



HACIA UN DERECHO PENAL SIN FRONTERAS

Coordinadoras:
M^a ROSARIO DIEGO DÍAZ-SANTOS
VIRGINIA SÁNCHEZ LÓPEZ

XII CONGRESO
ALUMNOS DE
DERECHO PENAL
UNIVERSITARIO



COLEX

© Constitución y Leyes, S. A.
Sor Ángela de la Cruz, 6
28020 Madrid
I.S.B.N.: 84-7879-534-0
Depósito Legal: M. 8.404-2000
Fotocomposición: Printing '94, S. L.
Imprime: Gráficas Rogar, S. A. Navalcarnero (Madrid)

PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

Nieves Sanz Mulas
Universidad de Salamanca

I. INTRODUCCIÓN. II. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LOS SISTEMAS PENALES MODERNOS. LA NECESIDAD DE BUSCARLE ALTERNATIVAS: 1. La crisis actual de una prisión tan inútil como inevitable. 2. Derecho penal y *ultima ratio*. La reducción del uso de la cárcel a través de la focalización de alternativas. III. LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA CONDENA: 1. Líneas generales de regulación en el Código Penal español. 2. Juicio valorativo, ¿en qué medida puede hablarse de alternatividad? Puntos críticos a superar: a) La falta de seriedad y los escasos márgenes de actuación. b) Los requisitos de primariedad delictiva y previo pago de las responsabilidades civiles. c) La inadecuación de las condiciones a imponer. d) La vuelta a prisión tras la revocación. 3. Conclusiones. IV. LA VÍA DE LA SUSTITUCIÓN: 1. *La pena de multa*: a) Orígenes y problemática. b) Multa y alternatividad. Posibilidades reales en nuestro país. c) Superioridad de las ventajas y superabilidad de los inconvenientes. 2. *El Trabajo en Beneficio de la Comunidad*: a) Orígenes y finalidades. b) Papel real como alternativa en el Código Penal español. c) La necesaria experimentación de la figura. 3. *El arresto de fin de semana*: a) ¿Alternativa o sólo una prisión atenuada? b) Su nula contribución a la reducción del uso de la cárcel. V. CONCLUSIONES VALORATIVAS.

«El ideal no es más que la verdad a distancia».
Alphonse De LAMARTINE

I. INTRODUCCIÓN

Si partimos de un Estado social y democrático de Derecho como Estado paradigma; como modelo tendencial que también cabe rescatar de la letra de nuestro Texto Constitucional¹, *la actividad punitiva sólo debe interpretarse con el principio restringenda sunt odios*; es decir, interpretando como odiosa cualquier restricción de la libertad. En base a ello, tan sólo cabría limitar la libertad de los individuos en aras de la tutela de las

1. El art. 1.1 de la Constitución española explícitamente dice: «España se constituye en un *Estado social y democrático de Derecho*, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y el pluralismo político».

propias libertades de los demás ciudadanos, y el Derecho penal debe, lógicamente, aparecer como un instrumento apto para alcanzar tal finalidad.

Su meta estriba, por tanto, en reducir al máximo posible la violencia social informal, manteniendo la realización máxima de las garantías individuales y legitimándose a medida que se aproxima a esta ideal. Su objetivo, en definitiva, no es otro que el de su propia minimalización. Porque la función principal del sistema punitivo en un modelo de Estado donde la libertad se alza como el valor primordial está, sin lugar a dudas, en garantizar la máxima dosis de ésta con el mínimo de injerencias. «En alcanzar el mayor estado de bienestar, y, por ello, de libertad para todos, restringiendo las mínimas libertades posibles» —escribe CARBONELL MATEU—². Éste, en todo caso, ha sido el esfuerzo al que se ha debido la evolución del Derecho penal de la modernidad; cosa muy distinta es el punto al que se haya efectivamente llegado.

II. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LOS SISTEMAS PENALES MODERNOS. LA NECESIDAD DE BUSCARLE ALTERNATIVAS

1. La crisis actual de una prisión tan inútil como inevitable

Una vez desaparecidas —si bien sólo en la teoría— las penas corporales, la prisión es la llamada a cubrir su vacío, alzándose como pena principal en todo el mundo, reflejo de su general reconocimiento de instrumento imprescindible y de primer orden en la lucha contra la criminalidad sobre todo media y grave³. La cárcel se convierte en la alternativa más importante a la muerte o a las torturas, y, por ello, conforma el principal camino de minimización de la violencia y racionalización de las penas en la época moderna⁴. Sin embargo, las cosas han cambiado y en la actualidad ocupa el centro de la discusión.

Hoy en día se cierne en torno a la prisión una situación poco menos que paradójica. Una enorme contradicción traducida en que, mientras de un lado reconocemos la grave crisis que envuelve a la pena de prisión, y la carencia de lógica que tiene el pretender llevar a cabo dentro de sus estructuras la «ideología del tratamiento»⁵; del otro, debemos afirmar que ésta pena, hoy por hoy, es tristemente necesaria en lo que a ciertos delitos y a ciertos delincuentes se refiere —quizás porque, como afirma FOUCAULT aún sigue siendo aceptada socialmente como la única manifestación del control estatal—⁶. Es más, nos vemos compelidos a reconocer que toda sociedad que renunciase actualmente a esta pena firmarí, a un tiempo, su propia sentencia de muerte⁷. Acordaría la abolición de la propia

2. CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2º edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 192.

3. GRACIA MARTÍN, L., (coord.) *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 94.

4. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. (Teoría del garantismo penal)*, Trotta, Madrid, 1997, p. 412.

5. La prisión ya no aparece idónea para cumplir los objetivos preventivos que con ella se persiguen y al mismo tiempo la han justificado. Se conforma como la más grave y significativa de las penas a nivel mundial y, por ello, es objeto de grandes preocupaciones, tanto por su incidencia sobre uno de los bienes jurídicos más preciados —la libertad—, como por su estrepitosa ineficacia en aras a alcanzar el objetivo resocializador que, en todo caso, está llamada a perseguir. Las penas largas son puestas en entredicho porque tienen efectos demasiado perniciosos, y conducen a la destrucción de la personalidad del reo, y las demasiadas cortas, porque dada su limitación temporal convierten en imposible el tratamiento, pero si hacen posible, en cambio, el contagio criminal. *Vid.*, en COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 4º edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 755.

6. FOUCAULT M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, 1983, p. 137.

7. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, Edit. Praxis, Barcelona, 1996, p. 293.

sociedad organizada en Estado, y, lo que es aún peor —estamos con BUENO ARÚS—, sin la certidumbre de que lo que viniera a ocupar el espacio vacío fuese más humano⁸.

La solución, parece no caber duda, está en adoptar lo que se ha dado en llamar «estrategias diferenciales»⁹, que, de una parte, pretenden transformar en lo posible la pena privativa de libertad en una pena no-carcelaria y, de otra, reducir su ámbito de aplicación, ofreciendo todo un elenco de penas o medidas alternativas. O lo que es lo mismo, se predica la sustitución de la prisión por otras medidas en casos de penas breves privativas de libertad¹⁰, mientras se conserva —no hay otro remedio por el momento— para la delincuencia grave, sancionada con penas de larga duración. Si bien acercando su ejecución a la sociedad, a la vida en libertad, para, de este modo, evitar en la medida de lo posible los efectos desocializadores que «por naturaleza» le son inherentes.

2. Derecho penal y *ultima ratio*. La reducción del uso de la cárcel a través de la focalización de alternativas

Y es que la conciencia de que el instrumento penal resulta absolutamente inadecuado para resolver gran parte de los conflictos que son de su competencia es fulminante. Una conciencia disfuncional del Derecho penal que, extendida a nivel internacional, provoca el que las nuevas corrientes político-criminales eleven la voz exigiendo una cada vez mayor limitación de la intervención estatal, y sobre todo en lo que a la afección a la libertad individual se refiere.

Porque, ya que no se le puede pedir al sistema penal la erradicación de la injusticia social o la modificación de las estructuras económicas o culturales que generan desigualdad y marginación —que ciertamente sería lo deseable—, al menos se le debe exigir que no colabore a su reproducción. Deberá, por ello, excluir, o al menos reducir al mínimo, la previsión de sanciones que como la privativa de libertad ayudan a consolidar esta marginación. Y la traducción lógica de todo esto —de acuerdo con ASÚA BATARRITA—¹¹ es la actual tendencia hacia una reducción progresiva del uso de la prisión, como principal tarea de un Derecho penal mínimo que contribuya a disminuir la violencia en la sociedad sin contribuir por su lado a más violencias. La búsqueda de alternativas a la prisión se enmarca, por tanto, no ya en el seno de la crisis de la pena privativa de libertad, sino del Derecho penal mismo, cuya legitimidad intrínseca es continuamente cuestionada.

Porque más Derecho penal no significa menos delito; más leyes, penas más severas, más policías, más cárceles, no significa menos criminalidad. La pena, más que conven-

8. BUENO ARÚS, F., «La dimensión jurídica de la pena de prisión», *ADPCP*, n° 40, 1987, p. 21.

9. MANTOVANI, F., *Diritto penale*, 3ª edic., Cedam, Padova, 1992, pp. 679 y ss.

10. Si bien lo de la «brevedad» es un término muy relativo, la cantidad de 6 meses es el punto de referimiento normal en la mayoría de los ordenamientos para la determinación de lo que se entiende como pena corta privativa de libertad. Nuestro Código, en principio, rechaza las penas cortas privativas de libertad y, por ello, fija la duración mínima de internamiento en prisión en los 6 meses recomendados (art. 36). Es más, si en aplicación de las reglas de determinación de la pena se llegase a una pena inferior a dicho límite, el texto penal, en vez de establecer una cláusula excepcional que desplace el límite —como si hace con el límite máximo (art. 76.1)—, obliga a su sustitución, o en su caso suspensión, en el art. 71.2 del C.P. Todas estas previsiones, sin embargo, no es dable interpretarlas, sin más, como un cumplimiento por parte de nuestro texto penal de las tendencias más modernas de la doctrina penal. Son muchos los delitos que en el anterior Código Penal se castigaban con penas menores a los seis meses de prisión, y que, por tanto, deberían ser sustituidas o suspendidas con arreglo al actual Código, pero que, no obstante, en éste son castigadas con penas superiores a esos seis meses. Válganos como ejemplo el hurto antes castigado con una pena de un mes y un día a seis meses (art. 514), y ahora sancionado con una pena de seis a dieciocho meses (art. 234).

11. ASÚA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», *CPC*, n° 39, 1989, p. 616.

cer, disuadir o aterrorizar, lo que hace es reflejar la impotencia, el fracaso y la ausencia de soluciones¹². Debe abogarse, en consecuencia, por una adecuada política social y la utilización prioritaria de sanciones no penales, y sólo, cuando ninguno de tales medios sea suficiente, estará legitimado el recurso a la pena¹³. Se reivindica, ahora más que nunca, la tantas veces aclamada, pero poco puesta en práctica, *ultima ratio* del Derecho penal, que obliga a acudir preferentemente a otros medios de control social, formal o informal, a la hora de mantener la delincuencia dentro de los límites tolerables¹⁴. Porque ésta y no otra es, en definitiva, la materialización de una simple exigencia de economía social que optará siempre por la intervención menos lesiva o limitativa de los derechos individuales, y puesto que —como nos recuerdan CID y LARRAURI— «el Derecho penal es el último recurso de una sana Política Social»¹⁵.

El primer paso hacia tal loable objetivo está, sin lugar a dudas, en la sucesiva despenalización (o descriminalización) de comportamientos. En un saludable «proceso de retirada» del Derecho penal frente a la actual tendencia a la inflación punitiva —*huída al Derecho penal*— como fórmula para salir al paso de situaciones de emergencia y de los nuevos problemas surgidos¹⁶. Porque si el recurso al Derecho penal sólo se estima legítimo en tanto que previene la realización de hechos delictivos, es evidente que desde el mismo momento en que se demuestra que es inútil o innecesario para tal fin deviene su ilegitimidad¹⁷. Y porque contrariamente a lo pretendido —estamos con ROXÍN—¹⁸, nada favorece tanto a la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad.

La política criminal es el acercamiento a la realidad, la potenciación de lo funcional para la sociedad. La política llevada a cabo para luchar contra la criminalidad ajustada a una realidad social que es cambiante y que, por ello, al mismo tiempo que está llamada a incluir los nuevos intereses a proteger, debe excluir, en consecuencia, los que han dejado de considerarse socialmente «perturbadores». Porque de lo que se trata es de acercar esa política criminal a la pretensión básica de convertir al Derecho penal en última *ratio* —escribe CHIRINO—¹⁹. Porque ésta y no otra es la invocación del Derecho penal mínimo que actúa bajo el lema «menos delito y menos cárcel».

Y es que despenalizar también significa desnaturalizar la sanción penal a través de propuestas alternativas. También se traduce en llevar a cabo un proceso de reducción de la pena de prisión; de su sustitución por otras que no sean privativas de libertad. Porque despenalizar legalmente la pena de cárcel no es sino vaciar las prisiones y disminuir la

12. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del “ius puniendi”», en AA.VV. *Estudios penales y Jurídicos, Homenaje al Prof. Casas Barquero*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, p. 252.

13. MIR PUIG, S., *Manual de Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996, p. 89.

14. ASÚA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», *op. cit.*, p. 606.

15. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del “ius puniendi”», *op. cit.*, p. 254.

16. Es el proceso de incriminación, sobre todo, de los conocidos como «delitos con víctima difusa» que, de partida, suponen una vulneración de la exigencia de afectación individual, unida, en demasiadas ocasiones, a una anticipación de la barrera de protección penal —los delitos de peligro abstracto— y a formulaciones demasiado porosas. Vid. en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1992, p. 291.

17. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, Universidad de Granada, 1990, p. 189.

18. ROXÍN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos de Derecho penal*, traduc. y notas de Luzón Peña, Reus, S.A., Madrid, 1976, p. 22.

19. CHIRINO SÁNCHEZ, E.A., «Política criminal, descriminalización, despenalización y medios sustitutivos a la prisión. Análisis concreto de la problemática contravencional», *RACPCR*, año 1, nº 1, San José, p. 10.

superpoblación carcelaria²⁰. La sanción penal, y especialmente la que implica una privación de libertad, debe aparecer, por tanto, como *extrema ratio*, «como la última trinchera contra los comportamientos antisociales» –sentencia PAGLIARO–²¹. La pena de prisión debe reservarse, única y exclusivamente, para afrontar aquellos delitos frente a los que no cabe reaccionar de forma eficaz a través de la imposición de otras penas menos gravosas²².

La privación de libertad, en definitiva, debe ser la última sanción a imponer al autor de un hecho delictivo, y las tendencias actuales al respecto, tanto de la doctrina como de la legislación comparada, es la de elaborar un catálogo de «remedios» con el fin de evitar tanto la cárcel como las consecuencias negativas que ésta siempre lleva consigo²³. Se persigue la paulatina minimización del uso de la pena privativa de libertad para dar entrada a un elenco de nuevas penas: las alternativas a la prisión, bien actúen como penas principales o bien como meros sustitutivos de la cárcel.

En pocas palabras, *la huida de la pena detentiva* –una especie de punto intermedio entre *la huida al Derecho penal*, propia de épocas represoras, y *la huida del Derecho penal*, proclamada por las tendencias abolicionistas más radicales– se ha convertido en el *leit-motiv* de todo propuesta de reforma del sistema penal que se precie. Porque, si bien las alternativas no constituyen –aunque así fuera de desear– ni la panacea de la reforma, ni un remedio mágico contra todos los males del sistema penal, es evidente que, aún conscientes de todas sus limitaciones y peligros, nos vemos constreñidos a asegurar que la reducción de la prisión pasa, hoy por hoy, por la instauración generalizada de estas figuras²⁴. Pero, ¿se corresponde esto con la práctica? Hagamos un estudio crítico de la situación en nuestro Ordenamiento jurídico-penal, y veremos como, hasta lo de ahora, lo cierto es que no se ha avanzado demasiado en este sentido, si bien, muy poco a poco, se van asentando las bases.

III. LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA CONDENA

1. Líneas generales de regulación en el código penal español

La fórmula introducida en el Código Penal español de 1995 es la mixta de suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba, y en su actual regulación se diferencia de sus precedentes, fundamentalmente, en el hecho de pretender incorporar las ventajas del sistema de la *probation* a una institución que permanece enmarcada dentro del sistema de la *sursis*²⁵. No se interrumpe el procedimiento después de la constatación de la culpabilidad –como si ocurría en la *probation* anglosajona– pero, sin embargo, una vez declarada la firmeza de la sentencia condenatoria, y acordada la suspensión de la ejecución de la pena, la inscripción de aquélla se llevará a cabo en una sección especial, separada y reservada, del Registro Central de Penados y Rebeldes (art. 82). Si el sujeto no delinque en el plazo de prueba, y no incumple las oportunas reglas impuestas, el Juez acordará la remisión de la

20. MAIA-NETO, C.F., «Las alternativas a la abolición de la pena privativa de libertad», *RGCP*, año III, nº 5, agosto de 1994, p. 39.

21. PAGLIARO, A., «Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale», en *La Giustizia Penale*, 1993, II, p. 170.

22. GRACIA MARTÍN, L., (coord.) *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, *op. cit.*, p. 96.

23. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 766.

24. ASÚA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», *op. cit.*, p. 608.

25. MOLINA BLAZQUEZ, C., *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 63 y ss.

pena y ordenará la cancelación de la inscripción de la sentencia en la sección especial del registro, no pudiéndose tener en cuenta este antecedente a ningún efecto (art. 85.2).

La única pena dable de suspensión es la privativa de libertad inferior a 2 años (art. 80.1 C.P.)²⁶, sin ampliarse, ni a la correspondiente responsabilidad civil (art. 80.3) ni a las oportunas penas accesorias²⁷. Como requisitos para su concesión se exige que el condenado sea un delincuente primario –si estamos ante un delito doloso– (art. 81.1) y que haya satisfecho las responsabilidades civiles –o se demuestre fehacientemente la imposibilidad de hacerlo– (art. 81.3). Es, en todo caso, una medida de otorgamiento facultativo, por lo que el juez deberá motivar su decisión «atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto» (art. 80.1)²⁸ y «las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena». (art. 80.2).

El Juez, por otra parte, tiene la capacidad de imponer una serie de condiciones –junto, lógicamente, a la de no delinquir– a cumplir por el condenado durante el período de suspensión, que oscilará entre los dos y los cinco años (art. 80.2). Al respecto, el art. 83.1 le ofrece un elenco de 5 posibilidades, pero dejando abierta la posibilidad de que sean otras las condiciones impuestas, distintas a las allí señaladas. En todo caso, si se comete un nuevo delito se revocará directamente el beneficio (art. 84.1), y si lo que se incumplen son las condiciones el juez podrá sustituir la condición impuesta por otra, prorrogar el plazo de suspensión o revocar el beneficio, si el incumplimiento fuera reiterado, ejecutándose la pena de prisión (art. 84.2).

2. Juicio valorativo, ¿en qué medida puede hablarse de alternatividad?

Puntos críticos a superar

Si bien el legislador de 1995 ha ampliado algo los márgenes de concesión de este beneficio, y ha exonerado de antecedentes penales a los beneficiados con esta medida, lo cierto es que éstos han sido los únicos avances. La suspensión, tal y como esta concebida en nuestro texto penal, difícilmente pasará de ser una buena intención a ser una realidad alternativa a la cárcel. Si lo que realmente se desea es que la suspensión actúe como una verdadera alternativa a la prisión hay ciertos aspectos legales que deben ser previamente superados. Pasemos a su tratamiento.

a) *La falta de seriedad y los escasos márgenes de actuación*

Se debe comenzar por otorgar a la figura suspensiva la seriedad de que carece, trans-

26. Con la posibilidad de llegar a los 3 años en caso de personas con problemas de drogodependencia (art. 87.2). Una ampliación del plazo que, no sobra decirlo, en poco o nada ayuda si partimos de la gravedad de las penas con las que, por lo general, se castiga este tipo de delincuencia.

27. Respecto de éstas el código mantiene un absoluto silencio que para parte de la doctrina cabe interpretarse como una forma de evitar reiteraciones y, en consecuencia, se denota su carácter no suspendible. Entre ellos, GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 102 y ss; DE LAMÓ RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 424. Otros, sin embargo, y avalándose de igual modo en el silencio legislativo, lo interpretan de forma positiva estimando la suspensibilidad también de las penas accesorias. En este sentido, GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, op. cit., p. 250; DE SOLA DUEÑAS, A., «Penas alternativas, formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal», *RDPC*, nº 6, UNED, 1996, p. 1208.

28. Al no manifestar que se debe entender por peligrosidad criminal, obliga al juez a acudir a la definición que, en este sentido, otorga el art. 95, como el conjunto de las circunstancias del hecho y del sujeto de las que «pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos».

formándola de medida indulgencial –que es la única visión real que de ella se ha tenido hasta ahora– en verdadera sanción. Para ello, habría que mejorar la redacción del sistema de variables a tener en cuenta, en aras a conceder o no la suspensión, para así evitar el confusiónismo, y con ello los extremos que llevaría siempre, o bien a conceder mecánicamente la suspensión sin respetar condición alguna o bien a no hacerlo nunca. Se deben acabar, en definitiva, con términos como el de la peligrosidad criminal y darle un contenido más satisfactorio y completo –no reiterativo de lo que ya se debió valorar en el momento de individualizar la sanción– a los puntos a tener en consideración a la hora de decidir sobre la oportunidad o no del beneficio. Actuar de una forma contraria lesionaría, definitivamente, tanto el principio de legalidad como el de dignidad humana, pues se estaría penando a una persona por lo que es y no por lo que ha hecho. «El delito quedaría reducido a un síntoma de personalidad y la represión recaería sobre esa personalidad» –denuncia al respecto ZAFFARONI²⁹.

De igual forma, y si lo que realmente se desea es hacer de esta figura una importante alternativa a la pena privativa de libertad, se debe llevar a cabo una ampliación oportuna del número de delitos a los que puede ser aplicada en lugar de la cárcel, sino queremos que se convierta en una medida de «elegidos» que, finalmente, y de forma contraria a lo que predica, deje al marginado doblemente marginado³⁰. En este sentido, estamos de acuerdo con LARRAUFÍ³¹, estimamos el plazo de suspensión –fijado por nuestro Código en 2 años– como muy corto, porque si lo que se quería era suspender las penas menos graves se debería haber llegado a los 3 años (art. 33.3 C.P. España), o, incluso, no haber puesto plazo alguno, ya que también en delitos graves puede faltar la peligrosidad del sujeto. Y este es, al fin y al cabo, el criterio subjetivo del que generalmente se parte para su adopción. Un criterio que, por otro lado, y del mismo modo, justificaría la extensión del beneficio a otras penas diferentes a la prisión, y cuya exclusión no puede por menos de calificarse como desproporcionada y absurda³².

b) *Los requisitos de primariedad delictiva y previo pago de las responsabilidades civiles*

En lo que a la exigencia previa de no reincidencia se refiere, creemos no debería establecerse legalmente como obstáculo formal y automático para la suspensión, si bien puede caber –de acuerdo con PADOVANI³³ como un factor más dentro de la valoración global, que de las circunstancias personales debe hacer el Juez, para optar o no por la suspensión. Porque con la suspensión lo que se está juzgando, no es si ese sujeto ha caído anteriormente en manos de la Justicia, sino si la condena del concreto delito que se está calificando puede ser condicionalmente suspendida, y dadas las características tanto del delito como del autor, pero sólo respecto de ese hecho. El exigir que la persona no haya sido condenada con anterioridad implica que aquél, que efectivamente lo fue alguna vez, sufra una *capitis diminutio* que no podrá borrar jamás, lo cual se traduce en una verdadera cla-

29. ZAFFARONI, R., (Coord.), *Sistemas penales y Derechos humanos en América Latina*, Instituto Latinoamericano de Derechos Humanos, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 73.

30. DONATE MARTÍN, A., «La suspensión con puesta a prueba y el trabajo social al servicio de la comunidad (Algunas consideraciones en la perspectiva de su posible incorporación a nuestro ordenamiento)», en *III Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 1987, p. 269.

31. LARRAURI PUJÓAN, E., «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal», *JPD*, nº 25, marzo-1996, p. 54.

32. SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Código Penal español*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 302 y 303.

33. PADOVANI, T., «La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle "modifiche al sistema penale"», *RIDPP*, 1983, pp. 1267 y ss.

sificación de las personas –semejante a la que otrora llevaran a cabo las marcas físicas– que no es tolerable en aras al principio de igualdad³⁴.

Respecto al requisito de la satisfacción previa de las responsabilidades civiles –tal y como denuncia GONZÁLEZ ZORRILLA–³⁵, éste choca frontalmente con la inmediatez en el pronunciamiento de la resolución que habrá de decidir sobre la concesión o no de la suspensión. En gran parte de los casos, el abono de tal responsabilidad requerirá de entramadas averiguaciones respecto de la insolvencia o no del condenado, y, en su caso, del ejercicio de la vía de apremio sobre sus bienes, lo que sin lugar a dudas obstaculizará la decisión. Es, por tanto, un requisito sobrante en la formulación, porque el delito, al fin y al cabo –escribe con acierto LLORCA ORTEGA–³⁶, constituye un acto que, ante todo y sobre todo, afecta al orden social y, en consecuencia, la satisfacción de las responsabilidades civiles que con aquél se hayan originado es un asunto independiente de la mayor o menor peligrosidad criminal del sujeto. Aparte de que lo único que puede provocar son situaciones de eminente desigualdad ante la suspensión entre los solventes y aquellos que no lo son.

c) *La inadecuación de las condiciones a imponer*

De cualquier forma, si el objetivo fundamental de esta institución es el de evitar en lo posible la reincidencia en el delito, sin que para ello sea necesario ejecutar una pena de prisión, la «prueba» habrá de estructurarse orientándola a esa meta preferente, de acuerdo con las características del caso concreto³⁷. Para ello, es paso esencial el que tanto el control como las prescripciones pierdan las connotaciones del Estado de policía, herencia de las medidas de prevención, para pasar a ser instrumentalizados hacia el proceso de reinserción social del puesto a prueba. Reinserción, por otro lado –escribe BRICOLA–, «volcada sobre la lógica de un estado asistencial, y no como simple reutilización del sujeto en el ámbito productivo, sino como real y cierta reincorporación del mismo al texto social con todo lo que ello puede implicar»³⁸.

La solución, para ello, quizás esté en que el legislador invierta imaginación y dinero para que mejore el sistema de tareas y obligaciones a cumplir por el condenado durante el período de prueba. En la conveniencia de conciliar en su formulación al principio de taxatividad con un margen razonable de discrecionalidad judicial, que individualice oportunamente la «prueba» hacia, ya sea la sumisión a tratamiento, a deshabitación, ya sea trabajo en beneficio de la comunidad, asistencia a centros educativos o de capacitación laboral, reparación, etc.,. Todo ello, y de otra parte, para nada está reñido con el rigor cuándo éste sea necesario, pero –y así nos lo recuerdan DE SOLA, GARCÍA ARÁN Y HORMAZÁBAL «sin perder de vista que un excesivo rigor conduce siempre a la larga, por la mala conciencia que acaba generando, a desviaciones pietistas y arbitrarias, todo lo contrario de lo que ofrecen unas medidas alternativas estructuradas con planteamientos científicamente contrastados»³⁹.

34. ZAFFARONI, R., (Coord.), *Sistemas penales y Derechos humanos en América Latina*, op. cit., pp. 71 y ss.

35. GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y “probation”», en CID MOLINÉ-LARRAURI PUJOÁN (coord.), *Alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 75.

36. LLORCA ORTEGA, J., «Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte general, CDJ, 2/I, CGPJ*, Madrid, 1996, p. 237.

37. DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, PPU, Barcelona, 1986, p. 188.

38. BRICOLA, F., «Le misure alternative alla pena nel quadro di una “nuova” politica criminal», *RIDPP*, 1977, pp. 67 y 68.

39. DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 94.

d) *La vuelta a prisión tras la revocación*

Finalmente, cabe alzarse una rotunda crítica respecto a la posibilidad –exigencia en caso de comisión de un nuevo delito– de acudir nuevamente a la prisión en caso de revocación de la suspensión. Tal medida es, sin lugar a dudas, desproporcionada, y más aún cuando no se parte del abono del tiempo efectivamente cumplido en suspensión (art. 85.1). En este sentido, la revocación es a la suspensión condicional como el arresto sustitutorio es a la pena de multa. Y, en todo caso, resulta desmesuradamente paradójico que se renuncie condicionalmente a la ejecución de la pena de prisión en aquellos delitos en que preventivamente aparece como no necesaria –y que, generalmente, no se castigarían con la cárcel–, pero en la que, sin embargo, se puede finalmente aterrizar por cuestiones completamente distintas a las del delito que se está calificando –válganos como ejemplo el art. 87.4 en el que se prevé la posibilidad de encarcelar a un drogodependiente por el simple hecho de abandonar el tratamiento de deshabitación–.

Entre la suspensión y la cárcel hay, sin embargo, un gran elenco de medidas alternativas que pueden ser utilizadas en caso de que la primera falle y a fin de evitar el uso de la segunda. Un régimen intermedio por el que decantarse sin, por otro lado, elevar a delito autónomo la inobservancia de las prescripciones, ya que si así fuese, «si la inobservancia constituye delito, el servicio social debería siempre tener una estrecha relación con la autoridad judicial también contra evidentes razones de oportunidad en orden a intereses de reinserción social del sujeto» –concluye con rotundidad PAGLIARO⁴⁰.

Porque, como con razón nos dicen CEREZO MIR y DíEZ RIPOLLÉS, las sanciones ulteriores lo que deberían es utilizarse de forma constante y rápida más que ser de una gravedad superior a la necesaria para la obtención de su objetivo⁴¹. Algo que también es perfectamente trasladable a los casos de revocación con causa en la comisión de un nuevo delito. Ante tales situaciones, lo recomendable también sería una postura abierta que permitiera, cuando el delito no superara por su gravedad los márgenes de suspensión, abrir otro período de prueba, acumulado al anterior, con condiciones más estrictas⁴². Porque –secundando en esta ocasión a DOÑATE⁴³ creemos que, también en los supuestos de comisión de un nuevo delito, sería preciso dejar margen al arbitrio judicial. Un margen suficiente como para valorar si la naturaleza o escasa entidad de la gravedad del nuevo delito permite prescindir de tal revocación.

3. CONCLUSIONES

En resumidas cuentas, si bien la suspensión más que una alternativa a la pena privativa de libertad se presenta en realidad como una renuncia a ella no es, sin embargo, dable entenderla como una medida que simplemente se limite a suavizar la afflictividad de la prisión⁴⁴. En el actual momento legislativo, se presenta como un instituto en vías de transformarse, y marcadamente caracterizado por la búsqueda de una posición más duradera que se desarrolle paralelamente a la evolución del entero sistema sancionatorio⁴⁵.

40. PAGLIARO, A., «La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi», *RIDPP*, 1979, p. 1201.

41. CEREZO MIR-DÍEZ RIPOLLÉS, «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas», (Comité nacional sueco para la prevención del delito. Informe nº 3, Estocolmo, julio 1978), en *ADPCP*, nº 32, 1979, p. 209.

42. DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREE, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 192.

43. DOÑATE MARTÍN, A., «La suspensión con puesta a prueba y el trabajo social al servicio de la comunidad», *op. cit.*, p. 269.

44. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 297.

45. GIUNTA, F., «Sospensione condizionale della pena», *Enc. Dir.*, Vol. XLIII, 1990, p. 101.

Se debe comenzar, en consecuencia, por concebirla como una oportunidad que se le ofrece al individuo, para que demuestre su capacidad de mantenerse al margen del delito, sin necesidad de sufrir los efectos de la prisión, e ir superando de forma gradual toda la serie de debilidades, en muchos casos verdaderos límites, de que aún se resiente⁴⁶. Porque sólo en nuestras manos está el proceder a su metamorfosis para conformarla en verdadera alternativa a la privación de libertad –tal y como hoy es concebida en el Reino Unido donde es aplicada como pena principal a numerosos delitos anteriormente castigados con prisión–. Razones para el cambio, no hay duda, sobran.

IV. LA VÍA DE LA SUSTITUCIÓN

1. La pena de multa

a) *Orígenes y problemática*

Las consideraciones de que las penas cortas privativas de libertad tienen evidentes efectos desocializadores, sin haber tiempo para conseguir ningún resocializador a través de una adecuada terapia de tratamiento, unidas a otras menos altruistas de índole presupuestaria, inclinaron hace ya algún tiempo a la doctrina a valorar la pena pecuniaria como útil instrumento sustitutivo de la pena corta privativa de libertad⁴⁷. Sin embargo, tal opción plantea dos graves problemas: el de como adecuar la cuantía de la multa a la situación económica del reo y el que hacer con aquellos que no pueden hacer efectiva la cantidad requerida. Los dos grandes obstáculos con que tropieza la multa para enarbolarse como la nueva espina dorsal de los sistemas penales del presente y del futuro próximo⁴⁸. Los dos temas que, por ello, ocupan gran parte del tiempo de la doctrina penal desde comienzos de este siglo.

En cualquier caso, y la razón esté en la difícil solvencia de estos problemas o en una estrepitosa falta de voluntad legislativa, lo único cierto es que, la mayoría de los ordenamientos, en los que sin dudas cabe incluir al español, son marcadamente «pobres» en cuanto a las posibilidades legales que de sustitución de la pena de prisión por la de multa, o simplemente de reconocimiento de esta última como pena única, hacen gala. Remitámonos sino a los hechos.

b) *Multa y alternatividad. Posibilidades reales en nuestro país*

A nuestro juicio, es ciertamente poca la alternatividad que cabe esperar de la multa en la realidad penal española. Para que la pena de multa reemplace de forma efectiva a la prisión, aquella debiera estar prevista como pena principal, y única, en la mayor parte de los tipos penales y, sin embargo, para nada es esto así⁴⁹. Su uso es muy reducido en comparación con las penas privativas de libertad, puesto que éstas son la regla mientras que aquélla sólo constituye la excepción. En todo caso, resulta que la fórmula de uso más utilizada es la de multa conjunta a una pena privativa de libertad –bien sea prisión, bien sea arresto fin de semana–, lo cual es reflejo tanto de la falta de voluntad del legislador por sustituir la pena privativa de libertad, como de la utilización «real» de la pena de multa: una forma de agravar aún más las conductas⁵⁰. La

46. DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 70.

47. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. ál., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 310.

48. MIR PUIG, S., *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 680.

49. España solo prevé el castigo con multa, como pena principal –acompañada como mucho de una inhabilitación–, en 95 ocasiones.

50. De este modo en España se castigan con prisión y multa 104 conductas, y con arresto y multa otras 7.

ampliación del rigor con la previsión también de la multa no tiene sentido, y lo único que puede hacer –como efectivamente hace– es conducir a una aplicación discriminatoria según sea la capacidad económica del condenado⁵¹. Aparte de que –como denuncia FERRAJOLI–⁵² tal doble previsión es un claro atentado al principio de legalidad. De igual modo, cabe descifrar la falta de interés por la alternatidad en todas las ocasiones en que el texto penal permite optar al juez entre la multa y una pena privativa de libertad, puesto que si se prevé posible sancionarla con una de las dos es porque se ve posible sancionarla con la multa sola⁵³. La explicación a todo esto nos la dan GONZÁLEZ y GARITA cuando aseguran que hasta ahora lo que se ha vivido es una fuerte tendencia reformista, más bien dirigida a la búsqueda de mejores sistemas de cuantificación de la multa ante los procesos inflacionarios, que a utilizarla como sustitutiva de la prisión⁵⁴.

Nuestro Código Penal, en definitiva, y al contrario de lo que sí hacen algunos textos penales de nuestro entorno legislativo-continental –tales como el alemán y el austríaco–, no camina en la dirección de que la multa, como pena principal, acabe replegando a la pena de prisión como reacción penal; y la situación tampoco es que mejore demasiado en su papel de sustituta. La capacidad sustitutoria de la multa, tanto de la prisión como del arresto de fin de semana, se ve circunscrita a un estrecho margen⁵⁵. Un muy discreto campo de actuación con un problema añadido: el del arresto sustitutorio, que siempre le va detrás, y que, lejos de contribuir a erradicar el uso de la prisión, mantiene su inderogabilidad, posibilitándose las penas cortas privativas de libertad, cuando por incumplimiento –bien del pago, bien del arresto de fin de semana, bien del trabajo en beneficio de la comunidad– se regresa a prisión, y una vez descontadas las oportunas cuotas efectivamente pagadas, la parte cumplida en arresto de fin de semana, o el correspondiente tiempo realizando trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53.1)⁵⁶.

Una aplicación casi automática del arresto sustitutorio puesto que, en la práctica, al juez, el hecho de no estar obligado a indagar las causas de insolvencia del condenado, junto a la real inexistencia de posibilidades diferentes a la multa, la prisión se le presenta como inevitable⁵⁷. Una triste realidad, en todo caso, que llámese arresto sustitutorio, responsabilidad subsidiaria por impago, o llámese como quiera, lo único que «sencillamente» hace es castigar la pobreza. Porque convertir el número de días-multa insatisfechos en días de privación de libertad desvela la cruda realidad de valorar en dinero cada día de cárcel⁵⁸. «Un intolerable privilegio para las deudas en favor del Estado, y que resul-

51. CACHÓN-CID, «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», en CID MOLINÉ-LARRAURI PLOÁN (Coord.), *Alternativas a la prisión*, op. cit., pp. 48 y ss.

52. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 404.

53. España lo permite en 28 ocasiones respecto de la prisión y 13 respecto del arresto de fin de semana.

54. GONZÁLEZ-GARITA, *La multa en los códigos penales latinoamericanos*, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 133 y ss.

55. El art. 88 de nuestro C.P otorga al Juez la posibilidad de sustituir por una pena de multa tanto a la prisión de hasta 2 años como al arresto de fin de semana; exigiendo, además, que no se trate de reos habituales y que aconsejen la sustitución «tanto las circunstancias personales del reo, como la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo por reparar el daño (art. 88.1)». Unas circunstancias añadidas que, en todo caso, a lo único que portan es a restringir, aún más si cabe, las posibilidades de sustitución, y que denotan la preferencia cierta que el legislador da a criterios de prevención general sobre criterios de prevención especial. Cuando éstos deberían ser los únicos a tener en cuenta, pues aquéllos se suponen satisfechos en la letra de la ley y el consiguiente establecimiento de márgenes máximos y mínimos en las sanciones. *Vid.*, en SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, op. cit., p. 374.

56. LORENZO SALGADO, M., «Penas privativas de libertad. Referencia especial al arresto de fin de semana», en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código penal*, CDJ, CGPJ, Madrid, 1996, p. 30.

57. GONZÁLEZ-GARITA, *La multa penal en los códigos penales latinoamericanos*, op. cit., p. 60.

58. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 312.

ta tan caprichosa y arbitraria como si la inhabilitación o suspensión de cargo público se permutase también por privación de libertad cuando el reo no poseyere cargos u honores en que hacerse efectivas» —sentencia decididamente LANDROVE⁵⁹.

Sin embargo, no debemos olvidar la buena opción que, a pesar de todo, es la pena de multa, y todo lo que con ella se puede conseguir si se le da un correcto uso, y no uno tergiversado como el que, por regla general, viene sufriendo.

c) Superioridad de las ventajas y superabilidad de los inconvenientes

Las ventajas de la multa sobre la prisión ganan, sin duda, a los inconvenientes de su puesta en práctica, los cuales —de acuerdo con MANZANARES SAMANIEGO⁶⁰ se pueden salvar, o al menos atenuar notablemente, si la multa se utiliza para combatir la criminalidad menor y media, se individualiza con cuidado, y se refuerza su contenido. Porque, efectivamente, el que la multa cumpla las funciones preventivas asignadas a la pena depende del contenido concreto que se le de y de como se desarrolle en la práctica.

Los inconvenientes —de acuerdo con ROLDÁN— están basados «más en una deficiente puesta en práctica del sistema, que en defectos intrínsecos del mismo»⁶¹. El mayor peligro se halla en la inobservancia que del estricto procedimiento en la determinación de la multa hagan los tribunales, argumentada tanto en el aumento de trabajo judicial como en la dificultad que tienen de conocer la verdadera situación económica del reo⁶². Dificultades que, sin duda, pueden ser superadas con imaginación y celo de la Administración —sentencia SAINZ CANTERO⁶³.

La determinación de la cuota a pagar en cada caso es un aspecto esencial, ya que de su correcta determinación depende si la multa es o no una buena alternativa a las penas cortas privativas de libertad. Es por ello que no debe convertirse en un proceso mecánico, sino que la pena sea evaluada en proporción tanto al desvalor del hecho como a las circunstancias económicas reales del sujeto⁶⁴. Es, en consecuencia, absolutamente necesario que el órgano que deba fijar las cantidades a pagar disponga de una información completa y actualizada⁶⁵. Porque si lo que se pretende es sancionar en Justicia —como nos dice BERISTAIN—, «toda pena de multa exige que los jueces se esfuercen por conocer el caudal o facultades del culpable y motiven su decisión al respecto»⁶⁶. Porque, en definitiva, para conseguir una finalidad «rehabilitadora», también la pena pecuniaria debe proporcionarse a la situación económica del condenado con el objeto de «personalizarla»⁶⁷.

La pena de multa, no nos cansamos de repetirlo, es una sustituta ideal de la pena privativa de libertad y, al respecto, ya hemos dado un paso importante: el fijar como sistema general el de los días-multa (art. 50.2). Ahora comienza la tarea de prever a la multa

59. LANDROVE DÍAZ, G., «El arresto sustitutorio», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo V, Vol. I, Edersa, Madrid, 1985, p. 503.

60. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «La pena de multa», *La Ley*, 1996/II, p. 1536; *el mismo* en *Las penas patrimoniales en el Código penal español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 16.

61. ROLDÁN BARBERO, H., *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, Akal, Madrid, 1983, p. 74.

62. GRACIA MARTÍN, L., (coord.) *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, *op. cit.*, p. 153.

63. SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», *EPC*, II, 1978, p. 245.

64. GONZÁLEZ-GARITA, *La multa penal en los códigos penales latinoamericanos*, *op. cit.*, p. 29.

65. Porque éste ha sido, y no otro, —nos recuerda el CGPJ español— el problema hasta ahora. El que la importación del sistema de multa de origen nórdico «no haya sido acompañada de las reformas procesales necesarias para que puedan cumplir los fines que se pretenden alcanzar y los parámetros concretos para determinar las cuotas». *Vid.*, en *EL PAÍS*, Lunes 3 de mayo 1999, p. 32.

66. BERISTAIN IPIÑA, A., «La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad», *ADPCP*, nº 28, 1975, p. 393.

67. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., «El sistema de días-multa», *RJCR*, nº 27, Vol. VIII, 1983, p. 21.

como pena principal y única, en la parte especial, para la sanción de las criminalidades media y baja, o, al menos, conformarla como sustituta de la cárcel en dichas conductas en la respectiva parte general. En cualquiera de ambas opciones dos trámites ineludibles: hacernos con un sistema eficaz de determinación exacta y personalizada de la cuota a pagar por el correspondiente individuo, y acabar, de una vez por todas, con la lacra del arresto sustitutorio, aprovisionándonos del correspondiente elenco de sanciones intermedias tales como: la donación de la deuda, cuando la no satisfacción de la multa se deba ajenas a la voluntad del condenado; embargar su salario o bienes hasta un cierto límite⁶⁸; imponer una pena de trabajo en beneficio de la comunidad⁶⁹; prohibir el acudimiento determinados lugares⁷⁰; la amonestación, si se trata de un delincuente primario⁷¹; un arresto domiciliario⁷²; una libertad controlada⁷³; la conversión de la oportuna prisión por el arresto de fin de semana⁷⁴; e, incluso, se habla de la suspensión de la propia multa⁷⁵.

2. El Trabajo en Beneficio de la Comunidad

a) Orígenes y finalidades

La idea de convertir el trabajo en favor de la comunidad en sanción aplicable a partir del *Community Service Orders* británico –incorporado en su sistema penal por la *Criminal Justice Act* de 1972– fue acogida con entusiasmo por los órganos europeos, los cuales, por Resolución del Consejo de Europa de 9 de marzo de 1976, recomendaron a los legisladores de los países miembros que incorporaran esta sanción como alternativa a la prisión. La mayoría de los Estados así lo hicieron –apoyándose principalmente, todo cabe decirlo, en criterios económicos de limitación del gasto público en el sector de la ejecución penal–⁷⁶, si bien cada uno con sus concretas peculiaridades.

Con esta pena lo que se persigue, en todo caso, es evitar algunos de los inconvenientes de las penas privativas de libertad, y de modo especial el que implica la separación del delincuente de la sociedad, haciéndosele partícipe, al mismo tiempo, de los

68. SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», *op. cit.*, p. 239.

69. Recurso éste acogido con beneplácito por la doctrina española a partir del ejemplo italiano, y por autores como ROLDÁN BARBERO, H., «Arresto sustitutorio y sanciones alternativas (A propósito de la STC de 18 de febrero de 1988)», *ADPCP*, nº 42, 1989, p. 868; BERISTAIN IPIÑA, A., «La multa en el Derecho penal español», *RGLJ*, nº 240, 1976, p. 362; BOIX REIG, J., «Algunos aspectos de la responsabilidad penal subsidiaria», *CPC*, nº 3, 1977, p. 41; QUINTERO OLIVARES, G., «El arresto sustitutorio», *CPC*, nº 2, 1977, p. 140; MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edic., Cívitas, Madrid, 1996, p. 169; JAREÑO REAL, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Cívitas, Madrid, 1994, p. 285. También bien acogido en Latinoamérica por autores como GONZÁLEZ-GARITA, *La multa en los códigos penales latinoamericanos*, *op. cit.*, pp. 160 y ss.

70. GONZÁLEZ-GARITA, *La multa en los códigos penales latinoamericanos*, *op. cit.*, p. 162.

71. *Ibidem*, p. 163.

72. CACHÓN-CID, «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», *op. cit.*, p. 44.

73. MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 169. De igual modo, GONZÁLEZ-GARITA, *La multa en los códigos penales latinoamericanos*, *op. cit.*, p. 161.

74. DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 27.

75. JAREÑO REAL, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa*, *op. cit.*, p. 281. En la misma línea, DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Sustitutivos penales: multa y arresto fin de semana. Últimas propuestas», *RJCM*, nº 19, 1994, p. 255; GONZÁLEZ-GARITA, *La multa en los códigos penales latinoamericanos*, *op. cit.*, pp. 162 y 163; SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 301.

76. Porque, y así nos lo recuerda ASÚA BATARRITA, no debemos olvidar que los argumentos presupuestarios han sido con frecuencia decisivos para la adopción por los Gobiernos de medidas sustitutivas menos costosas económicamente que la pena de prisión. *Vid.*, en ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», en *Estudios de Deusto*, XXXIII/2, 1984, p. 307.

intereses públicos al tener que cooperar en actividades que tienen ese carácter⁷⁷. No consiste –resume ASÚA BATARRITA–⁷⁸ en actuar directamente sobre el condenado a efectos de «tratarle» en base a un *dossier* en el que se intentan descubrir sus supuestas patologías, sino que se parte de su normalidad como persona sin intromisiones dudosas en su dignidad como sujeto. Su finalidad es, por consiguiente, la de facilitar la reinserción, evitando la cárcel e implicando a la colectividad social en la ejecución de las sanciones. La de colaborar decididamente, como cualquier alternativa que se precie, en la minimización del recurso a la pena privativa de libertad. Una teoría, sin dudarla, ideal, pero con una realidad, desgraciadamente, muy diferente ¿Cuáles son, pues, las trabas?

b) *Papel real como alternativa en el Código Penal español*

Para comenzar es esta una pena que tan sólo viene prevista como sustituta y no como principal –algo, por otro lado, coherente con la exigencia de previo consentimiento del condenado para su imposición (art. 49)– y, al tratarse de una figura de nuevo cuño en nuestro ordenamiento, habrá que esperar todavía un tiempo para saber si será éxito o fracaso lo que le siga a su implantación. De cualquier forma, lo que sí se puede adelantar es que el escaso margen de actuación que le otorga el juez, en su calidad de sustituta, siembra bastantes dudas sobre una real eficacia alternativa de ésta⁷⁹.

La falta de valentía del legislador español a abandonar la pena de prisión como pena principal ha llevado, nuevamente –y como nos recuerda CID–, a que el trabajo en beneficio de la colectividad tampoco pueda hacer mucho por reducir el uso de la prisión, puesto que, en las propias palabras de este autor, «tiene un escaso margen de aplicación y, cuando está subordinada a la sustitución de una pena de arresto, es de una severidad inusitada y en absoluto funcional a su cumplimiento satisfactorio»⁸⁰. En todo caso, el hecho de que sea necesario el consentimiento del condenado le resta eficacia, puesto que una vez puestas en conocimiento del sujeto las condiciones del trabajo si este lo rechaza la solución inevitable es la del cumplimiento de la pena inicialmente impuesta. Un consentimiento, por otro lado, que nosotros juzgamos siempre necesario, máxime cuando nuestro Texto Constitucional, en su art. 15, y de forma explícita, prohíbe las torturas y las penas o tratos inhumanos o degradantes

Sea como sea, el hecho de que el incumplimiento remita directamente al arresto que sustituya sigue posibilitando la existencia de penas cortas privativas de libertad, puesto que se prevé el descuento del tiempo efectivamente pasado cumpliendo el trabajo en beneficio de la comunidad (art. 88.3). Y, por último, aunque no por ello dando por acabado este punto, cabe destacar la deficiente regulación legal de esta figura. Ésta se desarrolla en un único artículo del C., el art. 49 –remitiéndose en otros aspectos a la LGP, lo que, lógicamente, es de lamentar–⁸¹, y el Reglamento que le sirve de desarrollo –RD 690/1996 de 20 de abril–⁸² deja mucho que desear.

77. GRACIA MARTÍN L., (coord.) *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, *op. cit.*, p. 132.

78. ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 320.

79. Tan sólo aparece como sustitutoria de la pena de arresto de fin de semana, cuando ésta aparece como principal (art. 88.2).

80. CID MOLINÉ, J., «El trabajo en beneficio de la comunidad», en CID MOLINÉ-LARRAURI PÍJOÁN (Coord.), *Alternativas a la prisión*, *op. cit.*, p. 115

81. Art. 49 C.P.: «[...] Las demás circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley penitenciaria, cuyas disposiciones se aplicarán supletoriamente en lo no previsto expresamente en este Código».

82. Al respecto es de interés la lectura de MANZANARES SAMANIEGO-ORDOÑEZ SÁNCHEZ, «La ejecución de

Y es que la remisión que se hace a la LGP –de acuerdo con GARCÍA ARÁN– cabe tacharse como poco de enigmática, dado que el trabajo como pena poco o nada tiene que ver con el trabajo penitenciario, que, por el contrario, es obligatorio y no inconstitucional, «por no ser el contenido de la pena sino una de sus consecuencias»⁸³. Las horas de trabajo impuestas por el código español son en todo caso excesivas⁸⁴, y, si bien el contenido de las condiciones del trabajo es bueno, carece, sin embargo, de toda previsión de ayuda a la persona que lo cumple. Una ayuda tendente a facilitar el cumplimiento, con la consiguiente evitación de que el quebrantamiento de la medida acentúe sus problemas de marginación social⁸⁵. Tema éste que sigue sin desarrollar y que, unido al elevado nivel de desempleo que actualmente se vive, supone un verdadero obstáculo al objetivo último de que el trabajo en beneficio de la comunidad pueda suplir, de una manera más o menos apreciable, a la pena privativa de libertad. Los esfuerzos para salvar tanta barrera deben, en consecuencia, y por su propia racionalidad, ser serios, con la consiguiente mayor atención por parte de la Administración⁸⁶. El fin, desde luego, merece todos los medios.

c) *La necesaria experimentación de la figura*

Porque son, y serán siempre, de destacar los beneficios del acercamiento del condenado a la colectividad social, y la corresponsabilización de ésta en la ejecución de las penas, pues, aparte del bien que puedan hacer respecto del primero, también puede servir –de acuerdo con ASÚA BATARRITA– para lograr una disminución de los prejuicios existentes en relación a las personas condenadas por delito, «al comprobar la realización, en muchos casos de manera altamente satisfactoria en cuanto a relaciones humanas, de tareas que redundan en utilidad de la generalidad o de las personas más necesitadas de la sociedad»⁸⁷. No obstante, si bien la tendencia internacional es a adoptar esta figura, es evidente que aún deberán pasar algunos años para que tales propuestas internacionales, con sus respectivos ensayos experimentales, obtengan una consagración definitiva en la mayoría de los países que la han acogido. Ello dependerá, como así ocurre con las demás alternativas, de la decisión de los Gobiernos de llevar a cabo la provisión de los recursos necesarios, y de la posición favorable tanto de los medios jurídicos como del público en general⁸⁸.

En el sector del trabajo en beneficio de la comunidad la experiencia hasta ahora adquirida hace pensar –advierte GRASSO–⁸⁹ que los problemas de recursos no se oponen con agudeza, y que el problema, al fin y al cabo, e irónicamente, se reduce al solo hecho de que seguimos teniendo mayor experiencia sobre el funcionamiento de las cárceles. El secreto, al respecto, se halla, de acuerdo con PALIERO, en una humilde meditación histó-

las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana: el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril», *AP*, nº 27, 1996, pp. 485 y ss.

83. GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, *op. cit.*, p. 53.

84. El art. 49 habla de una jornada máxima de 8 horas. Lo cual, lógicamente, es difícilmente compatible con el desarrollo de cualquier otra actividad laboral.

85. CID MOLINÉ, J., «El trabajo en beneficio de la comunidad», *op. cit.*, pp. 114 y 115.

86. JESCHECK, H.-H., «Tres conferencias de Derecho penal comparado. Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», *EPC*, nº 8, 1985, p. 35.

87. ASÚA BARRATTA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 320.

88. *Ibidem*, p. 309.

89. GRASSO, G., «La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata», *RIDPP*, 1981, p. 1445.

rica –que evite los errores «técnicos» cometidos ya en el pasado–, una mayor voluntad aplicativa –para no transformar en reales obstáculos que tan solo son imaginarios–, y un más atento análisis comparativo, que nos permita finalmente importar no sólo «etiquetas», sino instituciones viables a traspasar a la realidad del Derecho, y a dejar sobre las páginas del concreto «Boletín oficial del Estado»⁹⁰.

3. El arresto de fin de semana

a) *¿Alternativa o sólo una prisión atenuada?*

Nos situamos frente a una pena que se ejecuta con el acudimiento del condenado a un centro penitenciario, donde pasará el fin de semana privado de libertad –u otros días si circunstancias personales tales como el trabajo así se lo exigen–. Su fundamento –nos parece bastante evidente– no cabe decir que esté, precisamente, en la opción por la renuncia a las penas cortas privativas de libertad –como en muchas ocasiones se afirma–⁹¹, porque, de entrada, el arresto de fin de semana es una pena corta privativa de libertad. Tampoco, y por otra parte, tiene sentido afirmar que está en la voluntad de evitar la prisión en delitos poco graves, porque el arresto también implica un ingreso en prisión. Luego, esta figura, si bien permite el mantenimiento de las relaciones con el mundo externo, no evita los riesgos conexos a la detención. Su fundamento es ciertamente más modesto. Lo que se pretende es evitar una faceta de la ejecución de esas penas cortas privativas de libertad; esto es, su continuidad temporal por los efectos de aislamiento, estigmatización y desocialización que, en definitiva, siempre lleva inherentes⁹².

No cabe, en base a esto, hablar de alternativa a la prisión cuando ésta implica precisa y directamente –y no indirectamente como sanción de incumplimiento– su ingreso en ella. Lo único que hace, en realidad, es complicar aún más si cabe el panorama que se vive en las prisiones, «para, en muchos casos, terminar con resultados realmente absurdos» –denuncia TESÓN–⁹³. La persona entra en el mundo de la cárcel y el regreso semanal a la misma generalmente conlleva un efecto estigmatizante, que –de acuerdo con CEREZO– «no puede permanecer oculto para el mundo exterior»⁹⁴. La posibilidad de configurar una pena como verdadera alternativa a la prisión depende, fundamentalmente, de que sea una sanción dis-

90. PALIERO, C., «Il “lavoro libero” nella prassi sanzionatoria italiana: cronaca di un fallimento annunciato», *RIDPP*, 1986, p. 117.

91. Así lo afirman, entre otros muchos, CONDE-PUNPIDO FERREIRO, C., «Los medios sustitutivos de las penas cortas de prisión (Proyecto de Ley Orgánica del C.P. español)», *PJ*, n° 7, 1983, pp. 66 y ss. DE LEÓN-VILLALBA, F. J., «Sustitutivos penales: multa y arresto fin de semana. Últimas propuestas», *op. cit.*, p. 259; VALMAÑA OCHAÏA, S., *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 143.

92. De este modo lo califican DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992», en COBO DEL ROSAL (edit.), *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, Editorial revista de Derecho Privado, 1993, p. 324; SAINZ CANTERO, J.A., «Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente», *REPen*, n° 191, 1970, p. 1063; MIR PUIG, S., «Alternativas a la prisión en el borrador de Anteproyecto de Código Penal», en COBO DEL ROSAL (edit.), *Política criminal y reforma penal*, *op. cit.*, p. 847; VARONA GÓMEZ, D., «El arresto de fin de semana: ¿Alternativa a la prisión o prisión atenuada?», en CID-LARRAURI, *Penas alternativas a la prisión*, *op. cit.*, p. 147.; HUBER, B., «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», *ADPCP*, n° 47, 1994, p. 156; DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Giuffrè editore, Milano, 1989, p. 174.

93. TESÓN MARTÍN, F., «La pena de arresto de fin de semana en el Nuevo Código Penal», *AP*, n° 11, 1997, p. 258.

94. CEREZO-MIR, J., «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995», *La Ley*, 21 de junio de 1996, D-217, p. 3.

tinta a la prisión, y ello empieza, lógicamente, por el hecho de que su lugar de cumplimiento no sea la prisión⁹⁵. Si, a pesar de todo, la pena de que se trate se recoge como ejecutable en prisión, es evidente que es concebida como atenuación de la prisión en vez de como alternativa; y esto es, precisamente, lo que ocurre con el arresto de fin de semana.

b) *Su nula contribución a la reducción del uso de la cárcel*

Poca, o nula, es, en definitiva, y desde su propia esencia, la efectividad que cabe esperarse de esta figura como vía hacia la reducción del uso de la cárcel; algo que se complica aún más con la regulación que de ella hace nuestro texto penal. Para comenzar, en su carácter de pena principal⁹⁶ cuenta con un escaso respaldo por parte del legislador, pues viene prevista como tal en un pequeño número de delitos, y cuando así es, generalmente, se le otorga al juzgador la posibilidad de optar entre ésta y la pena de multa⁹⁷. Una elección que en la mayoría de los casos se da en favor de esta última, tanto por el recelo que siempre provoca una nueva pena como por las grandes dudas que todavía giran sobre el modo de ejecución⁹⁸ —aparte de porque si no paga la multa se sigue previendo el arresto como responsabilidad subsidiaria—⁹⁹. En su faceta sustitutiva, de otra parte, a un minúsculo campo de actuación¹⁰⁰ —más encorchetado aún si, dada su defectuosa regulación ejecutiva, sigue suscitando tanto temor su aplicación— cabe unírsele el hecho de que ante su incumplimiento —dos ausencias injustificadas— se regrese a la prisión continuada (art. 37.3), con la posibilidad de recaer nuevamente en el eterno problema de las penas cortas privativas de libertad, pues se prevé el descuento del tiempo efectivamente cumplido en arrestos de fin de semana (art. 88.3).

La solución a todo esto —estamos con VARONA—¹⁰¹ estaría en reservar esta figura para delitos de cierta gravedad, dado que, pese a todo, sigue siendo una pena de prisión, y por lo general ejecutada en condiciones que dejan mucho de desear¹⁰². De igual modo, sería

95. VARONA GÓMEZ, D., «El arresto de fin de semana: ¿Alternativa a la prisión o prisión atenuada?», *op. cit.*, p. 159.

96. Viene acogida en el art. 35 del Código Penal español como pena también privativa de libertad, y definida en el art. 37 del mismo texto, si bien su ejecución viene desarrollada reglamentariamente en los arts. 12 a 24 del R.D. 690/1996 de 26 de abril.

97. Mientras como pena principal y única aparece en los arts. 146, 152.1.1º, 158, 226, 227.1 y 2, 389 y 626; como pena a elegir con la de multa se prevé en los arts. 147.2, 184, 244. 1 y 2, 289, 379, 558, 617.1 y 2, 618, 623, 625. 1 y 2, 629, 630 y 637; y, finalmente, acompañando a la multa en los arts. 310, 328, 463.1 y 3, 526, 633 y 635.

98. Respecto a los problemas que suscita la ejecución del arresto de fin de semana, entre otras elaboraciones al respecto, cabe hacer referencia a MANZANARES SAMANIEGO-ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, «La ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana: el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril», *op. cit.*, pp. 485 y ss.

99. VARONA GÓMEZ, D., «El arresto de fin de semana: ¿Alternativa a la prisión o prisión atenuada?», *op. cit.*, p. 150.

100. El art. 88.1 ofrece al juez la posibilidad de sustituir las penas de prisión inferiores a un año, y excepcionalmente a dos, por arrestos de fin de semana en una proporción de dos arrestos por semana de prisión.

101. VARONA GÓMEZ, D., «El arresto de fin de semana: ¿Alternativa a la prisión o prisión atenuada?», *op. cit.*, p. 168.

102. Para empezar, y al menos en lo que a nuestro país se refiere, no existen los establecimientos adecuados para llevar a cabo su cumplimiento, por lo que esta pena, cumplida en centros penitenciarios ya existentes, y sin la asistencia de especialistas, no puede alcanzar fin preventivo-especial alguno, por limitarse, únicamente, a inocular al condenado a través de su encierro —con el dato añadido de que las actuales prisiones difícilmente se adaptan a la continua salida y entrada de condenados—. Por otro lado, el cumplimiento en depósitos municipales tampoco parece ser lo conveniente, por encontrarse en su mayoría en condiciones deplorables. La única alternativa sería, por tanto, la de construir establecimientos dedicados específicamente a la ejecución de esta pena, con toda la previsión presupuestaria que eso supone. Al respecto, es de extraordinario valor el traba-

precisa una decidida voluntad política de dar sentido a esta pena, de manera que, aunque cupiesen los fallos individuales expresamente previstos, pudiera llegar a convertirse en un eficaz medio de tratamiento para un sector de delincuencia menor, y cuyo paso por las cárceles resulta siempre absolutamente contraproducente. Porque, en definitiva, si lo que realmente se pretende con el arresto de fin de semana es instaurar una alternativa a la prisión, se debería haber añadido un paso más y haber establecido la posibilidad de cumplirlo en el domicilio, en vez de en un centro «que sea como sea, y se llame como se llame, no deja de ser un establecimiento penitenciario» –sentencia con razón, y nuevamente, VARONA¹⁰³.

V. CONCLUSIONES VALORATIVAS

En definitiva, y tal y como hemos visto, en la práctica las cosas distan mucho de los «buenos», y en apariencia «fáciles», propósitos de la teoría. Acompañando a un Derecho penal en crisis no podía estar sino un sistema de penas que, en líneas generales, sigue respondiendo a la época de las codificaciones. En el elenco punitivo de nuestro texto penal sigue ocupando un puesto de honor la pena privativa de libertad, y un detallado elenco de alternativas ésta aún brilla por su ausencia. Ciertamente es que en la redacción del nuevo Código Penal se han dado algunos pasos en este sentido, sin embargo, estamos de acuerdo con LARRAURI en que de lo que se trata no es de valorar si este es mejor o peor que sus predecesores –puesto que es de presumir sea el primer caso–, sino de sopesar si tales innovaciones han sido hechas conjurando los riesgos que su puesta en práctica siempre conlleva¹⁰⁴. En este sentido, nuestro Código Penal sigue adoleciendo de ciertas constantes que estamos compelidos a superar si nuestro ánimo es, como así lo suponemos, avanzar progresivamente en el camino hacia la reducción de la cárcel.

Porque no debemos olvidar que la crisis de la prisión está, precisamente, en su incapacidad para superar el carácter preventivo-general que le sirve de pilar, como una prueba más de la necesidad de su revisión y de la búsqueda de sistemas alternativos a la misma. En dicho camino un paso urgente: llegar a su «crecimiento cero», buscando el que se convierta, realmente, en la *ultima ratio* de los ordenamientos jurídicos¹⁰⁵. O lo que es lo mismo, comenzar por hacer frente a todo peligro real de «regresión» a las grandes instituciones carcelarias, y a la pena privativa de libertad intimidadora y neutralizante por el mayor tiempo posible¹⁰⁶ –que es, sin embargo, lo que cada vez en mayor medida está pidiendo la opinión pública¹⁰⁷. La resocialización tiene que seguir siendo, en definitiva, la inex-

jo de SAINZ CANTERO, J.A., «Posibilidades de aplicación de la pena de arresto de fin de semana en depósitos municipales: la cuestión de la comunidad andaluza», en *III Jornadas Penitenciarias andaluzas*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 1987, pp. 203 y ss. Del mismo modo opina el CGPJ en un reciente informe según los datos publicados por EL PAÍS, Martes 4 de mayo de 1999, p. 14.

103. VARONA GÓMEZ, D., «El arresto de fin de semana: ¿Alternativa a la prisión o prisión atenuada?», *op. cit.*, p. 156. En esta dirección quiere actualmente caminar el CGPJ español puesto que en un reciente informe, tras criticar expresamente la dureza y severidad del arresto de fin de semana, y poner en entredicho su carácter de alternativa a la pena privativa de libertad, estima, adecuado su cumplimiento en el domicilio con la vigilancia oportuna que le inflija seriedad. *Vid.*, en EL PAÍS, Lunes 3 de mayo de 1999, p. 32.

104. LARRAURI PJOÁN, E., «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal», *op. cit.*, p. 53.

105. FERNÁNDEZ GARCÍA, J., «El Código Penal: diez años después. Valoración general», en AA.VV., *Nuevas cuestiones penales*, Colex, Madrid, 1998, p. 29.

106. DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 8.

107. Y es que la paradoja a que hacíamos referencia antes, entre dañosidad y necesidad a un tiempo de la prisión, llega incluso más allá, asistiéndose hoy a un crecimiento imparable de la privación de libertad como pena. Todo apunta a que ya no es suficiente con que la prisión se alce como la pena «reina» de cualquiera que sea el ordenamiento y para cualquiera que sea la conducta delictiva. En los últimos años, al tiempo que se recha-

cusable referencia. Las objeciones vertidas sobre ella no son suficientes para arrinconarla de forma definitiva, y, por muchas que sean las dificultades prácticas, estimamos que son superables a medio plazo a través de una vía reformista con las inversiones adecuadas¹⁰⁸. Ciertamente es una empresa difícil pero no por ello hay que dejar de intentarlo¹⁰⁹.

Una tarea en la que todos estamos implicados, pues a todos nos afecta. El usar cada vez menos la prisión es un sueño en el que todos debemos trabajar: legisladores, jueces, Administración y ciudadanos en general. Cada uno desde su posición porque, aun diferentes, todas son esenciales.

Como contribución por parte del legislador —aparte de las concretas puntualizaciones que se han ido haciendo a lo largo de este trabajo— cabría comenzarse por ordenar nuevamente, y de forma significativa, el sistema de sanciones, partiendo de una política despenalizadora previa —de modo que lo que llegue a la maquinaria punitiva sea solamente aquello que responda al carácter de Derecho penal como *ultima ratio*¹¹⁰, y terminando con la previsión de toda una gama de sanciones no privativas de libertad —incluyendo propuestas novedosas como las penas privativas de derechos, el arresto domiciliario o la reparación como posible tercera vía— que, tanto desde una deseable posición de penas principales¹¹¹, como desde una postura sustitutiva, le den el aire moderno que las nuevas corrientes político-criminales no cesan de solicitar. Unas «nuevas» penas con márgenes de aplicación suficientes¹¹², cuyo quebrantamiento no se traduzca en un inexorable retorno a la cárcel, y previstas de una ley ejecutiva convenientemente desarrollada.

En lo que al juez respecta, es dable exigirle un cambio radical en su hacer. Una orientación clara hacia las consecuencias del delito que lo abstraiga de lo que hasta ahora ha significado una posición distante, fría, casi ajena frente a la pena. El juzgador debe comprometerse con su decisión. Se acabaron los automatismos que hasta ahora no han hecho

za la retribución y se pone en entredicho el tratamiento, se habla de las bondades de las penas privativas de libertades de *shock* sobre determinados delincuentes —jóvenes, de cuello blanco, etc.—, se aumentan los presupuestos para la construcción de cárceles y se perfeccionan los modelos de máxima seguridad, como reflejo, más que generoso del evidente resurgimiento del pensamiento preventivo-general —y su inherente ejemplaridad sancionatoria— ante las violencias de nuevo cuño que van apareciendo. El imparable crecimiento del fenómeno criminal ha alarmado la opinión de una colectividad que, lógicamente, cada vez está más asustada y menos dispuesta a comprender y aceptar una política penal moderna e iluminada, y todo parece apuntar, en consecuencia, a un retroceso en lo que al discurso de la pena privativa de libertad se refiere; y, lo que es peor, no por dificultades materiales, sino por convicción ideológica, como cárcel de custodia, de nuevo.

108. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 296.

109. ROXÍN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, Traduc. introduc. y notas de MUÑOZ CONDE Y LUZÓN PEÑA, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981, p. 155.

110. Nos referimos al proceso de retirada del Derecho penal, como invocación del Derecho penal mínimo que responde al lema de «menos delito y menos cárcel». *Vid. supra*, Apartado II.2.

111. Y es que las sanciones sustitutivas sólo serán verdaderas penas desde el momento en que dispongan de un preciso contenido sancionatorio y una cierta «autonomía», lógica y normativa, respecto al modelo detentivo. Desde el momento en que sean utilizadas *en lugar* de la privación de libertad, por lo que deberá revisarse la parte especial y conminar cada delito con las penas más adecuadas, a efectos de que el Juez pueda elegir la más conveniente al caso concreto. *Vid.*, en SAINZ CANTERO, J.A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», *op. cit.*, p. 246.

112. Y un esclarecimiento de posiciones respecto de la suspensión pues, si permanece inalterada la actual disciplina de ambas instituciones, la sanción sustitutiva está destinada a ser aniquilada por la suspensión condicional, ya sea por las mayores posibilidades legislativas que tiene de aplicación, ya sea por la menor rigurosidad de los criterios de discrecionalidad judicial, ya sea, en suma, por su casi inexistente contenido sancionatorio. *Vid.*, en PALAZZO, F., «Análisi empiriche ed indicazioni di riforma in materia di sanzioni sostitutive *ex officio*», *RIDPP*, 1986, p. 685. Y es que, el que nuestro Código Penal otorgue un mayor margen de actuación a la suspensión que a la sustitución, tan sólo puede computarse —en completo acuerdo con MONACO— «entre los misterios de la actual política criminal». *Vid.*, en MONACO, L., «Las penas sustitutivas entre sistema penal “legal” y sistema “real” (Particularmente, discrecionalidad y prognosis judicial en el art. 58, Ley 689/1981)», *CPC*, nº 29, 1986, p. 409.

sino confundir a la alternatividad con la indulgencia. El juez, sin abandonar las garantías propias a un sistema jurídico-penal marcadamente legalista, debe interpretar la ley de modo que la conecte con el ámbito social en el que debe ser aplicada, y así hacer coincidir, de una vez por todas, el concepto de «aplicar la ley» con el de «hacer justicia»¹¹³. Porque, en definitiva, está juzgando a una persona concreta en sus concretas circunstancias, y de ahí, solo de ahí, deben partir sus consideraciones. Consideraciones que, evidentemente, necesitan de una formación criminológica suficiente que les permita afrontar decisiones de este tipo sin necesidad de acudir en todo caso a un informe pericial. Porque, de acuerdo con CARRANZA, «pocas personas pueden estar más mediadas por los hechos, y limitadas para alcanzar la verdad, que el juez forzado a un proceso escriturista y sin acceder a los hechos más que a través de la información policial»¹¹⁴.

La labor de la Administración al respecto de la alternatividad es, de su lado, ciertamente neurálgica. La mejor aplicación del Derecho penal, la modificación legislativa y la promulgación de nuevas leyes son sólo algunos de los instrumentos que, si bien imprescindibles, deben ir inexcusablemente acompañados de la suficiente dotación de infraestructura material y humana, así como de la adecuación de los órganos encargados de aplicar las reformas. La mayor parte de las alternativas a la prisión, para dejar de ser bellas propuestas teóricas y pasar a materializarse, necesitan de un control y, sobre todo, de una asistencia en su cumplimiento, y éstos deben ser provistos por la Administración. Una Administración que, con ello, no hace sino dar respuesta al parámetro social del Estado que aquí nos sirve de paradigma. La asunción por éste —nos recuerda ASÚA BATARRITA— de las obligaciones promocionales y asistenciales que la Constitución impone a los poderes públicos como tarea urgente y prioritaria, y más aún en épocas de crisis de empleo en las que se agudizan las diferencias de oportunidades de acceso a la participación en el sistema social¹¹⁵. El cumplimiento de unas obligaciones constitucionales que evitarían el que, finalmente, y de nuevo, se beneficiaren de las alternativas únicamente aquellas personas que cuentan con apoyos y medios suficientes en su entorno¹¹⁶.

Finalmente, y si bien todos los poderes del Estado, tal y como hemos visto, tienen un papel primordial, no hay ninguna duda en que a todo esto le tiene que preceder la opinión favorable de la sociedad en que se pretenda poner en marcha, si realmente se quieren resultados y que estos sean duraderos —y ésta es una afirmación tajante no sólo respecto de una política criminal de alternatividad sino de cualquiera otra que se precie—. Si queremos que las penas alternativas se apliquen habrá que comenzar, inexora-

113. GARCÍA ARÁN, M., «Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad», *RFDUCM*, 1986, monográfico 10-11, p. 317.

114. CARRANZA, E., «Política criminal y humanismo en la reforma de justicia penal», *RACPCR*, año 4, n° 6, diciembre de 1992, San José, p. 23.

115. ASÚA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», *op. cit.*, p. 622.

116. Para poner en marcha semejante maquinaria, indudablemente, se debe contar con la colaboración de las entidades locales, provinciales y regionales correspondientes, por ser éstas las únicas en condiciones de hacer lo que para el Estado sería muy difícil, por no decir imposible. Si la cuestión, a pesar de todo, sigue siendo de cifras, bajo el aspecto del análisis de costes-beneficios, el progresivo vaciamiento de las cárceles que las alternativas representarían es ciertamente más rentable desde el punto de vista del gasto comunitario, y todo ello sin olvidar la trascendencia social positiva que esta evolución produciría. *Vid.*, en RUIZ VADILLO, E., «¿Hacia dónde camina, hoy, el Derecho penal?», *PEDF*, n° 8, marzo-1997, p. 21. Luego, si los resultados de las diversas penas son los mismos pero los costos no, lógicamente habrá que optar por lo más eficiente, tanto desde el punto de vista económico como desde el de sus costos sociales. Habrá que optar, en definitiva, por la alternativas relegando la prisión a la posición que verdaderamente le corresponde; esto es, al puesto de *ultima ratio*. *Vid.*, en CARRANZA, E., *Criminalidad, ¿prevención o promoción?*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 1996, p. 83.

blemente, por convencer a la colectividad, tanto de los efectos dañinos de la prisión, como de su irracionalidad, como de la necesidad de focalizarle alternativas. Hay que conseguir que la sociedad se conciencie sobre su responsabilidad en el tema penitenciario y el de los liberados, y deje de pensar, de una vez por todas, que tanto la cárcel como el cementerio son cuestiones que sólo le incumben a los «otros»¹¹⁷. La colectividad debe asumir que también son nuestras las partes feas, las partes pecaminosas. Debe saber qué hacer con su propia patología, porque la nuestra es una nueva cultura de responsabilidad¹¹⁸. Y porque, en definitiva, cuanto mayor sea el convencimiento de la necesidad de buscarle alternativas a la prisión, y ello quede reflejado legislativamente, mayor será el impulso que reciba la política social. Y una buena política social –no lo olvidemos– es la mejor política-criminal.

Las medidas alternativas examinadas no poseen, en todo caso, virtudes mágicas en sí mismas, por lo que deberán ser ensayadas y adaptadas progresivamente, sin olvidar en ningún momento el contexto sociológico donde se aplicarán. Las respuestas a su efectividad aún permanecen irremediablemente unidas al sentido común y al procedimiento experimental del probar y reprobar. Porque aún carecemos del *know-how* empírico¹¹⁹, es por eso que el planteamiento de las alternativas no puede sino afrontarse de forma progresiva, sopesando las posibilidades de unos resultados satisfactorios que permitan ir venciendo el mito de la prisión. Un gran objetivo en el que no debe haber lugar al desaliento, porque también en la defensa contra el crimen –estamos con MANTOVANI–¹²⁰ vale más que nunca la sabia enseñanza del «pesimismo de la razón» y el «optimismo de la voluntad». Una voluntad que si es buena siempre encuentra el modelo y la oportunidad.

117. Quizás convendría empezar por hacerle ver que no solamente el criminal empedernido, el peligroso antisocial, el depravado o el perverso van a prisión, sino que también el ocasional, el imprudente y el inocente pueden llegar a ella. *Vid.*, en RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, edit. Porrúa, México, 1998, p. 10.

118. ISSA EL KHOURY, H., «Las penas alternativas. El inicio de una cultura», en *Sistemas penales y derechos humanos. Proyecto: mejora de la administración de la justicia y su adaptación al sistema penitenciario*, Asociación de Ciencias Penales, San José, 1997, p. 124.

119. Como lo han dado en llamar DOLCINI y PALIERO en «Sanzioni sostitutive», *Enc. dir.*, XLI, 1990, p. 524.

120. MANTOVANI F., *Il problema della criminalità*, Cedam, Padova, 1984, p. 479.