación, en todo caso, las disposiciones del Capítulo I, Título Primero, del Código Penal (12) a los delitos penados en esta Ley», respecto a los cuales, aparte de la pena de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasi-

(11) El art. 7 del CP. derogado, al que por LO. 8/1983, de 25-6, se adicionó el segundo párrafo, preveía: «No quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales.- No obstante, sí les serán de aplicación las disposiciones de este capítulo». (Tal capítulo era el «De los delitos y faltas», arts. 1 a 7).

(12) Capítulo I del Título I del Libro I del Código Penal de 1973, «De los delitos y faltas». La referencia es incompleta y probablemente pretendía hacerse al Título I del Libro I, «De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan».

vo, establece, siempre conjuntamente con multa, penas de arresto mayor, prisión menor o prisión mayor; la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado, sin cláusula remisoría alguna, sólo tipifica como delito dos conductas, una castigada con pena de multa y otra con arresto mayor y multa; y la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, establece en su artículo 3 la penalidad para los delitos de contrabando, que serán castigados con las penas de prisión menor y multa proporcional y en la Disposición Final Primera dispone que «En lo no previsto en el Título I de la presente Ley se aplicará supletoriamente el Código Penal».

Visto que en todas las leyes examinadas se contienen penas de prisión y multa, sustituibles en el Código Penal, la remisión del artículo 9 del mismo y la expresa, sin cláusula de salvaguardia alguna, contenida en tres de las indicadas leyes, que incluso resultaría innecesaria, no ofrece duda que, al igual que bajo el Código derogado eran de aplicación sus normas sobre remisión o condena condicional (artículos 92 a 97) y libertad condicional (artículos 98 y 99), podrá o deberá, según los casos, hacerse uso de la nueva, denominada, como las anteriores, forma substitutiva de las penas privativas de libertad. Resultará así que se impondrá originariamente la pena prevista para el delito en tales leyes, aplicando la equivalencia establecida en la Disposición Transitoria Undécima del Código Penal, que podrá o deberá sustituirse, conforme al artículo 88 del mismo, por una pena desconocida inicialmente en la ley especial, siempre que figure en tal Disposición Transitoria, en la que no se incluye la de trabajos en beneficio de la comunidad.

Cuestión bien distinta es la de la aplicabilidad de tal institución respecto a los delitos castigados en el Código Penal Militar, visto su artículo 5.º, conforme al cual «Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código», en relación con lo previsto en el ya citado artículo 9 del Código Penal común, y con la citada Disposición Transitoria Undécima, no referida a pena alguna del Código Penal Militar.

Pero, previamente, tenemos que estudiar si existe una vinculación del Derecho penal militar con las antes citadas Resoluciones del Consejo de Europa, o si el artículo 25.2 de la Constitución condiciona la necesidad de sustitución de las penas privativas de libertad cuando difícilmente pueda suponerse su capacidad para la resocialización del penado.

Respecto al Consejo de Europa, ha de recordarse que, después de establecer, en el apartado a) del artículo 1 de su Estatuto (13), su finalidad de

(13) El Estatuto del Consejo de Europa es de 5-5-1949, publicándose en el BOE de 1-3-1978, a virtud del Instrumento de adhesión de 22-11-1977.

«realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social», y señalar en su apartado b) que «Esta finalidad se perseguirá a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta» en diversos campos, incluyendo entre los mismos el jurídico, expresamente dispone, en el apartado d), que «Los asuntos relativos a la defensa nacional no son de la competencia del Consejo de Europa».

Sobre una posible invocación de derechos fundamentales, en orden a tal sustitución, no es este el momento de entrar, no ya en el estudio de la polémica, que el *Padre Montes* calificaba de bizantina, sobre la naturaleza de la pena (14), generalmente considerada como un mal, a lo que se oponen los correccionalistas estimándola como un bien, y que actualmente pudiera no ser tan bizantina, sino tampoco en el análisis de las teorías absolutas, que le asignan una finalidad retributiva, frente a las relativas que destacan su función preventiva. Como resumen, hay que convenir, con *Quintano* (15), que, en toda la dogmática vigente, se impone la pena por lo que se ha hecho, sin que en ninguna legislación exista una eximente que admita la probabilidad de no volver a delinquir, y en la doctrina, la mayoría de la alemana, como *Welzel*, *Maurach* y *von Weber*, y los tres grandes maestros italianos, *Bettiol*, *Petrocelli* y *Antolisei*, reafirman el carácter retributivo, en su sentido jurídico, de la pena, aunque nada obste para estimar, además, como fines de la misma, los utilitarios de prevención general y especial. Y en el posible enfrentamiento entre prevención general y especial, pese a los avances de ésta en los últimos tiempos, de la mano de la llamada «Nueva defensa social», de *Gramática*, o del «Proyecto Alternativo», preciso es reconocer, como hace *Mir Puig* (16), coincidente con lo ya expuesto sobre la sustitución o suspensión de la ejecución, que «la prevención especial debe retroceder cuando resulte absolutamente incompatible con las necesidades generales de protección de la sociedad». Pero, en todo caso, que la pena es un castigo, como expresamente declaraba la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1980, y que como tal clama por su cumplimiento, debería de no ofrecer duda con sólo leer la descripción de los tipos penales, en que el Código Penal reiteradamente utiliza la expresión de «será cas-

(14) J.M.^a Luzón Cuesta. «Compendio de Derecho Penal. Parte General». Duodécima ed. Madrid, 2001, p. 233-234.

(15) A. Quintano Ripollés. «Curso de Derecho Penal». I, Madrid, 1963, p. 476.

(16) S. Mir Puig: «Derecho Penal. Parte General». Barcelona, 1984, p. 47.

tigado con la pena de». Así, en esta línea, la n.º 57 de las «Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos» (adoptadas por el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente) (17), claramente reconoce que «La prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad».

No obstante, a partir de una interpretación un tanto superficial del artículo 25.2 de la Constitución Española, que, en una desafortunada equiparación entre penas y medidas, proclama que «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados», y del artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, al declarar que «Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados», se ha llegado a afirmar, a mi juicio erróneamente, que «la finalidad primordial de las penas y medidas penales privativas de libertad no es otra que la reeducación y reinserción social de los sentenciados» (18). Se confunden así, lamentablemente, los fines de la pena con los del tratamiento penitenciario, que, según el artículo 59.1 de la Ley «consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados».

Pero, incluso aceptando que pueda la reeducación y reinserción social ser uno de los fines de las penas de prisión (no, desde luego, de todas las privativas de libertad, en cuanto en el arresto de fin de semana, como he destacado, no hay tratamiento), no podemos olvidar que el Tribunal Constitucional ha declarado que el artículo 25.2 de la Constitución Española no establece que «sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad» (19), sino que «supone un mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria» (20), y que «el artículo 25.2 de la CE. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles (prevención espe-

(17) Celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

(18) Comentarios a «Legislación Penitenciaria», Cóllex, 1996, p. 1996.

(19) STC. 28/1988, de 23-2, con cita de ATC. 780/1986; lo mismo STC 19/1988, de 16-2 y SSTs. 81/1993, de 26-1 y 625/1999, de 21-4.

(20) ATC. 1112/1988, de 10-10.

cial, retribución, reinserción, etc.) ha optado por una concreta función de la pena» (21), refiriéndose igualmente a «la función de prevención general, disuasoria y ejemplificadora junto a la retributiva (22); y, en esta misma línea, se insiste en que «la reeducación y la reinserción social de los delincuentes (artículo 25.2 CE.) no constituyen los únicos fines lícitos de las penas privativas de libertad, que también persiguen una finalidad de prevención (general y especial)» (23).

Así, pues, lo que la Constitución hace es consagrar que la prisión no debe ser una pena inactiva, sino que, durante su cumplimiento, estará *orientada hacia, tenderá a*, la reeducación y reinserción social, que se elevan así, de manera confusa, a la categoría de fin de la pena, coexistente con los demás que su propia naturaleza le asigna, que no quedan subordinados a éste, que, lógicamente, sí quedará supeditado a que sea posible, en cuanto aceptado por el penado, y necesario.

Interesante es la valoración que realiza *Tamarit Sumalla* (24), al estudiar el artículo 25.2 de la Constitución, al afirmar que «la optimista declaración constitucional aparece precisamente en el momento en que el pensamiento de la resocialización del delincuente comienza a entrar en crisis. Su descrédito se ha extendido hoy en la doctrina, que de manera absolutamente mayoritaria rechaza la comentada idea como clave explicativa de la moderna política criminal», refiriéndose a «la ilegitimidad de una “socialización coactiva”, tanto por su incompatibilidad con los principios constitucionales, como por la propia naturaleza contradictoria de un tratamiento no aceptado por el sujeto».

Precisamente, en atención a situaciones en que la pena no parece cumplir en su ejecución tales fines resocializadores o reinsertadores, ha tenido el Tribunal Constitucional que precisar que no ha de considerarse contraria a la Constitución «la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista» (25), calificando de «premisa totalmente incorrecta» la alegada en un recurso de amparo «de que, cuando en razón de circunstancias de tiempo, lugar o persona, cabe sospechar que una pena privativa de libertad no alcanzará a lograr la reeducación o la reinserción social del penado, se infringe un derecho fundamental de

(21) SSTC 150/1991, de 4-7 y 120/2000, de 10-5.

(22) ASTC. 198 y 199/1995, de 3-7.

(23) STS. 992/2000, de 2-6.

(24) J.M.^a Tamarit Sumalla: «Curso de Derecho Penitenciario (Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996)», en unión de F. Sapena Grau y R. García Alberó. Barcelona, 1996, p. 38-39.

(25) STC 19/1988, de 16-2, con cita de ATC. 19-11-1986.

éste» (26) y afirmando, en definitiva, que «lo que dispone el artículo 25.2 es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y reinserción social, mas no que a los responsables de un delito, al que se anuda una privación de libertad, se les condone la pena en función de la conducta observada durante el período de libertad provisional» (27).

Como reconoce la n.º 57 de las ya citadas «Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos», «El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen»; y ello sin perjuicio de que, como a continuación expresa dicha Regla, «Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo». En todo caso, como ha declarado el Tribunal Constitucional (Sala Segunda) (28), las sentencias «claman por ser cumplidas como exigencia implícita a la eficacia de la tutela judicial».

Descartado, pues, a tenor de lo expuesto, que de la Constitución se derive la necesidad de sustituir las penas cortas de privación de libertad que puedan aplicarse a los delitos militares, hemos de ver si, en el ámbito de la legalidad ordinaria, el ya citado artículo 5 del Código Penal Militar permite el trasvase al mismo de la previsión contemplada en el artículo 88 del Código Penal de 1995.

Una primera orientación nos ofrece la amplia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal Militar (29), considerablemente reducida en la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar. Se expresa en aquélla la doble posibilidad, de técnica legislativa, de presentar un «Código integral, es decir, como cuerpo de leyes que regule toda la materia penal necesaria en la esfera judicial castrense», o bien, siguiendo a la doctrina y legislación posteriores a la II

(26) ATC. 15/1984, de 11-1. En STS. 156/2001, de 9-2, se destaca que, según reiterada jurisprudencia del TC., el art. 25.2 de la Constitución «no acuerda un derecho subjetivo fundamental, y no excluye que las penas puedan tener una pluralidad de finalidades, que, junto a la prevención especial o individual, permitan la prevención del delito dentro del respeto de la dignidad de la persona».

(27) ATC 486/1985, de 10-7.

(28) En los ya citados Autos 198 y 199 de 1995, de 3 de julio.

(29) Boletín Oficial de las Cortes, Congreso, de 12-11-1984, Serie A: Proyectos de Ley, n.º 123-I. La primera redacción del Anteproyecto fue realizada por una Comisión constituida por una Orden Ministerial de 17-11-1980, en cumplimiento de la Disposición Final Primera de la LO 9/1980, de 6-11, de reforma del Código de Justicia Militar de 17-7-1945.

Guerra Mundial, abandonar tal técnica, optando, como así lo hace, por «elaborar un Código Penal castrense limitado a consignar aquellos particularismos que le son propios y necesarios, (...), remitiéndose para el resto, singularmente en las disposiciones generales, a los preceptos del Código Penal común que, en cuanto no contradigan lo dispuesto en el militar, completan éste sin acudir a duplicidades innecesarias o a crear diferencias generadoras de serios problemas de interpretación o aplicación».

Rodríguez-Villasante (30), después de reconocer que los conceptos propios del Derecho penal militar, derivados de los particularismos de la institución, pueden justificar en la parte general del Código algunas particularidades, entre las que, por lo que se refiere al objeto de nuestro estudio, menciona penas distintas del Código Penal, arbitrio en la individualización penal, lugar de cumplimiento de las penas y prohibición de condena condicional a los militares, pone de relieve que, si se afirmara la más rigurosa complementariedad, las especialidades en dicha parte quedarían reducidas a las penas militares y sus efectos, concluyendo que nos encontramos ante «un Código complementario (del Código Penal común) de tipo general no riguroso», en el que, en la parte general, las mayores particularidades se encuentran en las circunstancias modificativas y en las penas.

Y, en efecto, esto es lo que resulta del articulado del Código, justificado con especial detalle en la Exposición de Motivos del Proyecto, en que se resalta, en cuanto a las penas, que «se ha procurado recortar un tanto la prolijidad de las mismas», suprimiendo, en cuanto a las privativas de libertad, los grados, manteniendo un más amplio arbitrio judicial, y, respecto al cumplimiento, «se mantiene para los militares condenados por delitos militares la no aplicación de los beneficios de suspensión condicional de la condena; y ello por razones de ejemplaridad, directamente vinculadas con la disciplina».

Refiriéndose al momento de presentación del Proyecto de Código Penal Militar, se hace eco *Rodríguez-Villasante* (31) de las duras críticas formuladas en relación con la oportunidad de enviar a las Cortes tal Código, complementario de un Código Penal común aún desconocido como Proyecto, señalando que el texto aprobado se resiente de esta grave indeterminación, pues no se sabe bien si es complementario del entonces vigente Código Penal, del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 (que inspira, pese a haber sido abandonado, numerosos preceptos) o del Anteproyecto de Código Penal de 1983.

(30) J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto: «Comentarios al Código Penal Militar» (obra colectiva). Civitas, Madrid, 1988, p. 134-136 y 148.

(31) «Comentarios...», cit., p. 149-150.

Pero lo cierto es que la redacción de un nuevo Código Penal Militar se presentaba como inaplazable y simultanearla con la del Código Penal común no parecía posible, vistas las dificultades que, respecto a éste, se ponían de manifiesto (32). Por eso entiendo que la aprobación previa de aquél no es censurable, habiéndose tenido en cuenta en su redacción, para seguirlos o rechazarlos, el Código Penal común entonces vigente, así como el Proyecto y Anteproyecto mencionados, cuidándose de establecer las peculiaridades del nuevo Código, de resaltarlas en la Exposición de Motivos del Proyecto, y de prever una fórmula de salvaguardia que garantiza la singularidad del Derecho penal militar. Así, son recordadas las doctrinas sobre los fines de las penas, cuando afirma que «la prevención general coexiste con la especial, pero la domina sobre todo en tiempos de guerra, ante la necesidad de un pronto y ejemplar castigo, sin que la brevedad del tiempo que el soldado suele permanecer en filas permita dar ancha cabida a los fines de corrección o reinserción en la vida social, que caen fuera del quehacer castrense; y tiene presente las críticas formuladas respecto a las penas cortas de privación de libertad, y soluciones propuestas, cuando declara que tampoco puede, «de acuerdo con los condicionamientos imperantes en la esfera militar y a los que el Código ha de responder, hacerse eco de fórmulas mitigadoras de los males de las penas cortas privativas de libertad, imponibles a los militares sancionados por delitos militares, a quienes no se aplica la suspensión condicional de la condena», sin que, en modo alguno prevea una posible sustitución, ya contemplada en tales Proyecto y Anteproyecto.

En cuanto a la cláusula de remisión y salvaguardia (33) del art. 5, consagra el principio de especialidad, limitando y delimitando la aplicación supletoria del Código Penal común, cualesquiera que sean las modificaciones que el mismo pueda sufrir, lo que se evidenció en el hecho de que,

(32) Recordemos que al Proyecto de 1980, publicado el 17-1-1980 en el B.O. de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, se presentaron 1801 enmiendas y no había llegado a discutirse, ni siquiera en la Comisión, cuando el 27-8-1982 se disolvieron las Cortes. Finalmente, el llamado «Código de la Democracia» no fue aprobado, y de forma un tanto apresurada, hasta el 23-11-1995.

(33) Inspirada en el art. 510 del Código de Justicia Militar de Argentina, de 18-7-1951: «Las disposiciones del Libro I de Código Penal serán de aplicación a los delitos militares, en cuanto lo permita su naturaleza y no se opongan a las prescripciones del presente Código». Rodríguez-Villasante, en «Comentarios...» cit., pone de relieve que no es frecuente la cláusula de salvaguardia en el Derecho Penal Militar comparado, que encuentra, además de en el argentino, en el Código de Justicia Militar de Portugal, de 1-4-1977, art. 4: «Las disposiciones generales de la Ley ordinaria son subsidiarias del Derecho Penal Militar, mientras no contradigan lo principios fundamentales de éste»; y en la amplitud de términos del Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos de 5-5-1950, art. 134.

a diferencia del Código de Justicia Militar de 1945, que tuvo que ser reformado en 1949, «para acomodarlo a las disposiciones del Código Penal de 1944, elaborado casi simultáneamente, pero sin la necesaria coordinación» (34), la publicación del Código Penal de 1995 no determinó cambio alguno en el Código Penal Militar.

Partiendo de los datos y consideraciones ya expuestas, concluiremos examinando la doble previsión de la referida cláusula, que, a mi juicio, conduce a la imposibilidad de aplicar el sistema de sustitución de penas regulado en el Código Penal común.

La primera salvedad a la aplicación de dicho Código es que lo permita la especial naturaleza de los delitos militares, en que no puede prescindirse de las penas privativas de libertad de corta duración, por las siguientes consideraciones:

1.^a Por las razones expuestas en el Preámbulo del Código Penal Militar al rechazar, respecto a los militares, la suspensión de la ejecución de la pena, («forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad», según el Código Penal común), cuales son las de «ejemplaridad directamente vinculadas a la disciplina». En esta línea, afirma *Jescheck* (35) que «el mantenimiento de la disciplina militar puede hacer necesaria una intervención breve, pero drástica»; y el que fuera Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, *Jiménez Villarejo* (36), reconoce que el Derecho penal militar tiene «un fuerte ingrediente profesional, o dicho de otra manera, una finalidad primordialmente disciplinar (...) un “Derecho disciplinario jurisdiccionalizado”», estando el aparato sancionador no tanto orientado «a la recuperación de ciudadanos más o menos desviados —aunque nunca pueda perderse de vista esta finalidad desde la perspectiva del artículo 25.2 de la Constitución— como a la obtención de una conducta colectiva ampliamente pautada, previsible y disciplinada», y concluyendo que «a la pena, en esta singular rama del Derecho punitivo, se le ha de dar una función predominantemente ejemplarizadora».

2.^a Precisamente, en esta línea, *Rodríguez-Villasante* (37), «frente a quienes han intentado diferenciar, como si se tratara de campos presididos por principios opuestos, lo penal y lo disciplinario», afirma, con *García de*

(34) Cfr. Rodríguez-Villasante: «Comentarios...», cit. p. 149 y 157.

(35) Hans-Heinrich Jescheck: «Tratado de Derecho Penal. Parte general» (Traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde). Vol. Segundo, Bosch, Barcelona, 1981, p. 1066.

(36) J. Jiménez Villarejo: «El cumplimiento de las penas privativas de libertad en el ámbito militar». Cursos Centro de Estudios Judiciales. Vol. 9. Ministerio Fiscal y sistema penitenciario. Madrid, 1992, p. 261.

(37) «Comentarios...», cit., p. 174 a 175.

Enterría, «la identidad de los principios penales y los disciplinarios militares, integrándose sus lagunas necesariamente con las técnicas propias del Derecho penal ordinario». Pues bien, esta afirmación se ve confirmada por la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (38) y conduce a una inobjetable conclusión: Confirmada, al establecer en su artículo 9, entre las sanciones que pueden imponerse por faltas graves, la de «arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar» (39), que supone una genuina privación de libertad (40); inobjetable conclusión, cual es la de que supondría una indefendible paradoja el que tales sanciones, que constituyen una peculiaridad o especialidad del régimen disciplinario militar, hubieran de cumplirse necesariamente, sin posible sustitución, y ésta se aplicara respecto a una pena de prisión cuyo límite mínimo es de tres meses y un día, y cuya naturaleza no difiere esencialmente de aquélla, de modo que en este caso, la sustitución por un multa, «sería “simplemente incomprensible para la sensibilidad jurídica general” y podría conmovir “la confianza de la población en la inquebrantabilidad del derecho”», como ha denunciado *Jescheck* al examinar el § 47 del Código Penal alemán (41). Y no podemos perder de vista que la pena de multa, con tanta frecuencia utilizada en el Código Penal común, no existe en el Código Penal Militar, encontrando *Higuera Guimerá* (42) «la razón fundamental de esta omisión en que no guarda proporción con la gravedad de las conductas típicas descritas en el Código castrense».

(38) LO. 8/1998, de 2-12, que deroga a la LO. 12/1985, de 27-11. Vid. también LO. 11/1991, de 17-6, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

(39) Para las faltas leves se prevé en dicho artículo, entre otras, una sanción de «arresto de un día a treinta días en domicilio o Unidad». Según el art. 13, este arresto «consiste en la restricción de libertad del sancionado e implica su permanencia, por el tiempo que dure su arresto, en su domicilio o en el lugar de la Unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento que se señale. El sancionado participará en las actividades de la Unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo».

(40) Conforme al art. 14, «consiste en la privación de libertad del sancionado y su internamiento en un establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se imponga. El militar sancionado no participará en las actividades de la Unidad durante el tiempo de este arresto.- Cuando concurrieren circunstancias justificadas, y no se causara perjuicio a la disciplina, podrá acordarse el internamiento en otro establecimiento militar en las mismas condiciones de privación de libertad».

(41) «Tratado ...», cit. p. 1220. El § 49 dispone: «1. El Tribunal sólo impondrá una pena de privación de libertad inferior a seis meses cuando circunstancias especiales, relativas al hecho o a la personalidad del autor, hagan indispensable la imposición de una pena privativa de libertad al autor o para la defensa del ordenamiento jurídico.- II. Cuando la ley no imponga ninguna multa y no se contemple una privación de libertad por seis meses o más, el tribunal impondrá una multa, cuando no sea indispensable una privación de libertad de acuerdo al apartado I. (...)».

(42) «Comentarios...», cit. En nota 30, p. 476.

3.^a Pero es que, a mayor abundamiento, y respecto a penados militares, ni siquiera son de aplicación al Derecho penal militar los principales argumentos, ya examinados, que suelen esgrimirse en contra de las penas cortas de privación, con las que pretende justificarse su sustitución. En principio, entiendo que el reproche de que «son frecuentemente crimonógenas porque pueden servir de escuela de criminalidad», llegando así a calificarlas, según antes hemos visto, de «nocivas» (43), no debiera de hacerse a tales penas, sino a la forma de cumplimiento, en definitiva, al sistema penitenciario, defectuoso muchas veces por carencias de medios materiales y personales. Y ya, en el ámbito del Código Penal Militar, existe una importante peculiaridad, que debe evitar tales posibles defectos, al disponer el artículo 42 que «Las penas de privación de libertad impuestas a militares por delitos comprendidos en este Código se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se determine por el Ministerio de Defensa» (44).

La segunda salvedad que contiene la cláusula del artículo 5 es que las disposiciones del Código Penal no se opongan a los preceptos del Código Penal Militar. Y tal oposición se manifiesta, en cuanto a las penas según las siguientes observaciones:

1.^a El artículo 24 del Código Penal Militar efectúa una enumeración taxativa, cual no podía ser de otra manera, de «las penas que pueden imponerse por los delitos comprendidos» en este Código, entre las que se encuentra la de prisión, con una duración, según el artículo 26, de tres meses y un día a veinticinco años, sin que pueda bajar del límite mínimo, aunque sí alcanzar el máximo de treinta años, en los supuestos de los artículos 39 y 40.

2.^a Dicho Código contiene sus reglas específicas sobre los efectos, aplicación y cumplimiento de las penas y, respecto a la de prisión, sólo contempla un supuesto excepcional de forma substitutiva de su ejecución, al conferir el artículo 44 a los Tribunales y Autoridades Judiciales Militares la facultad de otorgar la condena condicional a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos (45), y un supuesto, igualmente excepcional, de sus-

(43) Luzón Peña: «Medición...», cit., p. 69-70.

(44) A este artículo se remite el art. 348 de la LO. 2/1989, de 13-4, Procesal Militar. Vid. RD. 1396/1992, de 20-11, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

(45) Excluidos los militares, el art. 374 de la LO. Procesal Militar la permite para los mismos cuando sean «condenados por delitos comunes en la Jurisdicción militar». La referida exclusión comprende, lógicamente, a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil, partiendo del art. 8 del Código Penal Militar («A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adqui-

titución, sin atender a su duración, al disponer el artículo 43 que, «En tiempo de guerra, las penas privativas de libertad impuestas a militares podrán ser cumplidas en funciones que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina».

3.^a No prevista en tal Código cualquier otra sustitución, tampoco cabe la aplicación del artículo 88 del Código Penal común, en cuanto las penas de arresto de fin de semana, desafortunada novedad del Código de 1995, o de multa (46), no están incluidas en la antes mencionada enumeración del artículo 24 de aquel Código, respecto a la cual tampoco se establece sustitución alguna en la Disposición Transitoria Undécima de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. Y hay que tener en cuenta que, incluso sin la cláusula de salvaguardia del artículo 5, tampoco podrían ser aplicadas esas penas respecto a los delitos militares, ya que, al establecer el artículo 9 del Código Penal común la supletoriedad respecto a las leyes especiales, se refiere a «lo no previsto expresamente por aquéllas», y evidente resulta que el catálogo de penas está expresamente previsto en el Código Penal Militar.

En esta línea, y respecto a la pena de multa, ha tenido ocasión de pronunciarse la Sala Quinta del Tribunal Supremo, aunque no en supuesto de sustitución del artículo 88, sino de posible imposición de pena inferior a la de prisión de tres meses y un día, en Sentencia de 28 de febrero de 1989.

Aunque el problema surgió ante la flagrante contradicción, entonces existente y actualmente superada (47), entre el artículo 40 y el 120, ambos del Código Penal Militar, al regular el primero la determinación de la pena inferior en grado, «sin que pueda ser inferior a tres meses y un día», según ya hemos visto, y prever el segundo, en los supuestos que contemplaba, la imposición de la pena inferior en grado a la de tres meses y un día, la referida Sentencia contiene los siguientes principios fundamentales:

sición y pérdida de la misma...»), en relación con el art. 15 de la LO. 2/1986, de 13-3, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; arts. 1 y 10 de la Ley 42/1999, de 25-11, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil; art. 1.1 del RD. 1429/1997, de 15-9, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar de carrera del Cuerpo de la Guardia Civil y de situaciones administrativas del personal de dicho Cuerpo; e incluso art. 10 de la LO. 11/1991, de 17-6, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

(46) No mencionamos siquiera la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, ya que con las penas de las que puede ser sustitutoria (privación de libertad por impago de multa y arresto de fin de semana) no está castigado delito alguno en el Código Penal Militar.

(47) El art. 120 fue modificado por LO. 13/1991, de 20-12, del Servicio Militar, estableciendo como penas mínimas, en tiempo de paz, la de dos años y cuatro meses, y, en tiempo de guerra, la de seis años.

1.º Las funciones de garantía del Derecho penal «exigen no sólo la adecuación esencial de una conducta a determinado tipo delictual taxativamente descrita por la ley, sino también, que la pena que deba imponérsele, esté asimismo legalmente determinada. Es lo que se viene conociendo como principio “nulla poena sine lege”, que en su aspecto a destacar aquí, impide extender la ley penal y consiguientemente, las penas a imponer, por vía de la creación judicial del derecho, que supondría por interpretación analógica, la imposición de pena distinta a la señalada por la ley».

2.º «En nuestro derecho penal positivo tanto común como militar, debe entenderse excluida la interpretación analógica, lo mismo para agravar la pena que para rebajarla o degradarla, aunque aparentemente pudiera parecer que esto último tuviera su amparo en el principio “in dubio pro reo”, y ello no es así, primero porque tal principio está circunscrito a las cuestiones fácticas y segundo porque la rebaja o degradación está proscrita de forma clara y específica por los artículos 2.º del Código Penal Común (48) y 41 del Código Penal Militar, a tenor de los cuales los Tribunales, cuando de la rigurosa aplicación de la Ley, la pena a imponer resultare notablemente excesiva, no tienen otra alternativa que la de acudir al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar la sentencia, y obviamente, ha de añadirse, de sancionar el hecho enjuiciado de conformidad con la pena legalmente establecida».

3.º «La imposición de una pena de prisión inferior a tres meses y un día vulneraría el ya citado principio de legalidad, el cual determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, e impide la aplicación de penas no previstas en el ordenamiento positivo, graduadas de acuerdo con reglas que también han de encontrar su cobijo en una norma legal previamente establecida, pues no hay precepto alguno en el Código Penal Militar que autorice una pena menor de tres meses y un día».

4.º En cuanto a la posibilidad de aplicar pena de multa, conforme al artículo 74 del Código Penal común, entonces vigente, que la consideraba como última pena de todas las escalas graduales, «cabría pensar en la aplicabilidad de este precepto ordinario al Código Penal Militar en virtud de lo establecido en su art. 5.º, si no fuera porque la cláusula de salvaguardia que el mismo contiene, “en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código”, viene a descartarlo por

(48) Art. 4 del Código Penal de 1995.

su frontal oposición al art. 40 del Código castrense, a más, de que como ya hemos razonado anteriormente, la imposición para delitos militares de una pena de multa, no regulada en su Código, violaría el principio de legalidad».

Por todo lo expuesto, entiendo, en definitiva, que ni la Constitución obliga, ni el Código Penal Militar permite, ni de *lege ferenda*, parece conveniente, la cuestionada sustitución de la pena de prisión.

Madrid, 15 de abril de 2002.