

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

EL NUEVO CODIGO PENAL ESPAÑOL *

Algunas Notas Sobre La Parte General

ANTONIO VERCHER NOGUERA

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. Parte general; 2.1 Título preliminar. De las garantías penales y de la aplicación de la ley; 2.2 Libro primero; 2.2.1 De los delitos y faltas; 2.2.2 Sistema de penas; 2.2.2.1 Arresto de fin de semana; 2.2.2.2 El sistema de días multa; 2.2.2.3 Trabajos en beneficio de la comunidad; 2.2.2.4 Consecuencias accesorias; 2.2.3 Sustitución de penas privativas de libertad. Art. 88 y 89; 2.2.4 La responsabilidad civil. Art. 109 y s.

1. Introducción

El abismo existente entre el anterior Código Penal español, que databa de 1944, y la realidad que pretendía regular ya se puso de manifiesto con las diversas modificaciones que sufrió, tanto durante la Dictadura franquista (1963, 1967, 1971 y 1974), como durante la transición democrática (1976 y 1977) y en la propia democracia (1978, 1979, 1983, 1988, 1989, 1990, 1991 y 1995).

Con la aprobación del nuevo Código Penal por el Congreso de los Diputados, en sesión plenaria de 08.11.1995 culmina un proceso legislativo arduo con diversos intentos fallidos (recuérdese el Anteproyecto de Código Penal del Ministro Landelino Lavilla en 1979), la propuesta de Anteproyecto de Código Penal en la época del Ministro Fernando Ledesma (1983) y el Proyecto de Código Penal en la época del Ministro Cuadra Salcedo (1992) y, algo más importante, cual es su adaptación al

texto y a los principios emanados de la Constitución de 1978.

Si todo Código Penal debe de tutelar los valores y principios de la convivencia social, cuando esos valores y principios cambian también debe cambiar éste. Esto es lo que se pretende con el nuevo Código Penal, entrado en vigor el 25.05.1996 tras su aprobación con el voto favorable de todos los grupos parlamentarios y la abstención del entonces principal partido en la oposición y hoy partido en el Gobierno.

Podría decirse que se ha hecho un esfuerzo importante en la obtención final de este Código Penal. Quizás no el suficiente si se tiene en cuenta el esfuerzo realizado recientemente en Francia con el nuevo Código Penal que acaba de entrar en vigor el 01.03.1994. Recordemos en el caso francés los comentarios al "nouveau code pénal" de la Circular de 14.05.1993, elaborada por un importante número de Magistrados (Jueces y Fiscales), profesores, letrados y miembros de las fuerzas policiales, que han constituido una inmejorable doctrina para la interpretación y aplicación del propio Código. Evidente-

(*) Palestra proferida no II Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, realizado em São Paulo, em agosto de 1996.

mente en España los organismos responsables contactaron con un importante número de sectores profesionales interesados en el tema. Hay que admitir, no obstante, que ese esfuerzo apenas fue equiparable al esfuerzo realizado en el país vecino. Partimos de la base, según señalaba Manuel de Lardizabal, que "Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal".

Como tendremos ocasión de observar a lo largo de estas breves notas, existen importantes mejoras en el nuevo sistema penal español pero también se perfilan inevitables defectos. En todo caso, es necesario poner de relieve que estas notas no son más que unas breves pinceladas, sin más pretensión que la meramente expresiva de algunas de las novedades de mayor interés que se han producido en el nuevo sistema penal español.

2. Parte general

2.1 Título preliminar. De las garantías penales y de la aplicación de la ley

Una de las novedades del Código Penal de 1995 es la introducción de un Título Preliminar que agrupa las normas referentes a las "garantías penales" y a la "aplicación de la ley penal".

Se inicia el Código con la proclamación del principio de legalidad en su cuádruple formulación:

- legalidad del delito. "No será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración" (art. 1.1).

- legalidad de la pena. "No será castigado ningún delito o falta con pena que no se encuentre prevista por ley anterior a su perpetración" (art. 2.1).

- Legalidad jurisdiccional, ya que "no podrá ejecutarse pena o medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente de acuerdo a las leyes procesales" (art. 3.1).

- Legalidad de la ejecución, pues "tampoco podrá ejecutarse pena o medida de seguridad en otra forma que la prevista por la ley y los reglamentos que la desarrollen" (art. 3.2).

Por lo demás, se afirman la retroactividad favorable al reo y la prohibición de la analogía "in malam partem" (art. 2.2 y 4.1.2) y se prevé que la petición de indulto, en su caso, lo será "sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia", con la sola excepción de permitirse que por resolución fundada se acuerde la suspensión de la ejecución de la pena para evitar que con su cumplimiento pueda resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o que la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria.

El nuevo art. 5.º proclama el principio de culpabilidad que reproduce el primer inciso del § 2.º, del art. 1.º del Código Penal derogado, declarando que "no hay pena sin dolo o imprudencia". Declaración que no es exacta y que además es superflua.

No es exacta por cuanto que lo que no hay sin dolo o imprudencia es delito en sentido amplio, ya que el dolo y la imprudencia son condiciones de las acciones u omisiones definidas como delitos o faltas en el art. 10. Y es superflua pues el art. 10 define los delitos y las faltas como las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.

El nuevo art. 6.1 trae al Título Preliminar la peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad y establece como barrera la de no tener mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. Ha de celebrarse la desaparición de las medidas de seguridad predelictuales, así como la consagración del principio de intervención mínima, consecuencia a su vez del principio de proporcionalidad.

El art. 7.º recoge, trayendola del Proyecto de 1980, la determinación de la ley aplicable en el tiempo, sujetándose al principio de actividad.

La materia relativa al concurso de normas se regula también en el art. 8 y se hace de una forma más completa que en el anterior Código Penal, cuyo art. 68, ubicado entre las disposiciones relativas a las reglas sobre la aplicación de las penas se había interpretado contradictoriamente por la doctrina. El art. 8.º incorpora las reglas para resolver los conflictos de normas, estableciendo que los "hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código y no comprendidos en los arts. 73 a 77 (que regulan el concurso ideal y real), se castigarán observando las siguientes reglas:

- El precepto especial se aplicará con preferencia al general (principio de especialidad).

- El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal (principio de subsidiariedad).

- El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en áquel (principio de consunción).

- En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor (principio de alternatividad).

El nuevo art. 9.º establece la regla de la supletoriedad del Código respecto a las leyes especiales, disponiendo que la aplicación del Título Preliminar es absoluta en todas las leyes penales y las restantes disposiciones del Código serán supletorias en lo no previsto por aquellas.

2.2 Libro primero

2.2.1 De los delitos y faltas

El Libro Primero del nuevo Código Penal comprende las "Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, las medi-

das de seguridad y las demás consecuencias de la infracción penal".

El concepto de delito recogido en el art. 10 viene a sustituir al antiguo art. 1.º, sustituyendo la expresión "culposas" por "imprudentes", insertándose en una línea de mejora técnica y terminológica, pero no afecta sustancialmente al sentido del precepto.

En este terreno constituye un avance el que el art. 11 del nuevo Código Penal se ocupe por vez primera en nuestro ordenamiento de los delitos de comisión por omisión, ya que con anterioridad faltaba toda referencia a la posición de garante como medio de concreción y delimitación de la autoría en tales supuestos. Tanto el Código Penal alemán, como el austríaco o el portugués se cuidaron de expresar el contenido de aquella como deber jurídico. No bastaba pues con exigir en cada caso la equivalencia entre la acción y omisión. Ahora esta insuficiencia ha sido subsanada al exigirse en estos casos la infracción de un especial deber jurídico de autor.

El castigo de acciones u omisiones imprudentes sólo cuando expresamente lo disponga la ley (art. 12), responde a un deseo generalizado de la doctrina y nos homologa con otros derechos como el alemán y el austríaco; sin embargo se rompe con una tradición centenaria y nos aleja de otros ordenamientos de nuestro ámbito jurídico-cultural.

También nos aproxima al Derecho comparado la absorción de la frustración dentro de la tentativa (arts. 15 y 16), con lo que se evita los enojosos problemas de la distinción entre aquellas dos fases del "iter criminis". No obstante, con el nuevo criterio, se amplía la punición de las faltas no consumadas pues antes sólo se castigaban las frustradas contra las personas y la propiedad, mientras que ahora lo son ésas mismas pero intentadas.

Por lo que hace al sistema de incriminación genérico de los actos preparatorios punibles (conspiración, proposición y

provocación, supuestos todos ellos previstos en los arts. 17 y 18), se sigue la tradición de nuestros Códigos Penales liberales y sólo se castigan cuando la ley especialmente los prevéa. Con este sistema taxativo y cerrado, además de favorecer la vigencia del principio de legalidad penal, se refleja la trascendencia del principio de ofensividad, ciñendo la punición a supuestos realmente graves, tanto por la peligrosidad del ataque, cuanto por la alta valoración del bien jurídico protegido.

2.2.2 Sistema de penas

Si algo caracteriza a un Código Penal, más que el elenco de hechos ilícitos en él tipificados, es su sistema de penas. En este punto el nuevo Código Penal ha modificado el inefectivo sistema anterior. Sólo por ello quedaría justificada la reforma.

Vamos a centrarnos pues, en primer lugar, en este aspecto destacando las notas diferenciales del presente Código en relación con el sistema anterior, para hacer después una mención específica de las entidades penológicas que se introducen en el nuevo Código Penal, como son los arrestos de fin de semana, el sistema de días multa, los trabajos en beneficio de la comunidad y las consecuencias accesorias.

De una pluralidad de denominaciones de penas (arresto menor y mayor, prisión menor y mayor, etcétera), que respondía más bien a una diversidad de lugares de cumplimiento y a una distinta severidad de trato penitenciario que ha desaparecido, se pasa a una pena única de privación de libertad, denominada prisión, incorporando así nuestro Código una idea de política criminal bastante aceptada doctrinalmente. Si bien es cierto que también tienen la consideración de penas privativas de libertad el arresto de fin de semana y la responsabilidad civil subsidiaria por impago de multa, éstas tienen más bien un carácter especial que las incardina en el ámbito de los substitutivos penales.

El nuevo Código Penal baja el límite

máximo de la pena de privación de libertad hasta los 20 años, que ha aparecido adecuado para preservar la dignidad de la persona y cumplir el precepto constitucional que prohíbe las penas inhumanas y degradantes (art. 15 de la Constitución Española). La duración máxima de 20 años, puede sin embargo, ser ampliada a 25 y hasta 30 años en supuestos de concursos de delitos (art. 76) y en los delitos de rebelión (art. 473.2), homicidio del Rey, sus ascendientes o descendientes, la Reina Consorte, el Consorte de la Reina, los Regentes o el Sucesor (art. 485.3), el homicidio del Jefe de Estado Extranjero u otra persona internacionalmente protegida (art. 605), en el asesinato (art. 140), el terrorismo con resultado de muerte (art. 572) y el genocidio (art. 607.1). Ciertamente el Código Penal español no recoge la pena de prisión perpetua que se prevé para supuestos parecidos en otros Códigos Penales europeos como el alemán, francés, italiano e suizo, pero tal pena resultaría en España, en todo caso, de dudosa constitucionalidad.

Por otro lado dentro de ese límite de 20 años, el Código modula la pena atendiendo a criterios retributivos, con sumisión al principio de culpabilidad, también impuesto por la Constitución. Así el art. 66.1 fija el modo de proceder para establecer la pena concreta en los supuestos en que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ordenando al Tribunal que atienda a las circunstancias personales del reo (grado de culpabilidad) y a la mayor o menor gravedad del hecho (grado de antijuricidad).

Otra novedad es la relativa a las normas de individualización de la pena en atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o a los grados de ejecución, pues se pasa del sistema ternario al sistema binario. Ya no existen tres grados, sino simple referencia a mitad inferior y a mitad superior. Este mismo

sistema binario se sigue en la determinación de las penas inferior y superior en grado (arts. 66 y 70).

2.2.2.1 Arresto de fin de semana

Respecto al arresto de fin de semana, regulado en el art. 37, hay que señalar que tiene una duración de 36 horas y equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad. Tan solo podrán imponerse como máximo 24 fines de semana como arresto, salvo que se imponga como sustitutivo de otra pena privativa de libertad. Su cumplimiento tendrá lugar durante los viernes, sábados o domingos en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado. Esta disposición penal prevé también la posibilidad de que el arresto de fin de semana se cumpla en otros días de la semana, o de no existir centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado, se cumpla en depósitos municipales, siempre que así lo aconsejen las circunstancias y tras haber oído al reo y al Ministerio Fiscal. Esta posibilidad de que el arresto de fin de semana se pueda cumplir en un depósito municipal, revela que esta pena se concibe como exclusivamente expiatoria, de modo que se realiza con el simple encierro, sin atender a finalidad alguna de signo resocializador. Hay que señalar que según el art. 25.2 de la Constitución las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción, es decir la Constitución impone una función de prevención especial. Entre los delitos, se castigan con arresto de fin de semana la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el establecimiento ilegal de vertederos, el delito contable, el impago de pensiones, lesiones de menor gravedad, etcétera. Y entre las faltas, las de lesiones, los hurtos, estafas y apropiaciones indebidas.

Si el condenado incurriera en dos ausencias no justificadas, el Juez de

Vigilancia, sin perjuicio de deducir testimonio por quebrantamiento de condena, podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente.

La nota esencial de la pena de arresto de fin de semana, consiste en la discontinuidad de la privación de libertad. Se trata de períodos discontinuos de 36 horas seguidas, por lo tanto la constitucionalidad dependerá de como se llene ese tiempo, en qué centro se cumple, qué personas intervienen etcétera, y que en concreto el condenado realice un programa de rehabilitación lo más individualizado posible. No obstante el art. 37 remite a una futura reglamentación de la ejecución de esta pena, desarrollo reglamentario de gran importancia para cumplir los mandatos constitucionales.

2.2.2.2 El sistema de días multa

Respecto a los días multa, vienen previstos por un lado como un recurso penológico para castigar las infracciones de menor gravedad y, por otro, en conjunción con otras penas para completar la plasmación punitiva de determinados hechos, en que tiene especial significación el móvil o las consecuencias económicas.

Constantemente la doctrina ha puesto de relieve que una multa fija o proporcional al daño causado puede ser tachada de injusta, pues incide de manera muy distinta según las personas tengan o no patrimonio o ingresos.

La esencia del sistema radica en que la pena pecuniaria no determina ya como una cantidad fija de dinero, como con anterioridad (multa de 100.000 a 1.000.000,00 de pesetas), sino en referencia a una unidad temporal: el día.

Las ventajas de este sistema consisten en que al calcularse el importe de la respectiva cuota, en función de la situación económica del reo (art. 50), permite una mejor adecuación a la capacidad econó-

mica de cada condenado, evitando así que aun habiendo cometido el mismo delito, el delincuente rico sea condenado a la misma pena que el delincuente pobre.

Se ha producido, sin lugar a dudas, un giro importante en la materia frente al sistema anterior. En efecto, en el sistema del Código de 1973 la pena debía pagarse por entero de una sola vez. Según el párrafo primero del antiguo art. 90: "El pago de la multa podrá hacerse en el tiempo que el Tribunal determine, bien inmediatamente o dentro de los quince días de impuesta la condena". Todo ello sin perjuicio de que: "Cuando el multado carezca de recursos, el tribunal podrá autorizarle para que satisfaga la multa impuesta en plazos, cuyo importe y fecha serán fijados teniendo en cuenta la situación del reo".

Por el contrario, el nuevo Código penal parte de la idea exactamente opuesta al estar organizado bajo el régimen del día-multa y, más concretamente, conforme al sistema de la "multa temporal". Esto es, que la multa no se va pagar por entero de una sola vez, sino que se somete a pagos diversos, en distintos momentos a lo largo de un período de tiempo. Hay que señalar que, según el nuevo sistema, la cuantía de la multa se fija como resultado de dos actos distintos, se realicen o no en diversos momentos procesales. En el primero, al que corresponde la verdadera medida de la pena, se fija el número de cuotas, con el mismo criterio que si de una privación de libertad se tratase. En el segundo la cuota se individualiza atendiendo, en sentido amplio, a los particulares condicionamientos patrimoniales del condenado. La razón básica de este cambio, según señala la doctrina, es que la multa fija en muy escasa medida puede tomar en consideración la situación económica del reo, lo cual conlleva aparejada cierta injusticia, pues incide de manera muy distinta sobre personas con bienes de fortuna o fuertes ingresos que sobre personas de situación económica

precaria. Las ventajas de este sistema consisten en que al calcularse el importe de la respectiva cuota, en función de la situación económica del reo (art. 50), permite una mejor adecuación a la capacidad económica de cada condenado, evitando así que aun habiendo cometido el mismo delito, el delincuente rico sea condenado a la misma cantidad que el delincuente pobre. Es decir, el nuevo sistema pretende sustituir la filosofía esencialmente retribucionista existente en el sistema anterior. La individualización de la pena se viene a lograr, por lo tanto, a través de un sistema que por su formulación matemática, resulta más equitativo y, en su resultado final, más objetivo y separado de la discrecionalidad del juzgador. Así pues, el carácter más igualitario de este nuevo sistema radica en que, con arreglo al mismo, dos hechos de la misma gravedad pueden ser castigados con idéntica extensión o duración de la pena de multa, pero diferenciándose cada cuota a pagar según la situación económica del condenado. En ese sentido, el Código, en el art. 50.6 señala que "el Tribunal determinará en la sentencia el tiempo y forma del pago de las cuotas". Esa sería la filosofía aplicable y no la de introducir un sistema de multas abonables en varios momentos.

Tal pena tiene como inconveniente, aparte de la dificultad que supone en muchas ocasiones determinar la auténtica situación económica, el que en todo caso el impago de la multa sea determinante de una responsabilidad personal subsidiaria. Con ello el delincuente insolvente vuelve a quedar en peor situación que el económicamente solvente.

2.2.2.3 Trabajos en beneficio de la comunidad

En relación con los trabajos en beneficio de la comunidad hay que señalar que tienen su base en la búsqueda de sanciones alternativas a la pena corta de prisión.

Esta pena, en principio, puede adoptar la forma de pena menos grave o leve, en función de las horas de trabajo que se impongan, aunque su duración completa se extiende entre un día y un año (art. 40, final). Se define en el artículo 49, como la cooperación del penado no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Tiene la consideración de pena privativa de derechos y constituye una entidad de esta índole en la parte general del Código, sin embargo, si se examinan cada uno de los delitos y faltas que se castigan en los Libros II y III del Código Penal, resulta que ninguno de ellos está castigado con la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. En realidad, representa un sustitutivo penal en relación con la pena de arresto de fin de semana, pues según el art. 88.2 el trabajo en beneficio de la comunidad puede sustituir al arresto de fin de semana; o bien puede representar también una forma de extinción de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa (art. 53.1.2.º).

Sus condiciones o requisitos vienen establecidos en el art. 49. No podrá imponerse sin el consentimiento del penado, por cuanto que la Constitución Española prohíbe los trabajos forzados. Para que este consentimiento sea correctamente prestado deberá ir precedido de una completa información, tanto sobre las circunstancias del trabajo que se va a realizar como sobre el carácter rechazable de la pena.

El trabajo será facilitado por la Administración, de acuerdo con los convenios firmados a tal efecto con entidades públicas y privadas. La Administración, por medio de sus servicios sociales, ofertará a cada penado, dentro de las plazas existentes, las más adecuadas dentro de sus características personales, familiares y laborales. Ante la falta de plazas idóneas, el penado podrá proponer un trabajo concreto, sometiéndolo a la aprobación del Tribunal sentenciador. El trabajo se realiza en situación de libertad y cooperando

con otras personas que no están cumpliendo una pena. El reo gozará, como es lógico, de la protección de la seguridad social. Sin duda, en la formulación de este requisito, el legislador se ha quedado corto, pues evidentemente también han de resultar aplicables otras normas laborales, como la limitación de jornada, el descanso semanal, el trabajo nocturno, las normas de seguridad e higiene etc.

La tarea impuesta no puede atentar contra la dignidad del penado. Este requisito no es sino una transcripción de las condiciones establecidas en la Ley General Penitenciaria al regular el trabajo penitenciario. Estando justificado cuando se trata del trabajo penitenciario, carece de razón de ser cuando se trata de la realización de una tarea que ha sido plenamente aceptada de modo voluntario, entre un conjunto de ellas y la sido propuesta por la Administración y homologada por el Tribunal. Finalmente se establece como condición, extrayéndola también de la normativa penitenciaria, que el trabajo no se supeditarán al logro de interés económico.

Tales condiciones o requisitos, sin embargo, no son del todo claros y completos. Así, no se indica en el Código Penal si como sustitutivo de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, puede exceder de un año. No se dice que debe ser compatible con la actividad personal remunerada del penado, no se explica que la duración de la jornada de trabajo, en ningún caso superior a ocho horas diarias, estará en función del mismo o de su especial cualificación, tampoco existe un modelo expreso de equivalencia con otras penas, y en concreto con la de prisión, lo que facilitaría los abonos de la prisión preventiva y las revisiones. Finalmente, habrán de cuidarse mucho las previsiones sobre su ejecución para evitar tanto el rechazo desde un mercado laboral en profunda crisis, como el recurso a actividades más o menos vacías de contenido real.

Durante el debate parlamentario del Código, el art. 49 fue especialmente criticado por los grupos IU y CiU, tanto por la parquedad de su redacción, como por la inseguridad jurídica que suponía la no fijación de un régimen básico a través del propio Código, sino mediante la remisión que hace este artículo a un posterior desarrollo reglamentario.

2.2.2.4 Consecuencias accesorias

El comiso era considerado en la legislación anterior como una "pena accesoria". Sin embargo el Código Penal de 1995 considera al comiso como una "consecuencia accesoria", al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es, siguiendo el Derecho alemán, la de una tercera clase de sanción penal.

Su regulación viene prevista en los arts. 127 y 128, aunque el Código introduce algunas normas dedicadas al comiso con relación a delitos concretos en la Parte Especial (art. 374 relativo a tráfico de drogas; 385, en el ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico, etcétera). El comiso acompaña tanto a las penas impuestas por delito, como a las que sancionan las faltas, pero en todo caso, y esa es su más importante novedad, deberán tratarse de delitos o faltas dolosos. Además, la tradicional regulación española del comiso excluía de su ámbito los efectos e instrumentos que pertenecieran a un tercero. La nueva regulación matiza esa limitación del comiso, al excluirlo sólo si la pertenencia de los bienes a terceros es "de buena fe y previa adquisición legal". El art. 128, por su parte, es heredero directo del último párrafo del derogado art. 48. En él se establece una norma atenuatoria de los efectos del comiso, al someter su aplicación a los criterios de proporcionalidad, y convertirlo, bajo determinados presupuestos, en una consecuencia potestativa.

Por su parte el art. 129 establece un catálogo de "consecuencias accesorias",

cuyo denominador común es el estar destinadas a personas jurídicas. Con ello, el texto legal reafirma el tradicional principio seguido por el Derecho penal español de "societas delinquere non potest". También en este caso su aplicación depende de la previa aplicación de una pena o de una medida. Estas medidas son:

1. clausura de la empresa, sus locales o establecimientos;
2. Disolución de la sociedad, asociación o fundación;
3. Suspensión de las actividades de la persona jurídica;
4. Prohibición temporal o definitiva de realizar actividades, operaciones o negocios determinados, e
5. Intervención de la empresa.

No obstante, el § 2.º de este artículo permite la imposición cautelar por parte del Juez Instructor del primer y tercer subapartado. Esta clausura o suspensión temporal de actividades deberá ser computado para el cumplimiento total de período impuesto en la sentencia.

2.2.3 Sustitución de penas privativas de libertad. Art. 88 y 89

Bajo la rúbrica "De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad", el Capítulo III del Título III del nuevo Código comprende tres Secciones se que ocupan, respectivamente, "De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad", "De la sustitución de las penas privativas de libertad" y "De la libertad condicional". La primera y la tercera cuentan con sólidos antecedentes en nuestro Derecho, mientras que las sustituciones de la Sección II constituyen sin embargo una verdadera novedad. Se trata de la posibilidad prevista en los arts. 88 y 89, de que los jueces y tribunales puedan, previa audiencia de las parte, en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado, antes de

comenzar su ejecución, sustituir las penas de prisión que no excedan de un año y excepcionalmente de dos, por arresto de fin de semana o multa, sustituir la pena de arresto de fin de semana por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad y sustituir una pena privativa de libertad de hasta seis años impuesta a un extranjero por su expulsión del territorio nacional.

Esta institución tiene como razón y fundamento la individualización de la sanción punitiva y un mejor cumplimiento de la función de prevención especial de la pena cuyas condiciones para su realización deben acomodarse a las cualidades cambiantes de cada individuo.

Los criterios a los que deben atender los jueces y tribunales para decretar la sustitución se consignan expresamente y son los siguientes: las circunstancias personales del reo; la naturaleza del hecho; la conducta del reo, y, en particular; el esfuerzo para reparar el daño causado.

Dentro de las circunstancias personales, deberán tenerse en cuenta aquellas que determinen una menor culpabilidad, como la ausencia de instrucción, así como los móviles o motivos que han llevado a la violación de la norma. No se entiende en cambio, la razón por la que se alude como criterio determinante de la sustitución a la naturaleza del hecho ya que tiene un carácter objetivo y general y ha sido tenido en cuenta en la determinación de la pena del tipo.

La conducta, se refiere al comportamiento del autor antes y después de la realización del hecho. Por ello, la habitualidad criminal, que es previa en el sentido en que se define en el artículo 94, se consigna expresamente como causa que excluye la posibilidad de la sustitución en todos los casos.

2.2.4 La responsabilidad civil. Art. 109 y s.

La regulación de la responsabilidad civil pasa de ocho artículos en el antiguo Có-

digo Penal, a catorce en el nuevo texto.

El Capítulo dedicado a la responsabilidad civil y su extensión se encabeza con una declaración sobre la obligación de reparar en los términos previstos por las leyes, los daños y perjuicios causados por el delito o la falta, añadiéndose la novedad de que el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil.

La redacción de este precepto no es afortunada pues induce a pensar que cualquier delito o falta lleva aparejada inevitablemente la irrupción de responsabilidad civil, cuando es así que hay delitos que por la estructura del tipo o por la forma de comisión, no llevan aparejadas responsabilidades civiles.

La responsabilidad civil comprende, según el art. 110: 1. la restitución; 2. la reparación del daño, y 3. la indemnización de los perjuicios materiales y morales, regulando los tres artículos siguientes el contenido de cada uno de estos conceptos.

Como verdadera novedad y de nueva creación debe entenderse el art. 114, que regula por primera vez en el campo que nos ocupa, la concurrencia de conductas, de forma que si la víctima hubiese contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los jueces o tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización. Tema este que la jurisprudencia ya había venido considerando, fundamentalmente en los supuestos de imprudencia (Sentencias del Tribunal Constitucional de 27.12.1986, 19.06.1989, 05.11.1990, etcétera). Esta institución es extensible tanto a la reparación como a la indemnización de daños y perjuicios.

La moderación de una y otra culpa se concibe como una facultad discrecional atribuida a jueces y tribunales, que se acordará por éstos siempre que la víctima del delito, y destinataria de la responsabilidad civil, hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o

perjuicio sufrido. Obviamente será la mayor o menor incidencia de esa conducta concurrente de la víctima, siempre en relación exclusivamente en la producción del daño, lo que permita al juez o tribunal modular la cuantía final de la indemnización.

Según el art. 115, los jueces y tribunales al declarar la existencia de la responsabilidad civil establecerán razonadamente, en sus resoluciones, las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución. Se cumple así la necesidad, advertida por la jurisprudencia, y en especial el Tribunal Constitucional, de que la declaración que la sentencia haga de la responsabilidad civil obedezca al mismo rigor de motivación y concreción que el resto del contenido de aquella.

Los artículos siguientes se ocupan de las personas civilmente responsables. El art. 116.1 comienza reproduciendo la declaración del derogado art. 19, al señalar que "toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente", pero con el aditamento de "si del hecho se derivaren daños o perjuicios". Mas interés ofrece el nuevo art. 117 que proclama la responsabilidad civil directa de las entidades aseguradoras hasta el límite de la indemnización legalmente

establecida y sin perjuicio del derecho de repercutir contra quien corresponda.

Otro precepto de nueva creación es el art. 121 relativo a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos. Los requisitos para poder imputar dicha responsabilidad civil subsidiaria pasan por dos exigencias: en primer lugar, es necesario que la pretensión se dirija no sólo contra los agentes de la autoridad, contratados, funcionarios públicos o, en definitiva, contra quien haya cometido el delito o falta y que sea responsable civil directo y aparezca debidamente ligado o relacionado con el ente público en la manera prevenida en el párrafo primero de este precepto. En segundo lugar, debe formularse simultáneamente la pretensión de responsabilidad civil subsidiaria contra el correspondiente ente público. Por lo demás, y desde el punto de vista penal, es necesario que: a) se haya producido un delito culposo o doloso; b) los autores responsables de la comisión de la infracción deben ser autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos; c) tales responsables directos han de haber actuado en el ejercicio de sus funciones o cargos, y d) la lesión producida debe conectarse de manera directa con el funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran encomendados o confiados.