

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

(Análisis crítico y perspectivas de futuro
en las realidades española y latinoamericana)

Ignacio Heriberto Gómez de la Torre
Coordinador de Estudios Penales

© Constitución y Leyes, S. A.
Sor Ángela de la Cruz, 6, 7.º
28020 Madrid
coleditor@interbook.es
http://www.colex.es

I.S.B.N.: 84-7879-591-X
Depósito Legal: M-40.175-2000

Fotocomposición: Torre, S. L. - Fuenlabrada (Madrid)
Imprime: Gráficas Rogar, S. A. - Navalcarnero (Madrid)

INDICE SISTEMÁTICO

*A Paul en el cielo.
Y a mi familia, eternos incondicionales...*

INTRODUCCIÓN	1
PRÓLOGO	2
PRESENTACIÓN DEL AUTOR	3
Dedicatoria	
LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES ANTE LA CRISIS DE LA PENAL PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL PARADIGMA DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	
CAPÍTULO I. LA PENAL PRIVATIVA DE LIBERTAD	
I. LA PENAL PRIVATIVA DE LIBERTAD	11
A) Concepto histórico de pena privativa de libertad	11
B) Regulación del concepto de pena privativa de libertad en el ordenamiento jurídico español	12
C) Concepto de pena privativa de libertad en el ordenamiento jurídico latinoamericano	13
II. LA PENAL PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL PARADIGMA DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	14
A) El origen del problema	14
B) Las penales privativas de libertad en el ordenamiento jurídico español	17
I. La pena privativa de libertad en el ordenamiento jurídico español	17
II. La pena privativa de libertad en el ordenamiento jurídico latinoamericano	18
III. LAS PENAL PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL PARADIGMA DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	19
A) Concepto	19
B) Características de la pena privativa de libertad	20
I. La pena privativa de libertad en el ordenamiento jurídico español	20
II. La pena privativa de libertad en el ordenamiento jurídico latinoamericano	21

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Págs.</i>
ABREVIATURAS	21
PRÓLOGO	23
PRESENTACIÓN PRELIMINAR	25
PRIMERA PARTE	
LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES ANTE LA CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL PARADIGMA DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	
CAPÍTULO I. LA PENA Y SUS TEORÍAS	33
I. LA PENA	33
A) Concepto moderno de pena	33
B) Importancia del estudio de las consecuencias jurídicas del delito. La inex- cusable correspondencia entre la función de la pena y la función del propio Derecho penal	35
II. LAS TEORÍAS DE LA PENA	36
A) El marco del problema	36
B) Las posibles vías de solución aportadas por la doctrina	37
1. <i>La vía abolicionista</i>	37
2. <i>La vía justificacionista. Sus variantes absoluta y relativa</i>	38
III. LAS TEORÍAS ABSOLUTAS. EL RETRIBUCIONISMO	39
A) Concepto	39
B) Las construcciones de KANT y HEGEL	40
1. <i>La retribución ética de Kant</i>	40
2. <i>La retribución jurídica de Hegel</i>	40

C)	Méritos ineludibles	41
D)	Defectos intrínsecos	42
E)	Conclusiones acerca de las teorías absolutas	44
	1. <i>La lógica de su origen y la necesidad de su actual rechazo</i>	44
	2. <i>La inexistencia de teorías absolutas puras</i>	45
	3. <i>Retribución y prevención. Dos momentos de una misma secuencia</i>	47
F)	La retribución como tema de actualidad. El rescate de su elemento proporcionalista	48
IV.	LAS TEORÍAS RELATIVAS O UTILITARISTAS	49
A)	Concepto	49
B)	Historia	50
C)	Las posibles combinaciones preventivas. Las distintas teorías utilitaristas ...	51
V.	LA PREVENCIÓN GENERAL	52
A)	Definición	52
B)	Génesis histórica	53
C)	Clases	53
	1. <i>La prevención general negativa (o intimidatoria)</i>	54
	a) Concepto e historia	54
	b) Ventajas	55
	c) Inconvenientes	55
	c.1) Su carencia de legitimación axiológica	56
	c.2) La falta de legitimación empírica	57
	d) Conclusiones prevención general negativa	58
	2. <i>La prevención general positiva (estabilizadora o integradora)</i>	59
	a) Concepto	59
	b) Historia	60
	c) Clases	61
	c.1) Concepción fundamentadora de la prevención general positiva ..	61
	c.1.1) Concepto	61
	c.1.2) La prevención general positiva en JAKOBS	62
	c.1.3) Críticas a JAKOBS. Críticas a la prevención general positiva como fundamento de la pena	64
	c.2) Concepción limitadora de la prevención general positiva	65
	d) Conclusiones prevención general positiva	67
D)	Conclusiones prevención general	68
VI.	LA PREVENCIÓN ESPECIAL	71
A)	Concepto	71
B)	Historia	72
C)	Clases	73
D)	La prevención especial negativa	74

VII.	PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA. LA RESOCIALIZACIÓN	74
A)	Síntesis histórica del objetivo resocializador	74
B)	Críticas a la prevención especial positiva	76
C)	A modo de conclusión: la aceptación de un fin preventivo-especial pero con límites	78
D)	Valoración crítica final de las teorías monistas	78
VIII.	TEORÍAS MIXTAS O ECLÉCTICAS	79
A)	Concepto e historia	79
B)	Clases	80
	1. <i>Teorías aditivas o unificadoras</i>	80
	a) La postura tradicional	80
	b) La postura moderna	81
	c) El problema de las antinomias de la pena	81
	2. <i>Teorías dialécticas</i>	82
C)	La teoría unificadora dialéctica de ROXIN	83
	1. <i>Concepto</i>	83
	2. <i>Fines de la pena en cada una de sus fases</i>	84
	a) Conminación penal o elaboración legislativa (amenaza)	84
	b) Imposición y medición de la pena	85
	c) Ejecución de la pena	86
D)	Conclusiones teorías mixtas	87
IX.	LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	88
A)	El porqué de la discusión. La antinomia de fines a perseguir con la pena ...	88
B)	Las diferentes teorías	89
	1. <i>La teoría de la pena exacta o puntual</i>	90
	2. <i>La teoría del espacio de juego o del margen de libertad</i>	90
	3. <i>La teoría del valor posicional o del valor de empleo</i>	91
C)	Conclusiones teorías individualizadoras	92
X.	LAS ANTINOMIAS DE LA PENA	93
A)	Antinomia prevención-culpabilidad	93
	1. <i>De inexcusable principio limitador a sospechosa enemiga. La necesidad de un nuevo concepto material de culpabilidad</i>	93
	2. <i>Opciones doctrinales sobre la culpabilidad</i>	94
	a) Culpabilidad como elemento derivado de la prevención	94
	b) Culpabilidad como elemento con contenido y funciones propias. Culpabilidad como principio político-criminal	95
	c) Valoración crítica del problema	96
	3. <i>La culpabilidad como límite a las necesidades preventivas y no como fundamento de la pena. El criterio de la proporcionalidad entre delito y pena</i>	96

B)	Antinomia prevención general-prevención especial	99
	1. <i>Preferencia de la prevención general sobre la prevención especial</i>	99
	2. <i>Preferencia de la prevención especial sobre la prevención general</i>	100
	3. <i>Conclusiones valorativas de la antinomia</i>	101
XI.	EL ABOLICIONISMO	103
A)	Concepto	103
B)	Historia y bases teóricas en la Criminología crítica	104
C)	Las diferentes propuestas abolicionistas	106
	1. <i>Méritos que les son inherentes</i>	106
	2. <i>Problemas que suscitan</i>	107
XII.	UNA TOMA DE POSTURA JUSTIFICACIONISTA EN NECESARIA COHERENCIA CON EL MODELO DE ESTADO DE QUE SE PARTA	108
CAPÍTULO II. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO COMO PARADIGMA. LA DOBLE FUNCIÓN DE SU DERECHO PENAL: PRE-VENCIÓN Y GARANTÍA		
I.	DERECHO PENAL Y MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL	111
II.	CONSTITUCIONALISMO, DERECHO PENAL Y REALIDAD CENTROAMERICANA. OTRA ANTINOMIA	113
A)	El constitucionalismo centroamericano	113
	1. <i>Presentación del problema</i>	113
	2. <i>Constitución versus realidad político-social</i>	114
	a) Costa Rica. La imagen de una vieja democracia	114
	b) El Salvador. Violencia y monopolio de la derecha	115
	c) Guatemala. Dominación militar, violencia y exclusión de la mayoría	116
	d) Honduras. Secuelas de una guerra ajena	117
	e) Nicaragua. La sombra sandinista	119
	f) Panamá. Érase un país a un canal pegado	120
	3. <i>Conclusiones</i>	121
B)	El Derecho penal en Centroamérica	122
	1. <i>Introducción</i>	122
	2. <i>La influencia europea en la codificación penal</i>	123
	a) Costa Rica	123
	b) El Salvador	124
	c) Guatemala	125
	d) Honduras	127
	e) Nicaragua	127
	f) Panamá	128
	3. <i>La inoperancia práctica de los modelos asumidos. La actual deslegitimación del Derecho penal centroamericano</i>	130
C)	Conclusiones valorativas	136

III.	EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO COMO PARADIGMA	139
A)	Génesis histórica	139
B)	Los diversos componentes de la síntesis	141
	1. <i>El componente social</i>	141
	2. <i>La exigencia de sumisión al Derecho</i>	142
	3. <i>La perspectiva democrática</i>	143
C)	Significación de la fórmula Estado social y democrático de Derecho	144
IV.	EL DERECHO PENAL EN UN MODELO DE ESTADO ASÍ CONCEBIDO	145
A)	Su doble función de prevención y garantía. La aparente contradicción	145
B)	Fines preventivos y límites retribucionistas	146
C)	Límites constitucionales a los fines preventivos. Los límites al <i>ius puniendi</i>	148
	1. <i>El principio de legalidad</i>	149
	a) Origen y significación	149
	b) Dimensión del principio de legalidad en el Estado de Derecho moderadamente concebido	151
	b.1) El principio de reserva absoluta de ley	152
	b.2) La exigencia de determinación, certeza o taxatividad	153
	b.3) Prohibición de una interpretación analógica o extensiva de la ley penal « <i>in malam partem</i> »	155
	b.3.1) La interpretación analógica. La analogía <i>in bonam partem</i> e <i>in malam partem</i>	155
	b.3.2) Prohibición de toda interpretación extensiva que desborde el «sentido literal posible»	157
	b.4) Principio de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del reo.	158
	b.5) Principio <i>ne bis in idem</i>	160
	2. <i>El principio de intervención mínima. La posición del Derecho penal en el discurso sancionador del Estado</i>	161
	a) Su carácter fragmentario	162
	b) Su naturaleza subsidiaria o de <i>ultima ratio</i>	162
	3. <i>El principio de resocialización</i>	163
D)	A modo de conclusión: hacia un Derecho penal mínimo por el camino de la resocialización	164
V.	PRÁCTICA VERSUS TEORÍA. LA CRISIS ACTUAL DEL DERECHO PENAL	167
CAPÍTULO III. LA CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL MODERNO SISTEMA DE PENAS. LA BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS.		
I.	EL MODERNO SISTEMA DE PENAS	171
A)	Evolución histórica de la sanción penal	171
B)	Rasgos caracterizadores de los sistemas penales modernos	172
	1. <i>La interminable lucha contra la pena de muerte</i>	172

2.	<i>Las penas privativas de libertad en el centro de la polémica. La búsqueda de alternativas</i>	175
3.	<i>Las escasas posibilidades «legales» de que dispone la multa como sustituta de la prisión</i>	176
4.	<i>La tímida, y peligrosa, incorporación de las penas privativas de derechos. Su escasa aportación al programa alternativo</i>	177
C)	Conclusiones valorativas	178
II.	LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y EL DISCURSO RESOCIALIZADOR. CRISIS Y PERSPECTIVAS DE FUTURO	179
A)	La privación de libertad como pena. Origen y evolución histórica	179
1.	<i>Del siglo XVI a la segunda mitad del XVIII. La cárcel como instrumento regulador del mercado de trabajo</i>	180
2.	<i>Segunda mitad del XVIII y siglo XIX. La prisión como pena regida por la ideología iluminista disciplinante</i>	182
3.	<i>Finales del XIX y siglo XX. La incesante búsqueda de la resocialización.</i>	185
B)	Latinoamérica y, de nuevo, la adopción de modelos europeos	186
C)	La caída en descrédito de la ideología resocializadora	188
1.	<i>El paso del sueño al mito. Sus consecuencias en el discurso sancionador del Estado</i>	188
2.	<i>Problemas intrínsecos al propio objeto resocializador</i>	190
a)	Su «dudosa» legitimidad. ¿Resocializar para qué?	190
b)	Resocialización, pluralidad y dignidad humana ¿no son, en esencia, incompatibles?	193
3.	<i>Conclusiones. Hacia un modelo liberal y comunicativo de resocialización.</i>	195
D)	Resocialización y tratamiento penitenciario. Máxima expresión de incompatibilidad entre objetivos y medios	197
1.	<i>Concepto de tratamiento</i>	197
2.	<i>La paradoja de pretender educar para la libertad en condiciones de falta de libertad</i>	198
3.	<i>La deplorable situación de las cárceles centroamericanas</i>	201
a)	La escasez y precariedad de recursos con que se cuenta	201
b)	La mayoritaria inexistencia de leyes penitenciarias	203
c)	La falta de conciencia social suficiente en aras a abordar este problema.	205
d)	Un «excursus» sobre el problema de la prisión preventiva	207
E)	Conclusiones valorativas	210
1.	<i>Inutilidad e inevitabilidad de la prisión. Los dos extremos de la tensión.</i>	210
a)	La inutilidad de mantener la prisión justificándola en los buenos propósitos de una futura reforma penitenciaria	210
b)	La fatal evidencia: es imposible suprimir a corto plazo la pena privativa de libertad	212
2.	<i>El punto de referencia inexcusable: la resocialización como el camino hacia el Derecho penal mínimo</i>	214

III.	LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LOS SISTEMAS PENALES MODERNOS Y LA URGENTE NECESIDAD DE BUSCARLE ALTERNATIVAS (<i>ESTUDIO CRÍTICO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA Y CENTROAMÉRICA</i>)	216
A)	La pena privativa de libertad modernamente concebida. Análisis crítico comparado	216
1.	<i>Concepto y clases</i>	216
2.	<i>La pena de prisión</i>	217
a)	Unificación de la terminología	217
b)	Sus límites	217
b.1)	El límite máximo. Las tendencias doctrinales al respecto	218
b.1.1)	Rechazo absoluto tanto de la cadena perpetua como de las penas de prisión excesivamente largas	218
b.1.2)	El límite máximo recomendable	219
b.1.3)	Cumplimiento de estas directrices en los países objeto de nuestro estudio	220
b.1.3.1)	El caso español	220
b.1.3.2)	La situación en Centroamérica	222
b.2)	El límite mínimo	224
b.2.1)	La problemática inherente a las penas cortas privativas de libertad. Su resurgimiento a través de las penas «shock» ..	224
b.2.2)	La dirección tomada al respecto por los concretos legisladores	226
3.	<i>El arresto fin de semana</i>	228
a)	Su presencia en el código penal español	229
b)	Una pena con poca aceptación en Centroamérica	230
4.	<i>La responsabilidad subsidiaria por impago de multa</i>	231
a)	Su «status» como pena en el código penal español	231
b)	Características definitorias en la región	231
B)	Derecho penal y <i>ultima ratio</i> . La necesaria búsqueda de alternativas a la prisión. ..	232
1.	<i>La patente incompatibilidad entre la previsión de la pena privativa de libertad, como pena dominante en los correspondientes códigos penales, y la orientación político-criminal hacia la resocialización de sus respectivas constituciones</i>	232
a)	España	232
b)	Centroamérica	233
2.	<i>El Derecho penal como ultima ratio. La reducción del uso de la pena privativa de libertad a través de la focalización de alternativas a la misma.</i> ..	234
C)	Predisposición jurídico-penal hacia la alternatividad en España y Centroamérica	238

SEGUNDA PARTE

**LAS ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD
(ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA
Y CENTROAMÉRICA)**

CAPÍTULO IV. BASES TEÓRICAS DE LA ALTERNATIVIDAD	243
I. LA PROBLEMÁTICA	243
A) Origen y fundamento de la discusión. La «estrategia diferenciada» como política-criminal	243
B) La crisis del discurso. La expansión de la red de control social	245
C) El cambio de perspectiva. Las actuales justificaciones para la continuación del discurso	246
1. <i>La perspectiva individualizadora o rehabilitadora</i>	247
2. <i>La postura proporcionalista</i>	247
II. DESDE UNA ÓPTICA PROPORCIONALISTA DE ALTERNATIVIDAD	249
A) El porqué de la elección. Razones para la no adopción de la óptica rehabilitadora	249
B) El modelo proporcionalista de alternatividad. Tras la pena «justa»	250
1. <i>El punto de partida: la búsqueda de proporción entre el delito y la pena como límite retributivo a las necesidades preventivas</i>	250
2. <i>Modelo proporcionalista y minimización del recurso a la cárcel. La ausencia de límites intrínsecos</i>	252
III. LAS PENAS CORTAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: SOLAMENTE UN PRIMER PASO	254
A) La cárcel como tema de discusión en sí misma. La necesidad de que siga ocupando el centro de atención	254
B) La actual búsqueda de alternativas a las penas de prisión de corta duración. La primera etapa de una carrera con meta prefijada: la desaparición de la cárcel	255
IV. LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN. PROPUESTAS	257
A) Introducción	257
B) Las diferentes vías hacia la alternatividad según el nivel de afección a la esfera individual del sujeto: nonintervention, suspensión y sustitución	259
V. LA <i>NONINTERVENTION</i> —O <i>DIVERSIÓN</i> —	259
A) Concepto y modalidades	259
1. <i>El principio de oportunidad</i>	260
2. <i>La dispensa de pena</i>	260
B) Su tímida acogida en los países de nuestro interés	261
C) Análisis crítico. Conclusiones	262

CAPÍTULO V. EL CAMINO DE LA SUSPENSIÓN	265
I. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS. LAS DIFERENCIAS CON LA SUSTITUCIÓN	265
A) Definición y variantes	265
1. <i>El sistema continental basado en la sursis belga</i>	267
2. <i>La especificidad de la probation —o suspensión del fallo— anglosajona.</i>	267
3. <i>El modelo mixto, o de suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba</i>	269
B) Fundamento político criminal de la fórmula híbrida de suspensión. Una predominante «ratio» de pena justa, arropada por consideraciones rehabilitadoras.	270
C) Suspensión <i>versus</i> sustitución. Características diferenciales	272
1. <i>El carácter no sancionador de la suspensión</i>	272
2. <i>La suspensión no como sustitutivo de la pena, sino como renuncia condicionada a ésta</i>	273
3. <i>Conclusiones</i>	274
II. SU REGULACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICO-PENALES ESPAÑOL Y CENTROAMERICANOS	274
A) Modelos de suspensión con una evidente influencia continental	274
B) Regulación legal. Puntos de interés	276
1. <i>Penas suspendibles y plazos</i>	276
2. <i>Requisitos para el otorgamiento</i>	277
a) <i>La primariedad delictiva</i>	277
b) <i>La satisfacción de las responsabilidades civiles</i>	278
c) <i>La atención a la peligrosidad criminal del sujeto</i>	278
3. <i>La imposición de condiciones</i>	280
4. <i>Periodos de suspensión</i>	281
5. <i>Revocación del beneficio y vuelta a prisión</i>	281
6. <i>Cumplimiento del plazo y extinción de la pena</i>	282
C) Suspensiones extraordinarias	283
1. <i>Suspensión en caso de enfermedad muy grave (art. 80.4 C.P. español)</i> ..	283
2. <i>Suspensión especial en casos de drogodependencia (art. 87 C.P. español).</i> ..	283
3. <i>Suspensión por hecho cometido entre parientes o análogos (art. 78 C.P. salvadoreño)</i>	284
4. <i>Las suspensiones extraordinarias del art. 84 C.P. El Salvador</i>	284
D) Conclusiones valorativas: ¿En qué medida puede hablarse de alternatividad? ..	284
III. PUNTOS CRÍTICOS A SUPERAR EN ARAS A CONVERTIRLA EN VERDADERA ALTERNATIVA A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	285
A) La suspensión condicional, entre la abstracta previsión de punibilidad y la discrecionalidad judicial	285
1. <i>La estrechez legislativa en los márgenes de operatividad y la rigidez de requisitos. Su escasa contribución a la reducción del uso de la cárcel</i> ...	285

2. La desvirtualización de su sentido como «alternativa»	287
a) El automatismo judicial en su concesión	287
b) Carencia de los conocimientos criminológicos indispensables por parte del juzgador	288
B) Control y asistencia en el cumplimiento. Aspectos problemáticos	288
1. El confusiónismo legislativo respecto de las condiciones a imponer	288
2. La tergiversación de las prioridades. La preferente función de control con la consiguiente expansión de la red de control social (o efecto net-widening). ..	289
3. La práctica inexistencia de infraestructura. La escasez de inversiones ..	291
C) La sombra de la prisión tras la revocación	292
D) El tan sólo «supuesto» trato privilegiado a los drogodependientes en el art. 87 del C.P. español	292
IV. LAS POSIBLES SOLUCIONES POR PARTE DE TODOS LOS IMPLICADOS EN EL PROCESO. ..	295
A) El momento del legislador. Propuestas de <i>lege ferenda</i>	295
1. Conversión de la suspensión en una verdadera alternativa de la prisión. Un «lavado de cara» que le infunda la seriedad de que carece	295
2. Ampliación de los márgenes legislativos	296
3. Eliminación de la reincidencia y la satisfacción de las responsabilidades civiles como requisitos objetivos	297
4. Previsión taxativa de las posibles condiciones a imponer. Asistencia versus control	298
5. La previsión de otras medidas alternativas en caso de revocación	301
B) La parte del Juez. Cambios en la forma de juzgar	302
1. Necesidad de un otorgamiento reflexivo de la figura. El fin del automatismo	302
2. Anteposición de las funciones asistenciales sobre las de puro control	303
C) La labor de la Administración y de la sociedad. Infraestructura material y humana	304
CAPÍTULO VI. LA VÍA DE LA SUSTITUCIÓN	307
I. DELINEAMIENTOS GENERALES. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS	307
II. LAS DOS GRANDES POSIBILIDADES SUSTITUTIVAS	308
A) La sustitución por otra medida privativa de libertad. Clases	308
1. El arresto de fin de semana	309
a) ¿Alternativa o sólo prisión atenuada?	309
b) Su incipiente acogida en los códigos penales español y salvadoreño..	311
c) Su contribución a la alternatividad	312
2. El arresto domiciliario. Valoración crítica	314
3. Reflexiones finales sobre la sustitución por otra pena detentiva	316
B) La sustitución por otras penas no privativas de libertad. Rasgos generales ..	317

III. LA PENNA DE MULTA COMO ALTERNATIVA A LA PRISIÓN	318
A) Orígenes y fundamento de la alternatividad. Funciones preventivas	318
B) Problemas con que tropieza en su propósito. Cuestiones primordiales a resolver	320
1. La adaptación de la cuantía al patrimonio del condenado. El sistema de días-multa	321
2. Casos de impago. El arresto sustitutorio y su contrariedad con el principio de igualdad ante la ley	322
C) La multa en España y Centroamérica	327
1. La multa como pena sustitutiva. Regulación legal	327
a) Plazos entre los que cabe actuar	327
b) Las excepciones	328
2. Sistemas de fijación del importe a pagar	329
a) Sistema de días-multa. Límites	329
a.1) Determinación del importe del día-multa. Máximos y mínimos.	329
a.2) Límites en los días-multa a imponer	330
b) Sistema global	331
3. Posibilidad de pagos aplazados o por cuotas. Demás facilidades para el pago	331
4. Incumplimiento del pago. Consecuencias de la insolvencia	332
5. Suspensión del arresto sustitutorio en el art. 80 del C.P. español. Problemas.	335
6. Multa y alternatividad. Posibilidades reales en nuestros países	335
D) Conclusiones valorativas. Las aptitudes de la multa como alternativa	337
1. Superioridad de las ventajas y superabilidad de los inconvenientes	337
2. La importancia de la determinación de la cuota a pagar. La necesaria colaboración de la Administración	339
3. Multa y realidad socioeconómica. La necesidad de aunar esfuerzos	340
IV. EL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD	342
A) Orígenes y finalidades	342
B) Su contenido. La fundamentación preventiva que lo sustenta	344
C) El carácter sustitutivo de esta pena. Dificultades a salvar	346
1. El inexcusable consentimiento del condenado. La diferencia con los trabajos forzados	346
2. La infraestructura. La necesaria coordinación judicial con la Administración y los cuerpos asistenciales	347
3. Tras el trabajo apropiado	348
a) Las dificultades inherentes a la búsqueda de trabajo en tiempos de graves problemas de desempleo	348
b) Asistencia y control del cumplimiento	349
4. La concienciación ciudadana	350
5. Consecuencias del incumplimiento ¿Vuelta a la prisión?	351

D)	Su escasa presencia en nuestros textos penales	351
	1. Regulación legal	351
	2. Papel real como alternativa a la pena privativa de libertad. Problemas prácticos	352
E)	Conclusiones	354
	1. Una figura simbiótica entre el proporcionalismo y la rehabilitación	354
	2. Una pena eterna sustituta. La ampliación de su campo de actuación a través de una cláusula general	355
	3. Su puesta en marcha. La infraestructura adecuada	356
	4. La necesaria experimentación. Valoración crítica final	358
V.	PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS	359
A)	Concepto y posibles contenidos. Límites	359
B)	La privación de Derechos como alternativa a la prisión	360
	1. Fundamentación	360
	2. Posibles campos de actuación	361
	3. En favor de la alternatividad	362
C)	Las penas privativas de derechos en España y Centroamérica	362
	1. Su general reducción a un papel puramente accesorio	362
	2. La excepción: la expulsión del territorio nacional o extrañamiento	363
	a) Concepto y versiones en nuestros países	363
	b) En su papel como sustitutiva	364
	c) Su discutible carácter alternativo. Una medida claramente xenófoba.	364
D)	Conclusiones valorativas	366
E)	Un <i>excursus</i> a la amonestación o reprensión como medida sustitutiva	367
VI.	LA REPARACIÓN A LA VÍCTIMA: ¿HACIA UNA REPRIVATIZACIÓN DEL CONTROL SOCIAL?	367
A)	Introducción	367
B)	La reparación como pena	368
	1. Orígenes de la discusión. Redescubrimiento de la víctima e ideal resocializador	368
	2. Las diversas posturas doctrinales respecto de la reparación como tercera vía	370
	a) La postura negativa. Críticas	370
	b) La postura afirmativa. Contracríticas	372
	b.1) Sus fines preventivos. Desde una óptica proporcionalista	372
	b.2) El no retorno a prisión por insolvencia. La entrada en escena del Estado social	373
	b.3) Respecto al temor a una privatización del Derecho penal	374
	c) Conclusiones al respecto. Nuestra postura	375
C)	La reparación como alternativa a la pena privativa de libertad	376
	1. Concepto y contenidos	376

	2. Fundamentos para su acogida. Los efectos inherentes a la alternatividad.	377
	3. Su no previsión en nuestros códigos penales	378
D)	Conclusiones valorativas. El estado actual de la cuestión	379
VII.	ESPAÑA, CENTROAMÉRICA Y ALTERNATIVIDAD. PUNTOS CRÍTICOS	381
A)	Introducción al problema	381
B)	Los grandes puntos débiles	382
	1. La falta de valentía legislativa. La práctica inexistencia de penas principales no privativas de libertad	382
	2. Limitación de la alternatividad a los delitos de mínima gravedad	382
	3. La no ampliación de márgenes al arbitrio judicial	383
	4. La paradoja de poder suspender pero no sustituir. Las escasas posibilidades sustitutivas	383
	5. Excesiva severidad y falta de regulación taxativa. La violación del principio de legalidad	384
	6. Las dificultades prácticas en su realización. Una regulación ejecutiva claramente deficiente	384
	7. La omnipresente posibilidad de regresar finalmente a prisión	385
CAPÍTULO VII. CONSIDERACIONES CRÍTICAS RESPECTO DE LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN		387
I.	INTRODUCCIÓN	387
II.	PASOS ESENCIALES A DAR. PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	389
A)	Nueva ordenación del sistema de sanciones por parte del legislativo	389
	1. Primer paso indiscutible: una previa y rotunda política, tanto despenalizadora como social, que evite el recurso a la maquinaria punitiva del Estado	390
	2. La reducción legal del uso de la prisión, con la eliminación de las penas de prisión breves y el acortamiento posible en las largas. La previsión de un elenco suficiente de medidas sustitutivas	393
	3. Su conversión en verdaderas alternativas mediante su elevación a penas principales. Los límites al <i>ius puniendi</i>	395
	4. La fijación de criterios-guía de los que partir el juez al hacer uso de su discrecionalidad	398
	a) Esclarecimiento de las concretas posiciones a ocupar por la suspensión y la sustitución. Una solución al problema de las áreas concurrentes.	398
	b) Prioridad de las sanciones alternativas y cláusula de prisión como <i>ultima ratio</i>	401
	5. Acabar con la equivalencia: quebrantamiento de la pena sustitutoria = vuelta a prisión	402
	6. Legislar en materia de ejecución de penas, tanto privativas como no privativas de libertad	403

B)	Un ineludible cambio en el hacer de Jueces y Tribunales	404
1.	<i>Principio de legalidad y discrecionalidad judicial. Una orientación hacia las consecuencias del delito</i>	404
2.	<i>Del rígido legalismo a la interpretación de la ley. La necesaria formación criminológica del Poder Judicial</i>	406
3.	<i>La individualización de la alternativa. La huida del automatismo en su concesión</i>	408
C)	La labor de la Administración: la construcción de una infraestructura adecuada	409
1.	<i>Control y asistencia en el cumplimiento. La coordinación de funciones</i> ..	409
2.	<i>La urgente dotación presupuestaria al respecto. La remoción de los obstáculos económicos existentes</i>	411
D)	El turno de la sociedad. Un necesario cambio de mentalidad	414
1.	<i>El convencimiento colectivo de la necesidad de buscarle «soluciones» a la cárcel</i>	414
2.	<i>Su imprescindible participación en el juego de la alternatividad</i>	415
III.	VALORACIÓN CRÍTICA GLOBAL	416
	BIBLIOGRAFÍA	421
	APÉNDICE LEGISLATIVO	443

ABREVIATURAS

ADH	Anuario de Derechos Humanos.
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi.
AP	Actualidad Penal. Publicación semanal técnico-jurídica de Derecho penal.
Art., arts.	Artículo, artículos.
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
C.P.	Código penal.
Cass. Pen.	Cassazione Penale.
CCP	Cuadernos de Ciencias Penales. Instituto Panameño de Ciencias Penales.
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial.
CE	Constitución española de 1978.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial español.
Const.	Constitución.
CPC	Cuadernos de Política Criminal.
CPT	Código Penal Tipo para Latinoamérica.
DDP	Digesto delle Discipline Penalistiche.
DP	Doctrina Penal.
DPC	Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia.
EDJ	Estudios de Derecho Judicial.
EDPCr	Estudios de Derecho Penal y Criminología.
Enc.dir.	Enciclopedia del Diritto.
Enc. Giur.	Enciclopedia Giuridica.
EPC	Estudios Penales y Criminológicos.
ESDD	Estado social y democrático de Derecho.
Giuris. Costit.	Giurisprudenza Costituzionale.
ILANUD	Instituto de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
JPD	Jueces para la Democracia.
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria.

NCP	Nuevo Código Penal.
NDI	Novissimo Digesto Italiano.
NFP	Nuevo Foro Penal.
NPP	Nuevo Pensamiento Penal.
pág., págs.	Página, páginas.
PC	Poder y Control.
PCP	Proyecto de Código Penal.
PDEF	Papers D'Estudis i Formació.
PJ	Poder Judicial.
PPL, ppl	Pena(s) Privativa(s) de Libertad.
PPU	Promociones y Publicaciones Universitarias.
RACPCR	Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.
Ras. Pen. Crim.	Rassegna Penitenziaria e Criminologica.
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales.
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional.
REP	Revista de Estudios Políticos.
REPen	Revista de Estudios Penitenciarios.
RFDUCM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
RGCP	Revista Guatemalteca de Ciencias Penales.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RIDP	Revue Internationale de Droit Penale.
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.
RJCM	Revista Jurídica de Castilla-La Mancha.
RJCR	Revista Judicial de Costa Rica.
S(S)TC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional.
S(S)TS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo.
ss.	Siguientes.
StGB	Código Penal alemán (Strafgesetzbuch).
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.

PRÓLOGO

La Universidad de Salamanca siempre ha tenido como rasgo de identidad su proyección iberoamericana, esta dimensión no es sólo un rasgo de su historia, es también una característica fundamental de su presente. Por ello, desde hace años el grupo de penalistas del viejo Estudio salmantino estamos proyectando nuestra actividad hacia los países iberoamericanos, no sólo en el ámbito formativo, también aspiramos a proyectar nuestros conocimientos en el estudio de la realidad jurídico-penal de aquellos ordenamientos.

No es frecuente en nuestra doctrina la realización de estudios de derecho comparado de la envergadura del que ha llevado a cabo la doctora Nieves Sanz Mulas. El valor de las consecuencias que pueden derivarse de este tipo de estudios es algo que tiene que ser puesto de relieve y que el conjunto de la doctrina española debería potenciar.

En este marco tiene el lector que situar este libro: es una investigación de derecho comparado hecha en la Universidad de Salamanca y teniendo como objeto códigos penales iberoamericanos, en concreto los de los países del istmo de Centroamérica. El sistema de sanciones de los códigos, con toda probabilidad su parte político-criminalmente más sensible, es objeto de examen exhaustivo en las páginas que siguen. La autora ha abordado esta investigación teniendo que resolver problemas como la escasez de bibliografía sobre el tema y la diferencia entre el contenido de las leyes y la realidad de su aplicación, que en estos países es particularmente importante.

Nieves Sanz Mulas, con la dedicación y el compromiso que caracterizan a los universitarios, ha llevado a cabo estancias de investigación en los países centroamericanos para conocer directamente las sociedades sobre las que se proyectan los códigos objeto de su estudio. Al desarrollar su investigación no se ha limitado a un trabajo puramente descriptivo; por el contrario, las páginas de este libro reflejan con claridad el compromiso de la autora con la vigencia de los derechos del hombre y su afecto hacia aquellas tierras y sus habitantes.

La autora compara soluciones y formula propuestas, y lo hace con solvencia, seriedad y con conocimiento no sólo de los ordenamientos jurídicos, sino de todo lo que los rodea. Estoy seguro de que esta investigación es la primera aportación de quien en nuestra doctrina está llamada a ser una de las especialistas en Derecho Penal Iberoamericano.

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Catedrático de Derecho Penal y Rector de la Universidad de Salamanca

PRESENTACIÓN PRELIMINAR

En momentos como los actuales, en que todo no sólo parece sino que realmente va muy deprisa; donde quien no tienen unos mínimos conocimientos informáticos es catalogado poco menos que de analfabeto; en el que las vacaciones ideales a proyectar han dejado de ubicarse en idílicos parajes caribeños, para pasar a situarse fuera, incluso, del propio planeta —que parece ser ya nos viene pequeño—; y donde una de las grandes preocupaciones gira en torno a lo moral o amoral de clonamos a nosotros mismos, la elección de un tema de estudio como el de las alternativas a la cárcel es lógico se catalogue poco menos que de anacrónico. De más coherente con tiempos ya pasados, en que las nuevas realidades surgidas con el devenir vertiginoso de los hechos inherentes a la modernidad no requerían de toda la atención de que hacen, lógicamente, exigencia en la actualidad.

Pero precisamente por eso, por constituir la cárcel una de esas tristes realidades que aún nos amarran a una concepción penal, caracterizada por la insaciable búsqueda del dolor y la venganza, se hace necesario hacerle frente con más ímpetu que nunca, si realmente queremos hablar con propiedad de modernidad y avance. Porque, aunque no queramos verlo, aún hay analfabetos de los de siempre, de los de lápiz y papel. Porque aún son muchos los que ni tan siquiera saben lo que son las vacaciones. Y porque, en definitiva, todavía son mayoría los que, lejos de pensar en hacer una fotocopia de sí mismos, a duras penas se ven capaces de conservar el original. Unos originales que, para «su» más desgracia, llenan las prisiones de todo el mundo.

No buscamos ningún discurso marxista, tan sólo queremos constatar una realidad que está ahí, delante de nuestros ojos, y por mucho que volvamos la cara. Hoy por hoy no queda sino asumir la necesidad de la prisión como pena. La misma mente humana, tan preocupada actualmente por conocer si hay vida extraterrestre, e invirtiendo para ello sumas colosales de dinero —no sabemos si para una vez hallados tales seres complicar con ello, aún más, nuestro ya de por sí caótico planeta—, se declara, irónicamente, insolvente e incapaz para hallar una solución punitiva más acorde con las actuales concepciones humanitarias. La cárcel se concibe como uno de esos «precios» a pagar en aras a la consecución de una convivencia social aceptable, traducida en, entre otras, adecuadas condiciones de seguridad y protección. «Es una de esas cosas tristemente inevitables sobre las que no podemos hacer nada» —nos decimos a nosotros mismos, sin darle más relevancia

al tema, pues pensamos que, al fin y al cabo, la cárcel como el cementerio son cosas que únicamente les ocurren a los demás—. Sin embargo, la cárcel puede estar más cerca de lo que podamos creer, quizá esperándonos a la vuelta de la esquina, en silencio, al igual que el cementerio.

La prisión es algo que nos afecta a todos. Es otro «servicio» a ofrecer por todo Estado social e intervencionista que se precie. Una institución que cumple una función social —al igual que las escuelas, los hospitales, etc.—, y que por ello debe ser pensada y ejecutada de la manera más óptima para dar cumplimiento a sus objetivos finales. Sin embargo, es aquí donde comienzan los problemas. Aquí, sin ir más lejos, se asientan todas las dudas sobre su legitimidad, dado que su finalidad última —y presunta justificación en el marco de un Estado social y democrático de Derecho como el que en este trabajo nos sirve de base—, esto es la resocialización, sigue sin tener una traducción real.

Con la privación de libertad más que resocializar se desocializa. La prisión, en lugar de dar una solución acabada a los problemas que allí portan a los individuos, lo único que hace es agudizar, aún más si cabe, su situación tanto social como económica y familiar. Les separa de su familia, de su entorno. Les somete a situaciones de vigilancia extrema y de horarios estrictos durante un determinado número de años —que normalmente no son pocos—, y una vez cumplida su «deuda con la sociedad» les cuelga de por vida el cartel de «soy un ex presidiario», que como todos sabemos hoy por hoy sólo cabe traducirse en términos de: estigmatización, desempleo e incompreensión. La pena privativa de libertad está, por tanto, en crisis, y ésta no se supera con una modificación de las características de su cumplimiento, por muy importante y definitiva que ésta parezca. Tal reforma, claramente necesaria, no es, sin embargo, suficiente. La cárcel ya desde sus cimientos y por su propia esencia difícilmente puede alcanzar unas mínimas cuotas de socialización. Y ello porque es ciertamente difícil encontrar la fórmula de como educar para la libertad en condiciones, es irónico, de privación de ésta.

Y es que el fin resocializador —brújula que inexorablemente debe orientar la actuaciones de un Derecho penal inmerso en un Estado social y democrático de Derecho— sólo comenzará a ser tangible desde el mismo momento en que la privación de libertad se supere como pena. El objetivo resocializador no es sino el trayecto al final del camino: la abolición algún día, esperamos no muy lejano, de la pena privativa de libertad. Hasta entonces ésta no debe ser sino la *ultima ratio* del sistema penal. No hay otra traducción posible.

Porque el camino del Derecho penal mínimo es el único a recorrer en un ordenamiento jurídico llamado a conciliar prevención y garantías. Un uso minimizado del Derecho penal que exige el que la cárcel se reserve como «último remedio»; es decir, como sanción únicamente dable de imponer ante la comisión de conductas delictivas de gran gravedad. Para las de gravedad media y leve, el principio de proporcionalidad, como criterio limitador de las necesidades preventivas, exige el buscar otras medidas diferentes a la cárcel; esto es, focalizar alternativas a la prisión. Prisión que, repetimos, no por ello deja de ser discutible en sí misma. La necesidad de evitar el ingreso en ella está más que justificado, puesto que si la pena como instrumento más contundente con que cuenta todo sistema jurídico-penal

está deslegitimada, la consecuencia inevitable es la deslegitimación del propio Derecho penal.

Los objetivos de este trabajo son, pues, fácilmente deducibles. Con él se pretende denunciar, una vez más, la gran incoherencia entre objetivos y medios lucida por la prisión. Y reivindicar, como no, también una vez más, la necesidad de ir superando paulatinamente como pena. La viabilidad de ir venciendo progresivamente el mito de su insustituibilidad, dando paso a otras medidas más acordes con las actuales concepciones. Y lo que es más importante, sin mostrar el carácter desocializador de aquélla.

* * *

Al respecto, se ha llevado a cabo un estudio comparativo de la situación en España, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Un análisis diferenciador como mejor método, de acuerdo con ZAFFARONI, para ir conociendo un sistema, pues el conocimiento va creciendo a medida que se van descubriendo sus diferencias con otros¹. En este sentido, la opción española creemos es fácilmente justificable; y en lo que a la centroamericana se refiere, atiende a razones de diversa índole.

Para comenzar, la determinante influencia europeo-continental de la que hacen gala los códigos centroamericanos les hace «similares» al español, lo que sin lugar a dudas hace posible el análisis comparativo —y lo que, de igual modo, justifica el porqué de no incluir a Belice, pues su legislación luce un evidente corte anglosajón que dificulta sobremanera el análisis comparado—. Unos países claramente cercanos, a pesar de la distancia, y ya no sólo desde un nivel legal y cultural sino, y sobre todo, desde un nivel personal.

El contacto intenso que, por cuestiones profesionales, he tenido con muchas personas latinoamericanas, hace ya tiempo despertó en mí un gran interés por la situación efectivamente vivida al otro lado del Atlántico. Un interés que, indefectiblemente, aumenta con cada ocasión que tengo de viajar allí. Porque no han sido sino las estancias en Centroamérica —ámbito al que finalmente reduje la investigación, sobre todo por lo difícilmente abarcable de ampliarla a toda Latinoamérica—, el conocimiento de su realidad penal y la posibilidad de visitar algunas de sus prisiones, los detonantes de la opción final por el tema aquí objeto de análisis; esto es, el de la alternatividad a la pena privativa de libertad.

Y es que la problemática que siempre lleva inherente la prisión se ve allí agravada hasta cuotas inimaginables. Junto a la ausencia casi generalizada de las correspondientes legislaciones penitenciarias —con las subsiguientes dosis de inseguridad y arbitrariedad—, destacan un hacinamiento de hasta un 900%, una prisión preventiva de hasta el 91% del total de los encarcelados, y, por todo ello, unas condiciones de habitabilidad y salubridad propias más de «depósitos de seres humanos» que de instituciones al servicio resocializador, consecuente con un Estado social y democrático de Derecho como el que todos estos países proclaman en sus respectivas constituciones.

Este estudio es, por todo y sobre todo, una denuncia. El reflejo en el papel de una triste realidad. Una realidad que urge cambiar, perfilándose algunas posibles líneas en tal di-

¹ ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho penal. Parte general, I*, Ediar, Buenos Aires, 1981.

rección. Presenta, en definitiva, un evidente cariz político-criminal, y se muestra por ello como un mensaje claro a los legisladores español y centroamericano, a sus jueces, administraciones y ciudadanos en general. A los detentadores, en definitiva, del cambio de que el Derecho penal de la Región está tan necesitado (y del «pulido» que el nuestro tanto agradecería).

* * *

La metodología llevada a cabo para su elaboración tiene, lógicamente, un gran referente bibliográfico. En tal sentido, sin embargo, es de destacar el escaso material que, respecto del concreto tema sobre la alternatividad, es dable encontrar. Un elenco de obras sin duda mucho más pobre de lo que cabría esperar de un tema que —creemos— no sólo vincula a nivel de la razón, sino también del corazón.

El afán de buscarle alternativas a la prisión dejó de «estar de moda» a principios de los 80, por lo que el gran surtido de bibliografía sobre éstas cabe ubicarse, sobre todo, en la década de los 70. Una década en la que, ante la evidencia de la crisis de la resocialización —debida a otra crisis, la del Estado de bienestar—, hasta entonces presunta e inatable justificación de la existencia de la cárcel, abundaron los trabajos en favor de la alternatividad a la misma. Al respecto la doctrina italiana fue especialmente fructífera, y ese fue el motivo de mi estancia en la *Università degli Studi di Firenze* bajo el asesoramiento e indiscutible apoyo del Prof. Ferrando MANTOVANI.

Tras dicho «boom» alternativo son ciertamente pocas las obras sobre sustitutivos a la prisión, y en lo que a Centroamérica, en específico, y por su parte, se refiere, la situación desde luego no mejora. Es más, el material a manejar, para llevar a cabo el correspondiente y saludable juicio contrastado, prácticamente brilla por su ausencia. Allí el desarrollo de la ciencia penal no tiene por lo general bases sólidas, y, por ello, el estudio comparativo —para el cual, lógicamente, es imprescindible acudir a la interpretación dogmática— aparece a veces como insalvable. En tales casos cabe sólo la referencia normativa, con el relativo apoyo de las eventuales fuentes extranjeras de las normas, lo que no siempre es claramente determinable. La incipiente doctrina autóctona, sea como fuere, aparte de ser insuficiente se encuentra enormemente dispersa.

El concreto estudio comparativo, por todo ello, ha tenido como referente Universidades, Cortes Supremas de Justicia, Institutos de Derecho penal y cárceles. Éstas últimas, evidentemente, no han aportado doctrina alguna, pero sí un enorme elenco de lamentables experiencias individuales que, finalmente, y como ya veíamos, han sido la motivación para llevar adelante este trabajo. Porque la obsesión de buscarle soluciones y alternativas a la cárcel es el único «regalo» que te pueden dejar las visitas a los centros penitenciarios de: San Sebastián de los Reyes, La Reforma y El Buen Pastor en Costa Rica; La Modelo en Tipitapa, Nicaragua; el Centro Penal de San Pedro Sula en Honduras; la prisión Canadá en Escuintla, Guatemala; y el centro penitenciario La Esperanza en San Luis de Mariana, El Salvador.

La búsqueda de documentación me condujo a la Universidad de Costa Rica en San José; a la Universidad Centroamericana «José Simeón Cañas» en San Salvador; a la Uni-

versidad San Carlos en ciudad de Guatemala; a la Universidad Nacional Autónoma de Honduras en Tegucigalpa; y a la Universidad Centroamericana en Managua. Del mismo modo, constituyó el motivo de mis visitas a las Cortes Supremas de Costa Rica, Guatemala, El Salvador y Honduras; al Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y al MINUGUA (Misión de las Naciones Unidas para Guatemala) en la ciudad de Guatemala; a la sede del PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) en Managua; al ILANUD (Instituto de las Naciones Unidas para el Desarrollo) con sede en San José; y al Ministerio de Justicia e Instituto de Integración Centroamericana de la misma ciudad. Un «peregrinaje» para nada tedioso si, como a mí me sucedió, la falta de medios se ve enormemente compensada por la disposición de las personas. A todas ellas, desde aquí, mi más sincero agradecimiento.

* * *

Ha llegado, pues, el momento de los agradecimientos. Un momento ciertamente más importante que lo que al inicio de un trabajo de estas características pudieras nunca llegar a imaginar. Porque la realización de un obra así requiere de muchísima ayuda. De una ayuda no tanto «académica» como personal, en el sentido de apoyo incondicionado durante todas las etapas inherentes a una investigación doctoral, y que me atrevería a resumir en tres: euforia ante la labor por desarrollar, cansancio por lo arduo de la tarea, y desencanto por la siempre impresión final de que «podría haber salido mucho mejor». En todas estas fases necesitas que te lleven de la mano, aunque el trabajo final sea lógicamente tuyo, y sería injusto no reconocer que, al respecto, yo siempre he tenido muchas manos. Las manos de mi familia, las manos de mis verdaderos amigos y las manos de mis compañeros de trabajo. A todos ellos un sinfín de gracias y el deseo de saber estar a la altura cuando las circunstancias así lo requieran.

Mi agradecimiento expreso y sincero a los integrantes del tribunal que, en la fría mañana del 24 de enero de 2000, calificó este trabajo de tesis doctoral en el Salón de Grados de la Universidad de Salamanca, otorgándole la máxima calificación de *sobresaliente cum Laude* por unanimidad. Gracias a los Doctores José Cerezo Mir, Juan Bustos Ramírez, Silvia Valmaña Ochaíta, Cristina Méndez Rodríguez y Laura Zúñiga Rodríguez. Sus certeras puntualizaciones, sin duda, contribuyeron a enriquecer y mejorar esta elaboración.

El espacio último quisiera, en todo caso, reservárselo a una única persona. Al verdadero artífice de todo esto, al director de hecho y de derecho de esta obra, al Prof. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Él, sin temor a equivocación, es el «culpable» de mi pasión por el Derecho penal y el que quiera, finalmente, encaminar mi vida en este sentido. A él debo agradecerle muchas cosas, y, entre todas ellas, su eterno apoyo ante las dificultades surgidas, el tiempo que siempre ha tenido para escuchar mis «problemillas» entre su inmensidad de «problemones», el afecto, la comprensión, y, sobre todo, el hacerme ver mis propias posibilidades y anhelos, abriéndome los ojos a todo el mundo que se encuentra más allá de nuestro querido Tormes. Ahora soy una «charra» un poco más internacional, y, por ello, gracias.

PRIMERA PARTE
LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES
ANTE LA CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA
DE LIBERTAD EN EL PARADIGMA DE
UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO
DE DERECHO

I. LA PENA

A. Concepto y función de la pena

La pena es el castigo impuesto por el Estado a quien infringe una norma jurídica. Su función principal es la de prevenir delitos y reeducar al delincuente. En un Estado social y democrático de derecho, la pena debe ser proporcional al delito cometido y respetar los derechos fundamentales de la persona.

La pena privativa de libertad es la más grave de las penas. Consiste en la privación temporal o definitiva de la libertad personal del condenado. Su aplicación debe estar sujeta a garantías procesales y respetar los principios de humanidad y dignidad humana.

En un Estado social y democrático de derecho, la pena debe cumplir con los principios de legalidad, proporcionalidad y humanidad. La pena privativa de libertad debe ser una medida excepcional y justificada, que busque la rehabilitación del condenado y la reintegración a la sociedad.

CAPÍTULO I

LA PENA Y SUS TEORÍAS

«No podéis separar al justo del injusto
y al bueno del malvado,
pues juntos se yerguen de cara al sol,
como juntos se entretajan el hilo negro y el hilo blanco.
Y cuando el hilo negro se rompe,
el tejedor revisará toda la tela
y examinará el telar entero.»

GIBRÁN, Khalil: *El Profeta*, Capítulo XII, *Del crimen y del Castigo*

I. LA PENA

A) CONCEPTO MODERNO DE PENA

La aparición de la pena coincide con la aparición del propio Derecho penal¹. Su existencia, y sobre eso no hay dudas ni desavenencias doctrinales, se debe a la necesidad abstracta y absoluta que de sanciones penales en todas las épocas y en todas las culturas ha existido.

Partiendo de la definición hecha por FERRAJOLI², con la pena se trata de dar respuesta a la máxima *nulla poena sine crimina*. O, lo que es lo mismo, de aplicar una sanción ante la realización de un hecho delictivo, del cual se configura como efecto o consecuencia jurídica. Estamos hablando, en definitiva, de la privación de bienes jurídicos prevista en la ley e impuesta por los órganos judiciales al responsable de un delito³. Privación de los tres derechos que, según LOCKE⁴, constituyen y justifican la existencia del Estado mo-

¹ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, 5.ª edic., Tecnos, Madrid, 1997, p. 20.

² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón (Teoría del garantismo penal)*, Trotta, Madrid, 1997, p. 368.

³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho Penal*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 21.

⁴ LOCKE, J., *Scritti sulla tolleranza*, UTET, Torino, 1977, pp. 8 y 9.

derno: la vida —negada con la pena de muerte—, la libertad —con la pena privativa de libertad—, y la propiedad —con las multas o penas patrimoniales—. Sin embargo, y pese a estas afirmaciones —por otro lado absolutamente correctas—, es dable decir que la pena no tiene una definición general válida para cualquier lugar y para cualquier momento. Por el contrario, la pena es un concepto legal de cada Código penal en particular, dónde se alberga un catálogo de penas que la doctrina clasifica en virtud del bien jurídico sobre el que recaen⁵. Un elenco de sanciones, en cuya variación se reflejan los cambios vividos por el correspondiente modelo de Estado, y la justificación que éste hace de su propio Derecho penal.

La función que se asigna a la pena —nos recuerdan DE LEÓN y DE MATA— depende de la función que se asigna al Estado, pues existe una vinculación valorativa entre ambos, de manera que la función de la pena descansa en la correspondiente Constitución⁶. En este sentido, son notas características de la pena en una concepción moderna de Estado —siguiendo en la descripción a BERDUGO—⁷: el que la pena es un *mal* —por la privación o restricción de bienes jurídicos que siempre implica—; un *mal*, por otro lado, *necesario* —porque todo sistema que considera al hombre como elemento nuclear sólo puede recurrir a la pena cuando sea necesaria para el mantenimiento de tal sistema—; *debe estar prevista en la ley* —que actuará como garante de la seguridad jurídica, o, lo que es lo mismo, en pro del principio de legalidad—; *impuesta y ejecutada conforme a ella* —la ley actúa como garante a lo largo del proceso y la ejecución—; *sólo se impondrá al responsable del delito* —responsabilidad penal personal—; y *únicamente estará dirigida hacia la prevención del delito* —como única finalidad coherente y racional, tal y como veremos, con el *ius puniendi* propio de un Estado social y democrático de Derecho—⁸.

Se trata, en definitiva, de una visión garantista en la utilización de la pena, como algo indispensable en un sistema penal personalista como del que aquí se parte. Una visión fruto de la Revolución francesa, y que marca el nacimiento de la figura del ciudadano y del principio de abstracta igualdad ante la ley correspondiente. Una imagen de la pena como necesaria consecuencia posterior a la comisión de un delito, en aras al principio de legalidad originado de igual modo en dicho movimiento. Porque la pena, se siga la concepción que se siga, siempre es un mal, una consecuencia negativa para quien la sufre⁹. Un instrumento de encauzamiento social evidentemente sensible, y del cual no se puede hacer uso ni caótica ni anárquicamente¹⁰.

⁵ HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 149.

⁶ DE LEÓN VELASCO-DE MATA VELA, *Derecho penal guatemalteco. Parte general y parte especial*, 8.ª edic., edit. Lerena, Guatemala, 1996, p. 225.

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 277 y ss.

⁸ *Vid. infra*, Capítulo II, apartado IV.

⁹ Y esto pese a que en los últimos tiempos no son pocos los que, como JAKOBS, quizás con ciertos precedentes en el correccionalismo de DORADO MONTERO, consideran a la pena no como un mal, sino como muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. *Vid. infra*, apartado V.C (c.2).

¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 155.

La pena es, por todo ello y en conclusión, merecedora de toda la atención que se le pueda dispensar, tanto por parte de todos los poderes que conforman el Estado, esto es, legislativo, judicial y ejecutivo —todos ellos piezas claves en el engranaje que finalmente supone la pena—, como por parte de los estudiosos del Derecho penal.

B) IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO. LA INEXCUSABLE CORRESPONDENCIA ENTRE LA FUNCIÓN DE LA PENA Y LA FUNCIÓN DEL PROPIO DERECHO PENAL

Porque el delito y la pena, como es sabido, guardan íntima relación en lo que a su origen y significados se refiere. Tanto la comisión del primero, como la imposición de la segunda, tienen como común denominador al sujeto delincuente. Sin embargo, y a pesar de tales conexiones, la discusión doctrinal y el desempeño de la ciencia penal parece haber girado únicamente, y de forma tradicional, sobre la teoría del delito, en menoscabo del interés por el problema de la pena, a la que se relegaba a un segundo plano —si es que se le tenía de alguna forma en cuenta—¹¹. Hoy en día, no obstante, las cosas están cambiando y se asiste a la revalorización de su estudio como elemento nuclear del sistema penal. Parece ser que, por fin, ha llegado el momento de levantar el telón del que hablaba GIMBERNAT, «y ver qué es lo que verdaderamente ha estado escondido tras él»¹².

El debate científico político sobre la pena se ha transformado, como no podía ser de otro modo, en un debate sobre el Derecho penal en su conjunto¹³. La doctrina penal parece haberse dado cuenta de que —como manifiesta MAPELLI— «toda formulación de alternativas político-criminales, toda opción de reforma, ha de tomar en consideración los aspectos teleológicos y funcionales de las consecuencias jurídicas del delito»¹⁴. De que no

¹¹ Con esto, ni mucho menos, pretendemos convertir a la doctrina, que durante tantos años se ha preocupado en el estudio de la teoría del delito, en el objetivo de todas las miradas acusadoras que hacen recaer sobre sus hombros a todos delincuentes con todos sus delitos. Nada más lejos de la verdad. No permanecemos ajenos a todos los logros alcanzados. La teoría del delito, como nos recuerda JESCHECK, actúa de puente entre la ley y la práctica de la aplicación igualitaria, pero paulatinamente renovada, del Derecho penal, sirviendo en alto grado a la seguridad jurídica y a la Justicia. *Vid. en JESCHECK, Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de Manzanera Samaniego, edit. Comares, Granada, 1993, pp. 35 y ss. Porque ante un tipo penal, respecto del cual no se ha establecido dogmáticamente su alcance —transcribimos a GIMBERNAT—, «la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y metódica que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuando menor sea el desarrollo dogmático, mayor lotería. Porque la idea más progresiva y avanzada es necesario formularla legalmente. Formulación e interpretación de la misma que será más perfecta cuando más desarrollado y seguro sea el aparato dogmático de que se disponga. Porque, en definitiva, una ciencia desarrollada del Derecho penal es la que hace posible controlar los tipos penales, porque la pena es un medio necesario y terrible de política social, porque tenemos que vivir con el Derecho penal». *Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en Estudios de Derecho penal, op. cit.*, p. 158.

¹² GIMBERNAT ORDEIG, E., «Relación general del coloquio sobre política-criminal», *RIDP*, 1978, I, p. XL.

¹³ QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal. Parte general*, 2.ª edic., Madrid, 1992, pp. 90 y ss.

¹⁴ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª edic., Cívitas, Madrid, 1996, p. 29. La problemática de las consecuencias jurídicas del delito —escribe FIGUEIREDO— posee exactamente la misma jerarquía jurídico-científica que la doctrina del delito y «disfrutan» de una importancia

es sino de la cuestión del fundamento y los fines de la pena de lo que depende el sentido y la tarea del Derecho penal¹⁵. De que, en definitiva, y al menos en lo esencial, las características de la pena comportan las del propio sistema punitivo¹⁶. La función del Derecho penal —repetimos— depende de la que se le asigne a la pena y a las medidas de seguridad como medios más característicos de su intervención¹⁷, y aquí partimos de esa base. Una base que disfruta del consenso más o menos generalizado de la doctrina. Una doctrina que, sin embargo, diverge a la hora de dar respuesta a la cuestión de cuáles son, concretamente, los fines perseguidos por la sanción penal.

Nos situamos, a estas alturas de la discusión, ante la misma cuestión que ROXIN¹⁸, en su artículo «Sentido y límites de la pena estatal» —un trabajo clásico en lo que a este tema se refiere—, planteó hace ya más de 20 años, y que la doctrina y jurisprudencia han intentado, y siguen intentando, dar respuesta. ¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social?

Nos encontramos, de eso no cabe duda, ante una delicada tarea. Ante la ya tradicional y ambiciosa pretensión de justificar la pena. De dar una explicación al poder de una sociedad cualquiera para —escribe FERRAJOLI— «ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros». Estamos, como bien manifiesta este autor, ante «quizá el problema más clásico de la Filosofía del Derecho»¹⁹. Nos situamos, en pocas palabras, frente al espinoso campo de las teorías de la pena.

II. LAS TEORÍAS DE LA PENA

A) EL MARCO DEL PROBLEMA

Llegados aquí reiteramos la cuestión, ¿cómo se podría legitimar la intervención punitiva del Estado sobre un determinado sujeto delincuente? Que el Derecho penal interviene y molesta es evidente, pero ¿tales incomodidades merecen realmente la pena?²⁰.

práctica incluso superior a la de ésta. Tienen una importancia vital dado que con su determinación se materializa una decisión de política-criminal en el caso concreto. Luego el cumplimiento de las intenciones de todo programa político-criminal depende, en su mayor medida, de una correcta aplicación de tales consecuencias jurídicas del delito. Vid. en DE FIGUEIREDO DIAS, J., *Direito penal português. Parte geral II, As consequências jurídicas do crime*, Edit. Notícias, Lisboa, 1993, p. 39 y ss.

¹⁵ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, op. cit., p. 20.

¹⁶ QUINTERO OLIVARES, G., «Determinación de la pena y política criminal», *CPC*, n.º 4, 1978, p. 51.

¹⁷ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Edic. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 29.

¹⁸ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos de Derecho Penal*, traduc. y notas de Luzón Peña, Reus, S. A., 1976, p. 11.

¹⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 247.

²⁰ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, traduc. y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona, 1984, p. 379.

A diferencia de las otras ramas del Derecho —donde el fin, el porqué y el para qué de la sanción se explican dentro de la propia norma que la prevé—, en el Derecho penal el fundamento y fin de la pena no puede resolverse de forma satisfactoria constrictándose a la ley positiva, sino que se deben sobrepasar los límites dogmáticos de la cuestión e introducirse en el campo de la filosofía jurídica. Lo cual, pese a las dificultades que lleva inherentes, ha supuesto, a juicio de PELLIZA, «una ventana por la que se oxigena el Derecho penal hasta el punto de convertirlo en la ciencia jurídica más abierta a las nuevas visiones del hombre y la sociedad»²¹.

Sea o no cierta esta observación, la verdad es que la doctrina filosófico-jurídica ha sido la encargada, a través de sus diversas Escuelas, de elaborar las distintas teorías con pretensiones de fundamentar y buscarle un fin a la pena. Tarea nada fácil cuando —como nos recuerda SILVA—²² no nos situamos únicamente ante la necesidad de legitimar de alguna forma la causación del mal en que consiste esencialmente la pena, sino también el Derecho penal que la prevé como consecuencia. Veamos en todo caso, y sin más preámbulos, cuáles han sido los planteamientos.

B) LAS POSIBLES VÍAS DE SOLUCIÓN APORTADAS POR LA DOCTRINA

Los intentos de legitimación llevados a cabo a lo largo de la historia, las denominadas «teorías de la pena» —para HASSEMER «opiniones científicas sobre la pena»—²³, normalmente se han desarrollado siguiendo alguno de los derroteros marcados por dos grandes corrientes: la abolicionista y la justificacionista²⁴.

1. La vía abolicionista

Sus defensores —que siguen siendo una minoría— rechazan toda posibilidad de legitimación, lo que sin duda llevaría a proponer la abolición del propio Derecho penal. Conforman un grupo de teorías a tener en cuenta porque, al poner en entredicho la propia existencia del sistema penal, obligan a trabajar en su desarrollo a efectos de su actual justificación, y, ¿quién sabe?, quizás de su futura superación. A ellas le dedicamos un apartado específico más adelante²⁵.

²¹ PELLIZA, J. S., «Teorías de la pena», en *Cuadernos de Derecho penal y criminología*, n.º 2, 1996, Universidad Nacional de La Rioja, Argentina, p. 69.

²² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1992, p. 179. En idéntico sentido, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 248; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.ª edic. puesta al día por Hormazábal Malareé, PPU, Barcelona, 1994, p. 67.

²³ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 347.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 179 y 180.

²⁵ Vid. *infra*, apartado XI.

2. La vía justificacionista. Sus variantes absoluta y relativa

Los que siguen esta otra dirección —que hoy por hoy constituyen la mayoría—tratan de revestir al mal de la pena de la calidad de bien, o de mostrarlo como un mal útil, un mal menor. Justifican por tanto su existencia, y de ahí viene su denominación.

Sin embargo, como nos recuerda FERRAJOLI, «la argumentación de un determinado fin como justificador del Derecho penal, si bien vale para respaldar una doctrina normativa de justificación no implica que el fin acreditado sea efectivamente satisfecho y que el Derecho penal esté justificado»²⁶. Y es que a lo largo de la historia la doctrina penal sólo ha satisfecho la justificación del Derecho penal de forma muy parcial, y con explicaciones de lo más dispar, por lo que no es dable hablar de una única doctrina justificacionista de la pena.

En virtud de una distinción escolástica adelantada por los criminalistas del pasado siglo, estas doctrinas se pueden desglosar en dos grandes categorías: *absolutas* y *relativas*. En definición de JAKOBS²⁷, son absolutos aquellos elementos de la teoría de la pena cuyo contenido surge sin consideración a la contribución de la norma a mantener el orden social, mientras que serían relativos aquellos otros elementos cuyo contenido lo proporciona la función de la pena para el orden social²⁸. No obstante, cabe advertir —y así lo hace SILVA—²⁹ que en la actualidad las cosas no son tan sencillas. La diferenciación común sentada en el siglo XIX entre ambas posturas se está abandonando, una vez advertidos la comunidad de ciertos puntos entre ellas: la existencia de rasgos preventivos en la lógica retribucionista y de rasgos retribucionistas en la lógica prevencionista. A todo lo cual cabría añadir todas las teorías de la unión, que lo que hacen es sacar a la luz un panorama bastante más complicado, y difícil de abarcar, que con una simple contraposición de teorías absolutas y relativas. Pero este es otro tema. Un tema que trataremos en su momento, si bien cabe, desde ya, hacer esta llamada de atención sobre la complejidad del asunto.

En cualquiera de los casos, lo que si es cierto es que, históricamente, la legitimación de la pena se ha llevado a cabo con el establecimiento de tres ideas permanentes —identificadas, como ya veremos, con las tres versiones teóricas de *retribución*, *prevención general* y *prevención especial*—, bien de forma unilateral conforme a una de ellas, bien combinando dos de ellas, o bien combinando las tres a un mismo tiempo. Porque si algo varía —y así nos lo recuerda GRACIA MARTÍN— son, simplemente, los contenidos concretos dados a cada una de ellas y la acentuación de alguna de estas ideas legitimadoras en detrimento, e incluso rechazo, de las otras³⁰.

²⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 280.

²⁷ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamento y teorías de la imputación*, traduc. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 20.

²⁸ En este sentido, ya BECCARIA escribía: «El fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido [...]. El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales [...]». Vid. en BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, 10.ª edic., Alianza editorial, Madrid, 1997.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 198 y 199.

³⁰ GRACIA MARTÍN, L., et. alt., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 55.

III. LAS TEORÍAS ABSOLUTAS. EL RETRIBUCIONISMO

A) CONCEPTO

Son teorías que describen correctamente la evolución de la pena, desde la venganza privada y la lucha entre familias y tribus, hasta su reemplazo por una retribución que pasa a manos de una instancia pública más o menos neutral. No obstante, su enorme influencia posterior no responde a todo esto sino a su sólida —al menos en los tiempos en que surge como propuesta teórica— fundamentación filosófica³¹.

Estas teorías, donde confluyen la tradición filosófica del idealismo y la tradición cristiana³² —que sustenta la realización de la Justicia como mandato de Dios y la pena como ejecución de la función judicial divina—³³, encuentran su razón de ser en la realización de la idea de Justicia. La justificación, pues, está en ella; en la Justicia misma. La pena está sobradamente justificada —escribe sobre ellas FERRAJOLI— por su valor axiológico intrínseco, «por lo que no es un medio, ni un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento»³⁴.

Pretenden compensar la culpabilidad del autor con la imposición de un mal, por lo que justifican la pena exclusivamente en el delito cometido (*punitur quia peccatum est*)³⁵. Ven el fundamento jurídico y el sentido de la pena en el sufrimiento de ésta, por parte de quien cometió el hecho delictivo, con lo que el delito quedaría compensado, y a su vez restablecido el Derecho. Porque para estas teorías el bien merece el bien y el mal merece el mal, y, por ello, se fundamentan en la máxima de que es justo «devolver mal por mal», cuya base se encuentra en la arcaica institución de la «venganza de la sangre», o en la no menos arcaica Ley del Talión con su «ojo por ojo y diente por diente».

Se rechaza, en definitiva, toda búsqueda de fines fuera de la propia pena, ya que ésta se alza como fin en sí misma, como exigencia derivada del valor de Justicia; de ahí su nombre de «absolutas». Para sus adeptos, el hacerlo implicaría instrumentalizar al hombre. Utilizarlo contradiciendo el valor que éste tiene como tal, buscando a través de él la consecución de fines sociales que le son ajenos. «Estas teorías —resume SÉNECA— son *quia peccatum*, es decir, miran al pasado, y por ello su legitimidad es apriorística, no condicionada por fines extrapunitivos»³⁶.

³¹ ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, traduc., introduc. y notas de Muñoz Conde y Luzón Peña, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981, pp. 137 y 138.

³² Tendencias que moldearon la cultura de la burguesía alemana y, por ende, se convirtieron en la causa de que la retribución dominara como teoría en Alemania. Vid. en ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», op. cit., p. 12.

³³ Y como ejemplo esclarecedor, al respecto, baste el mensaje de Pío XII en el Congreso Internacional de Derecho penal que decía: «el Juez Supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Éste ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer». Vid. en MIR PUIG, S., *Manual de Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, p. 46.

³⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 253.

³⁵ JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 96.

³⁶ Vid. en FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 253.

B) LAS CONSTRUCCIONES DE KANT Y HEGEL

Estas composiciones teóricas también son conocidas como «clásicas» por las formulaciones que de ellas hicieron KANT y HEGEL, como ilustres representantes del idealismo alemán —si bien antes que ellos fueron teorizadas por autores como KOHLER, STHAL, CAMPANELLA, SELDEN, LEIBNIZ y GENOVESI—. Ambos autores centran la función de la pena en la más pura realización de la Justicia sobre la base de su consideración liberal del mundo³⁷. Luego sus formulaciones deben comprenderse dentro del momento histórico en que se elaboraron, aunque posteriormente tuvieran una indudable influencia.

1. La retribución ética de Kant

KANT sostiene la tesis de que la pena es una *retribución ética* justificada por el valor moral de la ley infringida por el culpable. La ley penal, de esta forma, se presenta como un «imperativo categórico»³⁸. Como una exigencia incondicionada de la Justicia, y, por tanto, libre de toda consideración utilitarista³⁹.

Para este autor hay una estrecha relación entre la ley penal y el principio ético. Según manifiesta en su obra «Metafísica de las costumbres»⁴⁰, el que la pena sea útil o inútil para asegurar la paz social es algo irrelevante, ya que debe imponerse siempre que así lo exija la Justicia, y aunque no resulte necesaria en el caso concreto. Para él, en definitiva, la pena no puede servir a la protección de la sociedad, porque conllevaría una inadmisiblemente instrumentalización del individuo, en cuanto éste fuera castigado en beneficio de aquélla sirviendo a la prevención de delitos, y, por ello, hace una llamada sobre la necesidad de valorarlo como fin en sí mismo (frente a los excesos absolutistas).

2. La retribución jurídica de Hegel

HEGEL, por su parte, habla de una *retribución jurídica* y, en base a ella, justifica la pena en la necesidad de reparar el Derecho con una violencia contraria que restablezca el orden violado⁴¹. Para este otro «clásico», la esencia de la pena estaría en la negación de la negación del Derecho, «el delito es aniquilado, negado, expiado por el sufrimiento de la pena, que de ese modo restablece el derecho lesionado» —escribía literal-

³⁷ MIR PUIG, S., «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 35

³⁸ El imperativo categórico según KANT se traduce en: «actúa sólo con arreglo a aquella máxima que tu quisieras al mismo tiempo que se convirtiese en una ley general», o «actúa como si la máxima de tu conducta se debiera convertir por tu voluntad en ley general de la naturaleza». Por máxima KANT entiende, a juicio de CEREZO, un principio subjetivo de conducta. Vid. en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, op. cit., p. 20, nota 30.

³⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 46.

⁴⁰ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, ed. Vorländer, Verlag F. Meiner, Hamburgo, 1959, p. 161.

⁴¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 254.

mente—⁴². La «voluntad especial» del delincuente —el cual con su delito niega la «voluntad general» del Ordenamiento jurídico— es, a su vez, negada por la pena, «anulada»⁴³.

A juicio de este autor alemán sólo la pena justa trata al hombre como un ser «racional», y no como «a un perro con un palo, en lugar de respetar su honor y libertad»⁴⁴ —en claro reproche, como hemos adelantado, a la concepción relativista del absolutismo de su época—, hasta el punto de que aquella pena se convierte en un «derecho» para el delincuente⁴⁵. La pena, en todo caso —y al igual que KANT—, se concibe como reacción que mira al pasado, y no como instrumento de fines utilitarios posteriores.

Ambos autores, ya resumiendo, rechazan la búsqueda de alguna utilidad a la pena. No dirigen su mirada hacia el fin de la pena sino hacia su fundamento⁴⁶. Por este motivo basan la existencia de la pena en una exigencia incondicionada de Justicia —ya sea religiosa, moral o jurídica—, que no depende de las conveniencias utilitarias de cada momento, por lo que se impone de forma absoluta⁴⁷. Y, como ya hemos dicho, de ahí, precisamente, proviene su denominación. Pasemos, pues, y sin más dilaciones, a su valoración crítica.

C) MÉRITOS INELUDIBLES

A estas doctrinas, como a cualquiera de las propuestas doctrinales que intentan darle una justificación a la pena, le son adjudicables una serie de méritos respecto de los que no podemos —ni queremos— permanecer ajenos. Al respecto ARROYO GUTIÉRREZ⁴⁸ hace las siguientes alusiones:

Para comenzar defienden el libre albedrío como característica humana —algo siempre deseable en toda sociedad con pretensiones personalistas como las nuestras.

De igual modo, nos situamos ante teorías que sustentan una efectiva preocupación —aunque ideal y abstracta— por la Justicia, pues pretenden dar respuesta al delito con una pena racional y proporcionada —en suma, con una pena justa—; con lo cual están limitando el poder de intervención del Estado y, al mismo tiempo, evitando que este use al Derecho penal como escarmiento imponiendo una pena más grave que la que corresponde a la culpabilidad⁴⁹. Un elemento éste, el de la proporcionalidad, en que se basa —como

⁴² ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», op. cit., p. 12.

⁴³ Su método dialéctico es: la voluntad general —el orden jurídico— es la «tesis», la negación de la misma por el delito es la «antítesis», y la negación de esta negación será la «síntesis», que tendrá lugar mediante el castigo del delito. Vid. en HEGEL, F., *Filosofía del Derecho*, prólogo y notas de Garzón Bates, México, 1975, & 97 (adición).

⁴⁴ En palabras de HEGEL: «fundamentar la pena de esa manera es como levantar el bastón contra un perro, y entonces el hombre es tratado no conforme a su honor y libertad, sino como un perro». Vid. en HEGEL, F., *Filosofía del Derecho*, op. cit., adición n.º 99.

⁴⁵ MIR PUIG, S., «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», op. cit., p. 35

⁴⁶ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 31

⁴⁷ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 47.

⁴⁸ ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1995, pp. 17 y ss.

⁴⁹ ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, op. cit., p. 42.

veremos— todo fundamento moderno de la pena, y en el que se sustenta el núcleo de este trabajo.

Son doctrinas, por otra parte, que permitieron, e incluso propulsaron, el desarrollo de la categoría de la culpabilidad como componente de la teoría del delito y como limitadora del *ius puniendi*. Luego son, al mismo tiempo, concepciones que avanzan en el garantismo jurídico y defienden la necesidad de enunciar una serie de principios rectores del Derecho penal, en vistas a proteger al individuo de los abusos de la autoridad pública.

Finalmente, son teorías que se negaron, rotundamente, a justificar el Derecho penal apoyándose en sus supuestos efectos exteriores —en los que, como veremos más adelante, se apoyan las teorías utilitaristas—, y dadas las grandes limitaciones que tiene su demostración empírica.

No obstante, y pese a su indudable «éxito» por exigir la idea de compensación entre gravedad del delito y gravedad de la pena, exigiendo una cierta proporcionalidad entre ambas, los «defectos» son múltiples, y cuantitativamente más numerosos, que sus, por ende relativamente escasas, «virtudes».

D) DEFECTOS INTRÍNSECOS

Partiendo de las tres críticas fundamentales que ROXIN⁵⁰ le hace a la teoría de la retribución —a la que se le acumulan todo tipo de nuevas objeciones aportadas por la doctrina—, llegamos a la conclusión de la insostenibilidad de tal concepción retributiva, tanto por sus contradicciones teóricas como por sus inconvenientes prácticos

En primer lugar, la retribución fracasa en algo esencial: su falta de límites. Si bien, al defender la pena racional y proporcionada en base a la idea de Justicia que sostiene, en alguna medida «colabora» en el acotamiento de la intervención punitiva del Estado, el hecho de que no persiga ningún fin con la pena se traduce en que, realmente, no limita el *ius puniendi* estatal. Al no buscarle finalidad alguna a la pena, elude la cuestión de cuándo se tiene que penar, y en consecuencia pone en manos del legislador una especie de «cheque en blanco», que éste podrá rellenar a su gusto, y de esta forma decidir cuándo y cómo castigar, sin verse acotado o limitado por nada más que su subjetiva y particular idea de Justicia.

En segundo lugar, se trata de una insatisfactoria justificación de la pena al pretender compensarla con la oportuna culpabilidad. La mayoría de la doctrina, a la hora de formular esta crítica, parte de la presunción de la libertad humana. De un libre albedrío cuya existencia es más que discutible —y que, en caso de existir, nunca se podría asegurar con absoluta certeza que ese sujeto en ese determinado momento podría haber obrado de modo diferente—⁵¹, ante lo cual la punición se asentaría sobre oportunas hi-

⁵⁰ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», *op. cit.*, pp. 12 a 14

⁵¹ En palabras de HENKEL, «no cabe un juicio global empíricamente comportable de la capacidad de obrar de otro modo del delincuente en la situación concreta». *Vid.* en CEREZO MIR, J., «Culpabilidad y pena», *ADPCP*, 1980, p. 363.

pótesis⁵². Se castigaría, en definitiva, un comportamiento que responde a factores que la persona no puede controlar, y eso —aseguran— no es, en absoluto, de recibo⁵³.

En tercera instancia, y a juicio de algunos autores, la proporcionalidad entre el hecho cometido y la pena con que se castiga —considerada tradicionalmente una aportación irrenunciable del retribucionismo— es reconducible a explicaciones únicamente preventivo-generales, por lo que dejaría de ser una confirmación legal de la idea retribucionista⁵⁴ —evitándose de este modo el caer en la contradicción de negarla como fundamento y, al mismo tiempo, admitirla como límite—⁵⁵.

Finalmente, y ya como crítica última, confunden la Ética con el Derecho, dando lugar a lo que ARROYO GUTIÉRREZ llama «una etización absoluta de lo jurídico»⁵⁶. Su pretensión de borrar un mal con otro mal —la retribución del delito como pago *merecido* al injusto— es un procedimiento que sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe, o apelando al instinto de venganza, lo cual en ningún caso puede constituir una fundamentación válida de la pena. Y más en unos tiempos, como los actuales, en los que el poder estatal deriva del pueblo y las sentencias son pronunciadas en nombre de éste y no en el de Dios. Y, en todo caso, si así fuera —estamos con ROXIN— «¿qué sabemos nosotros de la justicia de Dios?»⁵⁷.

⁵² LUZÓN PEÑA, D. M., «Antinomias penales y medición de la pena», *DP*, año 2, 1979, p. 595. De igual forma sostienen GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», *op. cit.*, pp. 142 y ss.; SCHÜNEMANN, B., «La función del principio de culpabilidad», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 152 y ss.; ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», *op. cit.*, p. 13. En sentido contrario, esto es, partiendo de la imagen del hombre como ser libre y responsable, se encuentran, entre otros, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, *op. cit.*; *el mismo*, en «El concepto material de culpabilidad», *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIII, n.º 2, mayo-agosto, 1997, México D.F., pp. 25 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

⁵³ En palabras de ANTÓN ONECA, «si la responsabilidad consiste en un reproche dirigido al sujeto por haber obrado contra el deber jurídico, es lógico que se exija como condición previa que el sujeto sea dueño de sus actos, que haya podido determinar su conducta eligiendo unos móviles en lugar de otros». *Vid.* en ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 216.

⁵⁴ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 96. De igual forma, ANTÓN ONECA, J., «La Prevención general y la Prevención especial en la teoría de la pena», *Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945*, Cervantes, Salamanca, 1944, p. 36.

⁵⁵ Porque, como veremos, la mayor parte de la doctrina, si bien renuncia a la retribución de la culpabilidad como fundamento o fin perseguido por la pena, la acoge como límite a la misma, como tope máximo a sus exigencias preventivas. Una postura mayoritaria frente a la que, como es lógico, hay otras que le son divergentes. Mientras algunos autores, que como GIMBERNAT o JAKOBS, también parten de la indemostrabilidad del libre albedrío, y ni tan siquiera aceptan a la culpabilidad como límite —por lo que la pena sólo encontrará fundamentos y límites preventivos—. *Vid.* en GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», *op. cit.*, y JAKOBS, G., «El principio de culpabilidad», *ADPCP*, n.º 45, 1992, pp. 1051 y ss. Otros, como CEREZO MIR o GRACIA MARTÍN, la ven tanto como fundamento que como límite. Al respecto véase CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, *op. cit.*; *el mismo*, en «El concepto material de culpabilidad», *op. cit.*, pp. 25 y ss., y GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

⁵⁶ ARROYO GUTIÉRREZ, J., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁷ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», *op. cit.*, p. 14.

E) CONCLUSIONES ACERCA DE LAS TEORÍAS ABSOLUTAS

El verdadero *talón de aquiles* de la teoría retributiva —de acuerdo con GARCÍA RIVAS—⁵⁸ estriba en su deficiente fundamentación. La correlación que este planteamiento doctrinal hace entre retribución y culpabilidad, ha ocasionado el arrinconamiento del factor retributivo cuando el culpabilístico ha entrado en crisis debido a la imposibilidad de mostrar su fundamento: el libre albedrío. Esta teoría, en realidad, elude el problema de la justificación externa de la pena, evitando con ello dar toda solución al porqué está justificado castigar. «No existe suficiente fundamento —escriben CRUZ y GONZÁLEZ—⁵⁹ como para considerar que la pena significa la realización de la Justicia». Nos encontramos, por todo ello, ante una concepción irrealizable y con un grave problema de legitimación en el momento actual, pero que en su origen, sin embargo, tenía todo el sentido.

1. La lógica de su origen y la necesidad de su actual rechazo

Tal y como advierte HASSEMER⁶⁰, las teorías de la pena no se «eligen» sino que se sitúan y enraízan en una cultura jurídica. En ellas quedan inexcusablemente reflejadas las diferentes concepciones sobre el poder del Estado y su *modus operandi*⁶¹, por lo que el peso de la sanción no puede determinarse independientemente del estadio evolutivo de la sociedad en la que deba aplicarse⁶². Y las doctrinas retribucionistas, respondiendo a esta afirmación, tienen perfecta lógica en su origen.

Estas teorías nacen como reacción a las composiciones utilitaristas de la pena propias de la Ilustración. Buscan la proporcionalidad entre el delito y la pena correspondiente, evitando de este modo todo exceso en la respuesta penal —algo característico del Antiguo Régimen—, y sin pretensiones finalistas de ningún signo en respeto a la dignidad del hombre. Todo lo cual, de igual modo que da un sentido racional a su nacimiento, sirve de base a su actual rechazo.

Las concepciones retributivas se formulan sobre una base conformada por un elenco de valores y verdades absolutas —cuando la realidad es, como nos recuerda ARROYO GUTIÉRREZ, mucho más compleja y variada—⁶³, y su sustentación precisa de ciertos elementos que, como la culpabilidad, aún alimentan acalorados debates sobre su existencia. Es por ello que —de acuerdo con FERRAJOLI—⁶⁴ son doctrinas idóneas, únicamente, para justificar modelos autoritarios de Derecho penal máximo, que al igual que ellas confunden Derecho y Moral, Validez y Justicia, legitimación interna y externa, y que no pueden

⁵⁸ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., pp. 31 y 32.

⁵⁹ CRUZ CASTRO-GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *La sanción penal. Aspectos penales y penitenciarios*, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, San José, Costa Rica, 1990, pp. 27 y ss.

⁶⁰ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 351.

⁶¹ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 29.

⁶² JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 24.

⁶³ ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., p. 20.

⁶⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 257.

ofrecer réplica alguna a las doctrinas abolicionistas. Formulaciones, por tanto, sin cabida en Estados de corte liberal como los actuales, quienes únicamente se hallan legitimados para intervenir en beneficio de la sociedad, y donde no caben fundamentaciones metafísicas, ni teocráticas, que se nieguen a toda búsqueda de finalidad de la pena que esté fuera de sí misma.

Cierto es que el Derecho penal tiene elementos represivos —es más, negarlo significaría ir en contra de su propia esencia—, sin embargo esto no es argumento alguno en favor de la retribución como fundamento. La pena, de acuerdo con SUAZO LAGOS, constituye por su propia esencia un mal, pero éste es un mal necesario⁶⁵. «La de ser desagradable —escribe FERRAJOLI— es una característica insuprimible y no mistificable de la calidad de la pena, aunque sólo sea porque está se impone coactivamente contra la voluntad del condenado»⁶⁶. Incluso la finalidad preventiva se lleva a cabo, principalmente, mediante la privación de algún derecho, por lo que hoy en día es perfectamente legítimo que la pena posibilite la expiación —como comprensión por parte del autor del injusto realizado—, lo cual, sin embargo, no significa que ésta se busque con carácter forzoso.

Con la imposición del mal, que siempre significa la pena, de lo que se trata no es de compensar el mal del delito —como pretende la teoría retribucionista— sino de amenazar con ésta a efectos de prevenir su futura comisión⁶⁷. El *malum passionis* no es el carácter esencial de la sanción penal sino tan «sólo» un efecto inherente a ésta. Porque una cosa es la idea de retribución como respuesta jurídico-penal al delito y otra como justificación de la pena. Éste último es el plano que debe entenderse superado⁶⁸.

Llegados a este punto, nos surge una pregunta que a estas alturas de la discusión se puede tachar como mínimo de curiosa: ¿realmente se han dado modelos puros de retribución en que no se haya perseguido ninguna finalidad ajena al sufrimiento propio de toda pena? O lo que es lo mismo, ¿a lo largo de la historia cabe focalizar teorías «completamente absolutas», respecto de las cuáles quepa anteponer toda esta serie de juicios críticos hechos con posterioridad? La respuesta, paradójicamente, es negativa.

2. La inexistencia de teorías absolutas puras

Todo parece indicar que a lo largo de la historia han brillado por su ausencia las teorías absolutas «puras», o doctrinas de la pena, valga la redundancia, «absolutamente absolutas»⁶⁹. Tal y como señala HASSEMER⁷⁰, ni tan siquiera en los textos de los «clásicos»

⁶⁵ SUAZO LAGOS, R., *Lecciones de Derecho Penal I. Parte general*, 6ª edic., Tegucigalpa, 1995, p. 189.

⁶⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 387.

⁶⁷ LUZÓN PEÑA, D. M., «Antinomias penales y medición de la pena», op. cit., p. 597.

⁶⁸ MUÑAGORRI, I., *Sanción penal y política-criminal*, Reus S.A., Madrid, 1977, p. 215.

⁶⁹ Incluso MAURACH —máximo exponente, como vimos, de la teoría neoretribucionista— matiza su inicial concepción de la pena «desvinculada a todo fin» con ideas preventivas, al señalar que, justamente, la inexistencia de un fin posterior en la norma «despliega efectos social-psicopedagógicos superiores a los efectos propios de los fines de prevención». Vid. en MAURACH, *Tratado de Derecho penal I*, Trad. de Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, pp. 79 y ss.

⁷⁰ HASSEMER, W., *Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social*, en MIR PUIG, S. (coord.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra, 1982, pp. 128 y ss.

retribucionistas hay una negación de la condición humana, sino una preocupación por la dignidad del condenado. También estos autores dan un «sentido» a la pena —sea social o individual—, y no absolutizan el ideal de Justicia como meta única de la sanción penal, sino como presupuesto para el desenvolvimiento de la vida en sociedad. Un sentido de la pena que, sin embargo, no se realiza dentro de ellas y tampoco es aprehensible⁷¹.

Tanto KANT como HEGEL conciben la pena como límite de garantía para el ciudadano, y reivindican al hombre y a su dignidad como ideario de Justicia, pero esto posteriormente se malinterpreta. «A partir de ahí —escribe MIR— la retribución se defiende más que como función o fin de la pena, como su fundamento, o incluso como su concepto»⁷².

En lo que a KANT se refiere, CATTANEO⁷³ considera que ni tan siquiera en su famoso ejemplo de la isla llega al extremo de admitir toda carencia de misión social de la pena, en orden a incidir en el comportamiento o, al menos, en la conciencia de los ciudadanos. A su juicio, también en dicho ejemplo hay una finalidad de futuro, aunque no lo quiera admitir, sin la cual la reacción penal aparecería como absurda, ya que se estaría castigando para nada. Y es que, según este autor, KANT sitúa el principio de dignidad en el punto central de su argumentación.

De una forma similar actúa HEGEL —si bien en este caso es SEELMANN⁷⁴ el que demuestra el carácter preventivo de su filosofía jurídica—. La dialéctica hegeliana, con su definición de la pena como negación de la negación, podría llegar a concebir como lógico que un hecho niegue otro hecho, aproximándose, de este modo, a la prevención general positiva que en los últimos tiempos ha representado JAKOBS⁷⁵. Una misión social de la pena que en el planteamiento de dicho autor clásico aparecería a través de la idea de «restablecimiento del derecho».

Luego, si en ambas versiones retributivas la pretensión es —como MIR cree—⁷⁶ la de dejar testimonio de que el mal merece ser castigado, la pena dejaría de ser una mera respuesta *ex post* y se le reconocería una determinada finalidad posterior al castigo: la de dejar testimonio. Y si posteriormente surge la cuestión de ¿para qué se quiere dejar testimonio?, la respuesta idónea sería la de: para que los ciudadanos, a la vista de que el mal

⁷¹ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 349.

⁷² MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, op. cit., p. 62.

⁷³ CATTANEO, *Dignità umana e pena della filosofia di Kant*, Milán, 1981, pp. 270 y ss.

⁷⁴ HASSEMER, W., «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», op. cit., p. 129, nota 342.

⁷⁵ Según este autor, HEGEL presenta a la pena como absoluta en lo conceptual pero relativa al respectivo estado de la sociedad en su concreta configuración. Vid. en JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 20 y ss. En el mismo sentido, NAUCKE considera que la teoría absoluta de los hegelianos es sólo una teoría relativa de la pena encubierta: «si la pena sirve de garantía para el Derecho, resultará que la pena se aplica para restablecer la autoridad del Derecho lesionado». Por lo tanto, lo que hasta nuestros días se transmitió como teoría absoluta de HEGEL, resulta estar en la misma línea que inició FEUERBACH, según la que cual se concibe a la pena-fin como pena-justa. Vid. en CÓRDOBA RODA, J., «La pena y sus fines en la Constitución», *DP*, año 2, 1979, p. 426.

⁷⁶ MIR PUIG, S., «La perspectiva *ex ante* en Derecho penal», en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., p. 96.

merece un castigo, eviten su comisión. Hemos abandonado, en definitiva, una concepción retributiva de la pena para pasar a otra preventiva, y para ello no se ha dado ningún paso drástico, sino que, tal y como hemos visto, únicamente se ha dejado que las cosas caminen por su propio pie.

3. Retribución y prevención. Dos momentos de una misma secuencia

Desde el mismo momento en que se reconoce que la pena sólo tiene sentido cuando persigue determinados efectos posteriores en la conducta o conciencia de los ciudadanos, quiebra la base de la teoría puramente retributiva. En el preciso instante en que la pena no aparezca justificada en sí misma de forma absoluta, sino por los efectos psicosociales que pueda provocar no será posible hablar más de retribución, en el más sentido estricto de la palabra, sino, como mucho —nos dice SILVA—, de «prevención a través de la retribución»⁷⁷. Porque una vez que la pena ha sido desprovista de sus valores absolutos, el paso siguiente a dar es reconocer que su fin es regular la vida social, y la retribución del hecho cometido deja de ser el fundamento para convertirse en un medio para la prevención del delito⁷⁸. Retribución y prevención son, en consecuencia, visiones correlativas.

Una correlación que se traduce en una progresiva pérdida de los valores absolutos en favor de los relativos, «por lo que no debe aparecer como extraño —advierte al respecto SILVA— el que JAKOBS cite en favor de su concepción a HEGEL ni que KAUFMANN califique a la tesis de JAKOBS de retributiva»⁷⁹. Y, de igual modo, el estimar —como hace el propio JAKOBS—⁸⁰ que también en las recientes teorías absolutas (o neoretribucionistas) la pena se halle sometida a la reserva de su necesidad social, como vía que lleva a modelos preventivos.

Porque de otro modo no se puede interpretar tanto la obra de JAKOBS —quien, a través de su teoría de la prevención general positiva o integradora estaría deslizando a la función retributiva—, como la de aquellos otros autores que, si bien señalan como prevención ideal la de atenerse a la imputación justa, bajo dicho término de justo no está el valor absoluto de la Justicia sino —otra vez en palabras de SILVA— «la estimación social concreta acerca de cuál es la sanción justa en un determinado caso»⁸¹. Y es que, en definitiva —y así lo advierte MANTOVANI—⁸², hoy se asiste a una mayor convergencia sobre la «pena justa» y se redescubre, si bien no abiertamente, el valor constante de la retribución,

⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 204.

⁷⁸ PAGLIARIO, A., «Le sanzioni sostitutive», *RIDPP*, 1985, p. 1027.

⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación del Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 205.

⁸⁰ Dentro de este grupo de teorías, JAKOBS incluye los planteamientos doctrinales de garantismo radical —que niegan todo apoyo preventivista de la pena y lo basan solamente en la garantía material o formal del ciudadano—, con autores como CALLIES y NAUCKE, y todas aquellas tesis que buscan un punto de encuentro entre las doctrinas utilitaristas y las retribucionistas, que serían las llamadas teorías eclécticas entre las que cabe destacar el neoclasicismo. Vid. en JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 34 y ss.

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 205.

⁸² MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, op. cit., p. 454.

pero no como elemento justificativo de la pena, sino en su momento personal-garantista; como límite insuperable en la individualización judicial de la pena⁸³.

F) LA RETRIBUCIÓN COMO TEMA DE ACTUALIDAD. EL RESCATE DE SU ELEMENTO PROPORCIONALISTA

La concepción retributiva está resurgiendo de sus cenizas de forma apreciable en los últimos años, alimentándose, sobre todo, de la crisis de un Estado de bienestar que —en palabras de GARCÍA RIVAS— «parece haber llegado a los límites de su democratización, expresando ahora un creciente autoritarismo»⁸⁴. Una crisis que ha hecho volver la mirada hacia atrás, «redescubriendo —escribe CUELLO— la sabiduría inherente a la fundamentación absoluta de la pena»⁸⁵. Porque lo que hoy se retoma no es toda la filosofía retribucionista, sino un elemento esencial y a la vez clásico en la misma: la proporción entre delito y pena.

Se le relaciona con los actuales fundamentos sociológicos críticos de la pena, ya que tales teorías absolutas tienen matizaciones muy próximas a las modernas teorías funcionalistas, que no conformes con encontrar una decisión justa pretenden encontrar además una buena solución a los casos. Y es que con la realización de la Justicia la pena busca alcanzar el respeto general de la ley, fortalecer el sentimiento de autorresponsabilidad, o profundizar las concepciones morales de la sociedad. Algo que —de acuerdo con HASSEMER— indudablemente quebranta «el carácter absoluto de estas teorías, pues la realización de la Justicia se funcionaliza, vinculándose a fines sociales»⁸⁶.

Esto, sin embargo, no debe hacernos confiar demasiado —nos advierte este mismo profesor alemán—⁸⁷, puesto que las teorías absolutas, tal y como desde aquí se han rechazado —esto es como fundamento de la pena—, no son, a pesar de todo, teorías del pasado que hoy no puedan imponerse. Es más, en la actualidad nos enfrentamos —advierte MIR— a su renacimiento, pretendidamente justificado como forma de evitar una excesiva intervención del Derecho penal⁸⁸. Un rebrote retribucionista que FERRAJOLI percibe principalmente, a la vieja usanza anglosajona, en la corriente anticorrecionalista que ha florecido en los Estados Unidos con el nombre de «Justice Model» —y que reúne la orientación liberal de MORRIS, HAWKINS y FOGEL, basada en la idea de la «pena merecida» de STINGER y DERSHOWITZ y la alarmista de Van HAAG y Von HIRSCH—⁸⁹.

El pragmatismo anglosajón está viviendo un resurgir de las tesis absolutas —si bien prescindiendo de la base idealista, metafísica o moral que les caracterizaba en un primer momento—, y se centra en la búsqueda de coherencia interna y eficacia preventiva, ofre-

⁸³ Vid. *infra*, Apartado X.

⁸⁴ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 42.

⁸⁵ Vid. en CUELLO CONTRERAS, J., «La ideología de los fines de la pena», *ADPCP*, n.º 33, 1980, p. 437.

⁸⁶ HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op. cit., pp. 150 y 151.

⁸⁷ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 348.

⁸⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 48.

⁸⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 242.

ciendo criterios limitadores lejanos a la idea de retribucionismo procedente de KANT y HEGEL⁹⁰. Un grave problema éste, que no sólo se manifiesta con medidas inspiradas en la filosofía de «la Ley y el Orden», sino, y aquí comienza el miedo, en la edificación de todo una institución teórica, que, «disfrazada» de neutral y democrática, viene a dar legitimidad a toda política-criminal por muy autoritaria y antidemocrática que realmente sea. «Por eso debe analizarse con cuidado la teoría retributiva de la pena, porque quizá sin sospecharlo la tenemos a la vuelta de la esquina» —es la advertencia que al respecto hace, creemos con razón, GARCÍA RIVAS—⁹¹.

IV. LAS TEORÍAS RELATIVAS O UTILITARISTAS

A) CONCEPTO

SÉNECA, ya en la Era Cristiana, tomó del diálogo platónico *Protágoras* una teoría de la pena que en la actualidad se califica de moderna: «ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque» (*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*)⁹². Es la adopción, aunque sea incipiente, de una visión preventiva de la pena.

Estas teorías, también denominadas relativas o utilitaristas, parten de que está fuera de toda discusión que el Derecho penal se halla al servicio del mantenimiento del orden social. La pena, en definitiva, deja de «ser un fin» para pasar a «tener un fin»⁹³. Porque, al contrario que las absolutas, estas doctrinas buscan lograr unos fines que estén fuera de la propia pena, y, precisamente por ello, se les denomina utilitaristas. Consideran y justifican la pena como un medio para la prevención de futuros delitos (*punitur ut ne peccetur*). Función utilitaria no fundada, sin embargo, en postulados religiosos o idealistas, sino en la idea de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. Estamos, por tanto, ante una concepción de la pena más como medio que como valor. Porque, una vez descartado que la pena pueda justificarse mirando al pasado, no queda más remedio que buscar posibles justificaciones que la vean como medio para el futuro.

La pena se orienta hacia el futuro y su fin es prevenir aquellas conductas que alteren la convivencia social, para, de este modo, contribuir al mantenimiento de la paz en la comunidad, que, a diferencia del carácter absoluto de la Justicia, es algo determinado históricamente y, por tanto, relativo⁹⁴; de ahí su calificación como tales.

En conclusión, hemos pasado de una determinación del contenido abstracto-sistemática de la pena a otra empírica y orientada a consecuencias, donde la Criminología, como

⁹⁰ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 36.

⁹¹ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 42.

⁹² Vid. en HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 347.

⁹³ PELLIZA, S. J., «Teorías de la pena», op. cit., p. 75.

⁹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt., Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 22.

ciencia auxiliar del Derecho penal, se convierte también en su objeto⁹⁵. Teorías preventivas que, además, cuentan con una ventaja añadida: dan una concepción «funcional» al Derecho penal, al incluir a la pena en el conjunto de los demás instrumentos estatales en pro de la defensa y bienestar de los ciudadanos⁹⁶. Funcionalidad que, sin embargo —advierte acertadamente FERRAJOLI—⁹⁷, y al valorarse comparando entre sí entidades homogéneas, puede escapar de este modo a la objeción kantiana respecto a otro fin no menos importante que la prevención de delitos: la prevención de los castigos excesivos e incontrolados, dotados también de cierta capacidad preventiva frente a los delitos que se reiterarían en su ausencia. Luego, es lógico que dicho autor inste a una revisión profunda del utilitarismo penal que nos ha transmitido la tradición. Pero, antes de todo esto, ¿cuál es esa tradición?

B) HISTORIA

Aunque ya en el mundo antiguo —como recalca PLATÓN— se vinculaba la pena a la necesidad de prevenir delitos, mediante su ejecución ejemplarizante, no es hasta el liberalismo penal que puede hablarse propiamente de utilitarismo⁹⁸.

El liberalismo penal alcanzó su desarrollo jurídico y político con el iusnaturalismo y contractualismo propios del siglo XVIII. En el momento en que los pensadores ilustrados hacen de la teoría del Contrato social el centro de sus teorías políticas, el poder deja de percibirse como «divino» para pasar a ser, lo que es en realidad, algo «bastante más humano». Se parte del hecho de que los ciudadanos otorgan al Estado su respectiva cuota de poder con el fin de que éste les asegure una convivencia libre y pacífica, por lo que, consecuentemente, el fin de la pena ha de referirse al provecho del individuo y de la sociedad. «Nuestras sentencias no se dictan en nombre de Dios —escribe ROXIN— sino en

⁹⁵ Porque un Derecho penal orientado a las consecuencias —a tenor de lo sostenido por MUÑOZ CONDE—, necesita verificar la justicia de las decisiones de las diferentes instancias jurídico-penales, medir sus efectos favorables o desfavorables, corrigiendo estos últimos por muy correctos que sean desde el punto de vista normativo. Vid. en MUÑOZ CONDE, F., «El papel de la criminología en la formación del jurista», en su ponencia en el VII Congreso de Criminólogos de los países socialistas, 1989, pp. 2 y ss. Y es que tan importante o más que el conocimiento normativo es el conocimiento empírico sobre los efectos que produce la aplicación de las normas en la realidad. No debemos dar la espalda a la existencia de otros filtros de selección y de control del comportamiento delictivo, a los condicionamientos personales, profesionales o familiares de los distintos protagonistas de los casos penales —incluyendo también a los encargados de la Administración de justicia—. No nos es dable, en definitiva, mostrarnos indiferentes a los datos que nos aporta la Criminología. Ésta centrada generalmente en el estudio de los procesos de criminalización secundaria, deberá ahora trasladarse del delincuente a las instancias de control social, creadoras de esa artificiosa categoría, y a sus modos de actuación. Una opción que no es sólo metodológica sino también, como comprobaremos más adelante, política. De esto se encargará la «nueva Criminología» o «Criminología crítica». Vid. en TERRADILLOS BASOCO, J., «Constitución y ley penal. La imposible convergencia», *RFUCM*, T. 10-11, 1986, pp. 652 y ss.

⁹⁶ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., pp. 347 y ss.

⁹⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 324.

⁹⁸ GARCÍA RIVAS, N., *La potestad punitiva en el Estado democrático*, op. cit., p. 32.

nombre del pueblo, no se puede concebir al Juez como brazo de la Justicia Divina, sino únicamente como administrador de intereses terrenales»⁹⁹. Es, por todo ello, que en esta concepción liberal penal —con su mayor expresión penal en la obra de BECCARIA «*Dei delitti e delle pene*»— se asientan los pilares del Estado de Derecho, y con él del Derecho penal moderno con una visión utilitarista de la sanción, frente al fuerte corte antiutilitarista existente en la teorización del recurso a la pena en los siglos anteriores. En otras palabras, es el nexo entre utilitarismo, contractualismo, convencionalismo y racionalismo el que se expresa en la fundamentación de las prohibiciones y las penas como instrumento de tutela de los ciudadanos.

El utilitarismo es adoptado como presupuesto necesario de cualquier doctrina penal acerca de los límites del *ius puniendi* estatal. No obstante, en un estudio más específico del mismo, y ahora como concepción legitimadora del Derecho penal, éste se alza como fruto de la Ilustración del XVIII —asociada a la separación radical entre Derecho y Moral¹⁰⁰— y se difunde de forma amplia a lo largo del XIX; misma época histórica en que —nos recuerda SILVA— las teorías retributivas aparecidas en igual contexto no alcanzaron ninguna repercusión fuera del ámbito filosófico o teleológico del que surgieron¹⁰¹. Desde entonces ha dominado todo el desarrollo del Derecho penal moderno, si bien sus proposiciones no han cejado de ser continuamente matizadas. Una línea de desarrollo que, cabe recordarlo, se ve rota en la II Guerra Mundial, con la voluntad de contrarrestar los excesos utilitaristas sufridos, y de forma especial en Alemania de manos del régimen nacionalsocialista. Caldo de cultivo que, como hemos visto, provoca el que, nuevamente, se le atribuya al Derecho penal una función de realización absoluta de la Justicia en la búsqueda desesperada de límites al *ius puniendi* estatal.

C) LAS POSIBLES COMBINACIONES PREVENTIVAS. LAS DISTINTAS TEORÍAS UTILITARISTAS

Es, en todo caso, a finales del siglo XVIII cuando, por primera vez, y sobre todo por obra de los juristas, se habla de la distinción entre prevención especial y prevención general, según sea la finalidad preventiva escogida como fin único o, en último caso, especial. En este sentido, hablaríamos de prevención general cuando el fin preventivo se refiere a la generalidad de los ciudadanos, buscando el impedir que surjan nuevos delincuentes de la sociedad, y de prevención especial cuando se dirige a la persona de quien cometió el hecho delictivo, con objeto de que éste, en especial, no vuelva a hacerlo¹⁰².

El enriquecimiento de esta clasificación llegaría más tarde de la mano de la doctrina moderna. Ésta comienza a diferenciar entre prevención positiva y prevención negativa, según que la prevención —general o especial— se realice positivamente a través de la corrección del delincuente, o la integración de los ciudadanos en torno a los valores susten-

⁹⁹ ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, op. cit., pp. 142 y ss.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 25 y ss.

¹⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 202.

¹⁰² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 22.

tados por la ley —sería la prevención positiva—; o que la prevención se realice negativamente, mediante la neutralización del delincuente o la intimidación de los individuos que integran la sociedad —en cuyo caso estaríamos ante la prevención negativa—. La combinación de las grandes categorías —prevención general y especial— con las dos subcategorías —positiva y negativa—, concluiría con la siguiente clasificación final, cuyo concepto adelantamos de forma escueta:

— *Prevención especial positiva o de la corrección*, donde la función de la pena sería la de corregir al reo —es lo que en este trabajo nominaremos como resocialización.

— *Prevención especial negativa o de la intimidación*: la finalidad perseguida por la pena es la de eliminar o neutralizar al reo.

— *Prevención general positiva o de la integración*: el fin ansiado con la pena es el de reforzar la fidelidad de los asociados al orden constituido.

— *Prevención general negativa o de la intimidación*: su función es la de disuadir a los ciudadanos mediante el empleo o la amenaza de la pena.

V. LA PREVENCIÓN GENERAL

A) DEFINICIÓN

Esta teoría persigue el evitar la comisión de nuevos delitos por parte de todos los ciudadanos, y con independencia de que en algún momento anterior hayan o no delinquido. A raíz de todo esto no resulta nada extraño que sitúe el sentido y fin de la pena en sus efectos intimidatorios sobre la generalidad, y no sobre el concreto sujeto delincuente como —veremos— ocurre con la prevención especial.

La norma penal en su fase conminativa, como amenaza abstracta de pena, cumple una *función de motivación* que persigue el que los ciudadanos se abstengan de cometer delitos. Si no lo consigue, y alguien transgrede la norma, las posteriores imposición y ejecución de la pena sobre el sujeto infractor infundirán el temor necesario a los posibles delincuentes, para que en un futuro se abstengan de seguir su ejemplo. Porque en aras a una perspectiva utilitarista, y en palabras de BECCARIA, «un daño hecho, y que no tiene remedio, no puede ser castigado por la sociedad política sino cuando influye sobre los otros ciudadanos con la lisonja de la impunidad»¹⁰³.

La pena cumple, en cierta medida, una labor pedagógica o formativa y, al mismo tiempo, asume la función político-criminal de encauzar conductas y de control social¹⁰⁴. En definitiva —y transcribiendo la definición que al respecto hace ANTÓN ONECA—, «es la lección ofrecida por el Estado en la cátedra del cadalso o en la pantalla de los muros externos presidiales»¹⁰⁵. Pero, ¿cómo nace? ¿Cuál es el origen de esta lección colectiva llevada a cabo mediante la amenaza, imposición y ejecución de una pena?

¹⁰³ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, op. cit., p. 53.

¹⁰⁴ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, op. cit., p. 22.

¹⁰⁵ ANTÓN ONECA, J., «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena», op. cit., p. 7.

B) GÉNESIS HISTÓRICA

El primero en utilizarla en sus construcciones penales —ya en su sentido moderno— fue FEUERBACH, a principios del siglo XIX^{105b}. Antes de él, la pretensión era combatir la creciente criminalidad a través de las ejecuciones ejemplares de la pena —con penas capitales, corporales, etc.—, y, precisamente por ello, el momento culminante de la prevención se situaba en la propia ejecución de la sanción. Sin embargo, este autor —con su «Teoría de la coacción psicológica»— fija su atención en un momento distinto en la vida de la pena: en el de su conminación legislativa. Momento en el que no basta con su reconocimiento interior, sino que se hace necesaria también su institucionalización con miras a asegurar la confianza en el funcionamiento del Derecho. Y es que, para FEUERBACH, la pena se utiliza como amenaza dirigida a la colectividad en la propia norma, y de este modo evitar que los ciudadanos delincan. La ejecución de la pena pasa, en consecuencia, a un segundo plano. Pasa a convertirse en una mera confirmación de que la amenaza iba en serio¹⁰⁶. Desde ese momento la prevención general constituye una constante en el pensamiento penal llegando hasta nuestros días, en los que su estudio, lejos de perder importancia, se está revalorizando de forma visible. Es más, en las dos últimas décadas incluso se le ha subclasificado en dos nuevas categorías: prevención general negativa y prevención general positiva¹⁰⁷.

C) CLASES

Entre ambas categorías el primer y principal criterio de diferenciación es, a juicio de PÉREZ MANZANO¹⁰⁸, la particular forma que cada una de estas perspectivas preventivo-generales tiene de explicar la relación pena-inhibición de delitos. Mientras la primera o negativa —también conocida como intimidatoria— parte de la relación estímulo-respuesta en la búsqueda de la intimidación en los eventuales delincuentes; la segunda —positiva o integradora— alude a la incidencia de la pena en la conciencia jurídica, a la activación de los mecanismos de autocontrol valorativos, en búsqueda de la estabilidad en la confianza de la comunidad en el Derecho.

^{105b} Anteriormente otros autores ilustrados como BECCARIA, BENTHAM, FILANGIERI, LARDIZÁBAL o ROMAGNOSI también parten de sus argumentos y, en su versión clásica de la teoría de la prevención general, estiman que el comportamiento criminal viene regulado por la ley de la utilidad, y la pena se conforma como el medio idóneo para evitar que surjan nuevos delincuentes de la sociedad.

¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 212.

¹⁰⁷ ROXIN, por su parte, distingue tres aspectos en la prevención general: la intimidación, la prevención compensadora (de la culpabilidad), integradora o estabilizadora y la defensa del orden jurídico. Poniendo en primer plano el segundo aspecto, o prevención general compensadora —la que nosotros denominamos prevención general positiva—, y rechazando el aspecto intimidatorio —lo que en este trabajo conocemos como prevención general negativa—, con argumentos que desarrollamos bajo este mismo epígrafe. Vid. en ROXIN, C., «Prevención y determinación de la pena», CPC, n.º 9, 1979, pp. 55 y ss.

¹⁰⁸ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, pp. 21 y ss.

1. La prevención general negativa (o intimidatoria)

a) Concepto e historia

Si bien los efectos intimidatorios han supuesto siempre una constante en los fines de la pena, éstos no siempre se han localizado en el mismo «iter» de su desarrollo. Las teorías utilitaristas, como vimos, dan un gran giro que SILVA resume así: «el momento central pasa a ser ocupado por un diálogo entre la norma y sus destinatarios, en el que se trata de disuadirles de la realización de comportamientos antinormativos, convirtiéndose los momentos esencialmente afflictivos en meras pruebas de la seriedad de las advertencias formuladas»¹⁰⁹.

La etapa legislativa es la que ahora ocupa el momento central en el desarrollo de la pena, y los momentos posteriores —imposición y ejecución— pasan a ser la muestra de que la amenaza desplegada de forma abstracta por la norma penal iba en serio. Por ello el elemento decisivo, en observación de PAGLIARO¹¹⁰, ya no es tanto la severidad, certeza y prontitud del castigo, como la representación de éstos en el resto de los ciudadanos. Ésta, y no otra, es la filosofía de la versión negativa de la prevención general. Una especie de vertiente de ejemplaridad de la pena, de *contramotivación* que impida la comisión de nuevos delitos.

En esta opción —y casi transcribiendo lo que antes se dijo a la hora de definir la prevención general en sentido amplio— la vía utilizada es la vía de la intimidación. Se dirige a los eventuales delincuentes amenazándoles con una pena que persigue ser el freno a su posible tentación de delinquir. Por esto, y a diferencia de la positiva, tal y como veremos, no atribuye valor apriorístico a la obediencia política de los delincuentes a las leyes¹¹¹.

La formulación más conocida es la de FEUERBACH¹¹², con su *Teoría de la coacción psicológica*, manifestada más como una teoría de la conminación penal mediante leyes penales que como una teoría de la pena propiamente dicha. Línea seguida en nuestro país por LUZÓN PEÑA, quien, junto con autores de la talla de GIMBERNAT y MUÑOZ CONDE, se muestra como uno de sus máximos representantes. Este profesor de la Universidad de Alcalá de Henares, apoyándose en la *Teoría del psicoanálisis* del propio GIMBERNAT¹¹³, defiende

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 212.

¹¹⁰ PAGLIARO, «Verifica empirica dell'effetto di prevenzione generale», *RFDUCM*, n.º 11, monográfico, *Homenaje al Prof. D. Luis Jiménez de Asúa*, 1986, p. 502.

¹¹¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 280.

¹¹² Para este autor se hace necesaria una forma coactiva anterior al delito y que funcione en todos los casos. El Derecho penal representa, en este sentido, una solución al problema de la criminalidad en tanto que, a través de la conminación penal, anuncia frente a qué tipo de acción injusta piensa reaccionar y, a través de la ejecución de la pena impuesta, en el caso de que ello sea necesario, dice con claridad que está dispuesto a cumplir dicha conminación. Vid. en FEUERBACH, A., *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, traduc. de E. Zaffaroni e I. Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, pp. 43 a 63.

¹¹³ Pues es GIMBERNAT quien, desarrollando la teoría del psicoanálisis de FREUD, da los presupuestos necesarios para justificar y explicar el Derecho penal desde la motivación. «El psicoanálisis no priva al Derecho penal de sus bases —escribe al respecto— sino que sucede todo lo contrario: precisamente suministra una ex-

esta opción intimidatoria de la prevención general criticando su opción positiva —estabilizadora o integradora—, a la que tacha, como podremos comprobar, de irracional¹¹⁴. Éstas son, en todo caso, unas teorías —hablamos de las preventivo-generales negativas— que, como todas las demás, cuentan con ciertas ventajas a las que también se les suman innumerables inconvenientes. Veámoslos todos para poder finalmente sopesar.

b) Ventajas

Son, para empezar, las únicas teorías que no confunden el Derecho con la Moral o la Naturaleza, o por lo menos se muestran en sus propósitos ideológicamente neutrales. Según FERRAJOLI, «tienen el mérito de disociar los medios penales, concebidos como males, de los fines extra-penales idóneos para justificarlos»¹¹⁵. Conexión, por ello, directa con la Ilustración, y la separación que del Derecho y la Moral ésta hace.

Para este autor italiano, además, el fin perseguido por la pena, según esta teoría de la prevención general negativa, es el único que, por su carácter formal —la amenaza se contiene en la propia ley—, asegura tres principios garantistas delimitadores del *ius puniendi* estatal: el principio de estricta legalidad, el principio de materialidad de los delitos y el principio de culpabilidad y responsabilidad personal¹¹⁶. Incluso, el propio JAKOBS —uno de los mayores defensores de la versión positiva de la prevención general— estima que «el modelo ofrece una armonía de los principios penales más importantes, se veda el tratar al autor como un objeto de los “derechos reales”, se impiden las infracciones, se evitan las penas innecesarias y se vincula estrictamente la pena a la ley»¹¹⁷.

¿Puede, entonces, la prevención general negativa dar una justificación aceptable al *ius puniendi*? Eso también es difícil de creer cuando, como veremos seguidamente, esta teoría también adolece de ciertos defectos que hacen imposible su admisión en solitario; su asunción como único fin a perseguir por la pena.

c) Inconvenientes

Generalmente son dos grandes carencias —dentro de las que se aglutinan otras consideraciones críticas— las que se les suelen contraponer a los defensores de esta opción: su falta de legitimidad axiológica y su falta de legitimidad empírica.

plicación y justificación del mismo». Vid. en GIMBERNAT ORDEIG, E., «Tiene un futuro la dogmática jurídica penal», op. cit., pp. 95 y ss. La obra de FREUD de la que parte es «Neue Folge der Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse», *Gesammelte Werke*, t. XV, pp. 60 y ss.

¹¹⁴ LUZÓN PEÑA, D. M., «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», *CPC*, n.º 16, 1982, pp. 93 y ss.

¹¹⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 330.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 331.

¹¹⁷ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 26 y ss.

c.1) Su carencia de legitimación axiológica

Los problemas comienzan con la imposibilidad de legitimar axiológicamente esta postura doctrinal. Para sus críticos —como es el caso de FERRAJOLI—¹¹⁸, se trata de una doctrina con tendencias hacia un Derecho penal máximo, dado que los efectos intimidantes perseguidos serán más fácilmente alcanzados cuanto más elevadas y severas sean las penas con las que se amenaza y, en su momento, se ejecutan. En vez de limitar la potestad punitiva del Estado sugiere, por contra, la máxima severidad punitiva, tendiendo, en consecuencia, al tan temido terror estatal.

Se trataría, por tanto, de una teoría sin limitaciones en su ansiado propósito por intimidar a la colectividad, cuando, a juicio de JAKOBS, la pena «sólo de forma secundaria puede impresionar de tal forma tanto al que la sufre como a terceros que provoque el que éstos se abstengan de delinquir en el futuro»¹¹⁹. Una instrumentalización, en definitiva, del delincuente, como medio para fines que le son ajenos, y que legitima, al mismo tiempo, todo tipo de intervenciones punitivas guiadas por la máxima severidad y desprovistas de cualquier certeza y garantía¹²⁰. Llegados aquí, ¿cómo puede legitimarse esto? ¿Cómo puede justificarse el que se castigue a un individuo no en consideración a él mismo sino en consideración a otros? Ha llegado, pues, el momento de las contracriticas.

LUZÓN, con el objeto de salvar los reproches vertidos sobre la legitimación axiológica de la prevención general negativa, aduce que su aspecto intimidatorio no sólo puede fundamentar la pena de forma racional, sino que, además, puede limitarla en mayor medida que la opción positiva, por devenirse, necesariamente, a las exigencias de proporcionalidad, eficacia, idoneidad y necesidad de la pena, con lo cual se salvaría el obstáculo de su presunta tendencia al terror estatal. Y todo ello porque —en sus propias palabras— «obliga a intentar verificar empíricamente con ayuda de los procedimientos de las ciencias sociales dónde comienza en cada momento histórico el límite en que la disminución, renuncia o sustitución de la pena supondría mermar la eficacia de la prevención general, y obliga además a tener en cuenta el limitado alcance que a esos efectos tiene la clase y gravedad de la pena»¹²¹. Según este autor, la adopción de esta concepción doctrinal obligaría, en definitiva, a examinar en concreto, y en todas las fases de la actuación penal —conminación, imposición y ejecución—, si una determinada clase de pena, y su cuantía, es o no realmente imprescindible, y sin que con ello se disminuya la eficacia intimidatoria o inhibitoria de la prevención general¹²².

MUÑOZ CONDE, por su parte —y también en apoyo de esta visión negativa de la prevención general—, considera que la propia racionalidad de nuestra cultura jurídica, y la orientación externa de la propia sociedad, exige el control y el conocimiento de las consecuencias de las normas. Porque, a su juicio, «tan insoportable sería una prevención in-

¹¹⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., pp. 276 y ss.

¹¹⁹ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 27.

¹²⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., pp. 278 y ss.

¹²¹ LUZÓN PEÑA, D. M., «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», op. cit., p. 96.

¹²² *Ibidem*.

timidatoria «terrorista», dispuesta a acabar con la criminalidad a cualquier precio, como una falta total de efecto intimidante de las normas penales»¹²³. El hecho de que la prevención general intimidatoria tienda al terror penal ocurre solamente en los casos en que es tan mal concebida como manejada, resultando, por ello, incluso contraproducente —concluye GIMBERNAT—¹²⁴.

Pero aquí no acaban los problemas, el no poseer la suficiente legitimación axiológica no es el único defecto del que adolece la prevención general negativa según sus detractores, hay algo más.

c.2) La falta de legitimación empírica

Nos situamos, como asevera GARCÍA RIVAS, ante una teoría que se ha visto beneficiada por todas y cada una de las críticas arremetidas contra la idea de resocialización, y es por ello que en la actualidad se asiste —como se ha observado recientemente en Estados Unidos— a un desarrollo de la ejecución penal, que se aleja del fin resocializador para dirigirse, sin límites de ninguna clase, hacia un imparable endurecimiento de las condiciones de la vida en prisión en la búsqueda desesperada de intimidación. Sería necesario, sin embargo, comprobar si tal endurecimiento tiene efectos intimidatorios sobre la generalidad. Se haría imprescindible, por tanto, y a continuación, «comprobar si esa impresión intimidatoria queda reflejada en el cuerpo social cuando observa que se impone una sanción a otro ciudadano»¹²⁵. Estamos entrando en el segundo gran bloque de problemas planteado por la prevención general negativa; en el problema de su legitimación empírica. O lo que es lo mismo, ante las cuestiones de ¿cómo se puede calcular el efecto intimidatorio que en el caso normal puede tener en los potenciales delincuentes la conminación penal, el proceso penal y la ejecución penitenciaria?, o de ¿el Derecho penal en su conjunto cumple efectivamente esa función de intimidación?

Para esta segunda gran crítica se arranca de una concreta concepción de la persona. Se parte de que la gente, por lo general, no se pasa el día calculando de forma fría las ventajas e inconvenientes de cada una de sus decisiones, tal y como cree la prevención general negativa. Tal cálculo, se cree, sólo puede ser predicable en determinadas clases de delincuentes, que, sopesando pros y contras, puedan en algún momento verse intimidados. Estamos, en definitiva, ante una teoría que —a juicio de SILVA— expresa una visión idealista del destinatario de las normas, y de la forma de operar de éstas, y que en nada responde a cómo suceden las cosas en la realidad¹²⁶. Porque esta doctrina, en elocuente expresión de HASSEMER, espera «un *homo economicus* que generalmente no existe»¹²⁷. Situación que se complica, aún más si cabe, si tenemos en cuenta que los mecanismos de intimidación no son directos sino indirectos, y con la perenne disyuntiva sobre si lo que

¹²³ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, op. cit., p. 123.

¹²⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», op. cit., pp. 150 y ss.

¹²⁵ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 33.

¹²⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 216 y ss.

¹²⁷ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., pp. 384 y ss.

previene o intimida ¿es la pena o la norma? ¹²⁸. Vayamos más allá, ¿el Derecho penal intimida algo?

En lo que respecta a la primera cuestión, la prevención general negativa —y aquí recordamos las palabras de PAGLIARO— ¹²⁹ adopta una posición absolutamente contraria a la conclusión más extendida —de la que nos hacemos eco— de que, en la búsqueda de la prevención, es más efectiva la certeza de la aplicación de las penas que su endurecimiento —donde el riesgo a ser descubiertos y castigados es la única función con sentido que puede desarrollar un sistema de sanciones penales—. Si, por el contrario, domina la certeza de la desaplicación sistemática de las penas más graves, se evocan las muestras de la Ley y el Orden con todos sus costes —tal y como denuncia MARINUCCI— ¹³⁰.

En todo caso, si bien estas teorías parten de la indemostrabilidad empírica de sus efectos ¹³¹; si bien cada nuevo delito es una prueba de la ineficacia de la prevención general, también es cierto —advierte ROXIN— ¹³² que tan sólo son visibles los casos en que la intimidación fracasa, y no en los que ha actuado con éxito. Si la opinión generalizada, tal y como hemos visto, concluye que es más efectiva la certeza en la imposición de la sanción que el incremento de su severidad, entonces de una u otra manera está aceptando que la pena de alguna forma intimida. En expresivas palabras de SILVA, «si la mayor certeza de la intervención del Derecho penal intimida más, parece claro que ello se deberá a que el Derecho penal intimida algo» ¹³³. Hemos dado respuesta, en definitiva, a la segunda cuestión; hemos justificado el carácter intimidatorio de la pena y, por ende, del Derecho penal ¹³⁴.

d) Conclusiones prevención general negativa

El Derecho penal está obligado a demostrar, a través de la intimidación, que la opción del delito no compensa, para que así el sujeto actúe conforme a las normas penales. En el momento en que, de esta forma, se reduzca la probabilidad de que se opte por el delito —como sin duda alguna ocurre—, se estarán consiguiendo efectos intimidatorios a través

¹²⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 217 y ss.

¹²⁹ «El elemento decisivo ya no es tanto la severidad, certeza y prontitud del castigo, como la representación de estos atributos en el resto de los ciudadanos». Vid. en PAGLIARO, *Verifica empirica dell' effetto di prevenzione generale*, op. cit., p. 502.

¹³⁰ MARINUCCI, G., «Dalle pene detentive tradizionali ai moderni tipo di sanzione», en *Relazione alla conferenza annuale della ricerca*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 2 de abril de 1998, p. 4.

¹³¹ Al respecto, es recomendable la lectura del criminólogo WALKER, N., «La eficacia y la justicia moral de la prevención», *CPCr*, n.º 11, 1980, pp. 129 y ss.

¹³² ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», op. cit., p. 18.

¹³³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 220.

¹³⁴ En todo caso, y tal y como nos recuerda DEMETRIO, «si bien se puede enunciar con carácter general el principio conforme al cual lo empírico condiciona un razonamiento de legitimación axiológico de carácter positivo en Derecho penal, debido a la relación existente en el mismo entre legitimidad y eficiencia; pero no puede, por sí mismo, negar validez a un argumento axiológico negativo o deslegitimador de algo, porque no cabe derivar la validez de la eficacia». Vid. en DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, p. 51.

de la conminación penal. Porque, al lado de una minoría de sujetos que no delinquirían aún sin pena, y una minoría de sujetos que lo harían a pesar de su previsión, siempre existe —nos recuerda MANTOVANI— una mayoría de personas que no delinquen a causa de la pena ¹³⁵. El Derecho penal, y con él la pena, cumple, en consecuencia —y estamos repitiendo—, funciones intimidatorias, aunque tan sólo sea por su propio carácter como limitador de derechos.

En todo caso, el fin de la prevención general negativa, tal y como hemos visto, si bien es necesario, tampoco es suficiente como criterio limitador de las penas, dentro de un modelo de Derecho penal mínimo y garantista, ya que, aunque justifica la pena como medio para asegurar la eficacia de las prohibiciones penales, al igual que las retribucionistas elude la cuestión de porqué prohibir ¹³⁶. Pasemos, pues, a conocer la versión positiva de la prevención general antes de tomar una postura definitiva.

2. La prevención general positiva (estabilizadora o integradora)

a) Concepto

Las relaciones positivas que siempre han surgido entre un Derecho penal formalizado, y la correspondiente aceptación de éste por los afectados, han sido constantemente puestas de manifiesto por LÜDERSEN, y son, al mismo tiempo, el punto de encuentro del que nace la tesis de la prevención general positiva ¹³⁷. Es ésta una teoría que se dirige a toda la comunidad —como prevención general que es— propugnando la inhibición a realizar determinadas conductas a través de la internalización, o interiorización, del sentimiento jurídico de la comunidad ¹³⁸. Es decir —y ahora en palabras de FERRAJOLI—, «atribuye a las penas funciones de integración social a través del general reforzamiento de la fidelidad al Estado, así como la promoción del conformismo de las conductas» ¹³⁹.

Para esta concepción de la pena, el Derecho penal no puede reducirse a la intimidación de los potenciales delincuentes como sujetos que realizan cálculos racionales, sino que debe tratar de influir positivamente sobre el arraigo de las normas. Pretende alcanzar una verdadera afirmación y asentamiento social de las normas fundamentales mediante una actitud de respeto por el Derecho. Y todo ello porque, en expresión de ANTÓN ONECA, «la prevención general no es sólo intimidación. Su misión más alta es reafirmar la moral en aquella parte que es necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la colectividad [...]. El temor tiene aquí, como en todo sistema pedagógico, eficacia reeducadora» ¹⁴⁰.

¹³⁵ MANTOVANI, F., «Sulla illegalità criminale», en *Iustitia*, Roma, anno XLV, Ottobre-dicembre 1992, p. 432 y 434.

¹³⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 280.

¹³⁷ Vid. en HASSEMER, W., «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», op. cit., p. 138. Aparte de por este renombrado autor alemán, esta doctrina es seguida por un, no menos importante, grupo de autores con nombres como el de ROXIN, ACHENBACH, OTTO, GÓMEZ BENÍTEZ, ANTÓN ONECA y, por supuesto, JAKOBS.

¹³⁸ MIR PUIG, S., «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», op. cit., pp. 120 y 121.

¹³⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., pp. 274 y 275.

¹⁴⁰ ANTÓN ONECA, J., «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena», op. cit., pp. 93 y ss.

Lo que se predica, en pocas palabras, es que el Derecho penal y la pena no se limitan a cumplir con funciones de evitación y lucha, sino que también tienen funciones de construcción y protección¹⁴¹. «Porque sólo de este modo —nos dice HASSEMER— se puede entender el carácter de la pena situada en el contexto del control social general de tal forma que, en consecuencia, el Derecho penal se alza como una parte del control social de la desviación y se distingue de las demás partes por su formalización»¹⁴². Esquema de formalización en el cual el Derecho penal debe dar lugar a una adecuada configuración de las normas penales, que propicie una imposición de la pena «que se sienta como justa»¹⁴³ por la comunidad, redundando así en el aspecto de estabilización de la norma. Y es que, a juicio de ROXIN¹⁴⁴, el hecho de imponer al sujeto la sanción que *ha merecido* —es decir, la que corresponde a la gravedad de su delito—, tiene como consecuencia el que la sentencia sea aceptada por la sociedad como adecuada, como justa, y, de este modo, se contribuya a la estabilización de la conciencia jurídica general y al mantenimiento de la fidelidad al Derecho de la población, que siente satisfechos tanto su sentimiento jurídico como de justicia. Su finalidad es, en consecuencia, la de tratar de armonizar las exigencias propias de la prevención y las inherentes a la retribución.

b) Historia

Nos situamos ante un fenómeno reciente —pues data de finales de los años setenta e, incluso, principios de los ochenta—, y que alcanza su máxima difusión con la versión que de ella hace JAKOBS¹⁴⁵, en su *Tratado*, vinculándola a la *Teoría de los sistemas*¹⁴⁶. Su antecedente más cercano está, en todo caso, en la doctrina de WELZEL —del cual es discípulo—, respecto a la atribución a la pena de una función que va más allá de la mera protección de bienes jurídicos a través de la pura intimidación —o prevención negativa—, a la que este autor alemán denominó «función ético-social del Derecho penal»¹⁴⁷.

¹⁴¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *ADPCP*, 1979, p. 675.

¹⁴² HASSEMER, W., «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», *op. cit.*, p. 140.

¹⁴³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 230.

¹⁴⁴ De esta forma ROXIN desarrolla su concepción de la prevención general compensadora propia de la pena por la culpabilidad, de prevalimiento del Derecho o de práctica de la fidelidad al Derecho. *Vid.* en LUZÓN PEÑA, D.-M., «Antinomias penales y medición de la pena», *op. cit.*, pp. 599 y ss.

¹⁴⁵ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

¹⁴⁶ La concepción preventivo-integradora encaja perfectamente con el modelo tecnocrático que propone la teoría sistemática, donde la subjetividad del sistema desplaza a la subjetividad del individuo en el lugar central del Derecho penal. El delito constituye una amenaza para la estabilidad e integridad del sistema, y es expresión de la falta de fidelidad al mismo, con lo cual la pena viene a restablecer esa estabilidad, demostrando simbólicamente su superioridad, y así devolver la confianza en el sistema. *Vid.* en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁴⁷ *Vid.* en GRACIA MARTÍN, L., *et. alt.*, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, *op. cit.*, p. 58.

En lo que a España se refiere, el precedente más importante lo encontramos en la obra de ANTÓN ONECA¹⁴⁸ y su exaltación del «magisterio ético». Magisterio como retribución, porque con él trata de reafirmar y fortalecer la norma social. Sin embargo, éste no es el único autor que sustenta tal concepción puesto que, a juicio de SILVA, todos los autores que, al igual que este profesor salmantino, pasan a atribuir al plano del deber ser un carácter legitimador esencial, cabrían ser ya estimados como defensores del planteamiento preventivo-general positivo¹⁴⁹.

Este es, en cualquiera de los casos, un planteamiento que disfruta de una enorme expansión posterior que le ha llevado a convertirse en la opción más seguida por la doctrina moderna. A dicho crecimiento contribuyó, sin lugar a dudas, la crisis de la resocialización y la pretensión de evitar, o al menos limitar, las antinomias y conflictos habidos entre los distintos fines de la pena —y, por ende, en cada uno de los estadios de ésta— surgidos con las teorías eclécticas¹⁵⁰. Pero todo esto es adelantar acontecimientos. Comencemos por identificar las dos concepciones en que cabe subdividir a esta teoría.

c) Clases

Dentro de la versión positiva de la prevención general cabe ubicar dos posturas contradictorias, ya que, mientras unos la acogen satisfactoriamente como fundamento de la pena, por considerar que limita la tendencia al terror penal de la intimidación —o prevención negativa—; otros, por el contrario, estiman que legitima las intervenciones preventivistas irracionales —o, en todo caso, elimina algunos de los límites impuestos desde el liberalismo a la intervención punitiva—, y, en consecuencia, sólo la asumen como límite. Los primeros, en definitiva, apoyarían la versión fundamentadora de la prevención general positiva —que básicamente coincide con lo hasta ahora expuesto respecto de la prevención general positiva tomada de forma amplia— y los segundos, por ende, únicamente la adoptarían como límite necesario de otras consideraciones, que generalmente suelen ser preventivo-generales negativas, pero que también pueden ser retributivas o preventivo-especiales, y de las que parten como fundamento —son los adeptos a la prevención general positiva en su versión limitadora.

c.1) Concepción fundamentadora de la prevención general positiva

c.1.1) Concepto

En su versión fundamentadora —seguida por WELZEL, KAUFMANN, LESCH y el propio JAKOBS— la prevención general positiva considera que el Derecho penal, junto al resto de

¹⁴⁸ ANTÓN ONECA, J., «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena», *op. cit.*, pp. 53 y ss.

¹⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 228.

¹⁵⁰ MIR PUIG, S., «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», en *El Derecho penal en el estado social y democrático de Derecho*, *op. cit.*, p. 130.

los medios de control social, debe tratar de influir positivamente sobre el arraigo de las normas. Como su propio nombre indica, esta orientación de la prevención general positiva «fundamenta» en ella la pena y sustituye al principio de culpabilidad por el de prevención. Es por ello que trabaja, básicamente, sobre la conciencia ético/valorativa de la colectividad; sobre su fuero interno. Estamos, nuevamente, y como ya hemos avisado, ante la prevención general positiva tal y como ha sido descrita hasta ahora en este trabajo. Por tanto, y esto también es importante a la hora de evitar nuevas confusiones, cuando a lo largo de este trabajo hablemos únicamente de prevención general positiva, nos estaremos refiriendo a su versión fundamentadora, a la adopción de la misma como fundamento y fin de la pena. En el momento en que deseemos tratar su versión limitadora, lo diremos específicamente.

En tal versión fundamentadora —y estamos repitiendo— la pena no es sino la muestra de la vigencia de la norma, destacando que lo incorrecto es el delito y que la norma continúa marcando una pauta de conducta vinculante. Se hace preciso, por ello, que recaiga una sanción sobre el infractor de dicha norma. Una sanción que debe sentirse como justa, y, por ese motivo, debe integrar contenidos que, como la culpabilidad o la proporcionalidad, están arraigados en la conciencia de la misma población de la que se pretende conseguir la fidelidad al Derecho.

La prevención general positiva es, por todo ello, una doctrina más de la pena *impuesta* que de la conminación penal abstracta —estima SILVA—, ya que si al establecimiento de las conminaciones penales no le sigue la imposición de penas ante las infracciones cometidas, se perderá la confianza en el Ordenamiento y con ello la no estabilización de la norma¹⁵¹.

c.1.2) La prevención general positiva en JAKOBS¹⁵²

Como ya hemos adelantado, la expansión posterior, y hasta el momento actual, de la prevención general positiva se debe a JAKOBS. Este autor alemán, en su *Tratado de Derecho penal* de 1983, reelabora la explicación dialéctica de HEGEL e interpreta la pena como prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento en la norma, y sólo de forma secundaria como intimidación¹⁵³. A juicio de MIR, coincide, por tanto, con WELZEL en buscar la fidelidad colectiva en el mantenimiento de las normas, pero, a diferencia de éste, no considera que la finalidad última del Derecho penal sea la búsqueda de la protección de determinados bienes jurídicos, sino garantizar la función orientadora de las normas¹⁵⁴.

¹⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 232.

¹⁵² También denominada por algunos autores «Teoría sistemática de la prevención general positiva».

¹⁵³ Vid. en GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 35.

¹⁵⁴ MIR PUIG, S., «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», op. cit., p. 133.

JAKOBS, a través de su *Teoría de los Sistemas*¹⁵⁵, justifica la pena como factor de cohesión del sistema político-social, merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva alterada por las actuaciones delictivas, de estabilización del ordenamiento, y de renovación de la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones. Para él, la infracción de la norma implica su contradicción y, ante tal desautorización de la norma, la pena debe entenderse como reacción al conflicto. Con la pena lo que se quiere demostrar es que el comportamiento infractor no es lo determinante, sino que lo determinante es la norma. «El contenido de la pena es, por tanto, la réplica que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma» —escribe literalmente—¹⁵⁶.

Las leyes penales, de esta forma, estabilizan e institucionalizan expectativas sociales y, de igual manera, sirven a la orientación de la conducta de los ciudadanos, confirmando la confianza en las normas¹⁵⁷. Luego JAKOBS parte de la concepción que LUHMANN tenía del Derecho penal como instrumento de estabilización social. Como único medio de garantizar la confianza que es posible en los sistemas sociales complejos, donde el Ordenamiento jurídico, con sus normas abstractas y sus relaciones despersonalizadas, debe reemplazar la confianza personal por la institucional¹⁵⁸.

Con la pena no se pretende impresionar ni al delincuente ni al resto de la colectividad para que no cometan delitos —de ahí su alejamiento respecto de la doctrina de WELZEL—. Su concepción como teoría preventivo-general se debe, según JAKOBS, a la búsqueda de la protección de «las condiciones de la interacción social, las expectativas y orientaciones estables de las cuales no cabe prescindir en la vida social»¹⁵⁹. Se sustituye la prevención especial positiva —o reeducación— y la prevención general negativa —o disuasión— por la versión positiva de la prevención general, o adopción de la pena como ejercicio del reconocimiento y de la fidelidad a la norma. Esto es, la pena como prevención-integración.

Con esta postura destaca, nuevamente, el formalismo del Derecho penal frente a los demás medios de control social. Pero, sin embargo, no se trata de un formalismo de garantía —en el sentido kelseniano—, sino que se supedita al individuo en favor de la colectividad. Se aleja del sujeto como centro y fin del Derecho y se le convierte en objeto de abstracciones normativas e instrumento de funciones sociales¹⁶⁰. Y es, precisamente de aquí, de donde parten la mayoría de las críticas alzadas contra la postura jakobiana, y

¹⁵⁵ Se basa en el análisis sistemático de LUHMAN y concibe la sociedad como una compleja red de sistemas dentro de la cual funciona el subsistema jurídico. El Derecho en general y el Derecho penal, en particular, están constituidos por un conjunto de normas que crean expectativas de conductas sobre el conjunto de la comunidad. Vid. en ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., p. 26.

¹⁵⁶ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 12 y ss.

¹⁵⁷ MIR PUIG, S., «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», op. cit., p. 134.

¹⁵⁸ BARATTA, A., «Integración-prevención: una «nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática», op. cit., p. 534.

¹⁵⁹ JAKOBS, G., *Strafrecht*, Allg. Teil, Berlín, 1983, pp. 4 y ss. Vid. en MIR PUIG, S., «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», op. cit., p. 134.

¹⁶⁰ BARATTA, A., «Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática», op. cit., p. 550.

por ende, contra la versión fundamentadora de la prevención general positiva, que ya hemos identificado anteriormente.

c.1.3) Críticas a JAKOBS. Críticas a la prevención general positiva como fundamento de la pena

Según BARATTA —con la elaboración de un importante trabajo crítico hacia la posición sustentada por JAKOBS—¹⁶¹, esta teoría ofrece tan sólo una visión parcial, y por ello falsa, de los efectos reales de la pena, limitándose a presentar los positivos y ocultando los negativos. A juicio de este autor, este planteamiento da demasiada importancia a la pena olvidando la *Teoría de los Sistemas*, que permite prescindir de la sanción —por supuesto, sólo en determinados casos— mediante alternativas al sistema penal, y propugna intervenir en la causa del conflicto, y no únicamente en su manifestación externa, el delito.

Un Derecho penal concebido del modo en que lo hace JAKOBS, no se limita a castigar las lesiones producidas a los bienes jurídicos; no se conforma con evitar determinadas conductas nocivas para la sociedad, sino que persigue algo mucho más ambicioso: influir en la actitud de los ciudadanos frente al Ordenamiento. Desvalora los comportamientos manifiestos de una actitud infiel al Derecho, estructurándose únicamente a partir de la concreta alarma social creada por la opinión pública en cada uno de ellos. Lo cual, está claro —y así lo denuncia ARROYO GUTIÉRREZ—, «es una lectura muy particular de estos fenómenos ignorando con ello importantes aportes de las ciencias sociales y criminológicas»¹⁶². Es, por tanto, una concepción que lleva hasta sus últimas consecuencias el modelo iuspositivista. Una concepción que, de acuerdo con MIR, amplía el ámbito de vigencia del Derecho penal más allá de lo que se considera legítimo¹⁶³.

Este modelo no justifica por qué debe garantizarse la seguridad de las expectativas en los contactos sociales, posibilitando la existencia de la propia sociedad, sino que presupone que el orden social bien vale el coste que se le impone al infractor de la norma. En palabras de GARCÍA RIVAS, «es una teoría que apela a la reafirmación de los valores éticos prescindiendo de cualquier atisbo de crítica hacia el sistema, lo que le sitúa en la línea con la explicación retributiva de la pena»¹⁶⁴. Una doctrina, por ello, opuesta a las actuales tendencias de la Criminología crítica¹⁶⁵ y de reforma del Derecho penal. Una teoría que, a jui-

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 550 y ss. En España son importantes las críticas y el estudio de la teoría de la prevención-integración de autores como MIR, LUZÓN o MUÑOZ CONDE con obras que desarrollamos a lo largo de este trabajo.

¹⁶² ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., p. 29.

¹⁶³ MIR PUIG, S., «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», op. cit., p. 132.

¹⁶⁴ GARCÍA RIVAS, N., *La potestad punitiva en el Estado democrático*, op. cit., pp. 39 y 40.

¹⁶⁵ Esta nueva Criminología, basada en el *labelling approach*, o teoría del etiquetamiento, y en ciertas concepciones marxistas, viene precedida por la crítica en varios artículos a la llamada criminología tradicional o etiológica. Critica las teorías existentes y señala los requisitos formales y materiales que debía cumplir «una teoría plenamente social de la desviación». La Criminología se transforma en una crítica del Derecho penal, no como un sistema estático de normas, sino como un sistema dinámico de funciones: producción de las normas,

cio de FERRAJOLI, no añade nada a la *Teoría de la Desviación* de DURKHEIM¹⁶⁶, y que legitima de forma apriorística tanto al Derecho penal como a la pena. Una concepción de la prevención general que, en definitiva, legitima y respalda a la actual tendencia expansiva de la intervención penal, y de incremento de su respuesta, pues le otorga una exagerada importancia a la pena, que de este modo parece equiparse al propio Derecho¹⁶⁷.

BARATTA¹⁶⁸ considera que cuando JAKOBS se decanta por la conservación del sistema social, en detrimento de las necesidades y valores de los individuos a los que reduce a unos *subsistemas psicofísicos*¹⁶⁹ —que únicamente son valorados en tanto sean funcionales para el sistema social en su conjunto—, está negando la función limitadora de algunos de los principios fundamentales del Derecho penal liberal, tales como el de exclusiva protección y de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad o subsidiariedad del Derecho penal; lo cual conduce, de eso no hay duda, a una relegitimación del sistema vigente, de una forma ciertamente conservadora y con peligrosos rasgos autoritarios y antidemocráticos. Como consecuencia, una muy clara: la versión sistemática o fundamentadora de la prevención general se alza como más peligrosa que las teorías absolutas surgidas con el liberalismo. Y ello debido a que deja al delito vacío de contenido intrínseco y, al definirlo únicamente como función de la norma —sin importarle cuál sea ésta—, hace que desaparezcan incluso los límites aportados por la tradicional concepción retributiva sobre la base del criterio de la proporcionalidad¹⁷⁰.

Un cúmulo de críticas que, sin embargo, no conducen indefectiblemente al abandono de la doctrina de la prevención general positiva. Son muchos los autores que la siguen asimilando como necesaria, si bien no como fundamento de la pena sino como límite a la misma. Es la otra concepción de la prevención general positiva: su concepción limitadora.

c.2) Concepción limitadora de la prevención general positiva

HASSEMER, ya en el 1979, pone en evidencia las dificultades de una comprobación empírica de la eficacia de la prevención general intimidatoria —o prevención general negativa—, por lo que opta por una versión positiva. Sin embargo, dentro de esta concepción parte de una interpretación del Derecho penal como medio de control social formalizado, vinculado a las normas, y por consiguiente limitado en cuanto a la intervención punitiva sobre los derechos de los individuos se refiere¹⁷¹.

aplicación y finalmente ejecución de penas y medidas de seguridad. Frente a la Criminología tradicional, que siempre se preocupó de cambiar al delincuente, la Criminología crítica ratificará que es al sistema social al que hay que cambiar. Se trata, en resumidas cuentas, de la acogida de MARX en el ámbito de la Criminología.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., pp. 274 y 275.

¹⁶⁷ BARATTA, A., «Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática», op. cit., pp. 544 y ss.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 358 y ss.

¹⁶⁹ ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., pp. 29 y ss.

¹⁷⁰ MIR PUIG, S., «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», op. cit., p. 135.

¹⁷¹ HASSEMER, W., «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», op. cit., pp. 35 y ss.

La función de la pena, en este punto, sería la protección efectiva de la conciencia social respecto de las normas, y no la pura intimidación de los sujetos sociales. Se hace necesario limitar la pena, y, por ello, HASSEMER propone una «reformulación de la idea retributiva en tanto rescatadora del principio de culpabilidad como límite racional de la pena»¹⁷². Estamos ante la concepción limitadora de la prevención general positiva secundada también por ZIPF y ROXIN.

Con esta versión limitadora de la prevención general positiva, según sus defensores —en cuyo horizonte se halla una idea restrictiva del Derecho penal, su carácter de *ultima ratio*—, no tendría lugar el exceso en la sanción de los hechos, el castigar con mayor dureza. En este caso, la pena, sin tratar de ir más allá de lo necesario para la intimidación, contribuye a frenar el terror de la prevención general negativa. Su pretensión se reduciría a limitar los excesos de pena debido a razones intimidatorias, exigiendo la imposición de penas que respondan a la conciencia social. «Porque sólo respetando el límite de la culpabilidad se consigue la prevención general positiva mientras que la negativa —o intimidatoria— permite ir más lejos y tiende al terror penal» —sentencia ROXIN—¹⁷³.

Ya en nuestro país, MIR también se decanta por esta concepción limitadora de la prevención general positiva, y no sólo como una forma admisible de prevención en un modelo de Estado como el social y democrático de Derecho, respetuoso de la autonomía moral del individuo, sino, incluso, «como la mejor opción para un Derecho penal democrático»¹⁷⁴. En su planteamiento, al poner en relación la función limitadora con la idea de Estado democrático, huye de la utilización de la prevención general positiva fundamentadora sobre la base del respeto por la autonomía moral del individuo. Porque para este autor, el incidir en la conciencia ético-social de los ciudadanos —tal y como pretendía WELZEL— significaría desbordar el límite representado por el fuero interno, y eso es algo que estima inconcebible en un Estado atento a la dignidad humana¹⁷⁵.

La concepción limitadora de la prevención general positiva se alzaría, de este modo, como mucho más respetuosa de la individualidad frente al sistema social que la sostenida por JAKOBS, y, a su vez, como una visión mucho más democrática, puesto que, si bien busca relegitimar el derecho a castigar, se cuida, sin embargo —advierde ARROYO GUTIÉRREZ—, de que tal legitimación se inscriba dentro de los límites y principios de un Estado social y democrático de Derecho¹⁷⁶. Principios, como el de la necesaria proporcionalidad entre el delito y la pena, que de este modo se conformaría en un límite o barrera a la exasperación de la prevención, en una sociedad que, juicio de GARCÍA RIVAS, no es estática —tal y como la concibe la versión fundamentadora— sino dinámica¹⁷⁷.

¹⁷² HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 398.

¹⁷³ ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención*, traduc. y notas de Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, pp. 102 y ss.

¹⁷⁴ MIR PUIG, S., «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», op. cit., p. 137.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 138.

¹⁷⁶ ARROYO GUTIÉRREZ, J.M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., pp. 27 y ss.

¹⁷⁷ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado Democrático*, op. cit., p. 35.

d) Conclusiones prevención general positiva

La prevención general positiva ha sido criticada desde muchos sectores y por muchas razones, y entre ellas, de forma especialmente marcada, por su «parecido» con las teorías retribucionistas. De acuerdo con HASSEMER y MUÑOZ CONDE¹⁷⁸, las teorías preventivo-generales positivas coinciden, en el fondo, con las variantes más tardías de las teorías absolutas, que habían intentado hacer plausible su concepción de la pena como realización de la Justicia, indicando que con ello se consigue también, a largo plazo, fortalecer las ideas morales de la población. «Se trata, simplemente, de una actualización del pensamiento retribucionista que sustituye la exigencia de Justicia por la desnuda exigencia funcionalista derivada del orden social vivido» —sentencia BERDUGO—¹⁷⁹. Y es que, tal y como vimos, desde el momento en que las tesis retributivas dejan de legitimarse apelando a la «majestad de la pena absoluta», y a la realización de la Justicia como valor metafísico, para pasar a hacerlo alegando efectos sociales positivos de la pena, las doctrinas absolutas se desnaturalizan como tales para convertirse en doctrinas preventivo-generales positivas¹⁸⁰.

Aunque en favor de la prevención general positiva se dice que es una doctrina más idónea que su versión negativa —o intimidatoria—, por asumir en su seno los contenidos de principios como el de justicia, el de proporcionalidad o el de humanidad, puesto que la pena estabilizadora es sobre todo la pena justa, mientras que la prevención general intimidatoria tiende por esencia al terror penal, SILVA no lo cree así. Para este autor cuando se habla de «lo que se siente como justo en la colectividad», no se trata de nada diferente a la necesidad irracional de pena para contener los impulsos del subconsciente con lo que se está instrumentalizando al delincuente. «En estos casos es irónico pretender sustituir el concepto de lo justo o proporcionado, como expresión puntual de una determinada razón histórica, y culturalmente condicionada (como producto racional), por el sentimiento de lo justo que, en un determinado momento, puedan tener los miembros de un cuerpo social» —resume sin ambages este afamado autor—¹⁸¹.

En el mismo sentido, LUZÓN¹⁸², tomando como base la *Teoría psicoanalítica* de GIMBERNAT¹⁸³, advierte del peligro que conlleva la prevención general estabilizadora o integradora cuando utiliza como criterio la «necesidad coactiva de castigo por parte de la sociedad». Porque cuando así lo hace —nos dice este autor— se está oponiendo a toda reducción, o incluso no imposición de pena alguna —aconsejada o requerida desde el punto de vista preventivo-especial—, aunque todo ello no implicase disminución del efecto intimidatorio general.

¹⁷⁸ HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op. cit., pp. 161 y ss.

¹⁷⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. alt., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 24.

¹⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 205.

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 212 y ss.

¹⁸² LUZÓN PEÑA, D. M., «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», op. cit., p. 101.

¹⁸³ GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», op. cit., pp. 95 y ss.

Se trata, pues, de una concepción de la prevención general basada en la hipótesis del «chivo expiatorio», cuyas bases ya fueron sentadas por FREUD, y que posteriormente ha sido estudiada por la teoría psicoanalítica. Porque no olvidemos que al hablar de chivos expiatorios estamos hablando de expiación (del pecado); de satisfacción de los instintos de venganza latentes en la sociedad —prisma retribucionista—, cuando, como destaca calurosamente GIMBERNAT, «la misión del Derecho penal no es ni mucho ésta, sino la de situarse por delante de todo instinto vengativo y ser más racional y menos emocional que determinados sectores de la población»¹⁸⁴.

A raíz de todo esto, ¿hasta qué punto puede legitimarse una teoría que pasa por la estigmatización, o instrumentalización del delincuente, como medio necesario de integración de los no desviados? ¿Cómo puede justificarse una doctrina que asume las necesidades de castigo como baremo de decisión del sí y el cuánto de la pena?

Y es que esta doctrina, pese a su presentación como superadora de los inconvenientes de la concepción tradicional intimidatoria, se muestra, en última instancia, como una teoría de corte autoritario y discriminatorio, que redundaría en un mayor intervencionismo en la esfera valorativa de los ciudadanos, de modo manifiestamente antiliberal, a fin de alcanzar una plena integración y estabilización social. Una doctrina que, finalmente, permitiría ir más allá de lo preciso para la intimidación por razones de integración social. Una teoría que posibilita la imposición de una pena —o su oportuno endurecimiento—, a pesar de que no aparezca como necesario para la protección de bienes jurídicos, en la búsqueda desesperada de «ese reconocimiento de la norma». Porque en su seno incuba radicales contraposiciones entre los principios de las garantías individuales y los intereses sociales a los que sirve cualquier doctrina de la prevención. Y porque, en todo caso, y de acuerdo con ARROYO GUTIÉRREZ¹⁸⁵, ¿cómo se puede demostrar, de forma empírica, que la pena sea un mecanismo efectivo para la reafirmación de las reglas y valores socialmente relevantes?

Sin embargo, y a pesar de todas estas críticas, llevadas a cabo —creemos con razón— por autores como LUZÓN o SILVA, son modelos que encuentran cada vez más representantes, acompañando en muchas ocasiones a numerosas variantes de las teorías retributivas¹⁸⁶. En cualquiera de los casos, si unimos estas afirmaciones a las hechas en su momento acerca de la prevención general negativa, nos vemos conducidos a las siguientes conclusiones.

D) CONCLUSIONES PREVENCIÓN GENERAL

La prevención general, por todo lo visto —y siempre a nuestro juicio—, si bien es absolutamente necesaria, tampoco legitima por sí sola la potestad punitiva. El gran problema lo supone su falta de límites. Límites que, mientras unos los hallan en su propia concep-

¹⁸⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», *op. cit.*, pp. 146 y ss.

¹⁸⁵ ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁶ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 29.

ción teórica, otros los encuentran fuera de la prevención general misma. Esto es, en los demás fines que le son atribuibles a la pena.

En el primer caso se encuentra MIR¹⁸⁷. Para este autor la prevención general encuentra un primer límite en ella misma, y lo hace de la siguiente forma: a la hora de fijar la pena correspondiente a un determinado delito, no debe dejarse llevar hasta el máximo de lo que aconsejaría la pura intimidación de los eventuales delincuentes, sino que debe respetar el límite de una cierta proporcionalidad con la gravedad social del hecho. Proporcionalidad como límite en el marco de un Estado social y democrático de Derecho que impediría este exceso en la respuesta penal. Límite que, según una parte de la doctrina, también se podría localizar profundizando en el contenido de la función de motivación, que necesitaría de una respuesta penal racional y convincente para ser alcanzada¹⁸⁸.

Sin embargo, todo esto encierra peligros nada desdeñables. Los límites que desde las dos versiones —negativa y positiva— se han querido sustraer de la propia esencia teórica de la prevención general, puede conducirnos a situaciones muy cercanas al retribucionismo. Ambas vías, por tender a fines disuasorios más que de amenaza de la pena, pueden llevar a castigos discrecionales y desiguales.

Y es que, por un lado, lo que se entiende como proporcional entre un delito y su pena —como principio limitador del *ius puniendi* en el sentido de MIR— se hace depender, en demasiadas ocasiones, de la oportuna alarma social que los hechos provocan, o de unas determinadas conveniencias políticas, en virtud de lo cual el delincuente se convierte en chivo expiatorio y la razón jurídica, paulatinamente, se va viendo reducida a la razón política o de Estado, que, como advierte RADBRUCH, conlleva al terrorismo penal¹⁸⁹. Y, por otro lado, lo que se siente como justo por la sociedad, a efectos de motivarse por la norma —en el sentido de FEUERBACH—, puede conllevar a castigos absolutamente desiguales. Porque, tal y como saca a colación GARCÍA ARÁN¹⁹⁰, son demasiados los casos cuya punición depende del tratamiento más o menos sensacionalista que le den medios de comunicación como la T.V. Y es que, la alarma social crece respecto del delito que es «noticia» y no respecto del que no lo es, y, en consecuencia, mientras para la sociedad lo justo en el primer caso es castigar duramente al delincuente —con lo que se verían motivados para cumplir la norma en el futuro—, lo justo en el segundo caso apenas les importa —o les sobra con la pena fijada en la norma para verse motivados.

Estaríamos, con ello, asistiendo a un importante menoscabo del principio de igualdad consagrado en nuestras constituciones. Pudiendo incluso llegar a extremos tan inadmisibles como el castigar hechos menos graves con penas muy graves —para contrarrestar la frecuencia de su realización y la debilidad de los contraestímulos sociales— y, sin embargo, castigar con penas mínimas los delitos de máxima gravedad —porque su gravedad,

¹⁸⁷ MIR PUIG, S., «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», *op. cit.*, pp. 120 y 121.

¹⁸⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁹ *Vid.* en ACHENBACH, H., «Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad», *op. cit.*, p. 139.

¹⁹⁰ GARCÍA ARÁN, M., «Los fines de la pena en el orden constitucional», en *Actas del VII CUADP*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1995, pp. 8 y 9.

socialmente sancionada, es un eficaz freno que hace prácticamente innecesaria la aplicación de pena alguna—¹⁹¹.

Cierto es —como nos advierte MUÑOZ CONDE— que la llegada al temido terror, o terrorismo, penal es factible con cualquier teoría de la pena, porque no es la prevención general como tal, sino la manipulación del concepto por la doctrina y la jurisprudencia o legislación, lo que puede hacer del Derecho penal «un derecho de sangre y lágrimas»¹⁹². Pero también es cierto que, precisamente por ello, se tornan como absolutamente imprescindibles unos límites que eviten toda tergiversación de sus términos. Unos límites que le vengan desde fuera.

Porque la legitimación axiológica —de acuerdo con SILVA— no la posee la prevención general en sí misma, sino en relación dialéctica con los demás fines del Derecho penal, como son la máxima prevención, la utilidad social y las garantías individuales¹⁹³. Luego no hay ni un atisbo de duda en que el fin preventivo-general sigue siendo necesario. Pero, ¿qué fin preventivo general? ¿El integrador perseguido por su versión positiva? ¿O quizás el intimidatorio buscado por su versión negativa?

La controversia está servida. Tal y como hemos comprobado a lo largo de este estudio, mientras para algunos autores como HASSEMER, FERRAJOLI y CALLIES será el integrador; para otros, como SILVA o MUÑOZ CONDE, está claro que la versión apropiada es la negativa o intimidatoria. Sin embargo, es muy posible que la solución no sea ni la una ni la otra. De acuerdo con LUZÓN¹⁹⁴, la solución quizás esté en una toma de contacto entre ambas prevenciones generales —tanto en su versión negativa, como en la positiva—, a la que más tarde se le unirían consideraciones preventivo-especiales.

Para dicho autor, ambas vertientes de la prevención general —estabilizadora e intimidatoria—, desde un prisma político-criminal, son aspectos correlativos y, por ende, perfectamente admisibles a un tiempo. Porque —y aquí transcribimos sus palabras— «si una determinada pena es suficiente para intimidar a la generalidad y conseguir que se abstenga de cometer delitos, también es suficiente por eso mismo para la afirmación del Derecho y la consiguiente seguridad y confianza de los ciudadanos en él sin que, por tanto, el prevalimiento del derecho implique más —o menos— exigencias que la intimidación general»¹⁹⁵. Porque, en definitiva, lo que es suficiente para una eficaz intimidación general ha de ser, del mismo modo, bastante para el prevalimiento del Derecho.

La prevención estabilizadora de este modo —continúa LUZÓN— «se entendería como un aspecto secundario y derivado del de la intimidación general, o lo que es lo mismo, se convertiría en la consecuencia de su eficacia»¹⁹⁶. Abandonaría su autonomía —y con ellos sus propias exigencias— para ser un elemento ineludiblemente vinculado al as-

¹⁹¹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 52.

¹⁹² MUÑOZ CONDE, F., «Culpabilidad y prevención en Derecho penal», *CPC*, n.º 12, 1980, p. 53.

¹⁹³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 214.

¹⁹⁴ LUZÓN PEÑA, D. M., «Antinomias penales y medición de la pena», op. cit., p. 604.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, p. 35.

pecto intimidatorio, y en consecuencia se daría cabida a todas las consideraciones preventivo-especiales, a fin de poder disminuir, sustituir, suspender e, incluso renunciar a toda pena¹⁹⁷. A nuestro criterio esta es la opción más racional. Porque —estamos con DEMETRIO— lo que define al Derecho penal no es precisamente este efecto pacificador colateral y secundario, si es que finalmente se da, sino otro muy diferente consistente «en la aplicación de un mal al individuo como una amarga necesidad, cuya pretensión es prevenir mediante la amenaza de la pena la comisión de futuras infracciones penales y por tanto lograr la protección de bienes jurídicos»¹⁹⁸.

En resumen, sí a la prevención general pero con puntualizaciones. Para comenzar, su rendimiento no puede observarse —tal y como nos recuerda HASSEMER— al margen del resto de los mecanismos de control social, ya que es evidente, según sus propias palabras, «una correlación directa entre la impregnación en el orden social de los valores defendidos por la norma y el grado de penetración y difusión del efecto intimidante de la pena»¹⁹⁹. Y, por otro lado, si nos dedicásemos a precisar su alcance, comenzaríamos advirtiendo, al igual que CÓRDOBA²⁰⁰ —y como ya hemos hecho en algún momento anterior—, de la mayor eficacia intimidatoria de la certeza en la imposición de la pena que el empecinamiento en su continua agravación. Porque pueden ser tanto o más intimidatorias las consecuencias económicas, sociales, profesionales o laborales del juicio penal que la propia imposición de la pena. Incluso, puede ser suficiente, a efectos de intimidación, con la posibilidad *ex ante* de que se llegara a imponer el *maximum* de la amenaza penal prevista legalmente.

Sea como fuere, el punto al que se llega es el mismo: siempre que se hable de prevención general —no importa la realidad en que ésta pretenda desarrollar sus efectos— se hace necesario hablar de límites a su inherente tendencia expansiva en la búsqueda desesperada de fines intimidatorios. Y es en este momento, en el mismo instante en que se buscan límites externos a su propia esencia, en el que entran a formar parte del juego preventivo otras consideraciones más específicas y cercanas al concreto sujeto delincuente —algo, por otra parte, coherente con los sistemas personalistas de los que partimos—. Esto es, se comienzan a adoptar criterios preventivo-especiales.

VI. LA PREVENCIÓN ESPECIAL

A) CONCEPTO

Su desarrollo moderno se debe a BINDING, quien, partiendo del fracaso de la amenaza abstracta que siempre supone la comisión de un nuevo delito, considera necesario justificar la pena con relación al sujeto que delinquirá. Para ello parte de considerar que la seguridad social, que se pretende lograr con toda medida de prevención, no se alcanza por

¹⁹⁷ LUZÓN PEÑA, D. M., «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», op. cit., p. 104.

¹⁹⁸ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op. cit., p. 77.

¹⁹⁹ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho pena*, op. cit., p. 392.

²⁰⁰ CÓRDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 64.

medio de una amenaza abstracta sino yendo a la fuente productora del delito; es decir, a la voluntad del delincuente.

Esta teoría, como utilitarista que es, no busca retribuir el hecho pasado, sino justificar la pena en el fin de prevenir nuevos delitos del autor²⁰¹, y su diferencia con la prevención general estriba en el hecho de que no se dirige a la colectividad sino a una persona determinada, al sujeto que ya ha delinquido, por lo que, en ocasiones, y debido al carácter personalista del fin pretendido por la pena, también se le denomina «prevención individual». Su pretensión, en definitiva, es evitar que aquel que delinquiró lo vuelva a hacer, y por ello —y de acuerdo con LUZÓN PEÑA²⁰² se convierte en una teoría imprescindible, como forma de evitar de delitos.

B) HISTORIA

Si nos apartamos de lejanos precedentes —que se encuentran incluso en PLATÓN—, podemos decir que la prevención especial surge en la Ilustración, y, aunque retrocede en el siglo XIX en favor de la retribución, renace con fuerza a finales de ese mismo siglo de la mano de tendencias como la «dirección modera» de Von LISZT y su escuela —en lo que a Alemania se refiere—; el correccionalismo en España con DORADO MONTERO²⁰³; y la Escuela Positiva en Italia con ALIMENA Y CARNEVALE. Unas bases en las que —transcribiendo a FERRAJOLI— «operan las voces autoritarias del nuevo, y ya consolidado, Estado liberal, y las totalitarias de los regímenes que resultaron de su crisis»²⁰⁴.

Las legislaciones claramente correccionales —como las derivaciones más importantes de la teoría de la prevención especial— se empiezan a manifestar a finales del XIX, cuando la filosofía ilustrada del castigar menos va cediendo paso al castigar mejor, pero no es sino hasta comienzos de el actual siglo XX que sus dictados son desarrollados ampliamente en Europa, y especialmente en torno al pensamiento resocializador. Una corriente que, a pesar del retroceso en favor de la retribución vivido en Alemania con motivo de la II Guerra Mundial, se acoge con ímpetu en el resto de los países gracias al Movimiento Internacional de la Defensa Social, muy vinculado a figuras como GRAMÁTICA en Italia o MARC ANCEL en Francia²⁰⁵.

Su punto álgido llega en los años sesenta con una de sus expresiones más acabadas, precisamente, en el Proyecto Alternativo alemán, redactado por un grupo de profesores alemanes, como alternativa «progresista» al Proyecto Oficial de Código penal de 1962, y

²⁰¹ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», *op. cit.*, p. 15.

²⁰² LUZÓN PEÑA, D. M., «Antinomias penales y medición de la pena», *op. cit.*, p. 614.

²⁰³ DORADO MONTERO, P., *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1915, p. 59.

²⁰⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 264.

²⁰⁵ Véanse GRAMÁTICA, F., *Principios de defensa social*, traducción castellana de J. Muñoz y Núñez de Prado y Zapata Aparicio, Montecorvo, Madrid, 1974; ANCEL, M., *La nueva defensa social. Un movimiento de Política criminal humanista*, en la traducción castellana de su 1.ª edic por Blasco Fernández Moreda y Delia García Daireaux, *La Ley*, Buenos Aires, 1961, pp. 126 y ss.

claramente influenciado por Von LISZT²⁰⁶. A partir de aquí, su expansión es imparable —impregnando toda Latinoamérica y suponiendo una constante en la práctica penal estadounidense—²⁰⁷, apoyada, sobre todo, en el positivismo criminológico y su opción por el estudio de las causas de criminalidad, con el consiguiente traslado de los efectos de la pena sobre el delincuente, y en concreto la peligrosidad que con su hacer delictivo ha demostrado²⁰⁸.

C) CLASES

La doctrina de la prevención especial no es, en todo caso, única, sino que en ella cabe distinguir, siguiendo a FERRAJOLI²⁰⁹, tres tendencias: la doctrina moralista de la enmienda —de la que tenemos testimonio en nuestro país gracias a Concepción ARENAL²¹⁰—; la naturalista de la defensa social —que nace con la escuela positiva italiana de LOMBROSO, GAROFALO y FERRI²¹¹—; y la doctrina teleológica de la diferenciación de la pena que Franz Von LISZT (1851-1919) expuso en su célebre *Programa de Marburgo* (1882)²¹². En cualquier caso, es por esta última opción por la que desde aquí nos decantamos —por supuesto con las matizaciones que ya iremos estudiando—, por estimar, de nuevo junto a FERRAJOLI, que se haya menos condicionada por presupuestos filosóficos que las de la enmienda y la defensa social²¹³.

Según esta visión teleológica —cuya idea de fin como motor de la ciencia del Derecho ya fue adelantada, en su momento, por IHERING—, la función de la pena y la del Derecho penal es proteger bienes jurídicos, incidiendo en la personalidad del delincuente a través de la pena, y con la finalidad de que no vuelva a delinquir. Opción ésta que, sin em-

²⁰⁶ La discusión de este Proyecto Alternativo conectó directamente con Von LISZT y su *Programa de Marburgo*, y lo que más les llamó la atención a los redactores del proyecto fue la concepción que este autor hacía de las tareas del Derecho penal, como respuesta dual a la práctica —o lucha contra el delito— y a la exigencia de garantía —límites del poder punitivo estatal—. Vid. en ROXIN, C., «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo», en *Problemas básicos de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 59. O lo que es lo mismo, y ahora en palabras de CUELLO, la perfecta armonía entre el Estado de Derecho —con las ideas ilustrado-liberales que le subyacen— y las ideas socialistas que conciben a la resocialización como límite de la pena. Vid. en CUELLO CONTRERAS, J., «La ideología de los fines de la pena», *ADPCP*, n.º 33, 1980, p. 427.

²⁰⁷ Vid. *infra*, Capítulo III, apartado II.B.

²⁰⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 24.

²⁰⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 268.

²¹⁰ Véanse ARENAL, C., *Estudios penitenciarios*, Vol. I (Obras completas), Suárez, Madrid, 1895, pp. 276 y ss., y FERNÁNDEZ ALBOR, A., «Los fines de la pena en Concepción Arenal y en las modernas orientaciones penitenciarias», *REPen*, n.º 180-181, enero-junio, 1968, pp. 21 y ss.

²¹¹ Véase FERRI, *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*, trad. por Pérez Oliva, Madrid, 1887, p. 15.

²¹² En la obra de LISZT, publicada originalmente como *Programa de Marburgo* en 1882, y en su trabajo posterior, *La idea de fin en el Derecho penal*, Traducción de Enrique Aimone Gibson, Edeval, Valparaíso, 1984, se exponen sus ideas principales sobre el tema relativo al fin de la pena con importantes anotaciones hechas por Rivacoba en su prólogo.

²¹³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *op. cit.*, p. 268.

bargo, no es unitaria, sino que se subdivide en dos grandes posibilidades, cuya diferenciación está basada en las distintas formas de actuar preventivamente según el tipo de delincuente de que se trate:

— *Prevención positiva (o resocializadora)*, que, como hemos dicho, persigue la resocialización del delincuente a través de su corrección; y,

— *Prevención negativa (o inocuizadora)*, que, por su parte, busca tanto la intimidación, o inocuización a través de la intimidación —del que aún es intimidable—, como la inocuización mediante la privación de libertad —de los que no son ni corregibles ni intimidables—. Comencemos por esta última.

D) LA PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA

En lo que respecta a la prevención especial en su modalidad negativa no vamos, ni tan siquiera, a dedicarle un apartado específico en esta elaboración, y de entrada la deseamos por motivos que, creemos, son evidentes.

Para tan tajante afirmación baste con recordar que su fin se halla en neutralizar la posible nueva acción delictiva, de quien en algún momento anterior ya ha delinquido, a través de su inocuización o intimidación. O lo que es lo mismo, pero con expresiones más populares, busca el evitar la reincidencia a través de técnicas —al mismo tiempo tan «eficaces» como «discutibles»— tales como la pena de muerte, la desaparición, el encierro, el aislamiento e, incluso, la intervención corporal o psicológica. Lo cual, es evidente, más que servirle de límite al *ius puniendi* estatal —como algo deseable de toda teoría de la pena—, favorece la pena indeterminada, supeditando la duración del tratamiento a la definitiva corrección del delincuente, por no hablar de las «soluciones rápidas» que, de entrada, ni tan siquiera persiguen tal corrección.

Por supuesto que nadie puede negar su efectividad en el logro de sus fines —cuyos resultados, para variar, pueden inclusive comprobarse empíricamente—, sin embargo la objeción ética es contundente. Nos situamos ante una nueva versión de Derecho penal retributivo coherente con sistemas autoritarios, y por tanto disidentes respecto a modelos de Estado liberales como los que ahora nos ocupan.

Descartada, por consiguiente, la prevención especial negativa intimidatoria o inocuizadora pasamos a abordar su versión positiva, también denominada correctora o resocializadora.

VII. PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA. LA RESOCIALIZACIÓN

A) SÍNTESIS HISTÓRICA DEL OBJETIVO RESOCIALIZADOR

Es en el último tercio del siglo XIX cuando, como hemos visto, va adquiriendo mayor importancia la idea de superar el viejo derecho castigador y represor, para pasar a un Derecho orientado al tratamiento del delincuente. Esta perspectiva positiva, o resociali-

zadora, de la prevención especial parte, a juicio de SILVA²¹⁴, tanto de la necesidad del acudimiento a la pena, como de la convicción —apoyada en la Criminología crítica— de que el delito responde a causas empíricas puestas de manifiesto en la personalidad del sujeto, y cuya remoción con medios científicos llevarían a la desaparición de tal actuación delictiva²¹⁵. Es por ello que se aboga por una pena dirigida al tratamiento del propio delincuente, con el propósito de incidir en su personalidad a efectos de evitar su reincidencia.

Tratamiento adaptado, en todo caso, a las diversas interpretaciones que de éste se han barajado. O lo que es lo mismo, acomodado a los diferentes puntos de vista aportados por las distintas corrientes doctrinales del momento, y que van, como ya hemos adelantado, desde las perspectivas radicales de la *Scuola Positiva* italiana —con su pretendida sustitución de la pena por la medida de seguridad—, hasta el *correcionalismo* español, con DORADO MONTERO a la cabeza y su utópico «derecho protector de criminales»²¹⁶ —donde parten de la imagen del hombre como ser inválido, disminuido e incapaz de tomar decisiones por sí mismo y del delito, en consecuencia, como materialización de ese déficit o trastorno del proceso de socialización—. No obstante, aunque las premisas son distintas, la meta siempre es la misma: sustituir el castigo por el tratamiento, la cárcel por el centro terapéutico²¹⁷. Es decir, sin abandonar la propuesta humanizadora iniciada por BECCARIA, se pretenden sustituir los sistemas de penas por sistemas de tratamiento. Tendencia que, si bien no ha prosperado, ha servido, sin embargo, para imponer una concepción de las sanciones penales como medios de tratamiento, encaminados, claro está, a la prevención especial.

Es en la II Guerra Mundial, en todo caso, cuando la ideología del tratamiento alcanza su punto álgido, y se recoge en la mayoría de las legislaciones como una modalidad de prevención especial de carácter positivo, dirigida a proporcionar al reo los medios que le capaciten para una vida futura sin delitos. Los horrores de la guerra y el abuso del Derecho penal en el castigo, e incluso eliminación, de grupos humanos enteros, contribuyeron de forma decisiva al renacimiento de las ideas humanitarias y a la configuración de un Derecho penal más humano dirigido a la resocialización antes que al castigo²¹⁸. En algunos países como Estados Unidos o Escandinavia inclusive se llega especialmente lejos, y en

²¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 27.

²¹⁵ La Justicia —señala BUSTOS RAMÍREZ— es una justicia de clases y, por consiguiente, las leyes penales son expresión del poder de una clase que no pueden recaer sobre ella, sino sobre la clase sometida. Vid. en BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 17.

²¹⁶ DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales*, op. cit.

²¹⁷ Mientras el *correcionalismo* de DORADO MONTERO pretendía convertir al Derecho penal en un «Derecho protector de los criminales», que fue la causa principal de su fracaso, el *Positivismos criminológico* llevó los principios de la prevención especial a su última consecuencia: sustituir las penas por las medidas de seguridad, con lo cual rechazaba a la pena. Por su parte, Von LISZT, con su eclecticismo, situó al delincuente en el centro del Derecho penal y a la pena como institución que se dirige a su corrección o aseguramiento. O lo que es lo mismo, respetó la propia existencia de la pena con lo que pudo influir en las teorías penales y en las reformas del siglo actual. Vid. en MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 53.

²¹⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, op. cit., p. 90.

los años cincuenta y sesenta las probabilidades, más o menos ciertas, que de resocialización puedan existir, dominan la determinación del contenido y duración de las penas privativas de libertad, y, en muchos casos, la decisión de si éstas pueden sustituirse o no por otras medidas o «programas».

En su versión más radical —sustitución de las penas por las medidas de seguridad, o de corrección, no sujetas a los límites de la pena sino sólo pendientes de la peligrosidad del sujeto, que responden a la imagen lombrosiana del hombre-delincuente— no se ha impuesto en la Europa occidental. Pero eso no pasó con su versión matizada —la de su conservación junto a las medidas de seguridad, pensadas también con fines preventivo-especiales—, la cual se impuso mayoritariamente, y sobre todo en Francia e Italia con el *Movimiento de la Nueva Defensa social* —con una imagen más realista del hombre sin que se le considere ni peligroso, ni inútil—. Esta corriente doctrinal, nacida con la creación por GRAMÁTICA, en 1945, del Centro Internacional de Estudios de Defensa Social, y difundida posteriormente por Marc ANCEL —con quien alcanza su máximo apogeo—, asienta sus principios programáticos en la orientación hacia la lucha contra el delito y la resocialización del individuo.

La resocialización aparece como la finalidad de la pena-tratamiento, y ésta a su vez como parte de la acción de protección social en la lucha contra la criminalidad²¹⁹. En las actuales legislaciones su influencia es directa, y ha provocado la introducción en ellas de instituciones que permiten suspender, e incluso no imponer, la pena privativa de libertad en delitos poco graves. Un hacer que responde —de acuerdo con CÓRDOBA—²²⁰ a la convicción actual de que tratar a un individuo no consiste en curarle, como si de un enfermo se tratara, sino en aplicar ciertos métodos psicosociales, con vistas a moderar su sistema de valores, para lo cual puede resultar más idóneas las medidas llevadas a cabo en régimen de libertad que las interpuestas en su privación. Se deja de hablar de «mejora», «corrección» o «reeducación», para comenzar a hablarse de «resocialización», como la función más importante a llevar a cabo por el sistema penitenciario en su conjunto. Sin embargo, no todo es tan idílico como desde la escritura de estas líneas pudiera parecer. Como ocurre casi siempre, la realidad dista mucho de lo que aparece sobre el papel, y la doctrina preventivo-especial no es ninguna excepción a tal regla. Su versión positiva, o resocializadora, también se ve atacada desde los más variados frentes.

B) CRÍTICAS A LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA

Para empezar, esta concepción, al igual que la retribución, tampoco delimita el *ius puniendi* en lo que a su contenido se refiere, ya que —como nos dice ROXIN— «no sólo todos somos culpables, sino que además todos necesitamos corregirnos»²²¹. Se trata, pues,

²¹⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, J., «El tratamiento penitenciario resocializador», en AA.VV., DIEGO DÍAZ-SANTOS-FABIÁN CAPARRÓS (Coord.), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 96 y 97.

²²⁰ CÓRDOBA RODA, J., «La pena y sus fines en la Constitución», *op. cit.*, pp. 563 y 564.

²²¹ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», *op. cit.*, p. 15.

de una teoría que no está en condiciones de garantizar de forma apropiada los derechos del inculcado frente a los abusos de la autoridad. Implica una especie de «deslizamiento hacia el Derecho penal de autor»²²², lo cual, aparte de prestarse a arbitrariedades en la *praxis*, favorece la pena indeterminada, supeditando la duración del tratamiento a la definitiva corrección del delincuente²²³.

En este sentido —y de acuerdo con FERRAJOLI— nos situamos ante unas teorías perfectamente coherentes con las culturas autoritarias que las informan. Las doctrinas correccionalistas han sido, por tradición, las preferidas por los sistemas totalitarios, donde «se han justificado modelos y prácticas penales ilimitadamente represivos, paternalistas y de manipulación violenta de la personalidad del condenado»²²⁴. Bástenos para ello con recordar las atrocidades cometidas en los campos de concentración nazis, los penales soviéticos o las escuelas de reeducación de la China popular.

Asistimos, en definitiva, a la justificación de un programa político-criminal autoritario y clasista, que defiende la indeterminación de la pena —tal y como ya se reclamó en los Estados Unidos al inaugurarse la «*new penology*», basada en la práctica de la «*non fixed sentence*»—, y en cuyas raíces está el Movimiento de Defensa Social como corriente moderada que ya no pide la desaparición del Derecho penal²²⁵.

Por otra parte, ya en un segundo término, y por si todo lo anterior se tornara insuficiente, esta teoría elevada a su máximo exponente puede llegar a concebir desproporciones, realmente paradójicas, entre el delito cometido y la pena a imponer. En este sentido —y así lo advirtió Von LISZT en su momento—²²⁶, podría llegar a justificar, de un lado, una pena mínima —o inclusive, la no-imposición de pena alguna— en caso de delitos graves pero no susceptibles de repetición; y, de otro, llegar a concebir como justo la aplicación de enormes penas en delitos de pequeña o mediana gravedad y, sin embargo, reincidentes. Descompensaciones que son la consecuencia de una pena orientada únicamente a fines preventivo-especiales. Porque una pena así concebida no está interesada en la gravedad del delito, no está vinculada al *quantum* del daño social, sino que únicamente tiene en cuenta la posibilidad de que el delincuente vuelva a delinquir en un futuro más o menos próximo.

A raíz de todo esto, y como pequeño anticipo de lo que veremos mas adelante, se hace necesario, tal y como ha puesto de relieve JAKOBS²²⁷ —y que se puede hacer extensivo a la generalidad doctrinal—, el arropamiento de los efectos secundarios de la prevención general, por considerar imprescindibles sus efectos limitadores, y de este modo evitar, en

²²² CURY URZUA, E., «La prevención especial como límite de la pena», *ADPCP*, n.º 41, 1988, pp. 686 y ss.

²²³ En este punto ROXIN critica tajantemente a LISZT, para el cual la sentencia indeterminada era viable y su duración debía regirse, no por el hecho, sino solamente «según que se haya conseguido o no el fin de la pena perseguido en el caso concreto, es decir, según la eficacia de la ejecución de la pena». *Vid.* en ROXIN, C., «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo», *op. cit.*, p. 62.

²²⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 273.

²²⁵ GARCÍA RIVAS, N., *La potestad punitiva en el Estado democrático*, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

²²⁶ LISZT, V., *La idea de fin en el Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

²²⁷ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 29 y ss.

la medida de lo posible, estas enormes desproporciones a que llevaría la búsqueda en solitario de los efectos preventivo especiales de la pena.

C) A MODO DE CONCLUSIÓN: LA ACEPTACIÓN DE UN FIN PREVENTIVO-ESPECIAL, PERO CON LÍMITES

Cierto es que la teoría de la prevención especial no justifica el Derecho penal si se toma de forma unitaria y absoluta, sin embargo la pretensión no es, ni mucho menos, la de rechazarla o descalificarla, sino la de someterla a estrictos límites que impidan su tendencia expansiva. Límites que vienen dados por la prevención general y, como veremos, también por los principios inherentes al modelo de Estado del que se parte ²²⁸.

La propia prevención especial no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias, porque no explica la punibilidad de sus delitos sin peligro de repetición, y porque la idea de adaptación social forzosa mediante una pena no contiene en sí misma su legitimación, sino que necesita de fundamentación jurídica a partir de otras consideraciones. La disyuntiva por ello está en su adopción como fin único a perseguir por la pena sin aspirar a fines preventivo-generales, centrándose de forma desmedida en la ideología del tratamiento, cuyo pilar se sitúa en la pena privativa de libertad indeterminada, indudablemente incompatible con la humanidad y garantías propias de un Estado de Derecho ²²⁹.

El fin resocializador no puede ofrecer una respuesta global a la justificación de la pena, puesto que en algunos casos ésta no será necesaria, en otros no será posible, y, finalmente, habrá otros casos en que no será lícita, y no obstante sería absurdo declarar la impunidad del sujeto ²³⁰. Eso significa que han entrado a formar parte del juego penal otras consideraciones, las consideraciones preventivo-generales. La intervención del Derecho penal sigue dependiendo de su necesidad para la protección de bienes jurídicos, o, lo que es lo mismo, para la prevención general. Porque, de acuerdo con MIR, «hay que evitar el eufemismo y reconocer que no es el bien del delincuente, sino la necesidad de protección social, lo que justifica la intervención penal» ²³¹. Por tanto, si al ideal resocializador pero en límite recíproco con la prevención general.

D) VALORACIÓN CRÍTICA FINAL DE LAS TEORÍAS MONISTAS

La conclusión es, pues, sencilla: ninguna teoría de la pena puede, por sí sola y tomada de forma absoluta, justificar la imposición de una pena y, con ello, legitimar la propia existencia del Derecho penal. Como hemos podido comprobar, mientras que unas, tomadas *ad extremis*, conducen al terror penal, al endurecimiento desmesurado de las penas; las

²²⁸ Vid. *infra*, Capítulo II. Apartado IV.C.

²²⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 28 y ss.

²³⁰ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 55.

²³¹ MIR PUIG, S., «¿Qué queda en pie de la resocialización?», en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., p. 148.

otras, asidas del mismo modo, pueden incitar al tratamiento desigual y a la asunción de penas indeterminadas.

Es lógico, a raíz de todo esto, que ROXIN ²³² califique a las teorías monistas de necesariamente falsas. Lógico cuando, a tenor suyo —y ahora también al nuestro—, la relación estricta entre el particular con la comunidad y con el Estado, sobre la base de un único principio ordenador, tiene como consecuencias forzosas la arbitrariedad y la falta de libertad. La pureza del modelo satisface formalismos pero no logra abarcar toda la complejidad de los fenómenos. Este ha sido el principal motivo por el cual, sobre todo en los últimos tiempos, han proliferado multitud de teorías mixtas —también denominadas *eclécticas*— de rasgos diferentes, y a cuyo estudio nos enfrentamos a continuación.

VIII. TEORÍAS MIXTAS O ECLÉCTICAS

A) CONCEPTO E HISTORIA

Su origen más remoto se encuentra en ARISTÓTELES —quien ya diferenciaba claramente las dos caras represiva y retributiva de la pena— y TOMÁS DE AQUINO. Más tarde fueron sustentadas por los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI a XVIII —claramente influenciados por Tomás de Aquino—, acogidas por PACHECO ²³³, la escuela correccionalista española —con SILVELA y Concepción ARENAL— y, actualmente, son las dominantes en la doctrina penal española ²³⁴. No obstante, preferimos remontar su moderna concepción a LISZT y al anuncio que éste hizo de la «doble vía del Derecho penal» ²³⁵. Se trata, en cualquier caso, de teorías que se construyen fundamentalmente a partir de MERKEL y Von HIPPEL, y que pretenden unir los fines retributivos y los preventivos, debido a la insostenibilidad en exclusiva de cualquiera de ellos ²³⁶.

²³² ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», op. cit., p. 33.

²³³ PACHECO, *Estudios de Derecho penal*, 5.ª edic., Madrid, 1887, pp. 241 y ss.

²³⁴ ANTÓN ONECA, A. J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, op. cit., pp. 93 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal II*, 4.ª edic., edit. Losada, Buenos Aires, 1964, pp. 120 y ss.; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho penal I. Parte general*, Vol. II, 18.ª edic. 1981, pp. 714 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, G., *Curso de derecho penal, I*, Madrid, 1963, pp. 475 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad», *RGLJ*, Reus, Madrid, 1965, pp. 10 y ss.; BERISTAIN IPIÑA, A., «El catolicismo ante la pena de muerte», en AA.VV., *Pena de muerte. 6 respuestas*, Universidad de Valladolid, 1975, pp. 163 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 35 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª edic. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 22 y 23; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, op. cit., pp. 88 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Problemas y tendencias actuales de la Ciencia penal», en *Estudios penales*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 128 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 631 y ss.

²³⁵ Doble vía, porque comienza reconociendo la naturaleza retribucionista de la pena, pero la simultanea más tarde con la necesidad de aplicar determinadas medidas preventivas en determinados tipos de delincuentes, con el fin de evitar la comisión de nuevos delitos. Vid. en ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., p. 24.

²³⁶ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 34 y ss.

Estas composiciones doctrinales —escribe ARROYO GUTIÉRREZ— tratan de conciliar el carácter, o naturaleza, esencialmente retributivo de la pena, con la finalidad de utilidad social o individual²³⁷. Parten, en definitiva, de una pena con esencia retributiva, a la que posteriormente le otorgan fines preventivos. Luego, es lógico que bajo su manto, y siempre que el término ecléctico se tome de forma amplia, SILVA²³⁸ incluya a la mayoría de las teorías retributivas presentadas en los últimos tiempos —entre las que encuentra perfecto acomodo la prevención general positiva—, y a todas aquellas doctrinas que partiendo de un fundamento preventivo, pretenden limitarlo con un sinnúmero de principios ajenos a la lógica preventiva. Pasemos, no obstante, a encarar su clasificación.

B) CLASES

Dentro del grupo conformado por estas doctrinas cabe asimismo apreciar dos subgrupos: el compuesto por las teorías denominadas como *aditivas* (o *unificadoras*), y aquel en cuyo seno se localizan las conocidas como *dialécticas*.

1. Teorías aditivas o unificadoras

El primer subgrupo lo conforman, como hemos adelantado, las denominadas *teorías aditivas o unificadoras*, que cabría conceptuar —tal y como lo hace ROXIN— como «aquellas fundamentaciones teóricas que, con criterios completamente estáticos, se limitan a acumular en una mera adición los puntos de vista particulares de las distintas opciones, sin establecer ningún orden entre ellos»²³⁹. Todo lo cual —advierte este mismo autor—, o no quiere decir nada —y es por tanto superfluo—, o si se les toma al pie de la letra son extremadamente peligrosas, pudiendo conducir a una ampliación del campo de actuación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo, y donde los efectos de cada teoría, lejos de suprimirse entre sí, se multiplican. Se asiste, en definitiva, a una indeterminabilidad de la pena, donde los defectos de una teoría no pueden suplirse con los de la otra porque se limitan a sumarse.

En este punto las opiniones, nuevamente, se vuelven a dividir, y las discrepancias surgen con base en dos grandes motivos. De una parte, la determinación de la relación entre la proporcionalidad del delito con la pena y las necesidades de prevención, y, de otra, la relación en que, finalmente, deben ser concebidas ambas prevenciones —general y especial.

a) La postura tradicional

Los que se adhieren a esta concepción ven en la retribución el fundamento de la pena, y donde los fines preventivos únicamente poseen un papel secundario. Es la conocida como posición conservadora.

²³⁷ ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., p. 24.

²³⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 201 y 202.

²³⁹ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», op. cit., pp. 19 y 20.

Para esta argumentación, la función de protección de la sociedad, de una parte, ha de basarse en la función de realización de Justicia, y, de otra, tenderá a destacar la prevención general sobre la especial, por tratarse de una finalidad implícita a la propia retribución, con la consiguiente creencia de que la mejor forma de satisfacer dicha Justicia será precisamente a través de la pena justa²⁴⁰. Es decir, según esta visión, el Derecho penal está llamado a cumplir dos funciones: una de realización de Justicia y otra de protección de la sociedad; o lo que es lo mismo, de retribución y de prevención²⁴¹. Es la posición representada por el Proyecto oficial del Código penal alemán de 1962.

b) La postura moderna

Los allegados a esta postura son aquellos que fundamentan la pena en la defensa de la sociedad, o protección de bienes jurídicos, y, en consecuencia, a la retribución le atribuyen tan sólo una función de limitación de las exigencias preventivas. Es el denominado sector progresista.

Para sus seguidores, la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, donde la gravedad del hecho y la culpabilidad de su autor sólo ejercen como límites al ejercicio de esa función. Se le comienza a dar importancia a la prevención especial y, en consecuencia, se menciona la reincorporación del delincuente a la sociedad como finalidad de la pena junto a la protección de bienes jurídicos —o prevención general²⁴²—. A su juicio, la retribución de la culpabilidad reduciría su papel al de límite máximo, por lo que es factible, con arreglo a las finalidades anteriores, el disminuir, o incluso prescindir de pena, por debajo de lo que exige la retribución. Es la versión llevada a cabo por el grupo de profesores alemanes padres del Proyecto Alternativo, y que sustenta, en definitiva, como única función de la pena, la función de protección —la función preventiva—²⁴³.

Las propuestas, como hemos podido estimar, son de lo más variado, pero ninguna de ellas, en última instancia, le da una solución favorable al problema. Todas ellas finalmente, y de acuerdo con MUÑOZ CONDE, se limitan a buscar una solución de compromiso en la lucha de Escuelas y, como tal solución de compromiso, «desembocan en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie»²⁴⁴.

c) El problema de las antinomias de la pena

Entre las diversas teorías de la pena se da el problema tradicionalmente conocido como «antinomias de la pena», o lo que es lo mismo, el reflejo de una evidencia: el he-

²⁴⁰ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, op. cit., p. 73.

²⁴¹ En este sentido, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción*, op. cit., p. 26 y ss., y GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, op. cit., pp. 60 y 61.

²⁴² MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, op. cit., p. 73 y ss.

²⁴³ MIR PUIG, S., *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 57.

²⁴⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, op. cit., p. 35.

cho de que los distintos fines de la pena persiguen cosas distintas y proceden de mundos distintos por lo cual descansan en distintos presupuestos²⁴⁵. Es por todo ello que al afrontar las teorías unificadoras a lo único que asistimos, finalmente, es a un grupo de teorías que, si bien limitan los aspectos negativos de cada una de las teorías preexistentes, fracasan en la resolución de la colisión a que generalmente llegan las consideraciones preventivo-generales y las exigencias de la culpabilidad o de la prevención especial²⁴⁶.

Son composiciones doctrinales que —de acuerdo con HASSEMER—²⁴⁷ ofrecen distintas posibilidades pero ninguna recomendación fundada, y, en consecuencia, no están en condiciones de dar una orientación y una fundamentación consistente a las finalidades de la pena. Construcciones teóricas que, en todo caso, para nada constituyen el punto final de la discusión sobre las teorías de la pena, al infravalorar al Derecho penal como institución garantística, limitándose más bien —denuncia ROXIN—²⁴⁸ a reproducir las insuficiencias de las teorías monistas. Sólo por ello son, de entrada, rechazables²⁴⁹. ¿Cuál sería entonces la solución? ¿Quizás viene ésta de la mano del segundo subgrupo de las teorías eclécticas, esto es, de las denominadas teorías dialécticas?

2. Teorías dialécticas

Este grupo de teorías viene conformado por todas aquéllas que, recurriendo a criterios dinámicos, asignan a cada uno de los momentos de la pena —conminación legislativa, aplicación judicial y ejecución penitenciaria— fines parcialmente diferentes. Buscan diferenciar y cohesionar a un tiempo los fines de prevención general y de prevención especial en cada uno de los estadios de la norma²⁵⁰, pero siempre —y este es el criterio diferenciador— con aspiraciones superadoras del planteamiento yuxtapositivo que de los fines de la pena hacen las doctrinas aditivas o unificadoras²⁵¹. Se pasa de una concepción unitaria de la pena, independiente de los distintos momentos en que esta opera, a una perspectiva diferenciadora que distingue la función de la pena en cada uno de ellos²⁵². Este y no otro es, exactamente, el contexto elegido por ROXIN para desarrollar su *Teoría unificadora dialéctica*²⁵³.

²⁴⁵ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 359 y ss.

²⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 201 y 202.

²⁴⁷ HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 161.

²⁴⁸ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», op. cit., p. 19.

²⁴⁹ La realidad, sin embargo, dista mucho de este rechazo. Actualmente son las teorías dominantes en nuestro país, donde de forma casi general se estima que la retribución, la prevención general y la prevención especial son distintos aspectos del complejo fenómeno que constituye la pena. Vid. en MIR PUIG, S., *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 56. La explicación, a juicio de BERDUGO, cabe focalizarse tanto en la dificultad que siempre plantea el elegir una única opción de las hasta ahora estudiadas, como en el abandono que hasta época reciente ha sufrido la prevención general como objeto de estudio por parte de la doctrina. Vid. en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. alt., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 27.

²⁵⁰ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 40.

²⁵¹ MIR PUIG, S., *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 58.

²⁵² MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, op. cit., p. 74.

²⁵³ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», op. cit., pp. 19 y 20.

C) LA TEORÍA UNIFICADORA DIALÉCTICA DE ROXIN

1. Concepto

ROXIN, ante el fracaso de las teorías de la unión, desarrolla en 1966 su «teoría unificadora dialéctica», que, con el fin de evitar la exageración unilateral, dirige sus esfuerzos a buscar las conexiones entre prevención general y prevención especial, mediante restricciones recíprocas, y a partir de la delimitación de los sucesivos estadios de la norma —conminación, aplicación judicial y ejecución—²⁵⁴.

Para la elaboración de esta concepción, ROXIN parte de qué es la prevención en sus dos vertientes —general y especial— la que debe afrontar la pena en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, pues ambas aparecen como adecuadas a la meta última de posibilitar la vida en sociedad mediante la prevención de delitos²⁵⁵. Una conexión de fines preventivos que, en sus propias palabras, «se puede denominar dialéctica en tanto que acentúa lo antitético de los diversos puntos de vista e intenta reunirlos en una síntesis [...]. Una teoría de la pena que no quiera quedarse en la abstracción o en propuestas aisladas, sino que pretenda corresponder a la realidad, tiene que reconocer esas antítesis inherentes a toda existencia social para poderlas superar [...]. Tiene que crear un orden que muestre que un Derecho penal en realidad sólo puede fortalecer la conciencia jurídica de la generalidad en el sentido de la prevención general, si al mismo tiempo preserva la individualidad de quien le está sometido»²⁵⁶.

A su juicio, por tanto, la misión del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestación de servicios, mediante una prevención general y una prevención especial que salvaguarden la personalidad en el marco señalado por la medida de la culpabilidad individual²⁵⁷. Una función para cuyo cumplimiento el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres formas: amenazando, imponiendo y ejecutando penas. Etapas individuales en la vida de la pena que deben tener una justificación por separado, pero sin olvidar que cada fase ha de acoger en su seno los principios de la fase que le precede. «No se trata de una tajante distinción por fases, sino de una ponderación diferenciada» —escribe literalmente—²⁵⁸. Para ello, y siguiendo a PALAZZO²⁵⁹, habrá que comenzar por individualizar a qué fines de la pena, y con qué límites, debe darse prioridad en cada una de ellas, pero sin establecer *a priori* ninguna jerarquía precipitada —ni siquiera a favor del fin reeducador—. Una tarea que, al menos a grandes líneas, abordamos a continuación.

²⁵⁴ Es la diferenciación que en su momento propusieron ROXIN y SCHMIDHÄUSER, y que es aceptada, entre otros, por MIR, MUÑOZ CONDE y LUZÓN.

²⁵⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. alt., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 27.

²⁵⁶ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», op. cit., p. 34.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 33.

²⁵⁸ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, traduc. y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Vicente Remesa, Cívitas, Madrid, 1997, p. 97.

²⁵⁹ PALAZZO, F., «La pena en la Constitución italiana», *DPC*, Vol. XVIII, n.º 57-58, p. 113.

2. Fines de la pena en cada una de sus fases

a) Conminación penal o elaboración legislativa (amenaza)

En esta primera etapa de fijación por la ley, de forma general y abstracta, de la pena correspondiente a cada delito, se considera que sólo tienen cabida fines preventivo-generales, que se satisfacen a través de una cantidad de pena establecida en un marco penal, dentro del cual se produce la concreción de dicha cantidad en las siguientes fases²⁶⁰. Prevención general sí, «pero no como finalidad vacía —advierte ROXIN—, sino como un instrumento únicamente al servicio de la función de protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas fundamentales»²⁶¹. Pero, ¿y la prevención especial? ¿Tiene también cabida en esta fase de la vida de la pena?

En principio, el orden natural de las cosas nos impide hablar aún de prevención especial, porque todavía no hay sujeto delincente a quien aplicar la pena; únicamente se está elaborando la norma que en el futuro se ha de aplicar. No obstante esto hay quienes, como LUZÓN²⁶², también avistan aquí una cierta orientación preventivo-especial, puesto que ya en esta fase se prevé el marco de juego de tal orientación —y, más concretamente, en el seno de las reglas de la determinación de la pena que luego aplicará el juez en la fase siguiente—²⁶³.

Este es el motivo por el cual MUÑOZ CONDE²⁶⁴, compartiendo esta visión, incita al legislador a tener en cuenta los efectos que la pena pueda producir en el individuo, procurando evitarlos, en la medida de lo posible, a través de figuras e instituciones orientadas a la prevención especial, y dentro de ellas a la reinserción, o al menos a la no desocialización, con la previsión correspondiente de medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Una ineludible orientación hacia las consecuencias jurídicas del delito, porque, de

²⁶⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

²⁶¹ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», *op. cit.*, p. 21 y ss.

²⁶² LUZÓN PEÑA, D. M., «Antinomias penales y medición de la pena», *op. cit.*, p. 619.

²⁶³ En el caso español, como ejemplo, cabría hablar de los arts. 66 y siguientes del Código penal, donde el legislador adopta una orientación claramente preventivo-especial, en las reglas de juego de la aplicación y determinación de la pena, al usar expresiones como «la atención a las circunstancias personales del delincente». Una orientación ya establecida constitucionalmente en el art. 25.2, respecto de las penas y medidas de seguridad, y que por ello no puede ser desatendida ni por el legislador, ni por el juez, ni por la Administración penitenciaria. En un sentido similar se mueven los códigos penales centroamericanos, dado que todos, salvo el nicaragüense —que en su art. 78 no hace ninguna referencia a las circunstancias que envuelven al autor, limitándose a hablar de su culpabilidad y peligrosidad—, a la hora de señalar las condiciones a tener en cuenta por el juez en la individualización de la pena, hacen referencia a expresiones como «las condiciones personales del sujeto activo» (art. 71 del C.P. costarricense y art. 56 C.P. panameño), «las circunstancias económicas, sociales y culturales del autor» (art. 63 C.P. de El Salvador) o a la de «antecedentes personales del culpable» (art. 68 C.P. Honduras y art. 65 C.P. Guatemala). El PCP nicaragüense, de su lado, y suponiendo en este aspecto una mejora frente a su predecesor, aparte de señalar en su art. 46 el carácter reeducativo de las penas, en los arts. 78 y ss. hace referencia a las circunstancias personales del sujeto a la hora de fijar la pena concreta.

²⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, *op. cit.*, p. 128.

acuerdo con GARCÍA ARÁN, «si se entiende la resocialización con un contenido mínimo de no desocialización, el propio sistema legal de penas debe favorecer que la ejecución no sea radicalmente contraria a tal objetivo»²⁶⁵. Y porque, en definitiva, si de lo que se trata es de desalentar al autor ante la comisión de nuevos delitos —estamos con JAKOBS—²⁶⁶, el Derecho penal debe configurarse de *lege ferenda* de modo que sirva a tal fin, prescindiendo, como mínimo, de aquellas penas en cuya ejecución aumenta la probabilidad de que vuelva a delinquir.

En esta fase resulta, por tanto, evidente e indudable el interés social en que se aproveche y oriente la pena a intentar conseguir ese fin preventivo-especial²⁶⁷. Pero esto no nos debe llevar a olvidar —como tampoco lo hace MAPELLI—²⁶⁸, que si bien se toman en consideración ciertas circunstancias específicas del hecho y del culpable, todo ello se hace en abstracto, lo cual no parece coincidir con la concepción de prevención especial que se maneja en este trabajo —que, recordemos, exige un sujeto concreto al que dirigirse—. En la fase legislativa, en resumidas cuentas, sólo tienen cabida consideraciones preventivo-generales, por mucho que, de forma abstracta, se tomen en cuenta «ciertas» estimaciones preventivo-especiales. La naturaleza de las cosas así lo exige.

b) Imposición y medición de la pena

Ya en un segundo momento en la vida de la pena nos situamos ante la fase de su imposición y medición judicial. Es la etapa que, comenzando con el proceso penal y concluyendo en la sentencia, se vislumbra como la más delicada por converger en ella ambas prevenciones de forma decisiva. El momento crucial en la vida de la norma ya es permeable a las exigencias preventivo-especiales, por lo que la imposición de la pena estará únicamente justificada si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica con la autonomía de la personalidad del delincente que el Derecho asimismo tiene que garantizar.

En lo que a la prevención general se refiere, hay que comenzar por dejar de lado aquello de «el beneficio que se hace al delincente con la pena», para pasar a reconocer —de acuerdo con ROXIN— que su fin es la salvaguardia del orden social²⁶⁹. La imposición y medición de la pena es la confirmación por el Juez de que la amenaza abstracta de la ley iba en serio. Porque si no fuese así, si el delito quedase sin castigo, la pena quizás acabaría transformándose en el incentivo que ya denunciaba BECCARIA²⁷⁰. Pero, en concreto, ¿de qué clase de prevención general se trata?

²⁶⁵ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 34.

²⁶⁶ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 29.

²⁶⁷ LUZÓN PEÑA, D. M., «Antinomias penales y medición de la pena», *op. cit.*, p. 614.

²⁶⁸ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 188.

²⁶⁹ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», *op. cit.*, pp. 20 y ss.

²⁷⁰ BUENO ARÚS, F., «Los fines de la pena y la pena de prisión en Beccaria y en la política criminal española contemporánea», *CPC*, n.º 38, 1989, p. 305.

Tal y como vimos, mientras para algunos, como es el caso de LUZÓN, se trata de prevención general negativa, y, por ello, afirman con rotundidad que «para la afirmación de la culpabilidad lo relevante es únicamente la prevención general, no entendida, como pretende JAKOBS, tan sólo como prevención positiva o integradora, sino como intimidación general con su consecuencia —y solamente eso— preventivo-integradora»²⁷¹. Para otros, como ACHENBACH²⁷² y JAKOBS, por el contrario, se trataría de prevención general positiva o integradora. Estamos nuevamente ante las divergencias habidas entre los defensores de una y otra visión de la prevención general que no nos parece necesario reproducir aquí.

En esta etapa, en todo caso, lo que desde luego hay es un lugar importante para el componente preventivo-especial —que a nuestro juicio tendría siempre que predominar—, ya que con la pena también se intimida al condenado ante la comisión de un nuevo delito. La orientación preventivo-especial a respetar en la concreción de la sanción es una concesión que el legislador ha hecho al juez para que aminore en todo lo posible los efectos negativos de la pena, lo cual —transcribiendo a MUÑOZ CONDE— es fácilmente comprensible, porque para el juez el delincuente «ya no es el innominado «el que» o «quien» de los tipos penales, sino un ser de carne y hueso con todas sus virtudes y defectos»²⁷³. Confluencia, por tanto, de ambos fines preventivos que, sin embargo, y como ya sabemos, ostentan dos puntos de vista contradictorios. La gran disyuntiva surge de nuevo: en caso de conflicto, ¿cuál debería prevalecer?

Eso depende, como casi todo, del prisma que se adopte. En cualquier caso éste no es el momento de decantarse. Por ahora debe bastarnos con concluir que en la fase impositiva de la pena concurren ambos fines preventivos, y que no hay lugar, como tampoco lo hay en las otras dos, para la retribución, sentida, claro está, como fundamento. Casi a renglón seguido, y en un punto aparte, desarrollamos este tema de forma pormenorizada, por estimarlo de gran importancia para la finalidad perseguida por este trabajo, y puesto que en esta fase es donde recae de forma más específica todo el peso de la alternativa —o individualización judicial de la pena en sentido amplio.

c) Ejecución de la pena

En este último estadio de la pena —el de su cumplimiento— ésta sólo puede estar justificada si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad. Sólo está indicada una ejecución «resocializadora» en la que coincidan los derechos y deberes de la colectividad y los del particular²⁷⁴. Como manifiesta ROXIN, «en tanto la autonomía de la personalidad del condenado y las exigencias ineludibles de prevención general lo

²⁷¹ LUZÓN PEÑA, D. M., «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *ADPCP*, Tomo XLVI, Fasc. I, enero-abril 1993, p. 32.

²⁷² ACHENBACH, H., «Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad», en SCHÜNEMANN (ed.) *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 140 y ss.

²⁷³ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al derecho penal*, op. cit., p. 129.

²⁷⁴ SOBREMONTTE RAMÍREZ, J. E., «La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente», *CPC*, n.º 12, 1980, p. 98.

permitan, los únicos fines de ejecución lícitos son los resocializadores. Todo ello no desvincula a la sociedad de la obligación que tiene frente al delincuente. Si su compenetración prueba su eficacia en la ejecución de la pena y en la posterior reincorporación del delincuente a la comunidad, se podrá decir con la conciencia tranquila que la pena está justificada en su totalidad»²⁷⁵. Y es que durante la ejecución de la pena —nos recuerdan MAPELLI y TERRADILLOS—²⁷⁶ es factible una aproximación superior al individuo, a través de su directa observación, su concreta respuesta al tratamiento, y sus posibilidades de resocialización, que no se da en las demás etapas.

Todo esto, sin embargo, no nos debe inducir a error. El hecho de que en esta etapa la orientación sea preventivo-especial no quiere decir que se elimine a la prevención general de toda eficacia. La ejecución de la pena, al igual que ocurría con su imposición, es la consumación de la conminación penal, o lo que es lo mismo, la demostración de que la amenaza iba en serio. Porque si de forma sistemática no se cumplieran las penas previstas por el legislador, desaparecería el potencial efecto intimidante de la prevención general²⁷⁷ —por no hablar del incentivo al que se refería BECCARIA²⁷⁸—. Y es que tiene razón MUÑOZ CONDE cuando escribe: «no hay mayor prevención general que la que se da cuando la pena es efectivamente cumplida y se demuestra que el legislador no bromeaba a la hora de conminar con pena un determinado comportamiento»²⁷⁹.

El efecto preventivo-general, si bien es inherente al preventivo-especial, no debe, sin embargo, ser buscado de propósito, pues es éste último es el que debe siempre predominar. En esta última fase —y en completo acuerdo con GARCÍA ARÁN—²⁸⁰, toda decisión debe tomarse en función de exigencias preventivo-especiales, con el rechazo de cualquier medida preventiva adoptada con fundamento en fantasmagóricas explicaciones preventivo generales. La ejecución de toda pena debe tender única e indiscutiblemente a la resocialización del sujeto, a su futura reincorporación a la sociedad. Todos los demás argumentos sobran.

D) CONCLUSIONES TEORÍAS MIXTAS

De acuerdo con MIR²⁸¹, si bien la construcción de SCHMIDHÄUSER abrió el camino para superar las doctrinas dominantes de la unión, basadas en una más o menos injustificada yuxtaposición de fines de la pena, no había de ser sino ROXIN quien consiguiese una coherente unificación totalizadora de tales funciones. Un planteamiento dialéctico que, sin embargo, sólo sirve para describir el fenómeno de la intervención punitiva estatal en sus

²⁷⁵ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», op. cit., p. 32.

²⁷⁶ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 191.

²⁷⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. alt., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 28.

²⁷⁸ BUENO ARÚS, F., «Los fines de la pena y la pena de prisión en Beccaria y en la política criminal española contemporánea», op. cit., p. 305.

²⁷⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, op. cit., p. 130.

²⁸⁰ GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Barcelona, 1981, p. 36.

²⁸¹ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, op. cit., p. 79.

sucesivos estadios. Un planteamiento que no lleva adherido, como así cabría desear, la superación de las posibles «desviaciones» que pueden darse, tales como el *terror penal* en el estadio de la conminación penal ante la exageración del motivo preventivo-general, la *concepción vindicalista* del Derecho penal en la fase de aplicación de la norma —relegando al juez al mero papel de robot si se exagera en la idea retributiva latente detrás del término de culpabilidad—, y la consideración del delincuente como «conejillo de Indias» en la fase de ejecución ante la exacerbación del ideal preventivo-especial, por mucho que ambas prevenciones se vean limitadas por la autonomía del sujeto y la medida de su culpabilidad individual²⁸².

El asunto a estas alturas de la discusión sigue, por tanto, sin resolverse ni de un lado ni del otro, si bien al menos se ha llegado a un dato claro: el signo más característico del Derecho penal moderno, o al menos de nuestra actual racionalidad jurídica, es el progresivo acercamiento de ambas funciones preventivas²⁸³. Una integración armónica, progresiva y racional de los tres estadios del fenómeno penal, buscando la tan deseable racionalidad del sistema, que debe comenzar, sin lugar a dudas, luchando porque —en palabras de MUÑOZ CONDE— «la finalidad preventivo-general no se «pervierta» y sea lo más justa, racional y controlable posible, que esté al servicio de intereses legitimados democráticamente y que se lleve a cabo con un mínimo costo de represión y de sacrificio de la libertad individual»²⁸⁴.

En pocas palabras, y con afán de resumir, parece evidente la finalidad preventivo-general de la conminación penal, del mismo modo que es patente la dirección preventivo-especial de la última fase de la pena, la ejecutiva. Sin embargo, en lo que respecta a la etapa intermedia, en lo que a la etapa impositiva o de medición de la pena se refiere, el tema no hace gala de demasiada claridad. Ambas prevenciones son perfectamente acomodables en ella, pero ¿con qué prioridad? ¿Cuál es el prisma que debe prevalecer? En todo caso, ¿podemos adoptar a la culpabilidad como referencia para calcular la pena a imponer? ¿No es éste un concepto retributivo? ¿Y cómo límite? ¿También sería una vuelta a las doctrinas absolutas?

IX. LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

A) EL PORQUÉ DE LA DISCUSIÓN. LA ANTINOMIA DE FINES A PERSEGUIR CON LA PENA

Si partimos de que el sistema que prosperó a partir del Código penal francés de 1810, en general, fue un sistema de compromiso entre el legalismo y el arbitrio judicial absoluto, la necesidad de orientar tales decisiones con arreglo a ciertos principios, para evitar caer en la arbitrariedad, se presenta como ineludible²⁸⁵.

²⁸² MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, op. cit., pp. 37 y ss.

²⁸³ *Ibidem*, p. 131.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 125.

²⁸⁵ MAGARIÑOS, M., «Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena», *DP*, año 15, 1992-B, pp. 326 y 327.

Ese momento puramente personal e individual en que culmina el proceso, el instante en que se decide cuánto castigo ha de padecer el reo, es el momento en el que las cuestiones fundamentales sobre qué y para qué se sanciona han de descender de lo pragmático a la sentencia concreta. «Todas las garantías penales, sustanciales y procesales —estamos con BUSTOS— carecen de sentido si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda respecto del procesado»²⁸⁶. Porque lo que va a afectar directa y concretamente al sujeto es la pena que se le va a imponer, y por ello debe dársele la significación e importancia que dentro del proceso se merece. Es en este momento donde, en definitiva, y de acuerdo con QUINTERO, se debe situar «la clave de bóveda del problema penal en su actual comprensión»²⁸⁷.

En esta fase —recordemos— es donde se realza de forma especial la controversia doctrinal en torno a cuál es el fundamento y fines de la pena. La decisión final sobre la pena a imponer está condicionada por los objetivos que con ella se pretenden²⁸⁸, puesto que la pena elegida será distinta según el fin que se pretenda y el que prevalezca sobre los otros²⁸⁹. Una discusión ésta que data desde finales del XIX, y que en la actualidad continua con postulados muy similares²⁹⁰.

El tema, en todo caso, gira siempre sobre el mismo punto: el de la antinomia de los fines a perseguir con la pena. O lo que es lo mismo, lo que ZIPF denomina el «*triángulo mágico*» habido entre la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial, y en cuyo equilibrio —estima— «consiste la función de la determinación de las consecuencias jurídicas del delito, respecto a lo cual se trata, en último término, de la justa medida entre igualdad e individualización en el hecho de medición de la pena»²⁹¹. Al respecto, los presupuestos sobre los que se vierte la pugna, los dos grandes centros de atención, son: el de si la pena debe fijarse en función del hecho culpablemente cometido o por razones de prevención, es decir, utilitaristas; y el de si una vez admitidos los fines preventivos prevalece el general o el especial. Es decir, las antinomias existentes entre prevención y culpabilidad, y entre prevención especial y prevención general. Cuestiones éstas a las que se ha querido otorgar una solución a través de las distintas teorías que sobre la individualización judicial de la pena se han manejado.

B) LAS DIFERENTES TEORÍAS

Tradicionalmente son tres las teorías —a las que se le han añadido algunas posturas intermedias— que han pretendido dar solución a tales antinomias, y sobre todo en el

²⁸⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J., «Medición de la pena y proceso penal», en *Hacia una nueva justicia penal*, Buenos Aires, 1989, T. I, p. 329.

²⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, G., «Determinación de la pena y política criminal», op. cit., p. 52.

²⁸⁸ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 187.

²⁸⁹ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, op. cit., p. 61.

²⁹⁰ GARCÍA PLANAS, G., «Aspectos de la medición de la pena», *CPC*, n.º 33, 1987, p. 620.

²⁹¹ ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*, Edersa, 1979, p. 141.

punto de choque prevención-culpabilidad —éste únicamente en las dos últimas que responden, como veremos, a un esquema mixto, mientras la primera se alza como una teoría unitaria—. Una discusión que, en todo caso, y junto a GARCÍA ARÁN²⁹², estimamos de mucha utilidad, por establecer orientaciones en todos los ámbitos de discrecionalidad en la determinación de la pena —entre ellos el de la decisión sobre una oportuna suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad—, y que pasamos a reproducir, si bien a grandes rasgos.

1. La teoría de la pena exacta o puntual

A tenor de esta postura doctrinal —seguida, entre otros, por KAUFMANN—²⁹³, el juez debe determinar la pena conforme a aquélla que resulte exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto, sin atender a los fines o necesidades de prevención. Esta teoría niega el concepto de «espacio de juego», porque entiende que existe una única pena justa y adecuada a la culpabilidad. Se trata, por tanto, de una concepción retribucionista de la pena, y precisamente de aquí parten sus críticas —críticas a las cuales no nos referiremos por considerar que, al respecto, basta con remitirse a los argumentos ofrecidos en contra de la retribución como fin de la pena—. A juicio de ROXIN, no obstante, quienes optan por esta teoría, al fundamentar sólo la determinación de la pena en el grado de culpabilidad, sin constituir éste su inamovible punto fijo, consideran que las desviaciones hacia arriba y hacia abajo sólo pueden ser definidas con arreglo a criterios preventivos. Hasta aquí coincidiría con la próxima doctrina, o del margen de libertad, respecto de la cual la divergencia estaría en la cuestión de sí, y hasta qué punto, es posible, por necesidades preventivas, imponer una pena inferior a la que corresponde al grado de culpabilidad²⁹⁴.

2. La teoría del espacio de juego o del margen de libertad

En este caso la pena ajustada a la culpabilidad comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo. No se da una magnitud exacta, sino que se otorga un margen de libertad que se limita en el grado máximo por la pena ya adecuada a la culpabilidad. Dicho marco constituiría para el juez un espacio de juego dentro del cual podría moverse para graduar la pena con mayor precisión, y atendiendo a las necesidades preventivas. Lo que se discute, sin embargo, es si dentro de ese margen que permite la culpabilidad deben tenerse en cuenta tanto necesidades de prevención especial como de prevención general, o sólo las primeras, lo cual, en cualquier caso, es un tema a tratar en el apartado relativo a la antinomia entre ambas prevenciones²⁹⁵.

²⁹² GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, op. cit., p. 66.

²⁹³ KAUFMANN, A., «La misión del Derecho penal», op. cit., pp. 127 y ss.

²⁹⁴ ROXIN, C., «Prevención y determinación de la pena», op. cit., pp. 55 y 56.

²⁹⁵ Vid. infra, Apartado X.B.

Para ROXIN²⁹⁶ esta es la teoría correcta, donde la culpabilidad se constituiría en el fundamento de la determinación de la pena conformando el marco dentro del cual se concretará, en un momento posterior, la magnitud de la pena por consideraciones preventivas. A criterio de este renombrado autor alemán, la culpabilidad conformaría el límite máximo, que por tanto nunca podría sobrepasarse por encima, pero que, sin embargo, sí podría hacerse por debajo, debido a consideraciones del principio de subsidiariedad²⁹⁷.

A juicio de otros autores, sin embargo, y como es el caso de SCHÜNEMANN²⁹⁸, es ésta una teoría indefendible, porque en un Derecho preventivo, como el moderno Derecho penal, una pena que sirve únicamente a una función preventiva sólo puede ser determinada en su contenido por el mismo fin preventivo, y su magnitud debe establecerse también desde un punto de vista preventivo. Y donde, en consecuencia, el principio de culpabilidad debe reducirse, funcionalmente hablando, a servir de límite, impidiendo la toma en consideración de circunstancias ajenas al autor. En todo caso, es una teoría que tampoco determina los criterios que han de entrar en consideración para dotar de contenido ese margen de libertad del que tanto habla. Parece claro —estamos con DEMETRIO— que han de ser mayoritariamente criterios de prevención especial, pero ¿también tienen cabida los preventivo-generales?²⁹⁹

3. La teoría del valor posicional o del valor de empleo

HENKEL³⁰⁰, con esta doctrina pretende tener en cuenta tanto el punto de vista de la retribución de la culpabilidad como el de la prevención, pero atribuyendo a cada uno un valor de empleo en la ley completamente distinto. Mientras a la culpabilidad le asigna la misión de decidir por sí sola la duración de la pena —determinación de la pena en sentido estricto—, a la prevención le otorga el rol de orientar, por sí sola también, la decisión acerca de sí hay que suspender o sustituir la pena por otra medida —determinación de la pena en sentido amplio—. Culpabilidad y prevención, en consecuencia, aparecen en estadios sucesivos e independientes.

Tanto para BRUNS como para el propio ROXIN se trata de una opción doctrinal que debería seguirse no sólo en la teoría sino también en la *praxis*; y si bien este último encuentra verdaderas dificultades teleológicas a la hora de poner en marcha tal opción, por considerar empresa muy difícil el compaginar esta distribución de la retribución de la culpabilidad y de la prevención en estadios diferentes de la determinación de la pena. A su juicio esta teoría cabe ser finalmente acogida por dos motivos: uno, porque está en completo acuerdo con que a la hora de determinar la pena en sentido amplio no deben desempeñar

²⁹⁶ ROXIN, C., «Prevención y determinación de la pena», op. cit., pp. 56 y ss.

²⁹⁷ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», op. cit., p. 30. En idéntica línea, MAGARIÑOS, M., «Determinación judicial de la pena», op. cit., pp. 332 y 333.

²⁹⁸ SCHÜNEMANN, B., «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 173.

²⁹⁹ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op. cit., p. 197.

³⁰⁰ ROXIN, C., «Prevención y determinación de la pena», op. cit., pp. 56 y ss.

papel alguno los puntos de vista de la retribución de la culpabilidad, sino que deben entrar en juego únicamente consideraciones preventivas; y dos, porque excluye de la determinación de la pena consideraciones preventivo-generales, independientes de la culpabilidad, si conducen a una agravación de la pena³⁰¹.

Esta es la tendencia que sigue el Proyecto Alternativo, el cual, si bien está claramente influenciado por LISZT al contrario de éste comparte con ROXIN el utilizar a la culpabilidad como límite máximo, y no admite la imposición de penas superiores por razones preventivas, que es lo que, precisamente, critica este autor a la teoría del valor de empleo, cuando, a su criterio, el que las exigencias preventivo-especiales intervengan en la determinación de la pena es algo criminológicamente lógico y practicable, y su exclusión equivaldría, en muchos casos, a la exclusión de la consecuencia jurídica adecuada³⁰². La solución, a juicio de este profesor de Múnich, sería, en consecuencia, muy fácil: bastaría reconocer que el marco de la culpabilidad en la determinación de la pena se completa, dentro de lo posible, por necesidades preventivo-especiales. Lo cual también serviría de base a los partidarios de la teoría del margen de libertad y de la teoría del valor de empleo, como pilar común para un modelo de causas finales de determinación de la pena³⁰³.

En cualquier caso —y de acuerdo con MAGARIÑOS—³⁰⁴, es una teoría también inaceptable, en tanto que asigna a la culpabilidad la misión de decidir por sí sola la duración de la pena, lo cual es incompatible con la función que en verdad le corresponde: la de asegurar al individuo el que el Estado no extienda su potestad penal por razones de prevención general o especial. Esto es, su labor de límite o barrera a las exigencias preventivas.

C) CONCLUSIONES TEORÍAS INDIVIDUALIZADORAS

Llegados a este lugar, y una vez descritas a grandes rasgos las diversas teorías, vemos como no se resuelve gran cosa con ellas. El punto de choque sigue en el mismo sitio, esto es, la presencia a un tiempo de la culpabilidad y de las necesidades preventivas, y el dilema sobre qué hacer en caso de encuentro de ambas prevenciones. De entrada, ¿debemos admitir la culpabilidad como criterio determinante de la pena a aplicar a un individuo concreto? ¿No se trata de una puesta al día del pensamiento retribucionista? Una vez de acuerdo en que sólo caben perseguirse fines preventivos, ¿cuál debe prevalecer? Nos estamos adentrando en el, por tradición, farragoso terreno de las antinomias de la pena.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 67.

³⁰² *Ibidem*, p. 72 y ss.

³⁰³ *Ibidem*, p. 74.

³⁰⁴ MAGARIÑOS, M., «Determinación judicial de la pena», *op. cit.*, p. 333.

X. LAS ANTINOMIAS DE LA PENA

A) ANTINOMIA PREVENCIÓN-CULPABILIDAD

1. De inexcusable principio limitador a sospechosa enemiga. La necesidad de un nuevo concepto material de culpabilidad

Para empezar, «resulta sorprendente —señala SCHÜNEMANN— el fenómeno que atraviesa actualmente el principio de culpabilidad, pasando de ser un principio jurídico-penal fundamental, elaborado minuciosamente a través de los siglos, a quererse abandonar por estimarse como superfluo, e, incluso, nocivo»³⁰⁵. En su tratamiento doctrinal se refleja, quizás mejor que en ninguna otra parte, el cambio de paradigma que la discusión de la teoría de la pena sufre en los años sesenta, pasando de un Derecho penal orientado por la retribución de la culpabilidad a un Derecho penal puramente preventivo. Orientación ésta que, sin embargo —y de acuerdo con ACHENBACH—³⁰⁶, no conlleva el abandonar una institución ya tradicional que se encuentra firmemente asentada y asegurada. De lo que se trata, por contra, es de mantenerlo con todas sus garantías, pero dotándolo de un contenido teleológico preventivo-general que nos abstraiga, de esta manera, del libre albedrío y de todas las complicaciones que conlleva. Se trata, por tanto, de buscar «el concepto material de culpabilidad»³⁰⁷, donde la prevención no se convierta en algo que modifica a la culpabilidad desde fuera, sino que se conforme en un elemento subyacente a ésta.

La solución desde luego no está —asegura MUÑOZ CONDE— en formular, como hace ROXIN, una nueva categoría —llámese responsabilidad o llámese como se quiera—³⁰⁸ en búsqueda de suplir las carencias del tradicional concepto de culpabilidad, sino en desarrollar un concepto de culpabilidad nuevo que sea capaz de acoger en su seno la finalidad preventiva³⁰⁹. Porque si bien la teoría roxiniana admite a la culpabilidad como insuficiente para justificar la imposición de una determinada pena, no admite que eso se debe a la propia debilidad del concepto de culpabilidad, que a pesar de todo sigue manteniendo por mucho que lo reduzca a cumplir funciones de límite del *ius puniendi*, reservando a la «nueva» categoría de «responsabilidad» la función de decisión de la necesidad o no de imposición de una pena, y porque, en definitiva, con esta nueva categoría tampoco se libra del problema, ya que —de acuerdo con KAUFMANN— «si la culpabilidad reaparece a

³⁰⁵ SCHÜNEMANN, B., «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», *op. cit.*, p. 147.

³⁰⁶ ACHENBACH, H., «Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad», *op. cit.*, p. 142.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 134.

³⁰⁸ Este autor pretende dejar intacto el juicio de culpabilidad, tratando de sustituirlo por la responsabilidad —que puede darse pese a persistir la culpabilidad—, y de esta manera dejar de lado la difícil cuestión del libre albedrío. «Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador desde puntos de vista jurídico-penales quiera hacer responsable al autor de su actuación» —escribe literalmente este autor—. *Vid.* en ROXIN, C., «Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídicopenales», en *Problemas básicos de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 210.

³⁰⁹ MUÑOZ CONDE, F., «Culpabilidad y prevención en Derecho penal», *op. cit.*, p. 50.

la hora de limitar, lógicamente impone la necesidad de esclarecer cuál es el contenido material de ese concepto limitador»³¹⁰.

Al respecto, nosotros compartimos con la doctrina dominante en la dogmática jurídicopenal el pensamiento de que sólo es imaginable y posible un «Derecho penal de la culpabilidad»³¹¹. Estimamos que el abandono del Derecho penal retributivo no implica, ni mucho menos, el abandono de la noción de culpabilidad. El hecho de que el concepto de culpabilidad, tan fuertemente afirmado como principio, sólo se haya reflejado en que al autor se le reconozca la posibilidad de liberarse de la pena cuando pueda probar su inculpabilidad, lo único que muestra —a juicio de STRATENWERTH—³¹² es la debilidad que la fundamentación del Derecho penal de culpabilidad ha tenido en el tiempo de la codificación, y, quizás, el porqué de que tal Derecho no haya podido imponerse hasta ahora en la teoría. Sin embargo, la sola razón de que la potestad penal no esté fundada en la retribución y la expiación no significa que se abran las puertas a la arbitrariedad, y que el Estado ejerza dicha potestad a su antojo, sino que tal potestad, de acuerdo con GIMBERNAT, «está justificada sólo en cuanto haga un recto uso de ella»³¹³.

En definitiva, estamos con MAGARIÑOS³¹⁴ en que hay que tomarse en serio la idea de que están absolutamente prohibidas las penas inadecuadas a la culpabilidad. Porque, como nos recuerdan DE LEÓN y DE MATA, no cabe desconocer la relación entre el hecho y la reacción al mismo³¹⁵. Un tema éste que arranca del propio dilema sobre el fundamento de la pena; y, en palabras de QUINTERO, «es lógico que así sea, pues mal puede determinarse el castigo prescindiendo de la base en que es apoyado el marco de decisión»³¹⁶. Una cuestión que se solventa analizando la auténtica influencia de la idea de prevención sobre el Derecho penal³¹⁷, y aclarando, a un tiempo, el papel que juega la culpabilidad en la medición de la pena. Al respecto, son dos las grandes opciones que se barajan hoy en día.

2. Opciones doctrinales sobre la culpabilidad

a) Culpabilidad como elemento derivado de la prevención

Muy cierto es que la fijación de la culpabilidad no puede realizarse ahistóricamente, al margen de las necesidades preventivas, y, por ello, concordamos completamente con

³¹⁰ Vid. en QUINTERO OLIVARES, G., «Determinación de la pena y política criminal», *op. cit.*, p. 59. En igual sentido lo critica CEREZO MIR, J., «Culpabilidad y pena», *op. cit.*, pp. 358 y 359.

³¹¹ KAUFMANN, H., «Derecho penal de culpabilidad, concepto de la pena y ejecución orientada por el tratamiento», *NPP*, año 3, 1974, p. 116.

³¹² STRATENWERTH, G., «Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho penal español y latinoamericano», en *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, traduc. de E. Bacigalupo, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, p. 31.

³¹³ GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», *op. cit.*, p. 151.

³¹⁴ MAGARIÑOS, M., «Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena», *op. cit.*, p. 330.

³¹⁵ DE LEÓN VELASCO-DE MATA VELA, *Derecho penal guatemalteco. Parte general y parte especial*, *op. cit.*, p. 232.

³¹⁶ QUINTERO OLIVARES, G., «Determinación de la pena y política criminal», *op. cit.*, p. 63.

³¹⁷ CUELLO CONTRERAS, J., «La ideología de los fines de la pena», *op. cit.*, pp. 433 y 434.

HASSEMER cuando asevera que «sólo allí donde el Derecho penal puede esperar la consecución de un fin preventivo, puede tener sentido reprochar al delincuente una desviación del poder general para actuar de un modo distinto, pronunciar un juicio de culpabilidad»³¹⁸. Sin embargo JAKOBS³¹⁹, como vimos, da un paso más en este sentido y, en su particular lectura de la prevención general, estima que la culpabilidad tiene como único fundamento a la prevención; por lo que ésta es la única que confiere un sentido a aquélla. Del mismo modo se manifiesta KAUFMANN³²⁰, cuando estima que de lo que se trata no es de buscar la prevención general a costa de la retribución justa, de la culpabilidad, sino que ésta es presupuesto de la anterior. Estamos, en pocas palabras, ante los seguidores de la versión fundamentadora de la prevención general positiva —a cuyo estudio y crítica nos remitimos—³²¹, que pretendiendo superar la crisis del Derecho penal de culpabilidad ofrecen una fundamentación preventiva distinta, haciendo nacer la culpabilidad del propio fin preventivo sin otorgarle ninguna otra función.

Pero no todo el mundo está de acuerdo con esta visión «dependiente» de la culpabilidad respecto de la prevención. Adoptando una línea distinta aparece STRATENWERTH³²², quien se niega, tajantemente, a reducir, o al menos condicionar, a la culpabilidad únicamente a la idea de prevención general, olvidándose de la función político-criminal que también está llamado a desempeñar. A juicio de este autor la culpabilidad tiene funciones autónomas propias que cumplir.

b) Culpabilidad como elemento con contenido y funciones propias. Culpabilidad como principio político-criminal

Para STRATENWERTH el camino a seguir debe ser uno distinto al de confundir la culpabilidad y la prevención. «Mientras se siga acudiendo a la pena como instrumento de reacción frente al comportamiento desviado, quizá cada vez con menos frecuencia, permanecerá intacto el principio de culpabilidad aunque cambie, como ha cambiado, su significado. La relación prevención-culpabilidad no puede ser entendida como inalterable, como muestra la tendencia a una disminución cuantitativa y cualitativa de la reacción penal, en la que también a veces es la idea de prevención la que cede paso a la de culpabilidad» —escribe literalmente este autor—³²³.

CUELLO CONTRERAS³²⁴, del mismo modo, saliendo en su defensa, y en la de su afán por separar política criminal y Derecho penal, parte de considerar que si la política criminal sirve para algo es para canalizar la prevención general. Para indicar sobre cuál de los

³¹⁸ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 291.

³¹⁹ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

³²⁰ KAUFMANN, A., «La misión del Derecho penal», *op. cit.*, p. 127.

³²¹ Vid. *supra*, apartado V.C (c.2)

³²² STRATENWERTH, G., «El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad», *op. cit.*, pp. 99 y ss.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ CUELLO CONTRERAS, J., «La ideología de los fines de la pena», *op. cit.*, p. 440.

múltiples aspectos de la «lucha contra el delito» ha de recaer en cada caso el acento. Porque, a su juicio, sólo partiendo de la base de que el Derecho penal lo que preferentemente persigue es la cohesión social podrá comprenderse y aceptarse la exculpación en algunos casos. Porque si una sociedad tiene a su Derecho penal como propio, como factor de cohesión social, no se verá afectada, sino al contrario, por tales exculpaciones. Luego, el principio de culpabilidad —en tajante conclusión de CEREZO—³²⁵, mantiene de este modo su propia autonomía, no pudiendo ser sustituido por la idea de prevención.

c) Valoración crítica del problema

Cuando tratamos este tema nos situamos, de eso no cabe duda, ante un tema evidentemente complicado, y donde la discusión doctrinal es especialmente marcada por las consecuencias que la admisión o no de los presupuestos de la culpabilidad puede reportar. Por la imposibilidad o dificultad de demostrar el libre albedrío, o la capacidad de obrar de otro modo en el caso concreto, como base teórica sobre la que se asienta el concepto. Sin embargo, este no es el momento de tratar tan peliagudo asunto. Por ello —y siguiendo a GÓMEZ BENÍTEZ— estimamos que el punto de partida para la resolución de la problemática de los fines antinómicos de la pena, desde una perspectiva exclusivamente preventivista, exige privar al criterio de la culpabilidad por el hecho de su contenido pretendidamente culpabilístico³²⁶. Porque, está claro, que en aquellos casos en que el principio de culpabilidad se concibiera como fundamento de la pena y del propio *ius puniendi*, correría la misma suerte que su propio concepto.

Y es que la culpabilidad no está llamada únicamente a cumplir esa función, la de compensar la culpabilidad por hecho cometido, sino que también está invocada a cumplir otra función, en este caso positiva, favorecedora del sujeto delincuente: la de servir de límite, o barrera, a la facultad interventora del Estado frente a éste. Función respecto de la que puede mantener su autonomía «sin que —de acuerdo con GARCÍA RIVAS— le afecten sustancialmente los severos embates a que se ve sometido el concepto de culpabilidad»³²⁷. Una tarea limitativa del *ius puniendi* «resultado —escribe KAUFMANN— de un largo desarrollo jurídico-cultural de limitación de la pena al círculo solo de quienes se consideran responsables»³²⁸. Una creación normativa tendente a proteger al ciudadano frente a las desmesuradas injerencias estatales, y cuya legitimidad propia de Estado de derecho es totalmente independiente de la existencia del libre albedrío humano³²⁹.

³²⁵ CEREZO MIR, J., «Culpabilidad y pena», *op. cit.*, p. 362.

³²⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», *op. cit.*, p. 179.

³²⁷ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, *op. cit.*, p. 57.

³²⁸ KAUFMANN, H., «Derecho penal de culpabilidad», *op. cit.*, pp. 109 y 110.

³²⁹ ROXIN, C., «Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídicas penales», *op. cit.*, p. 215.

3. La culpabilidad como límite a las necesidades preventivas y no como fundamento de la pena. El criterio de la proporcionalidad entre delito y pena

El principio de culpabilidad, una vez separado de la idea de retribución, es, de acuerdo con CRUZ CASTRO³³⁰, un medio imprescindible en cualquier Estado de Derecho para limitar la potestad estatal frente al individuo. Como pronunciamiento en favor de la dignidad humana, es la expresión de una serie de garantías que es preciso oponer a cualquier abuso, y que hay que defender con independencia de que su base teórica pueda ser o no la culpabilidad, o se busque su fundamento científico en otra parte³³¹. Las teorías absolutas dejan, por tanto, de dar contenido y fin a la pena, para cumplir una función negativa, una función de límite³³². Las penas sólo se pueden imponer por razones preventivas, y si la culpabilidad se toma como presupuesto de ellas es —como dice ROXIN— «única y exclusivamente para restringir el poder de intervención del Estado»³³³. Todo ello porque, si bien las teorías utilitaristas llegan a dar una respuesta al «porqué castigar», no salvaguardan —advierte MANTOVANI—³³⁴ de los posibles desarrollos libertarios o terroristas del Derecho penal en clave de mera Defensa social, y, en consecuencia, el único medio de garantía queda irremediadamente unido a la idea retributiva.

La medición de la pena, por tanto, tomará a la culpabilidad como principio de limitación junto a la prevención como principio de fundamentación, lo cual convierte a la retribución no sólo en un criterio compatible con los principios del Estado de Derecho, sino también —nos dice PAGLIARO³³⁵— en el fundamento empírico y la medida de ambas prevenciones —general y especial—. Porque más allá de cualquier argumento utilitario el valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la cantidad y calidad de la pena. La dignidad de la persona obliga a considerar al hombre en concreto y en sus, también concretas, circunstancias. Y este es un argumento tanto político como moral que sirve para fundar la legitimidad del Estado únicamente en las funciones de tutela de la vida y los restantes derechos fundamentales, de tal forma que toda pena cualitativa y cuantitativamente mayor que la suficiente para el reo puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona. En pocas palabras, porque el hombre dispone de un autonomía frente al Estado y, por ello, nunca podrá ser utilizado como medio para otro fin que no sea la persona misma³³⁶.

³³⁰ CRUZ CASTRO, F., «El significado de la culpabilidad en nuestro derecho penal», *RJCR*, año VI, n.º 22, julio 1982, San José, pp. 62 y ss.

³³¹ HASSEMER, W., «¿Alternativas al principio de culpabilidad?», *CPC*, n.º 18, 1982, p. 474.

³³² HASSEMER, W., «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», *op. cit.*, p. 129.

³³³ ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, *op. cit.*, p. 149.

³³⁴ MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, *op. cit.*, p. 454; *el mismo*, «Diritto premiale e sistema penale» en *Atti del settimo simposio di studio di diritto e Procedura penali*, Milano, Giuffrè editore, 1983, pp. 198 y ss.

³³⁵ PAGLIARO, A., «Le sanzioni sostitutive», *op. cit.*, p. 1027.

³³⁶ HORMAZÁBAL MALAREÉ, H., «El nuevo Código penal y el principio de culpabilidad», *op. cit.*, p. 57.

La gravedad del delito sobre la que se establece la pena proporcionada debe configurarse, en este sentido —nos dice GRACIA MARTÍN—³³⁷, a partir de la importancia del bien jurídico, y no prioritariamente sobre el grado de necesidad preventiva. Porque lo que genera efectos preventivos generales son las penas proporcionadas realmente aplicadas³³⁸. Idea de proporcionalidad entre delito y pena como límite que no puede ser desbordado por razones preventivas. Porque éste es, al fin y al cabo —y de acuerdo con GARCÍA ARÁN—, el contenido fundamental del principio de culpabilidad, aunque las interpretaciones sean divergentes a la hora de precisar qué entendemos por «culpabilidad» a estos efectos³³⁹. Uno de los contrapuntos más decisivos a la posible tendencia expansiva que, movida por finalidades preventivas, pudiera sufrir, y de hecho así es en la actualidad, el Derecho penal³⁴⁰. O lo que es lo mismo, es el límite siempre susceptible de anteponer a cualquier pretensión preventivo-general, que se traduzca en la imposición de penas desproporcionadas a la gravedad del delito bajo la sombra del siempre cuestionable concepto de «alarma social». En definitiva, culpabilidad —o proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito— como límite. De acuerdo, pero ¿límite superior o límite inferior del marco culpabilístico?

En lo que respecta al *límite superior* de la pena adecuada a la culpabilidad, compartimos con MUÑOZ CONDE³⁴¹ el que no se pueda sobrepasar en ningún caso, y no por imperativo del principio de culpabilidad sino por el de legalidad, que es el que fija los límites del concreto marco penal. El sobrepasar dicho límite lo único que traería como consecuencia es la violación del derecho constitucional a la dignidad humana, puesto que convierte al individuo en un mero medio político criminal³⁴².

Y en lo que al *límite inferior* se refiere, a juicio de ROXIN, es lícito quedar por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad, según el principio de subsidiariedad, si en el caso concreto se puede restaurar la paz jurídica con sanciones menos graves³⁴³. Porque la proporcionalidad —manifestación, repetimos, del principio de culpabilidad— es, en todo caso, un límite de la pena y no un objetivo a cubrir. Porque si así fuese se estaría aceptando la retribución como finalidad prioritaria de las penas. Y porque —como nos recuerda GARCÍA ARÁN—³⁴⁴ la proporcionalidad como límite introduce el valor de la Justicia, haciéndolo compatible con las consideraciones de utilidad acerca de la necesidad de la pena, permitiendo rebajar ésta en función de necesidades preventivas.

La culpabilidad, por tanto, no debe adoptarse como fenómeno individual, que sólo afecta al autor del delito, sino como un fenómeno social. Es la sociedad la que define los

³³⁷ GRACIA MARTÍN, L., «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», *AP*, nº 37, 1993, p. 555.

³³⁸ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, op. cit., p. 33.

³³⁹ *Ibidem*, p. 68.

³⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 281.

³⁴¹ MUÑOZ CONDE, F., «Culpabilidad y prevención en Derecho penal», op. cit., p. 52.

³⁴² DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op. cit., p. 258.

³⁴³ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», op. cit., p. 31.

³⁴⁴ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, op. cit., p. 78.

límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad, en base, sobre todo, a consideraciones preventivo generales³⁴⁵. En base a las exigencias de intimidación general, que, a juicio de CÓRDOBA, no tienen el peligro de desbordar el límite exigido por el principio de culpabilidad, porque «las necesidades preventivo-generales reflejadas en la legislación penal vigente no sólo no permiten tales exageraciones, sino que incluso se oponen a ellas»³⁴⁶. Un Derecho penal de culpabilidad que así entendido puede también cumplir —asegura MUÑOZ CONDE³⁴⁷— todas las funciones preventivo especiales de aseguramiento, resocialización, siempre que sean compatibles con las exigencias preventivas generales, pudiendo rebajar, suspender e, incluso, sustituir la pena.

Parece ser, en definitiva, que hoy ya no es objeto de discusión la orientación preventiva del Derecho penal sino, a lo sumo, la cuestión de si la prioridad le corresponde a la prevención especial o a la prevención general, lo que, desde luego, tiene una evidente repercusión práctica cuando conducen a resultados distintos³⁴⁸. Nos enfrentamos a la segunda gran manifestación de la antinomia de fines en la pena; esto es, la antinomia prevención especial-prevención general.

B) ANTINOMIA PREVENCIÓN GENERAL-PREVENCIÓN ESPECIAL

Al respecto, las opiniones doctrinales se dividen: mientras para algunos se debe dar siempre preferencia a la prevención general; para otros, por el contrario, deben hacerse prevalecer, en todo caso, los criterios preventivo-especiales. Comencemos por la primera postura, esto es, la seguida por quienes en caso de conflicto entre ambas prevenciones estiman que la solución adecuada es dar preferencia a la prevención general en detrimento de los intereses perseguidos por la prevención especial³⁴⁹. Pero, ¿cuáles son los argumentos esgrimidos para tal planteamiento?

1. Preferencia de la prevención general sobre la prevención especial

Para LUZÓN³⁵⁰ la contestación es de pura lógica. Si en un determinado caso la resocialización fracasa, o la ejecución no tiene sentido porque el sujeto no la necesita, se creará un conflicto sólo respecto de una persona —el delincuente— pero no respecto de muchos potenciales delincuentes, que podrían pasar a serlo de forma efectiva si lo sacrificado

³⁴⁵ LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, op. cit., p. 46.

³⁴⁶ CÓRDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, op. cit., pp. 39 y ss.

³⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F., «Culpabilidad y prevención en Derecho penal», op. cit., p. 55.

³⁴⁸ ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, op. cit., p. 149.

³⁴⁹ LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, op. cit., pp. 63-64; CÓRDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, op. cit., pp. 53 y ss.; MANTOVANI, F., «Diritto premiale e sistema penale», op. cit., pp. 199 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», op. cit., p. 187.

³⁵⁰ LUZÓN PEÑA, D. M., «Antinomias penales y medición de la pena», op. cit., p. 624; *el mismo*, en *Medición de la pena y sustitutivos penales*, op. cit., pp. 56 y ss.

fuera la eficacia de la prevención general, con la consiguiente relajación de las barreras inhibitorias frente a la generalidad. La prioridad preventivo-general se focaliza, por tanto, en la supremacía de los intereses sociales sobre los individuales, que no exigen el aniquilamiento de éstos. Es decir —y en las propias palabras de ANTÓN ONECA— «se trata, en suma, de un conflicto de intereses sociales resuelto a favor del más importante»³⁵¹.

2. Preferencia de la prevención especial sobre la prevención general

El más firme representante de esta segunda opción es Von LISZT³⁵². Este autor, en aras a su concepción del principio de la pena conforme a fin, aparte de abandonar definitivamente la idea retributiva, observa una evidente prioridad de la prevención especial sobre la general en toda la teoría de la pena, y especialmente en la fase de su medición. Ello se deduce del hecho de que, como también hizo el Proyecto alternativo, menciona de forma expresa antes la «reincorporación del sujeto» que «la protección de bienes jurídicos». ROXIN, de su parte, y en una línea similar, percibe la inclusión de los efectos preventivo-generales en el propio discurso resocializador, ya que, según sus propias palabras, «también la pena resocializadora sirve para apartar a la comunidad de la infracción de la ley penal, cumpliendo, por tanto, con ello al mismo tiempo una función preventiva general»³⁵³. Si bien con esto no declara la superioridad de la prevención especial sobre la general, de su pensamiento parece deducirse la preferencia por la primera en caso de conflicto³⁵⁴.

Ya en nuestro país, ZUGALDÍA llega incluso más lejos. Para este autor, el hecho de que se invoquen fines preventivo-generales en la individualización judicial de la pena puede, incluso, considerarse inconstitucional, y al respecto escribe literalmente: «no puede sostenerse —si se quiere ser coherente con la tesis según la cual la pena se justifica exclusivamente por su necesidad— que a un sujeto concreto, por ignoradas razones de prevención general, debe imponerse una pena que excede de la que correspondería a las exigencias de su tratamiento preventivo-especial [...] ¿qué razones convincentes pueden esgrimirse para justificar que las exigencias del tratamiento preventivo-especial cedan ante las exi-

³⁵¹ ANTÓN ONECA, J., «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena», *op. cit.*, pp. 100 y ss.

³⁵² *Vid.* en ROXIN, C., «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo», *op. cit.*, p. 57.

³⁵³ ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, *op. cit.*, p. 47.

³⁵⁴ En su manual de Derecho penal es, en todo caso, más explícito, y al respecto literalmente escribe: «Es cierto que, donde ambos fines entre en contradicción el uno con el otro, el fin preventivo especial de resocialización se coloca en primer lugar. A cambio, la prevención general domina, sin embargo, las conminaciones penales y justifica por sí sola la pena en caso de falta o fracaso de fines preventivo-especiales [...]». *Vid.* en ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, traduc. y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Vicente Remesa, Civitas, Madrid, 1997, p. 98.

gencias de la prevención general cuando se trata precisamente de individualizar una pena orientada —constitucionalmente incluso³⁵⁵— a un tratamiento resocializador?»³⁵⁶.

Del mismo modo, GARCÍA ARÁN, también muy tajante, resume su postura diciendo «si todas las penas contenidas en el marco penal son adecuadas a la prevención general, el juez no debe preocuparse específicamente por lograr tal objetivo, puesto que cualquier pena incluida en el marco se adecúa al programa preventivo-general establecido por el legislador. El límite preventivo general a la decisión del juez, está establecido en el mínimo de la pena legal, que no puede rebasar, salvo que la propia ley lo autorice [...], lo contrario supondría una instrumentalización del reo con fines de prevención general algo contrario a la dignidad de la persona y al principio de igualdad [...]. Piénsese en lo que supondría admitir que el Juez valorara la específica necesidad preventivo general a la hora de elegir entre suspender la pena, sustituirla o ejecutarla, por ejemplo, en caso de eutanasia, aborto o cualquier otro delito cuyo bien jurídico esté sometido a valoraciones muy controvertidas sobre la necesidad de evitar comportamientos que lo afecten»³⁵⁷.

Evidentemente, la polémica está servida. ¿Cuál debe ser entonces el punto de vista a prevalecer, el general o el especial?

3. Conclusiones valorativas de la antinomia

Ciertamente el conflicto está sobre la mesa y —como advierte de nuevo GARCÍA ARÁN—³⁵⁸ es prácticamente irresoluble. O prevalece un punto de vista o prevalece el otro. O uno u otro, pero nunca los dos al mismo tiempo, porque ambos llevan direcciones radicalmente opuestas. Mientras la prevención general fuerza hacia la elección de una pena mayor, buscando el evitar futuros delitos; la especial se inclina por una más leve, buscando el resocializar al sujeto, sobre todo a través de su no desocialización. Y es que el enfrentamiento entre la prevención especial y la prevención general no es otra cosa que

³⁵⁵ En el Texto Fundamental español el fin preventivo especial o resocializador se plasma en dos preceptos concretos: el art. 9.2, al establecer como fin de la actuación de los poderes públicos el facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Y, más concisamente, en el art. 25.2, que consagra de forma definitiva el principio de resocialización como principio que ha de orientar el sistema de ejecución de las penas y medidas privativas de libertad. Del mismo modo se orientan la ejecución de las penas hacia la resocialización en los ordenamientos jurídico-penales centroamericanos: Costa Rica (art. 51 C.P.), El Salvador (art. 27 Const.), Honduras (art. 87 Const.), Guatemala (art. 19 Const.), Nicaragua (art. 39 Const.) y Panamá (art. 28 Const.). Una orientación, en todo caso, que, de acuerdo con DEMETRIO, impregna —o al menos así debería hacerlo— todo el proceso de determinación de las penas, desde la determinación legal, pasando por la individualización judicial, y la ejecución de las penas. *Vid.* DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, *op. cit.*, p. 71.

³⁵⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «La prevención general en la individualización judicial de la pena», *ADPCP*, n.º 34, 1981, p. 876.

³⁵⁷ GARCÍA ARÁN, M., «La prevención general en la determinación de la pena», *ADPCP*, n.º 34, 1981, pp. 521 y ss.

³⁵⁸ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

el reflejo del eterno conflicto habido siempre entre el individuo y la sociedad³⁵⁹. De un lado, se erige una sociedad con derecho a defender sus intereses, recurriendo a la pena que para ello se torna como necesaria; y de otro, se alza el concreto delincuente, con su derecho a ser tratado como una persona y a no quedar apartado de la sociedad sin esperanza alguna de poder reintegrarse en ella.

Históricamente, y hasta el momento actual, el conflicto se ha resuelto siempre en favor de la sociedad, relegando los derechos del individuo delincuente a un segundo plano. La función preventivo-especial, por tanto, sigue quedando condicionada a la consecución de otras metas, que hoy por hoy siguen constituyendo la razón predominante de todo el Ordenamiento jurídico-penal, y, en consecuencia, aún se alza más como un *desideratum* que una realidad. Sin embargo, el que así sea en la *praxis* no significa que sea lo dictado desde la teoría³⁶⁰.

La solución en búsqueda de la racionalidad y funcionalidad del sistema consideramos está en que la prevención general sea el fin preferente a perseguir únicamente en el estadio legislativo de la pena, y nunca en los dos posteriores, esto es, el impositivo y el ejecutivo. Porque de acuerdo con GARCÍA ARÁN, «la instancia en la que deben decidirse las necesidades que afectan a toda la colectividad, aquella en la que ha de mirarse el interés general y plasmarse el carácter de generalidad de la norma penal queda reservada [...] al poder legislativo y ese poder de decisión sobre lo que en cada momento exige el interés general no debe dejarse a los miembros de la Administración de justicia»³⁶¹. Porque, si bien la prevención general es una finalidad consustancial a la actuación del legislador, la concreción que debe realizar el juzgador tiene que estar guiada por exigencias preventivo-especiales³⁶². Y porque si no fuera así, ¿de qué sirve orientar la ejecución de la pena a la resocialización, si ésta no ha presidido el momento en que se elige la sanción?³⁶³

El hecho de que la fase de aplicación de la pena desarrolle por sí misma una función de prevención general, no significa que sus efectos sean buscados de propósito porque con ello se desnaturalizaría la función del juez. La prevención general desarrolla su papel en un momento anterior —fijando los marcos penales típicos—, y en uno posterior —confirmando la amenaza contenida en la conminación de dichos tipos penales—, pero nunca en la aplicación de la pena en sí misma³⁶⁴. Porque una cosa es que la decisión judicial tenga efectos preventivo generales, y otra, muy distinta, que el juez deba perseguirlos como objetivo específico, y considerarlo como materia propia de su contenido³⁶⁵. Y porque, en definitiva, la estimación de la prevención general en la determinación de la pena

³⁵⁹ HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 135.

³⁶⁰ Si bien hay casos, como el del art. 46 de la Constitución panameña, que también desde la teoría hacen prevalecer el fin preventivo general sobre el especial.

³⁶¹ GARCÍA ARÁN, M., «La prevención general en la determinación de la pena», op. cit., pp. 521 y 522.

³⁶² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. al., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 28.

³⁶³ GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, op. cit., p. 186.

³⁶⁴ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op. cit., p. 331.

³⁶⁵ GARCÍA ARÁN, M., «La prevención general en la determinación de la pena», op. cit., p. 513.

—como nos advierte PAGLIARO—³⁶⁶ sólo podría llevar a que el sujeto responde por potenciales hechos de otros. A una inaceptable instrumentalización del reo, a la que cabría unir —de acuerdo con ANDENAES—³⁶⁷ la posible violación del principio de igualdad ante la ley, cuando, por ser diferentes las necesidades de prevención general —esto es, la alarma social provocada por los hechos—, se sancionan con penas distintas dos supuestos de similar gravedad.

Sólo un Derecho penal guiado en sus momentos aplicativo y ejecutivo de la pena por criterios resocializadores, se adecúa suficientemente a las funciones encomendadas al Estado social, y, sin embargo, tampoco esta propuesta es ninguna panacea. No se puede permanecer ajeno a las dificultades que, sin lugar a dudas, plantea; y entre las que es de destacar el hecho de que su puesta en práctica exige unos conocimientos de los que hoy no se dispone totalmente —conocimientos criminológicos, sociológicos, psicológicos, etc.—³⁶⁸. Una serie de cuestiones que portan a que haya algún autor que —como HASSEMER— estime conveniente «la posibilidad de no meter a los tribunales en estas cuestiones tan ligadas a lo personal, pues se corre el riesgo de que los tribunales entiendan poco y mal la situación personal subjetiva del sujeto y la argumentación de sus resoluciones causen en este último cuanto menos perplejidad»³⁶⁹.

Fin preventivo especial, de acuerdo. Pero, ¿qué ocurre si la realidad lo único que nos ofrece es represión y clasismo? El Derecho penal para nada cumple con su loable función de resocializar al delincuente. ¿No es eso, en definitiva, violencia gratuita? Dado que parece imposible justificar de forma convincente la existencia de la pena a través de los fines por ella perseguidos, ¿tal vez no sería mejor abogar por su desaparición y, en consecuencia, por la desaparición del propio Derecho penal? Este es, precisamente, el camino elegido por aquéllos que, en lugar de pretender justificar su existencia de alguna u otra forma —sería la vía justificacionista estudiada ya en todas sus variedades—, optan por buscarle alternativas. Estamos, es evidente, ante la opción abolicionista que a continuación abordamos.

XI. EL ABOLICIONISMO

A) CONCEPTO

En descripción de COHEN³⁷⁰, se conoce por abolicionismo a la corriente teórica y práctica que, dada principalmente en la Europa occidental, efectúa una crítica radical a

³⁶⁶ PAGLIARO, A., «Commisurazione della pena e prevenzione generale», *RIDPP*, enero-marzo, 1981, pp. 30 y 31.

³⁶⁷ ANDENAES, J., «La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena», en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bolonia, 1980, p. 35.

³⁶⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «La prevención en la individualización judicial de la pena», op. cit., p. 878.

³⁶⁹ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 133.

³⁷⁰ COHEN, S., «Introducción», en AA.VV., *Abolicionismo penal*, trad. de Ciafardini y Bondaza, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 13.

todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo. Los seguidores de esta doctrina buscan la abolición del Derecho penal, junto con las instituciones que le son inherentes —jueces, tribunales, cárceles, etc.—, por considerarlo ilegítimo. Bien porque no admiten moralmente ninguno de los fines a él atribuibles, como suficientemente justificadores de los sufrimientos que ocasiona; o bien porque consideran más ventajosa su sustitución por medios o instrumentos de control informal³⁷¹. En todo caso, lo consideran ilegítimo por estimar que roba el conflicto a las personas directamente implicadas en él, y, en consecuencia, condena a seres concretos a enormes sufrimientos por razones impersonales y ficticias³⁷². Su pretensión es, en definitiva, la de devolver el conflicto a «su legítima propietaria»: la víctima³⁷³.

B) HISTORIA Y BASES TEÓRICAS EN LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Su aparición, en su versión más moderna, se produce en los años 60; en un momento especialmente favorable para los movimientos de liberación en todo el mundo, y muy especialmente en América Latina y África. En el caso de Europa y Norteamérica, estas teorías se respaldan en el fracaso que las teorías resocializadoras vivieron, precisamente, en países que como Estados Unidos, Holanda o Escandinavia tan efusivamente las desarrollaron. En tal contexto, está claro —resalta HORMAZÁBAL—, «no desentonaba una propuesta de abolición de la cárcel y del sistema penal»³⁷⁴. Sin embargo, y a pesar de que el abolicionismo parezca estar ganando apoyos en países que, como España e Italia, han sido tradicionalmente inmunes al pensamiento abolicionista, sigue siendo difícil hablar de un auténtico movimiento abolicionista.

En el ámbito teórico lo decisivo en su surgimiento es su vinculación con la Criminología crítica, al centrar su análisis en el sistema penal como principal responsable de la criminalidad, dejando de lado la explicación del fenómeno delictivo como realidad individual propia de la «Criminología positivista»³⁷⁵. Sobre tal base la explicación es lógica: se

³⁷¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, op. cit., p. 248.

³⁷² HULSMAN-BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 71 y ss.

³⁷³ CHRISTIE, N., *Abolir la pena?, el paradosso del sistema penale*, Torino, 1985, p. 104.

³⁷⁴ HORMAZÁBAL MALAREÉ, H., «Los problemas de legitimación del Derecho penal y la perspectiva abolicionista», *DPC*, Vol. XVIII, n.º 57-58, septiembre de 1995-abril de 1996, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, pp. 199 y ss.

³⁷⁵ Y es que el gran hallazgo de la Nueva Criminología consiste, precisamente, en haber demostrado la contradicción existente entre un Derecho penal presuntamente igualitario y una sociedad profundamente desigual, lo cual nos haría situarnos ante un Derecho penal injusto, que —para GIMBERNAT— «sería un milagro que no lo fuese cuando lo es también el orden socioeconómico dentro del cual se desarrolla» *Vid.* en GIMBERNAT ORDEIG, E., en Prólogo a *Comentarios a la ley general penitenciaria* de García Valdés, 1980, p. 10. Porque detrás de la fase legislativa, o de creación de los preceptos penales, lo que realmente hay es un complicado enjambre de necesidades e intereses sociales que, con mayor o menor fuerza, y reproduciendo los resultados de los acuerdos a los que se han llegado tras los oportunos conflictos sociales, influyen en la toma de postura de los legisladores. Es más, incluso en fases anteriores a la elaboración de la norma penal propiamente dicha, la criminalidad se puede llegar a convertir en un problema político que se utiliza como arma arrojadiza entre los partidos políticos en su

hace patente la necesidad de prescindir del sistema penal por ineficaz, selectivo y criminógeno. Por ser él mismo quien «fabrica culpables»³⁷⁶. El sistema penal crea al delincuente, y, en consecuencia, se suscita el interés por las investigaciones sobre los orígenes de la desviación y se deslegitima moralmente las doctrinas penales dominantes. Visto de esta manera, la perspectiva abolicionista, lejos de aparecer utópica, se presenta —de acuerdo con HULSMAN— «como una necesidad lógica y una actitud realista, como una exigencia de equidad»³⁷⁷.

Y si el surgimiento de la Nueva Criminología explica el nacimiento del abolicionismo, la crisis de aquélla —por la no aportación de soluciones satisfactorias—³⁷⁸, junto a la crisis de la legitimación de la cárcel —por no cumplir las funciones asignadas con la consiguiente búsqueda de alternativas—, explican su actual y creciente interés. Un interés que se ha materializado en la proliferación de numerosas tesis abolicionistas, y que LARRAURI, con la elocuencia de siempre, explica así: «la crisis de legitimación fundamentalmente de las cárceles, conjuntamente con transformaciones del aparato estatal, la incapacidad de la Nueva Criminología de proporcionar respuestas adecuadas, el surgimiento de movimientos que cuestionan la utilización actual del Derecho penal, parecen haber sido, todos ellos, factores que han propiciado la aparición de diferentes perspectivas explicativas del fenómeno de control social. Entre las que debiera ubicarse la teoría abolicionista»³⁷⁹. ¿Cuáles son, en todo caso, dichas propuestas?

pugna por el poder, condicionando, en no pocas ocasiones, el voto del electorado en favor o en contra de una determinada opción política. Una vez en el seno de las comisiones parlamentarias se llega a la solución de los conflictos, a través de determinados compromisos entre las distintas franjas sociales cuando —como nos recuerda BERGALLI— «en el juego de una democracia real y viva habría de imponerse la protección de las necesidades manifestadas por los grupos mayoritarios que componen una sociedad». *Vid.* en BERGALLI, R., «Control social: sus orígenes conceptuales y usos instrumentales», *RDPC*, n.º 2, 1992, p. 105.

³⁷⁶ HULSMAN-BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, op. cit., p. 55.

³⁷⁷ *Ibidem*.

³⁷⁸ A mediados de la década de los setenta, y principios de la de los ochenta, se ponen de manifiesto las incoherencias habidas en los cuestionamientos hechos al positivismo, y se atenúan las afirmaciones de la nueva sociología de la desviación y Nueva Criminología, pero se sigue sin dar soluciones acabadas. Eran inevitables la duda y el temor de estar abandonando los rasgos diferenciadores de la Criminología crítica. La crisis es definitiva ya iniciados los años ochenta. Parece que había llegado el momento de asumir el discurso de la derecha, referente al tema del delito, pero dándole una respuesta de izquierdas. Era ciertamente ineludible la sensación de que la descalificación hecha al Derecho penal había sido excesiva. Se multiplicaron los programas o proyectos destinados a construir alternativas al sistema penal, pero todos fracasaron. Ahora, sin embargo, se le califica, no sólo como un instrumento del Estado, sino como una maquinaria también susceptible de ser utilizada por sectores progresistas. Habían pasado dos lustros y el programa que la Criminología crítica pretendía fomentar seguía sin desarrollarse. Prácticamente todo continuaba en el punto donde el *labelling approach* lo había dejado. En base a ello, se produce una cierta división de las afirmaciones defendidas frente al positivismo, y se admite la necesidad de recuperar aspectos de las antiguas teorías criminológicas. Estamos asistiendo, en definitiva, a la división de la Criminología crítica. *Vid.* en LARRAURI PUJAN, E., *La herencia de la criminología crítica*, Siglo Veintiuno editores, Madrid, 1991, p. 67.

³⁷⁹ *Ibidem*, pp. 96 y ss.

C) LAS DIFERENTES PROPUESTAS ABOLICIONISTAS

Las propuestas abolicionistas son de lo más variado, y van, desde el radicalismo propugnado por autores como MATHIESEN o MAX STIRNER, y su «individualismo anarquista» —dónde no sólo no se justifican las penas, sino ni tan siquiera las prohibiciones y los juicios penales—, hasta las posiciones más moderadas, donde, a pesar de rechazar frontalmente la existencia del Derecho penal, admiten otras formas de control social. Son doctrinas moralistas y solidarias que cuentan con autores como CHRISTIE, HULSMAN³⁸⁰, GODWIN, BAKUNIN, KROPOTKIN, MOLINARI y MALATESTA³⁸¹. Propuestas todas ellas que, a pesar de la evidente fragilidad científica de algunos de sus argumentos, no por ello deben desecharse sin más, dado que la fuerza moral y política que inspiran no es nada desdeñable. Como toda argumentación teórica cuentan tanto con méritos como con defectos, frente a los cuales no podemos permanecer ajenos. Comencemos por los primeros, esto es, los méritos que les son atribuibles.

1. Méritos que les son inherentes

Para empezar es elogiable su esfuerzo en pro de la humanización del sistema penal, con la crítica a sus aspectos negativos. Se colocan de parte del que sufre el coste de las penas, y no del lado del poder punitivo, con lo que favorece la autonomía de la Criminología crítica y —en palabras de FERRAJOLI— «suscita sus investigaciones acerca de los orígenes culturales y sociales de la desviación, y de la relatividad histórica y política de los intereses penalmente protegidos, y contrarresta, por todo ello, el latente legalismo moral de las doctrinas penales dominantes»³⁸². En todo caso, y para terminar, al tiempo que deslegitiman al Derecho penal están arrojando la carga de la prueba a los justificacionistas. Es decir, están obligando al propio Ordenamiento penal a que ofrezca las réplicas correspondientes a tales agresiones si desea legitimarse.

Este es, sin lugar a dudas —y de acuerdo con HORMAZÁBAL—³⁸³, su golpe más certero, puesto que se basa en la indemostrabilidad empírica de la pretendida utilidad preventiva de la pena, y en la instrumentalización del individuo al servicio de la sociedad. Sin embargo, y como ya hemos advertido, los ataques a estos planteamientos también son susceptibles desde los más diversos frentes. Estos también cuentan, y como no podía ser de otra manera, con una serie de defectos que pasamos a descubrir.

³⁸⁰ Véase HULSMAN-BERNAT DE CELIS, J., *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, op. cit., p. 89.

³⁸¹ Al respecto, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., pp. 249 y 250.

³⁸² *Ibidem*, p. 252.

³⁸³ HORMAZÁBAL MALAREÉ, H., «Los problemas de legitimación del Derecho penal y la perspectiva abolicionista», op. cit., p. 4.

2. Problemas que suscitan

Para empezar, y a pesar de tener en cuenta todas las tendencias abolicionistas, la impresión no es demasiado positiva. La hipótesis abolicionista se encuadra en una fe en la tolerancia, en el perdón, en la participación de la comunidad y de la sociedad civil más directamente implicadas en el hecho delictivo³⁸⁴. Los abolicionistas como LOUK, HULSMAN, BIANCHI y CHRISTIE³⁸⁵ proponen las mismas tesis del abolicionismo decimonónico con dos perspectivas, la de la sociedad salvaje y la sociedad disciplinaria. En ellas se trata de aprender a negociar la situación de conflicto como condición normal de los hombres en sociedad.

Se decantan, en consecuencia, por soluciones utópicas —muestra de la nostalgia de modelos arcaicos y tradicionales de comunidad sin Derecho— que pretenden sustituir el sistema penal por la solución privada de conflictos, lo cual —en completo acuerdo con KAISER—³⁸⁶ es incompatible con el grado de complejidad y desarrollo alcanzado en las sociedades modernas, donde, desde luego, no se alcanza el grado de cohesión ideológica que tales propuestas abolicionistas exigen para conseguir efectividad. Es evidente, en definitiva, su carácter de simple elenco de buenas intenciones, pero que en lugar de aportar solución efectiva alguna, y contrariamente a lo que predicán, conllevan una injerencia más profunda e intolerable en la esfera individual —tal y como denuncia SILVA—³⁸⁷. «Nos enfrentamos a un trueque peligroso —escribe MORRIS—. Nos exponemos a sustituir por mecanismos más penetrantes aunque menos punitivos de control, aplicados a un número mucho mayor de ciudadanos, nuestro actual sistema de selección discriminatoria e irracional de menos ciudadanos para castigos más punitivos y draconianos»³⁸⁸.

Estas teorías evitan, en todo caso, todas las cuestiones más importantes de la justificación y deslegitimación del Derecho penal. Menosprecian cualquier enfoque garantista, rechazando, de forma única, tanto los modelos penales autoritarios como los liberales, sin predicar propuesta alguna que contribuya a solucionar los problemas de limitación y control del poder punitivo³⁸⁹. Sus sugerencias «operativas» «prácticas» se han limitado, en el mejor de los casos, a pretender solucionar problemas marginales sin entrar de forma consistente —y a criterio de PAVARINI—³⁹⁰ en el fondo de los problemas «centrales».

³⁸⁴ PAVARINI, M., «El sistema de Derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo», *PC*, n.º 1, 1987, p. 145.

³⁸⁵ Al respecto, CHRISTIE, N., «Las imágenes del hombre en el Derecho penal moderno», en AA.VV., *Abolicionismo penal*, op. cit., pp. 127 y ss.; el mismo, «Los conflictos como pertenencia», en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 157 y ss.; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *La abolición del sistema penal. Inconvenientes en Latinoamérica*, Temis, Bogotá, 1990, p. 31.

³⁸⁶ Y en el mismo sentido, entre otros muchos, LARRAURI, E., «Abolicionismo del Derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista», op. cit., p. 111, y PAVARINI, M., «El sistema de Derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo», op. cit., p. 145.

³⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 25.

³⁸⁸ MORRIS, N., *El futuro de las prisiones*, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 1978, p. 28.

³⁸⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 251.

³⁹⁰ PAVARINI, M., «El sistema de Derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo», op. cit., p. 152.

Su propuesta, en lo que a la desaparición de la cárcel se refiere, no es más que otra utopía, que como mucho tiene algún viso de materialización en sociedades como Holanda y Escandinavia, y que es, precisamente, donde surgen con mayor fuerza los planteamientos abolicionistas. Luego, y de acuerdo con LARRAURI³⁹¹, su mantenimiento, desde luego, no está unido a una aptitud de convencimiento de su eficacia —ya que todo el mundo está de acuerdo en que se trata de un «tiempo muerto» y, al mismo tiempo, represor—, sino a la ausencia de alternativas claras, debidas sobre todo, y en eso no cabe duda, a la falta de los recursos económicos adecuados. Y es que, en pocas palabras —y transcribiendo para ello a SCHEERER—, «la característica más irritante de la literatura abolicionista es la negativa a plasmar en un proyecto alternativas para la prisión y para el sistema de justicia penal [...]. Lo que empeora todo es la obstinada negativa de los abolicionistas a reconocer este negativismo como un signo de inmadurez o incapacidad»³⁹².

XII. UNA TOMA DE POSTURA JUSTIFICACIONISTA EN NECESARIA COHERENCIA CON EL MODELO DE ESTADO DE QUE SE PARTA

Si bien el Derecho penal no es el único medio de control social, puesto que junto a él existen otras instancias de control social —empezando con la familia o el grupo social al que pertenece y terminando por otras ramas del Derecho tales como la civil, la administrativa o la tributaria—, lo que nadie discute es su necesidad como instrumento de orden y seguridad. Como medio de confirmación de las otras instancias, sin duda más sutiles y eficaces³⁹³. «Del Derecho penal será imposible prescindir —nos resume GARCÍA RIVAS— mientras el respeto de los bienes básicos para el mantenimiento de la paz social necesite de su respaldo como mecanismo inhibitor de las conductas que puedan dañarlos». Y es evidente que en el futuro previsible las cosas sigan siendo así. Que las sociedades modernas continúen manteniéndose unidas mediante vínculos más precarios que las ligaduras familiares, culturales o religiosas, lo que —a juicio del propio DAHRENDORF— «las hará permanecer precarias a ellas mismas»³⁹⁴.

Al menos por el momento, el Derecho penal sigue apareciendo como una realidad tan necesaria como triste, donde las propuestas abolicionistas que al respecto se han formulado siguen sin encontrar suficiente acomodo. Desde aquí nos vemos compelidos —siguiendo a la doctrina mayoritaria— a partir del «hay Derecho penal para rato» de GIMBERNAT³⁹⁵. Porque compartimos con HASSEMER su ya famosa frase de que hoy por hoy «quien pretende abolir el Derecho Penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú»³⁹⁶. Arrancamos, en definitiva, de la necesidad de su existencia, por lo que consideramos

³⁹¹ LARRAURI, E., «Abolicionismo del Derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista», *PC*, n.º 3, 1987, p. 113.

³⁹² SCHEERER, S., «Hacia el abolicionismo», en AA.VV. *Abolicionismo penal*, *op. cit.*, p. 24.

³⁹³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

³⁹⁴ DAHRENDORF, R., *Ley y orden*, Civitas, Madrid, 1994, p. 178.

³⁹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?», *op. cit.*, p. 150.

³⁹⁶ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 400.

todos los esfuerzos deben dirigirse a una aplicación de las normas penales lo más humana posible³⁹⁷. A su control progresivo, ya que prescindir de él conllevaría la nada fácil tarea de encontrar un sistema de control social menos represivo, menos arbitrario y menos selectivo, que el que éste finalmente supone con todos los defectos que le son inherentes.

Nos adscribimos, por tanto, a la corriente mayoritaria en defensa de la pena, como técnica institucional de minimización de la violencia frente a la comisión de un delito, y de garantía del acusado frente a las arbitrariedades, excesos y errores ligados a sistemas informales de control social³⁹⁸. Estamos, pues, justificando la existencia del Derecho penal en sus fines preventivos. Estamos uniéndonos a las doctrinas justificacionistas utilitarias y trasponiendo, para un segundo momento, las abolicionistas, esperando que algún día se den las condiciones culturales, sociales, y ¿por qué no? económicas, para que éstas dejen de ser la utopía, que hoy por hoy son, y pasen a ser una realidad. El pesimismo al respecto tiene, sin embargo, sólidas bases³⁹⁹.

El aducir que la pena está justificada en sus fines preventivos no es, en todo caso, suficiente. El concluir que la prevención general es el fin que debe predominar en la conminación, y que la prevención especial está llamada a orientar las fases de aplicación y ejecución de la pena, no basta. Estos fines tomados de forma absoluta, y tal y como hemos visto, pueden conducir a excesos de diverso signo, por lo que se necesita de algo más.

Lo que diferencia al Derecho penal del resto de las instancias de control, es el hecho de que se trata del arma jurídica más contundente de que dispone el Estado a la hora de evitar las conductas que resultan más indeseadas e insoportables socialmente. Y es precisamente por eso, por prever las sanciones *a priori* más graves, y que van desde la relativamente inocua pena de multa hasta la pena de muerte, pasando —como pena más utilizada a nivel mundial— por la privativa de libertad, por lo que es una realidad completamente monopolizada por el Estado⁴⁰⁰. Violencia ésta que, por su propia esencia, y en contrapartida, necesita de un importante grado de formalización que lo libere, en la medida de lo posible, de la espontaneidad, sorpresa y subjetividad propios de otros sistemas⁴⁰¹. Es por todo ello que no basta con reconocer la presencia de fines preventivos en el ordenamiento jurídico penal para concluir con que, de este modo, ya está justificado. Se precisa de algo más.

³⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 26.

³⁹⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 249.

³⁹⁹ «Por el momento —estamos con CRUZ y GONZÁLEZ— la sociedad no puede prescindir de la sanción. No puede justificarse la solución simplista e ingenua que considere posible eliminar todo tipo de sanciones o de procedimientos coactivos.» *Vid.* CRUZ CASTRO-GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *La sanción penal. Aspectos penales y penitenciarios*, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁰⁰ Una violencia de que necesariamente debe hacer uso el Estado en su función de garantizar la seguridad de sus miembros, pero que, sin embargo, está limitada —como nos recuerda ROXIN— por la propia libertad de los individuos para conformar su vida, puesto que los hombres, por carecer ellos mismos de legitimación, no pueden dar poderes para otra cosa a los conciudadanos que han elegido para legislar y gobernar». *Vid.* en ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», *op. cit.*, p. 21.

⁴⁰¹ MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 27.

El Derecho penal como los demás sistemas de control social, en tanto que pretende evitar unas conductas y estimular otras, responde siempre a un sistema de valores, con función de defenderlo y reproducirlo, y en consecuencia marginar y reprimir las conductas que potencial o realmente pueden atacarlo⁴⁰². Como por todos es sabido, el control social no reposa exclusivamente en una concepción normativa de los elementos de la organización social y la sociedad, sino que sus presunciones y variables tienen que incorporar las dimensiones ecológicas, tecnológicas, económicas e institucionales⁴⁰³. «Los modos de control social, y con ellos los sistemas de saber de los que dependen, no pueden sencillamente exportarse como la Coca-Cola de unas realidades a otras» —escribe con razón COHEN—⁴⁰⁴. El punto de partida, por tanto, es el modelo de sociedad al que el Ordenamiento Jurídico pretende responder, y cuyo rasgo externo no es sino otro que su propia Constitución. Porque, en definitiva, «el Derecho penal no debe utilizarse de cualquier modo y en cualquier medida. Sólo puede hacerlo de forma que sea compatible con el nivel cultural global de la nación, bajo una Constitución» —sentencia decididamente JESCHECK—⁴⁰⁵. Hay que partir, pues, de enmarcarlo en el orden constitucional de que se trate, derivándolo de los principios fundamentales del modelo político que en él se recoja.

Porque la primera condición para comprender todo este problema de la pena está en reconocer la vinculación axiológica entre función de la pena y función del Estado. En no ocultar las premisas políticas de las que depende. Porque el derecho a castigar o *ius puniendi* siempre dependerá de la concepción política y el marco político que se adopte. Se debe arrancar, en consecuencia —y de acuerdo con GARCÍA ARÁN—, del modelo de Estado que contempla la correspondiente Norma Fundamental, «como soporte de los pilares sobre el que gira todo el sistema teleológico de la parte general del Derecho penal»⁴⁰⁶. Porque lo político y lo jurídico no pueden separarse. Y porque eso, y sólo eso, hace congruentes, como hemos visto, a cada una de las teorías con el modelo social al que pretende dar respuesta.

⁴⁰² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, op. cit., p. 41.

⁴⁰³ BERGALLI, R., «Control social: sus orígenes conceptuales y usos instrumentales», op. cit., p. 182.

⁴⁰⁴ COHEN, S., *Visiones de control social*, PPU, Barcelona, 1988, p. IV y ss de la introducción a la versión española.

⁴⁰⁵ JESCHECK, H.H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 2.

⁴⁰⁶ MIR PUIG, S., «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», op. cit., p. 31. «Derecho penal —escribe al respecto BERGALLI— como marco en el que las llamadas instancias oficiales desarrollan su misión de salvaguardar el orden mediante la puesta en práctica de ciertas actividades violentas, con las cuales se actúa directamente sobre el comportamiento humano, reprimiéndolo. Vid. en BERGALLI, «La ideología del control social tradicional», DP, año 3, 1980, pp. 805 y ss.

CAPÍTULO II

EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO COMO PARADIGMA. LA DOBLE FUNCIÓN DE SU DERECHO PENAL: PREVENCIÓN Y GARANTÍA

I. DERECHO PENAL Y MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL

Si partimos —como así hacen BUSTOS y HORMAZÁBAL—¹ de que la historia del Derecho penal es la historia del propio Estado, entenderemos perfectamente porque los fines perseguidos con la pena a lo largo de los siglos han sufrido tantas variaciones. Las diferentes finalidades perseguidas por la pena no conforman, desde luego, opciones ahistóricas, sino que se corresponden con los distintos fines que al Derecho penal se le han asignado, según el modelo de Estado al que estuviera llamado a servir². Y ello porque, en la concepción moderna de Estado la pena es monopolio de éste y, en consecuencia, su función depende de los cometidos que aquél tenga.

Bajo la sensibilidad jurídica moderna ya no nos encontramos ante el que, hasta ahora, se creía un Derecho subjetivo del Estado —como interpretación de la expresión *ius puniendi*—, sino ante una serie de funciones que el Estado está obligado a cumplir, en virtud del pacto social adherido por todos y representado en la Constitución³. Una sensibilidad diferente, y según la cual «el poder de crear normas penales —nos aclara CARBONELL— no tiene diferentes características que el de legislar en materia de cultura, obras públicas o educación, si bien, a diferencia de esas materias y como ya sabemos, el Derecho penal supone recortes a la libertad general con el fin de tutelar las libertades de los ciudadanos»⁴.

¹ BUSTOS RAMÍREZ-HORMAZÁBAL MALAREÉ, «Pena y Estado», *Papers. Revista sociológica*, n.º 13, 1980, p. 127.

² BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op. cit., p. 53.

³ Un Estado que hunde sus raíces en el «contrato social» de ROUSSEAU, como el acuerdo tácito de atenerse a ciertas normas elementales, y aceptar el monopolio de la violencia por parte de un poder común creado para proteger esas normas. Un Estado donde, en definitiva, la validez de las normas no debe descansar, ni mucho menos, en las sanciones y el poder, sino en el consenso de los interesados. Consenso que, de acuerdo con DAHRENDORF, aunque jamás incluirá a todo el mundo es obligatorio para todos. Vid. en DAHRENDORF, R., *Ley y orden*, op. cit., p. 116.

⁴ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2.ª edic., Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 1996, p. 102.

Luego el tema de los principios legitimantes del poder sancionador se convierte en un problema tanto jurídico-penal como constitucional, puesto que la función del Derecho penal está vinculada a las concepciones de su legitimidad⁵.

Cada sociedad se hace «a medida» su propio Ordenamiento penal —única manera, por otro lado, de desarrollar su cometido de control social y aseguramiento de la convivencia—, y para ello debe inevitablemente partir de su Norma Fundamental, por encontrarse en ella los elementos necesarios para su elaboración conceptual⁶. Debe arrancar de la Constitución, «como —en palabras de PELAYO— la estructura jurídico-política de un Estado concreto que, a su vez, se integra como elemento de la estructura total del Estado y de la sociedad, lo que entraña un sistema de conexión y relaciones recíprocas, condicionadoras y condicionantes, entre la Constitución y los demás componentes de dicha estructura social del Estado y de la sociedad en que está inserta la Constitución»⁷. Una Constitución que, por tanto, no se limita a delinear *a grosso modo* el campo de acción del Derecho penal, sino que también fundamenta y limita la acción de los poderes públicos⁸. Una entidad normativa que, en definitiva, conforma el marco legal dentro del cual el legislador penal debe basarse a la hora de legislar, y el juez penal debe partir en la interpretación de la ley una vez llegado el momento de aplicarla. Es lo que ARROYO denomina «Programa penal de la Constitución»⁹.

El Derecho penal, por todo ello, y al igual que los demás medios de control social, no es una mercancía exportable de un país a otro. No es una «idea» canjeable entre realidades diversas. El punto de partida ineludible para su configuración es el modelo de sociedad en que pretende desarrollarse, y en este sentido los puntos de referencia deben, lógicamente, cambiar cuando se habla de la Europa continental —que si bien tiene sus diferencias los parámetros generales son muy parecidos— que cuando se habla de Centroamérica —inmersa en una realidad política, social y económica marcadamente diferente—. Y, sin embargo, ésta se ha limitado a «heredar» la configuración formal, tanto penal como constitucional, de aquélla, con la consiguiente disfuncionalidad entre teoría y práctica.

⁵ BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, Akal, Madrid, 1990, p. 17.

⁶ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Teoría de la pena y Constitución», *EPC*, Vol. VIII, 1982-85, p. 227.

⁷ GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1958, p. 120.

⁸ Porque no es casualidad —y así nos lo recuerdan MORA y NAVARRO— que el constitucionalismo y el Derecho penal modernos sean prácticamente coetáneos. Ambos emergen con la ideología política ilustrada, y los dos ostentan el objetivo común de acotar eficazmente e impedir los abusos y excesos del poder estatal. Es decir, surgen como formas de institucionalizar —formalizar— ese control social de que se hace cargo el Estado. *Vid.* en MORA MORA-NAVARRO SOLANO, *Constitución y Derecho penal*, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, 1995, p. 63. Del mismo modo, VIVES ANTÓN, T., «Introducción: Estado de Derecho y Derecho penal», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1982, p. 19.

⁹ ARROYO ZAPATERO, L., «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», *RJCM*, n.º 1, 1987, p. 103.

II. CONSTITUCIONALISMO, DERECHO PENAL Y REALIDAD CENTRO-AMERICANA. OTRA ANTINOMIA

A) EL CONSTITUCIONALISMO CENTROAMERICANO

1. Presentación del problema

Lógicamente, la cuestión fundamental sobre si se harán o no realidad las directrices constitucionales dependerá del medio social y político donde tal Constitución deba hacerse valer. «Para que una Constitución sea viva —nos dice LÖWENSTEIN—, debe ser efectivamente «vívica» por destinatarios y detentadores del poder, necesitando un ambiente favorable para su realización»¹⁰. El carácter normativo de una Constitución no debe, por tanto, ser tomado como un hecho dado y sobreentendido, sino que debe ser confirmado por la práctica. Porque una Constitución puede ser jurídicamente válida, y sin embargo la dinámica del proceso político puede no adaptarse a sus normas, por lo que en última instancia carecería de realidad existencial. Esto es, sin lugar a dudas, lo que está ocurriendo en la mayoría de los Estados modernos, y de forma muy especial en Centroamérica.

Los países centroamericanos contienen Cartas de Derechos muy generosas, cuya amplitud no tiene nada que envidiar a la de los países que normalmente se adoptan como modelos, pero ostentando una realidad aplicativa, en contrapartida, ni mucho menos tan «ideal». A lo largo de la historia, los Textos Constitucionales centroamericanos sólo han disfrutado de una eficacia meramente simbólica, entendida como «la disociación entre la práctica de creación y la práctica de aplicación, lo cual permite que cierto grado de irrealidad en lo jurídico coexista con cierta ilegalidad en lo social» —del modo en que lo define GARCÍA VILLEGAS—¹¹. El constitucionalismo centroamericano, en general, se caracteriza por lo que ZAFFARONI ha llamado «hipertrofia declarativa»¹², pero con un correlativo raquitismo institucional que se traduce en que, más allá de las buenas intenciones declarativas, se oculte, realmente, una modalidad de autoritarismo bajo declaraciones amplias que no pueden realizarse por la precariedad de las instituciones llamadas a hacerlo.

Y es que en América Central son predominantes los Estados en los que el constitucionalismo occidental se ha implantado, sin la madurez política previa necesaria, en un orden social de tipo colonial o feudal-agrario. Terreno éste, evidentemente, no fértil para que los postulados programáticos que aparecen en las constituciones deje de ser eso, únicamente programas, y lleguen a materializarse de forma efectiva. Para que éstas dejen de ser «constituciones nominales» y pasen a ser «constituciones normativas», donde sus nor-

¹⁰ LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución* (trad. y estudios de A. Gallego Anabitarte), Ariel, Barcelona, 1964, p. 217.

¹¹ GARCÍA VILLEGAS, M., *La eficacia simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993, p. 256.

¹² ZAFFARONI, E. R. (direct.) «La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central», en *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del Juez*, ILANUD, San José, 1996, p. 6 y ss.

mas dominan el proceso político y éste se adapta a ellas¹³. Y es que «en países en vías de desarrollo como los nuestros —afirma GUERRA DE VILLALAZ— la plena garantía y vigencia de los derechos humanos de segunda generación, aún están pendientes de su plena aplicación para etapas históricas más avanzadas»¹⁴.

2. Constitución versus realidad político-social

a) Costa Rica. La imagen de una vieja democracia

A diferencia de los otros países centroamericanos, que deben enfrentarse a un proceso de transición a la democracia política y social, Costa Rica disfruta de una de las democracias más viejas y estables del continente, ampliamente legitimada por la casi totalidad de los ciudadanos. Porque al hecho de celebrar elecciones de forma continuada desde 1953 —escribe ALCÁNTARA—, cabe unirse la frecuencia con la que la oposición ha podido acceder al gobierno, permitiéndose tanto la alternancia como la existencia de un clima peculiar de amplio respeto a los derechos civiles y públicos¹⁵.

Este país disfruta de un bipartidismo muy equilibrado y una tradición civil que se remonta al menos a 1948, con la correspondiente continuidad constitucional, lo cual ha hecho que la administración de justicia haya funcionado más o menos bien, sobre todo al no verse presionada por la existencia de un fuero militar o una justicia militar paralela, puesto que el ejército fue suprimido como institución permanente en 1949¹⁶. De este mismo año data, precisamente, su Constitución, que declara al Estado como social y democrático de Derecho, si bien cada uno de los componentes de dicha fórmula cabe sonsacarse de la letra de un precepto diferente: art. 1 (democrático), art. 28 (de Derecho) y art. 50 (social).

Sin embargo, aquí también cabe trasladar eso de «no es oro todo lo que reluce». Si bien la diferencia habida entre la democracia «declarada» y la democracia «efectivamente vivida» es en este país mucho menos marcada que la existente en el resto de los países centroamericanos, a nuestro juicio, las distancias se van acortando; y no precisamente porque allí mejore la situación, sino porque aquí va empeorando. Costa Rica se ha «dormido» en su emblema de ser la democracia más antigua de Latinoamérica, mientras su economía retrocede, desapareciendo en forma progresiva su dominante clase media en favor de un peligroso bipolarismo económico que cada vez tiene menos que ver con su «vieja» democracia¹⁷.

¹³ LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 217 y ss.

¹⁴ GUERRA DE VILLALAZ, A., et. alt., «La posición del juez en Panamá», en *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del Juez*, op. cit., p. 685.

¹⁵ ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos de América Latina*, Vol. II, (México. América Central y el Caribe), Tecnos, 1999, p. 87.

¹⁶ CASTILLO GONZÁLEZ, F., «La posición del juez en Costa Rica», en *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del Juez*, op. cit., pp. 125 y 126.

¹⁷ El 76% de los costarricenses considera vivir en un país socialmente muy desigual, donde la distribución del ingreso se califica de injusta o muy injusta. De otra parte, frente a un 19% que estima que el país está progresando, un 62% afirma que el país está «estancado», Vid. en ALCÁNTARA SÁEZ, M., op. cit., pp. 115 y ss.

Parece ser que en ella también se detectan las consecuencias indirectas del auge de la violencia política dominante en Centroamérica, y la crisis en lo social, económico y político se va agudizando, pues la reducción de los salarios y las altas cuotas de desempleo en la década de los 80 no se han visto precisamente «compensadas», tanto por el aumento del costo de la vida generado por los programas de estabilización, como por la crisis recesiva que sufre actualmente¹⁸. Situación complicada a la que cabría sumar el hecho de que hoy en día son miles y miles los emigrantes —sobre todo nicaragüenses— que, huyendo de la pobreza y los escollos de la guerra, ingresan en su territorio buscando en éste una solución. Una solución que este país, de poco más de 3 millones de habitantes y una renta *per capita* muy baja, no tiene¹⁹.

b) El Salvador. Violencia y monopolio de la derecha

Es característica histórica de este país la concentración de la tierra en manos de unos pocos. Una dominación que se da a entender a través de una brutal represión, que llevó al exterminio de masas campesinas, cuando los intereses de esos pocos se vieron afectados por la crisis económica propiciando la organización de los trabajadores agrícolas. Una situación de sometimiento de la mayoría que se ve legitimada, ¿cómo no?, políticamente.

Los Estados Unidos, una vez perdidos los intereses por Nicaragua, eligieron a El Salvador para desarrollar su política de contra insurgencia, adoptando como aliados para tal fin tanto al centrismo reformista de la Democracia Cristiana como a la capacidad coercitiva del ejército. Sobre ellos se construye el nuevo régimen, eliminándose a la izquierda, lo que exacerbó, aún más si cabe, la frustración, aumentando la violencia insurgente.

El Estado, ante tal situación, en vez de ampliar el marco político optó por hacer rendir incondicionalmente a la guerrilla. Resultado: un sistema incapaz de eliminar la violencia política y de integrar a la izquierda en sus esquemas²⁰. Incapacidad, en definitiva, de las partes para establecer un diálogo, hasta que, finalmente, el 30 de enero de 1992 se firman los Acuerdos de Paz en Chapultepec (México) entre las fuerzas legalmente constituidas y el FMLN (Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional)²¹. Desde ese

¹⁸ VUL, M., «Un enfoque psicosocial de la violencia en Centroamérica», en CARRANZA, E. (Coord.) *Delito y seguridad de los habitantes*, op. cit., p. 286. De igual modo, ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., pp. 163 y ss.

¹⁹ En la economía se da un escaso dinamismo, que se traduce en un reducido crecimiento económico en las dos últimas décadas, unas tasas de inflación anuales por encima del 20% y una estructura del comercio exterior ligada en 3/4 partes a productos primarios como el café y el banano. De otra parte, el porcentaje de población urbana que en 1996 seguía ocupada en el sector informal era todavía de un 33,3%. Vid. en ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos de América Latina*, op. cit., p. 88.

²⁰ ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos en América Latina*, op. cit., p. 128.

²¹ La intervención de las Naciones Unidas en el proceso de paz fue fundamental. La creación de ONU-SAL (Misión de Observación de las Naciones Unidas en El Salvador), como consecuencia de los acuerdos de Ginebra, fue decisiva tanto para la supervisión del éxito en el cese del fuego, como para la desmilitarización del FMLN y la reforma y reducción del ejército salvadoreño, así como para la formación y capacitación de una nueva policía nacional civil. Su presencia de igual modo fue eficaz en las elecciones de 1994, en las cua-

momento El Salvador tuvo que dar comienzo al cumplimiento de los acuerdos de paz emprendiendo el camino hacia una democracia, que desde hacia ya casi 10 años se proclamaba en su Constitución²².

Porque su Texto Fundamental data de diciembre de 1983, y de su letra, igualmente, cabe deducirse el «espíritu» de un modelo de Estado social y democrático de Derecho. Para tal afirmación cabe apoyarse, en este caso, en el art. 1 en lo que a la directriz social se refiere; en el art. 8 respecto a la exigencia de sujeción a las leyes; y, finalmente, en el art. 85, que claramente enalza a la democracia como componente ineludible en la forma de gobierno. Una democracia que, hoy por hoy, y sin embargo, sigue sin ser efectiva, puesto que aún son signos distintivos tanto la derechización de la vida política como la fuerte diferencia de clases. Factores, todos ellos, que emborronan la concepción que la Constitución hace del Estado, como limitado a intervenir en funciones de mero agente estimulador en las actividades económicas.

c) Guatemala. Dominación militar, violencia y exclusión de la mayoría

Si bien los gobernantes guatemaltecos, finalmente, han tenido que ser permeables a las demandas de pacificación y reconciliación nacional —produciéndose el 29 de diciembre de 1996 el tan anhelado acuerdo de paz con la URNG (Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca)—, son todavía muchos los factores que, inevitablemente, portan al cuestionamiento sobre la consolidación, aunque sea mínima, del sistema democrático que proclama su Texto Constitucional.

La Constitución guatemalteca data de 1985 —reformada mediante referéndum en 1994— y de ella cabe también rescatar un modelo de Estado social (arts. 1 y 2), democrático (art. 140) y de Derecho (art. 5), además de todo un arsenal de instrumentos avanzados, en lo que a las garantías sociales e individuales y a los mecanismos de control se refiere, pues más de la mitad del texto se dedica al tratamiento extensivo de los derechos humanos. Es, cabe afirmar, una de las Cartas Fundamentales más perfeccionada, precisa y moderna de América Latina²³, y, sin embargo, las posibilidades reales de su paulatina y gradual puesta en funcionamiento son ciertamente escasas. El proceso de democratización es en este país marcadamente lento, y en aras a él habría que comenzar, sin lugar a dudas, por disminuir el poder real de las Fuerzas Armadas²⁴.

les se daban cita, por vez primera, los comicios presidenciales, legislativos y municipales, y en las que debía concurrir la izquierda salvadoreña con plenas garantías. Vid. en ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos de América Latina*, op. cit., p. 140.

²² RAMÍREZ AMAYA-NOYA NOVAIS, «La posición del juez en El Salvador», en *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, op. cit., p. 143.

²³ De acuerdo con ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos de América Latina*, op. cit., p. 195.

²⁴ El poder, al lado de las grandes empresas (que lo ostentan en un 38%), está altamente concentrado en manos de los militares (32%), en mayor parte incluso que el gobierno (28%), lo que sin lugar a dudas se traduce en una menor presencia de las instituciones políticas en el entramado del poder. Vid. en ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos de América Latina*, op. cit., pp. 208 y ss.

Porque el poder civil en Guatemala aún sigue seriamente acotado por el militar, «sin dejar de lado —advierte ZAFFARONI— algún que otro brote de inmadurez autoritaria entre los propios políticos y la amenaza de retorno de viejos dictadores por vía electoral»²⁵. Y esto crea una situación real de violencia interna. Una situación de preeminencia militar —reforzada paradójicamente por la propia Constitución—, a la que, además, cabe añadir una nefasta situación económica, el fracaso de la política distributiva de tierras, y la desestructuración que sufre la sociedad civil por la dominación de los sectores blancos o ladinos sobre el Pueblo Maya²⁶ —que hoy por hoy constituye la mayor parte de la población—²⁷. La consecuencia: una continua violación de los derechos humanos, y sobre todo en las áreas rurales.

En Guatemala, hoy por hoy, y lógicamente, la gran mayoría de la población sigue sin considerar a la Administración de Justicia como un instrumento garantizador de los derechos humanos, puesto que en sus actuaciones lo único que hace es generar impunidad en favor de los más poderosos y de los políticos más deshonestos²⁸. Y es que en este país —estamos con RIVERA WÖLTKE—²⁹ aún falta tomar conciencia de que el mal funcionamiento de la Justicia genera impunidad y falta de comprensión de los valores que en verdad rigen la vida en común. Y mientras esto sea así, el camino hacia la democracia real pocas posibilidades tiene de ser andado con el éxito esperado.

d) Honduras. Secuelas de una guerra ajena

La Constitución de la República, en vigor desde enero de 1982, no deja dudas en cuanto al carácter social, democrático y de Derecho del Estado hondureño, puesto que así lo proclama en su art. 1.º. Sin embargo, y como siempre, la realidad dista mucho de las bonitas palabras de la teoría.

²⁵ ZAFFARONI, E. R., «La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central», op. cit., p. 27.

²⁶ Por mucho que la Constitución en su art. 144 considere a los indígenas como guatemaltecos de origen y, de igual modo, se estime a las lenguas vernáculas como parte del patrimonio cultural de la Nación (art. 143), exigiéndose una enseñanza bilingüe en las zonas de predominante población indígena. Y todo ello al lado de una sección especial, dentro del Capítulo de Derechos Humanos, dedicada a los derechos de la comunidad indígena, donde se habla de una futura ley de regulación de materias tales como: sus formas de vida, lengua, religión, tradición, régimen de tierras, trabajo, etc. Vid. en SÁNCHEZ ROMERO-HOUED VEGA-CHIRINO SÁNCHEZ, «El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas», *RACPCR*, año 6, n.º 9, noviembre 1994, p. 59.

²⁷ Según datos de la Organización Panamericana de la Salud, en 1996 un 66% de la población guatemalteca era indígena, estando dividida en numerosos grupos étnicos, lo cual hace extremadamente difícil su coordinación en integración en un frente reivindicativo único y consolidar su histórica demanda del reconocimiento de su carácter plurinacional. Vid. ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos de América Latina*, op. cit., p. 175.

²⁸ DE LEÓN CUÉLLAR, R., «La justicia como garante de los derechos humanos en Guatemala: la visión del procurador de los derechos humanos», en *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, op. cit., pp. 292 y 293.

²⁹ RIVERA WÖLTKE, V. M., «La posición del juez en Guatemala», en *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, op. cit., p. 282.

Para comenzar, la especial implicación de Honduras en la guerra nicaragüense —donde sirvió de plataforma directa a la Contra e indirecta a los intereses norteamericanos—³⁰ pone en tela de juicio la independencia del gobierno de este país. Un cuestionamiento de su soberanía motivado, principalmente, por el carácter «proconsular» de la embajada norteamericana en Tegucigalpa, y que influye en todo el sistema³¹. Un sistema en que, de nuevo, predomina el poder militar³², y que de lo que menos tiene es de democrático. Para tal aseveración nada mejor que remitirnos a los hechos.

La década de los 80, con la implantación de la tesis de la seguridad nacional —perfectamente apoyada por una criminología etiológica imperante—³³, es la época de los desaparecidos, en que los derechos y garantías individuales consagrados en la Constitución se convierten en meras ilusiones, puesto que los cuerpos represivos se multiplican a igual velocidad que los cementerios clandestinos³⁴. El poder civil ante tales circunstancias se doblega ante el militar, y la consecuencia fue la de una justicia ciega y tolerante. Una penosa situación que llevó a que Honduras se convirtiera en el primer país condenado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos³⁵, y con un poder militar que hoy en día subsiste y apenas cede ante la civilidad³⁶. Una difícil situación política, a la que, por si fuera poco, cabe unírsele otra no menos importante: el deplorable estado económico-social en que se ve inmerso el país por la aguda crisis que lleva soportando desde comienzos de esta década³⁷ —una crisis tristemente agravada por los desoladores efectos del huracán Mitch en su paso por Centroamérica en noviembre de 1998—. Ni que decir tiene, en consecuencia, que aquí la democracia, hoy por hoy, y de nuevo, no es más que una hermosa utopía.

³⁰ Situación que motivó el calificativo de «guerra de baja intensidad».

³¹ ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos de América Latina*, op. cit., p. 223.

³² Dado el peculiar papel de Honduras en la crisis centroamericana, las Fuerzas Armadas de este país colaboraron estrechamente con las de los EE.UU. asentados en bases levantadas en territorio hondureño. Esta situación les dio una posición preminente en el sistema político, consolidando un gran grado de autonomía, tanto en la esfera política como en la económica. Vid. en ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos en América Latina*, op. cit., p. 238.

³³ Que, en palabras de ZAFFARONI, «al alucinar una guerra mundial y considerar a cada país como un campo de batalla, sin siquiera remotamente podía tolerar algo que pusiese en mínima duda la autoridad legítima del control social represivo, so pena de quebrar el «frente interno» contra el «enemigo rojo»». Vid. en ZAFFARONI, E. R., *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993, p. 176.

³⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los noventa*, EDAI, Madrid, 1994, p. 237.

³⁵ SUAZO LAGOS, R. (Coord.), «La posición del juez en Honduras», en *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, op. cit., p. 332.

³⁶ ZAFFARONI, E. R., «La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central», op. cit., p. 27.

³⁷ SUAZO LAGOS, R. (Coord.), «La posición del juez en Honduras», en *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, op. cit., p. 296.

e) Nicaragua. La sombra sandinista

La Constitución nicaragüense de 1987, reformada profundamente en 1995 —hasta el punto que incluso cabría hablar de una nueva Constitución en esta fecha—, entronca con el constitucionalismo de tradición liberal-demócrata, y en particular con «el modelo norteamericano y latinoamericano»³⁸. Una Constitución que, al igual que sus hermanas centroamericanas, parte de un modelo de Estado social y democrático de Derecho. Su componente social cabe ser derivado de, entre otros, su art. 4; los arts. 2 y 7 declaran el factor democrático y en el art. 32 se parte de la sumisión al Derecho. Un paradigma de Estado, en todo caso, de escasa o nula materialización en una realidad que, como la nicaragüense, se caracteriza por tres graves crisis: política, social y económica.

Porque no hace tanto tiempo —como para no verse todavía influida— que Nicaragua salió de la dictadura somocista y pasó al gobierno sandinista, viviendo una larga guerra civil entre el gobierno de Anastasio Somoza Debayle y el FSLN (o Frente Sandinista de Liberación Nacional). Con la derrota del sandinismo en elecciones libres se puso en marcha lo que ZAFFARONI denomina «una etapa de equilibrio muy particular»³⁹, pues el país se ve compelido a encontrar el modo de funcionar en una lógica, hasta ahora desconocida, de gobierno-oposición⁴⁰. La institucionalización peculiar del proceso y el modelo de relaciones socioeconómicas, originariamente llevados a cabo por los sandinistas, ahora está en manos de una oposición dividida, y que además carece de los mecanismos necesarios para llevar a cabo la reforma constitucional.

Hasta las elecciones de octubre del 96 en la oposición queda el anterior partido hegemónico, aún mayoritario, que sigue controlando las Fuerzas Armadas, ha construido un Estado de bienestar *sui generis*, y ha puesto en marcha una reforma agraria; pero que, sin embargo, y al mismo tiempo, no estaba dispuesto a que ambas sufran modificaciones de importancia⁴¹. En 1996 se alza como nuevo presidente Arnoldo Alemán Lacayo, de corte marcadamente derechista, y que ha establecido una especie de «pacto» con el anterior gobierno sandinista. Un pacto «interesado» más que «político», pues con él se ha asegurado el control prácticamente total de la nación sin necesidad de contar con el ejército⁴². La situación final es de un gobierno mayoritario y absoluto de la derecha, con una oposición izquierdista a la que se le acusa de haber perdido toda seña de identidad con sus ideales originales, y donde las minorías no tienen representatividad alguna.

El panorama, evidentemente, pocas expectativas deja respecto a un acercamiento real entre los dictados constitucionales y la *praxis*. La democracia, hoy por hoy, no puede pa-

³⁸ VINTRÓ CASTELL, J., «La Constitución nicaragüense de 1987 y la tradición liberal-demócrata», *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, Madrid, n.º 3, 1987, pp. 71 y ss.

³⁹ ZAFFARONI, E. R., «La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central», op. cit., p. 27.

⁴⁰ ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos de América Latina*, op. cit., p. 266.

⁴¹ *Ibidem*, p. 281 y ss.

⁴² Porque a diferencia de su predecesora, Violeta Barrios de Chamorro, Alemán Lacayo presenta claros vínculos personales con el somocismo, imprimiendo a su gobierno un fuerte carácter sectario y visceralmente antisandinista. Vid. en ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos de América Latina*, op. cit., p. 284.

sar de ser un ideal en este país, que además se encuentra sumergido en una crisis económica sin precedentes. Una crisis que, si bien fue el signo distintivo de toda la dictadura somocista, se comenzó a sentir de forma particular con el terremoto de 1972, y que a lo largo de estos años más que ceder se ha visto agravada, suponiendo el colofón a la misma —parece irónico— otro fenómeno natural. En esta ocasión ha sido un huracán, el Mitch. Una crisis, en todo caso, que parece conducir a la descomposición de una sociedad⁴³, que por ello busca una salida fuera de sus fronteras, y especialmente en su país vecino: Costa Rica.

f) Panamá. Érase un país a un canal pegado

El título⁴⁴ no es, ni mucho menos, equivocado. Si la vida panameña se ha encontrado especialmente vinculada a algo, este algo es el Canal y todo lo que su existencia ha traído consigo. Los intereses económicos y estratégicos inherentes al istmo despertaron el interés de los Estados Unidos, y éstos convirtieron a Panamá en su protectorado. Junto a una suerte de condiciones casi «raquíticas» por el uso y gestión de todos los servicios del Canal, sometieron al país a una fuerte presencia militar, en aras a la defensa de la vía interoceánica, e impusieron la moneda norteamericana como la oficial del nuevo Estado. En estas condiciones, estamos de acuerdo con ALCÁNTARA, era casi imposible hablar de un sistema político «normalizado» —al que, por otra parte, nada ayudaba el alejamiento que vivía del resto de los países centroamericanos—⁴⁵.

En la década de los setenta la cosa intenta cambiar. Comienza una amplia corriente encaminada, tanto a reivindicar el Canal, como a ampliar las relaciones con los otros estados centroamericanos. Sin embargo, llegada la segunda mitad de los ochenta, comienza una gran crisis que paraliza tanto la vida política como económica del país. Se quiebra el orden Constitucional y se dan sucesivos gobiernos, que contaban con el respaldo de las Fuerzas Armadas como factor decisivo, y al margen del respaldo o no popular, hasta que la intervención de los Estados Unidos provocó un cambio decisivo en los factores de poder internos⁴⁶.

El 20 de diciembre de 1989 los Estados Unidos invaden nuevamente el país, acabando con la dictadura del general Noriega —al que trasladan para que respondiera por cargos de narcotráfico ante los Tribunales Federales—⁴⁷, y tras una serie de infructuosos inten-

⁴³ CUAREZMA TERÁN, S., «La posición del juez en Nicaragua», en *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del Juez*, op. cit., p. 645.

⁴⁴ Idea original de SELDER, G., para dar nombre a su obra publicada por la Universidad de Obrera de México en 1989.

⁴⁵ ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos de América Latina*, op. cit., pp. 311 y ss.

⁴⁶ ZAFFARONI, E. R., «La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central», op. cit., p. 27.

⁴⁷ Unas acusaciones sospechosamente no movidas por intereses de salud pública, sino por el interés en el uso del canal. Vid. en LANDROVE DÍAZ, G., «Latinoamérica y los crímenes de los poderosos. (El otro quinto centenario)», *ADPCP*, n.º 45, 1992, p. 488.

tos tanto por parte de los grupos organizados internos como de la OEA (Organización de Estados Americanos)⁴⁸. Desaparecida la dictadura, se inicia el período de la transición para restablecer el sistema democrático, que, sin embargo, no comienza de un modo demasiado, valga la redundancia, «democrático». El «acto fundacional» del nuevo régimen político se lleva a cabo en una base militar norteamericana, con el juramento del cargo a la Presidencia de Endara⁴⁹, lo cual da mucho que pensar sobre lo que realmente se entiende por democracia en una estructura ya de por sí debilitada tras 20 años de gobierno de fuerza. En la actualidad, tras las elecciones del 2 de mayo de 1999, ostenta la presidencia Mireya Moscoso de Grufer —viuda del caudillo conservador Arnulfo Arias—, bajo cuyo mandato se ha llevado a cabo la tan anhelada entrega a los panameños de la entera soberanía sobre el canal por parte de los Estados Unidos⁵⁰.

La constitución en cualquier caso es de 1972 (reformada en 1978, 1983, 1993 y 1994), y proclama al Estado panameño como social y democrático de Derecho —arts. 17, 1 y 18 respectivamente—. Un texto constitucional tan amplio que, puede asegurarse, abarca casi todos los aspectos vitales de la nación⁵¹, pero que, al igual que en el resto de la región centroamericana, es de difícil aplicación en un país sumergido, de la misma forma, en una grave crisis tanto social como económica⁵². Por no hablar de la dependencia que, en cualquiera de estos sentidos —a los que ineludiblemente cabe acompañar el político—, sigue sufriendo respecto de los Estados Unidos.

3. Conclusiones

En Centroamérica la diferencia habida entre lo declarado y lo efectivamente vivido es, pues, claramente constatable. Nos encontramos con sociedades civiles, por lo general, con la sombra de la guerra aún sin diluir. Países en vía de desarrollo económico, social y político, donde, aunque la situación va cambiando progresivamente, la ley deja de ser un proceso de participación —si es que alguna vez lo fue— para convertirse en la dominación de un grupo sobre otro. Donde la ley, en definitiva, no aparece como un proceso transparente de garantía e igualitario, sino como un proceso formal de legitimación del poder o, mejor dicho, como una forma de revestir de falsa legalidad la autoridad estatal.

Ha llegado, pues, el momento —estamos con ZAFFARONI— «en que la doctrina constitucional de América Latina debe prestar seria atención a los elementos de autocontra-

⁴⁸ GUERRA DE VILLALAZ, A. (Coord.), «La posición del juez en Panamá», op. cit., p. 698.

⁴⁹ ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos en América Latina*, op. cit., p. 312.

⁵⁰ Tal y como se preveía en los acuerdos firmados por el General Omar Torrijos y el Presidente James Carter en 1977, a las 12 del mediodía del 31 de diciembre de 1999 el Embajador estadounidense en Panamá, Simón Ferro, hizo entrega a la Presidenta Mireya Moscoso del control de las esclusas del canal. Acto simbólico por el cual la entera soberanía del canal de Panamá pasaba al pueblo panameño. El gran problema, sin embargo, es el Tratado de Neutralidad Anexo, que dispone la intervención militar de los Estados Unidos si se considera está en peligro el funcionamiento del canal.

⁵¹ GUERRA DE VILLALAZ, A. (Coord.), «La posición del juez en Panamá», op. cit., p. 700.

⁵² CARRASCO, L. M., «La situación en Panamá», en CARRANZA, E. (Coord.), *Delito y seguridad ciudadana*, op. cit., pp. 455 y ss.

dicción de los textos supremos, por que de lo contrario el frontalismo garantista terminará con el prestigio del Derecho como forma pacífica y civilizada de resolver los conflictos»⁵³. Porque cuando un país modifica periódicamente su Constitución, y los principios que ésta proclama no influyen en el resto de la legislación, «ese país —escribe RIVERA WÖLTKE— sufre una grave enfermedad: la creencia alucinada en que la simple declamación de reglas legislativas produce por sí misma un cambio en la sociedad»⁵⁴.

Coincidimos con este mismo autor en que cuando una sociedad segrega utopías legislativas es porque, en realidad, no cree en la ley como instrumento de transformación social. Si queremos que la opinión cambie, y ese mal sane, habrá que comenzar, y de prisa, por vivificar la Constitución, convirtiéndola en lo que realmente debe ser: ese anhelado y real instrumento de cambio social⁵⁵. Un cambio social que, para su realización, también necesita de un Derecho penal coherente. Un Ordenamiento penal ajustado a ese «Programa penal constitucional» del que hablábamos. Un Derecho penal, en definitiva, completamente distinto al que, hoy por hoy, rige en Centroamérica.

B) EL DERECHO PENAL EN CENTROAMÉRICA

1. Introducción

Partiendo de lo hasta ahora dicho, y como cabía esperar, la disociación habida entre el ser y el deber ser no es monopolio únicamente de los textos fundamentales centroamericanos, sino que el problema se amplía también a sus ordenamientos penales. Unos ordenamientos penales, generalmente, copia de modelos occidentales ya trasnochados, que nada tienen que ver, ni que hacer, en unas realidades completamente diferentes y con problemas específicos.

Y es que una vez conquistada su independencia en el pasado siglo, los países latinoamericanos se limitaron a volver sus ojos hacia los países del viejo mundo, asumiendo los modelos legislativos que allí disfrutaban de más prestigio, en vez de edificar sus propias políticas criminales⁵⁶. Después del 70, generalmente, es por influencia del Código penal Tipo para Latinoamérica —CPT a partir de este momento—⁵⁷, y antes de dicha fecha por

⁵³ ZAFFARONI, E. R., «La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central», *op. cit.*, p. 36.

⁵⁴ RIVERA WÖLTKE, V. M., «La posición del juez en Guatemala», *op. cit.*, p. 224.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ FRAGOSO, H. C., «El Derecho penal comparado en América Latina», *DP*, año 1, 1978, p. 713.

⁵⁷ Desde 1962, y por iniciativa del Instituto de Ciencias Penales de Chile, dirigido por el profesor NOVOA MONREAL, se trabaja en Latinoamérica en la redacción de un Código Penal Tipo para los países del Nuevo Continente. En tamaño empresa colaboran profesores de Derecho penal de las Universidades Iberoamericanas y prácticos de la materia. El Comité Ejecutivo se ubica en Santiago de Chile, y en los restantes países se establecen Comisiones Nacionales de Trabajo encargadas de elaborar la ponencia respectiva respecto del título que le haya designado el «centro de operaciones» de Chile —a Centroamérica, en bloque, se le asignó el correspondiente a las penas y medidas de seguridad—. Elaboradas todas las ponencias, éstas se distribuyen a las demás delegaciones para que remitan las observaciones oportunas. Tras sucesivas reuniones en Santiago de Chile,

un simple retorno a las fuentes europeo-continentalas. Dentro de éstas lo más común es que acudan a los modelos españoles; de igual modo se adoptan los franceses, si bien en menor medida; y hacia finales de siglo cabe hablarse de una incipiente influencia italiana⁵⁸. Veamos, en todo caso, cuales han sido los orígenes concretos de los códigos penales que aquí serán analizados, esto es, los centroamericanos. De este modo comprenderemos mejor el porqué de las incoherencias entre la teoría y la práctica, y, al mismo tiempo, el porqué de la actual crisis de su legislación penal.

2. La influencia europea en la codificación penal

a) Costa Rica

Si nos remitimos al siglo XIX podemos comprobar como, tanto el código de 1841 como el de 1880, tienen una evidente influencia española. El primero —calificado siempre de muy severo—⁵⁹ fue prácticamente «copiado» en su segunda parte del código español de 1822, y el segundo se inspiró en la versión chilena del texto español de 1870 —del que era una verdadera transcripción—⁶⁰, si bien, asegura ISSA EL KHOURY, más benigno que su molde al menos en relación con las sanciones⁶¹. En 1918 salió a la luz un nuevo código penal, que tuvo una vigencia de tan sólo de seis años, puesto que en el 1924 surge otro texto de signo más bien ecléctico. En él, junto a una inspiración clásica, se incluyen muchas disposiciones político-criminales⁶², y una parte especial que se toma del

Méjico, Lima, Caracas, Sao Paulo, San José, Medellín, San Cristobal (Venezuela), Madrid, Buenos Aires, etc., sale a la luz, el 14 de abril de 1971, el libro primero de dicho código. En lo que al segundo, o parte especial, se refiere, no llegó nunca a redactarse. *Vid.* en DE MIGUEL PÉREZ, I., «Código Penal Tipo para Latinoamérica», *ADPCP*, n.º 36, 1983, pp. 533 y 534. En todo caso, el CPT surge con las aspiraciones de: reafirmación de la unidad latinoamericana; de configuración de un sistema unificado para la Región —sin dejar de respetar, lógicamente, las peculiaridades o visiones de los diferentes países, de ahí que la parte general sea ciertamente discreta y se reduzca a dar unos delineamientos generales—; de renovación y rediscusión de la problemática jurídico-penal; y, finalmente, de poner en relación a todos los penalistas latinoamericanos, con el objeto de alcanzar una posición común entre ellos frente a los problemas jurídicos fundamentales, y de emprender tareas comunes más allá del Código Penal Tipo en sí mismo. Cosa muy distinta es el punto al que efectivamente se haya llegado. *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ-VALENZUELA BEJAS, *Derecho penal Latinoamericano comparado. Tomo I. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 1 y ss.

⁵⁸ DE LA RUA, J., «El Derecho penal latinoamericano», *DP*, año 4, 1981, p. 447.

⁵⁹ Lo que motivó el que se tuviera reformas inmediatas en su sistema de penas, tanto en relación con la eliminación de la pena de muerte, como en la reducción en un tercio de las penas indeterminadas. *Vid.* en ISSA EL KHOURY, H., «Las reformas a la legislación penal costarricense», en *Seminario de Derecho penal y Derecho procesal penal*, San José, Marzo, 1994, p. 1.

⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, 4.ª edic., edit. Losada, Buenos Aires, 1964, p. 1360.

⁶¹ ISSA EL KHOURY, H., «Las reformas a la legislación penal costarricense», *op. cit.*, p. 1.

⁶² Tales como el de prever la imputabilidad junto a la peligrosidad, la individualización del caso por parte del juez, que le permite prescribir el remedio más adecuado a la persona del delincuente; las penas eliminativas junto a las resocializadoras, el presidio y la relegación por tiempo indeterminado, y demás mecanismos dirigidos a asegurar la máxima defensa contra los individuos peligrosos, permitiendo la máxima rehabilitación de los readaptables a la vida social. *Vid.* en ANTILLÓN MONTEALEGRE, W., «La legislación penal en Costa Rica», *RACPCR*, año 9, n.º 14, diciembre-1997, p. 33.

Código argentino de 1921-1922, con las consiguientes dificultades de su puesta en ejecución en un país económicamente mucho más débil —sobre todo debidas a la falta de elementos penitenciarios cuando el modelo impuesto era el aurbuniano—⁶³. Es por todo ello que, en 1941, se publica un nuevo código, que —en palabras literales de JIMÉNEZ DE ASÚA— «todavía conserva en algunos artículos el texto español y en otros muestra el influjo del código argentino de 1922»⁶⁴. Un código, en todo caso, con una evidente orientación político-criminal⁶⁵ y un leve rescoldo positivista⁶⁶. Finalmente, y tras numerosas reformas, se llega al actual Código de 1970, en el que puede observarse, mejor que en ninguna parte, la influencia directa del CPT, puesto que adopta toda la parte general de éste⁶⁷, y con una parte especial adaptada a partir del PCP para Guatemala elaborado por Sebastián Soler en 1960. Un código penal que, por todo ello, y en palabras de ANTILLÓN, «sigue respondiendo básicamente, como sus antecesores de 1924 y de 1941, a la dirección político criminal de Liszt, Van Hamel y Prins»⁶⁸.

b) El Salvador

Su legislación penal es una de las que más influencia española tiene. Su código de 1826 adoptó como modelo el código español de 1822, y el de 1859 era una completa imitación del español de 1848 —si bien a diferencia de éste elimina tanto las penas infamantes como la de argolla—⁶⁹. En 1880 la Constitución autorizó la reforma de los códigos existentes y en 1881 nace el tercer código penal —curiosamente emitido por el Poder Ejecutivo—⁷⁰, inspirado de igual forma en un texto español, en este caso el de 1870 —más que inspirado podría decirse copiado dado que las diferencias entre ambos eran apenas imperceptibles—⁷¹. En 1904, tras la firma dos años antes del Tratado sobre Dere-

⁶³ LEVENE-ZAFFARONI, *Códigos penales latinoamericanos*, Vol. I, edit. La Ley, Buenos Aires, 1978, p. 13.

⁶⁴ Es más, según este reconocido penalista, los autores de dicho código de 1941 adoptaron como fuentes normativas también los códigos de Colombia (1936), Cuba (1936), Italia (1930), México (1931), Panamá (1922 y reformas posteriores), Suiza (1937), Uruguay (1933), Venezuela (1926), y los Proyectos de Chile (1924 y 1938), Brasil (Alcántara Machado 1938), e Italia (Proyecto Ferri 1921). Vid. en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, op. cit., p. 1362.

⁶⁵ Dado que preveía figuras como la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional, y eximía de pena a los menores, sordomudos y enajenados, a los que sometía a medidas de seguridad. Vid. en LEVENE-ZAFFARONI, *Códigos penales latinoamericanos*, op. cit., p. 13.

⁶⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, op. cit., p. 1376.

⁶⁷ BUSTOS RAMÍREZ-VALENZUELA BEJAS, *Derecho penal Latinoamericano comparado. Tomo I. Parte general*, op. cit., p. 25. Del mismo modo, COUSIÑO MAC IVER, L., «La influencia española en la codificación penal iberoamericana», *DP*, año 4, 1981, p. 9.

⁶⁸ ANTILLÓN MONTEALEGRE, W., «La legislación penal en Costa Rica», op. cit., p. 40.

⁶⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, op. cit., p. 1189.

⁷⁰ TREJO ESCOBAR, M. A., *El Derecho penal salvadoreño vigente. Antecedentes y Movimientos de Reforma*, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1995, p. 3.

⁷¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, op. cit., p. 1190.

cho penal y Extradicción entre todas las Repúblicas Centroamericanas⁷² —cuyo objetivo era unificar la legislación punitiva del Istmo—, nace el cuarto código penal, de nuevo inspirado en el español de 1870⁷³. Las reformas a este texto fueron numerosas⁷⁴, comenzándose la elaboración de proyectos de código penal en el 1953⁷⁵, hasta llegar al texto de 1973, que toma como referencia proyectos de códigos penales de la mayor diversidad⁷⁶, y sobre todo del CPT⁷⁷. Texto en vigor, con algunas modificaciones posteriores, durante 24 años, hasta el actual código penal de 1997, del que es dable destacar su influencia española —esta vez de nuestro actual código de 1995—⁷⁸. Una influencia que se hace sentir tanto en la parte general como en la parte especial.

c) Guatemala

De entrada, cabe hacer referencia al obsoletismo de su actual texto penal, puesto que no está adoptado a los postulados de la Constitución vigente, siendo 12 años más antiguo.

⁷² Este Tratado se celebró en Guatemala en 1897 y su ratificación en 1902 constituyó la base para preparar el nuevo código penal salvadoreño de 1904, sobre el que previamente dictaminó la Corte Suprema de Justicia en tres ocasiones. Vid. en LEVENE-ZAFFARONI, *Códigos penales latinoamericanos*, op. cit., p. 18.

⁷³ COUSIÑO MAC IVER, L., «La influencia española en la codificación penal iberoamericana», op. cit., p. 9.

⁷⁴ En los años 1920, 1922, 1926 se hicieron nuevas ediciones del mismo código, pero sin variar su esencia, quedando siempre atado a la legislación española. En 1930, 1932 y 1933 se hacen algunos cambios importantes en la parte especial, sobre todo en temas relacionados con la situación política del momento. En 1935 se aumenta la severidad de ciertas penas, pudiéndose llegar hasta los 25 años, frente a los 20 del código de 1904. Y desde 1938 hasta 1953 siguieron las reformas, centradas sobre todo en orden al tratamiento de menores delincuentes y a una política de defensa social del Estado. Vid. en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pp. 1190 y ss.

⁷⁵ En 1943 se compuso un Anteproyecto de reforma del código vigente con muy pocas novedades y, nuevamente, con marcada orientación española. En 1953, y de la mano de Ruiz-Funes, surge un Proyecto con una filiación claramente político-criminal, que busca su realización en el país para el que se redacta, pero que, sin embargo, nunca llegó a convertirse en Ley a pesar de su gran calidad y certeza. En 1957 se prepara el Proyecto definitivo de código penal, que tomaba como base el redaptado por Ruiz-Funes, pero que cuando sale a la luz 3 años más tarde se comprueba la separación de aquél. Vid. en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, op. cit., p. 1195. Este proyecto de código penal de 1960, dentro de moldes neoclásicos, vierte la doctrina de la defensa social y de la peligrosidad del delincuente, teniendo en cuenta para ello el anteproyecto de 1943. Vid. en LEVENE-ZAFFARONI, *Códigos penales latinoamericanos*, op. cit., p. 18.

⁷⁶ Entre otros cuerpos normativos, se tuvieron en cuenta para su redacción: el Proyecto de C.P. salvadoreño de 1943, el Proyecto elaborado por el profesor Ruiz Funes, el Proyecto de C.P. mexicano de 1958, tanto el Proyecto Peco como el Proyecto Coll-Gómez para la Argentina, el Proyecto López-Rey para Bolivia, el CPT, y el Proyecto de C.P. salvadoreño elaborado por el Ministerio de Justicia en 1959. Vid. en TREJO ESCOBAR, M. A., *El Derecho penal salvadoreño vigente. Antecedentes y Movimientos de Reforma*, op. cit., p. 41.

⁷⁷ BUSTOS RAMÍREZ-VALENZUELA BEJAS, *Derecho penal Latinoamericano comparado*, op. cit., p. 25. Lo que pone en entredicho la clara influencia político-criminal de la que habla FRAGOSO en su obra «El Derecho penal comparado en América Latina», op. cit., p. 716.

⁷⁸ Respecto del Anteproyecto del actual C.P. salvadoreño TREJO habla de la utilización, como fuentes principales, de: el Código penal de 1974, el CPT, del Proyecto de C.P. español de 1992 y el Anteproyecto de C.P. de Guatemala de 1991. Vid. en TREJO ESCOBAR, M. A., *El Derecho penal salvadoreño vigente. Antecedentes y Movimientos de Reforma*, p. 87.

El código penal en vigor data de 1973 y, a diferencia de sus predecesores —muestras claras de la influencia española en la codificación penal latinoamericana—, hace gala de un auténtico corte técnico jurídico⁷⁹, si bien —denuncian DE LEÓN y DE LA MATA— en él se dejan ver muy pocos avances en este sentido, cuando esta corriente en su tiempo de creación ya había dominado el ámbito jurídico de la época⁸⁰.

Hasta 1880 rigió en Guatemala el Proyecto de Lousiana que compuso Livingston. Tras él las viejas leyes españolas fueron las encargadas de regir en este país por Decreto gubernativo n.º 419 de 15 de febrero de 1889. Unas leyes, en todo caso, que si bien fueron introducidas con reformas, éstas —como revela JIMÉNEZ DE ASÚA—⁸¹ no consiguieron desvirtuar su esencia. Estas leyes, de igual modo, constituyeron la fuente de inspiración del código de 1936 (Decreto 2164 de 29 de abril)⁸², que tanto en su texto como en su estructura sigue siendo tradicional, y en el que no cabe hallar ni un atisbo de Política Criminal, al igual que su modelo el código penal español de 1870⁸³. En 1945 se promulga un «Decreto Legislativo» reformando numerosos artículos de dicho código, que, sin embargo, no supusieron avance alguno, y la ley penal guatemalteca continuaba muy retrasada con respecto a la época y cultura en que debía desenvolverse⁸⁴. Las reformas continuaban hasta el Anteproyecto de 1960⁸⁵, que no es sino la copia del proyecto preparado por uno de los autores —Sebastián Soler— para Argentina dos meses antes, y que a su vez no ha tenido en cuenta más que códigos europeos, especialmente el código griego y el Proyecto alemán⁸⁶. Posteriormente se encarga al Lic. Gonzalo Menéndez de la Riva la elaboración de un anteproyecto que fue tomado en cuenta por la comisión, la cual, sustentándose en el CPT⁸⁷, redactó el proyecto definitivo, y que una vez sancionado por Decreto-ley n.º 17 de 1973 se convierte en el código penal vigente hasta la fecha⁸⁸. «Un texto —en palabras DE LEÓN VELASCO— de tendencia positivista y marcadamente represivo, con un incongruente sistema de penas mixtas para determinados delitos»⁸⁹.

⁷⁹ COUSIÑO MAC IVER, L., «La influencia española en la codificación penal iberoamericana», *op. cit.*, p. 8.

⁸⁰ DE LEÓN VELASCO-DE LA MATA VELA, *Derecho penal guatemalteco*, *op. cit.*, p. 20.

⁸¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 1325.

⁸² LEVENE-ZAFFARONI, *Códigos penales latinoamericanos*, *op. cit.*, p. 15.

⁸³ FRAGOSO, H. C., «El Derecho penal comparado en América Latina», *op. cit.*, p. 713.

⁸⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 1326.

⁸⁵ En 1947 se reforma en materia de rebelión y sedición; en 1949 se introducen modificaciones que afectan, sobre todo, a la delincuencia política; en 1953 los cambios llegan en materia de contrabando y defraudación; y se agrega el perjurio en 1956. *Vid.* en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 1326, y en LEVENE-ZAFFARONI, *Códigos penales latinoamericanos*, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁶ La parte general es absolutamente la misma, puesto que lo único en lo que se varía son las referencias a ciertos Institutos Penitenciarios. Y, en lo que a la parte especial se refiere, solamente hay ligeras modificaciones que en nada alteran la estructura del conjunto. *Vid.* en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 1327.

⁸⁷ BUSTOS RAMÍREZ-VALENZUELA BEJAS, *Derecho penal Latinoamericano comparado*, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁸ LEVENE-ZAFFARONI, *Códigos penales latinoamericanos*, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁹ DE LEÓN VELASCO, H. A., «El sistema de penas en el Proyecto del Código penal», *RGCP*, año II, n.º 3-4, noviembre de 1993, p. 35.

d) Honduras

En el caso de Honduras, y a diferencia de lo ocurrido con Guatemala, se promulga el código penal —vigente en la actualidad— un año después de su Constitución, exactamente en el año 1983. Éste es, sin embargo, un texto que, contrariamente a lo que de él cupiese esperar —sobre todo por la fecha de su publicación—, hace gala de un importante anacronismo, pues en esencia no es sino herencia del código penal español de 1870⁹⁰.

Anteriormente a él estuvieron el código de 1866 —que toma como referente el código penal salvadoreño de 1859, por lo cual no es más que otra imitación del español de 1848 sin variaciones trascendentes—⁹¹, el código de 1880 —inspirado en el código chileno de 1874, influenciado a su vez por el español de 1850, y en especial de los *Comentarios de Pacheco*—⁹², y el de 1898 —influenciado directamente por el español de 1870—⁹³. En 1904 se lleva a cabo la reforma constitucional, y en el propio Texto Fundamental se exigía, para el comienzo de su vigencia, que se decretaran «las leyes secundarias en armonía con ella». Es por esto que nace el código penal de 1906, derivado también del español de 1870⁹⁴. Este código, si bien sufre numerosas reformas⁹⁵, ninguna de ellas varía notablemente su estructura, y de este modo, como código estrechamente derivado del español, se llega a la propuesta de código penal de 1969, que tras varios años, y muchos cambios —ninguno, de nuevo, afectante a la estructura básica del español de 1870—, desemboca en el actual de 1983. Código, por lo tanto, anacrónico desde el mismo momento de su promulgación, por una influencia española demasiado determinante y, lo que es peor, claramente anacrónica.

e) Nicaragua

Y, hablando de anacronismos, el código penal nicaragüense de 1974 es otra indiscutible muestra más. Al igual que el guatemalteco, hasta lo de ahora no había sido modificado para adaptarse a las nuevas directrices constitucionales de las que se distancia en 21 años —o 13 si partimos de la reforma casi total llevada a cabo en 1995—. En cualquier

⁹⁰ COUSIÑO MAC IVER, L., «La influencia española en la codificación penal iberoamericana», *op. cit.*, p. 9.

⁹¹ Un código que, según parece, no se llegó a promulgar por lo que nunca estuvo vigente. *Vid.* en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 1196.

⁹² COUSIÑO MAC IVER, L., «La influencia española en la codificación penal iberoamericana», *op. cit.*, p. 7.

⁹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 1196.

⁹⁴ La publicación del C.P. hondureño de 1906 carece de Exposición de Motivos. Sin embargo, a juicio de SUAZO, sus redactores trataron de combinar el código de 1880 con el de 1898, lo que representa un claro retroceso, pues el de 1880 era, como vimos, una copia de segunda mano del español de 1848, y el de 1898 un calco del español de 1870 —sin lugar a dudas de mejor calidad que su antecesor—. *Vid.* en SUAZO LAGOS, R., *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 60.

⁹⁵ Las reformas, entre otras, llevadas a cabo en 1909, 1914, 1916, 1926 y 1936. *Vid.* en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 1197.

caso, tanto respecto de él⁹⁶ como de sus predecesores, cabe hablarse nuevamente de una evidente tradición española⁹⁷.

El código de 1879 lucía idéntica redacción que el español de 1870, y si bien unos años más tarde, concretamente en 1891, aparecía un nuevo código, éste no variaba significativamente, ni respecto de su predecesor ni de aquél que a éste había inspirado. Este texto se ve, por su parte, modificado continuamente, sobre todo en el apartado de sanciones, hasta llegar al proyecto de 1943⁹⁸. Un texto que, pese a su brevedad, y a juicio de JIMÉNEZ DE ASÚA, «una vez depurado en algunos puntos podría haber constituido la base perfecta para un nuevo código penal»⁹⁹. Y mucha razón tenía en sus palabras, puesto que el proyecto posterior, el de 1945, es bastante inferior. Una desafortunada simbiosis del español y el argentino de 1922 sin ninguna novedad digna de mención¹⁰⁰. En la actualidad, si bien por decreto n.º 297 sigue rigiendo el código de 1974, se vive un importante momento de transición, pues en la Asamblea Legislativa actualmente se está discutiendo un Proyecto de código penal, que de aprobarse aportaría a Nicaragua grandes e importantes cambios en su regulación penal. Un texto de nueva planta, que busca coincidir con los principios y valores contenidos en la Constitución, y que manifiesta una clara influencia del código penal español del 1995¹⁰¹.

f) Panamá

El actual código penal panameño es de 1982 y su tradición, si bien también es europeo-continental, a diferencia de los otros casos tiene cierta raigambre italiana. Su único antecesor es el código penal de 1922 —anteriormente se regía por los códigos colombianos, pues Panamá era parte de ese país—, y éste tomaba como fuente directa al código

⁹⁶ Pues mantiene la estructura del código de 1891, fuertemente influenciado por el español de 1870. Vid. en BUSTOS RAMÍREZ-VALENZUELA BEJAS, *Derecho penal Latinoamericano comparado*, op. cit., p. 25. Del mismo modo, DE LA RÚA, J., «El Derecho penal latinoamericano», op. cit., p. 448.

⁹⁷ Respecto a las referencias específicas de estos textos a la pena privativa de libertad y su cumplimiento es de sumo interés la lectura de CUAREZMA TERÁN, S., «Atención integral para la población carcelaria de Nicaragua: sistema penitenciario y derechos humanos», inédito, s.f., pp. 6 y ss.

⁹⁸ Ley de 7 de marzo de 1895, Ley de 14 de febrero de 1902, Ley de 20 de agosto de 1903, Ley de 12 de julio de 1912 —que restringe la pena de muerte a muy contados delitos y determina la garantía para aplicarla de tres sentencias conformes, estableciendo el fusilamiento como el medio de llevarla a cabo—, Ley de 15 de noviembre de 1917, Ley de 17 de junio de 1920, Ley de 25 de febrero de 1921 y Ley de 7 de julio de 1933. Vid. en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, op. cit., p. 1183.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 1185.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Con su sanción definitiva, por fin se abandonaría el código penal español de 1870, como fuente inmediata, directa e históricamente determinante, pero no se abandonaría la influencia española. Este PCP nicaragüense tiene un enorme «parecido» con el actual código penal español, tal y como le sucede al código penal salvadoreño ahora en vigor. En aquél la influencia llegó de la mano de dos penalistas españoles: Jose María Paz Rubio e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre; y en éste sucede lo mismo, si bien en esta ocasión los penalistas españoles son Diego-Manuel Luzón Peña y José Luis González Cussac.

penal italiano de Zanardelli de 1889, a través del código colombiano de 1912 —manifestándose por todo ello, además de marcadamente represivo, anacrónico desde su entrada en vigor—¹⁰². Las reformas a dicho texto fueron contadas¹⁰³ hasta el Proyecto de 1943, que resultó de muy baja calidad, aparte de obsoleto para la época¹⁰⁴. En 1952 hubo otro intento de sustitución total del texto, pero tampoco hubo suerte. Finalmente, en 1969, se pide al licenciado Arístides Royo, profesor de Derecho penal de la Universidad de Panamá, que elabore un anteproyecto en el plazo de ¡seis meses! El plazo fue ampliado cuatro meses más, hasta que el 5 de marzo de 1970 se pone en manos, del por aquel entonces Gobierno Militar, el texto solicitado¹⁰⁵ —edificado sobre las bases del CPT—¹⁰⁶. Las críticas no se hicieron esperar —pues eran numerosos, a la par que lógicos, los desaciertos en una norma elaborada con tanta «prisa»—¹⁰⁷ y con ellas se propició la creación de una «Comisión Revisora», cuya labor se desarrolló durante tres años, hasta que el 19 de junio de 1979 se entrega al Presidente de la República el texto final. Este Texto —donde, en algunos aspectos, se mantiene la influencia del código de 1922—¹⁰⁸ fue a su vez remitido al Órgano Legislativo, para su discusión y aprobación, hasta que, finalmente, ve la luz el actual Código penal en 1982 (ley n.º 18, de 22 de septiembre), cuya parte general se encuentra claramente inspirada en el CPT¹⁰⁹.

¹⁰² Puesto que el código penal italiano de 1889 estaba inspirado en las ideas clásicas, mientras que en la segunda década del siglo XX la discusión se centraba en las concepciones positivistas. Vid. en HIPÓLITO GILL, S., *Elementos fundamentales de Derecho penal. Primera parte*, P.J. editores, Panamá, 1994, p. 42.

¹⁰³ En 1927, 1933 (reforma de la usura) y 1941 (reforma de drogas y delitos contra la honra). Vid. en LEVENE-ZAFFARONI, *Códigos penales latinoamericanos*, op. cit., p. 16.

¹⁰⁴ En palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA: «La ausencia de medidas de seguridad, el casuismo en la aplicación de la pena y el enunciado taxativo de atenuantes y agravantes copiado del Código español, denuncia su vieja tendencia, aunque técnicamente sea estimable y haya mejorado mucho el texto del Código vigente en Panamá —en aquél momento se entiende—. Vid. en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, op. cit., p. 1200.

¹⁰⁵ MUÑOZ POPE, C.E., «La reforma penal panameña», *ADPCP*, n.º 34, 1981, p. 691.

¹⁰⁶ BUSTOS RAMÍREZ-VALENZUELA BEJAS, *Derecho penal Latinoamericano comparado*, op. cit., p. 26.

¹⁰⁷ Las observaciones fueron formuladas en 1975, por los profesores Campo Elías Muñoz R. y Aura E. Guerra de Villalaz, en la obra *Observaciones al Anteproyecto del Código penal elaborado por el Dr. Arístides Royo*, Universidad de Panamá, Imprenta Universitaria, Panamá, 1975.

¹⁰⁸ Debido, sobre todo, a la incorporación tardía, a la Comisión Revisora, de los dos únicos especialistas en Derecho Penal. La mayoría de ésta estaba conformada por jueces y fiscales que prefirieron, en más ocasiones de las deseables, «mantener las disposiciones del Código penal vigente por considerar que en la práctica han resultado más efectivas». Vid. MUÑOZ POPE, C. E., «La reforma penal panameña», op. cit., pp. 692 y 693.

¹⁰⁹ Y cuyas bases político-criminales son enumeradas así por GUERRA DE VILLALAZ: 1. Prevalencia del Estado de Derecho; 2. Ampliación de la prevención especial; 3. Incorporación de criterios de igualdad y capacidad económica a las sanciones patrimoniales (días-multa); 4. Mayor flexibilidad de la individualización judicial en la fase de aplicación de la pena; 5. Ratificación de los principios de inviolabilidad de la vida humana, y exclusión de la aplicación de penas infamantes, degradantes o de confiscación de bienes; 6. Reducción mínima significativa del ámbito de libertad de los ciudadanos; 7. Ubicación del Estado en un rango prioritario inferior al individuo; 8. Mantenimiento de un alto número de tipos penales de formulación casuística como instrumento de prevención general; 9. Reserva de la ejecución penal en manos de las autoridades administrativas, al igual que la regulación específica del fin de la pena privativa de libertad, y todo lo relacionado con el tratamiento penitenciario; 10. Oferta de tutela local o estatal a la comunidad internacional; 11. Reordenación de los presupuestos de la responsabilidad penal; 12. Ampliación del catálogo de circunstancias modificadoras de la

caso, tanto respecto de él⁹⁶ como de sus predecesores, cabe hablarse nuevamente de una evidente tradición española⁹⁷.

El código de 1879 lucía idéntica redacción que el español de 1870, y si bien unos años más tarde, concretamente en 1891, aparecía un nuevo código, éste no variaba significativamente, ni respecto de su predecesor ni de aquél que a éste había inspirado. Este texto se ve, por su parte, modificado continuamente, sobre todo en el apartado de sanciones, hasta llegar al proyecto de 1943⁹⁸. Un texto que, pese a su brevedad, y a juicio de JIMÉNEZ DE ASÚA, «una vez depurado en algunos puntos podría haber constituido la base perfecta para un nuevo código penal»⁹⁹. Y mucha razón tenía en sus palabras, puesto que el proyecto posterior, el de 1945, es bastante inferior. Una desafortunada simbiosis del español y el argentino de 1922 sin ninguna novedad digna de mención¹⁰⁰. En la actualidad, si bien por decreto n.º 297 sigue rigiendo el código de 1974, se vive un importante momento de transición, pues en la Asamblea Legislativa actualmente se está discutiendo un Proyecto de código penal, que de aprobarse aportaría a Nicaragua grandes e importantes cambios en su regulación penal. Un texto de nueva planta, que busca coincidir con los principios y valores contenidos en la Constitución, y que manifiesta una clara influencia del código penal español del 1995¹⁰¹.

f) Panamá

El actual código penal panameño es de 1982 y su tradición, si bien también es europeo-continental, a diferencia de los otros casos tiene cierta raigambre italiana. Su único antecesor es el código penal de 1922 —anteriormente se regía por los códigos colombianos, pues Panamá era parte de ese país—, y éste tomaba como fuente directa al código

⁹⁶ Pues mantiene la estructura del código de 1891, fuertemente influenciado por el español de 1870. Vid. en BUSTOS RAMÍREZ-VALENZUELA BEJAS, *Derecho penal Latinoamericano comparado*, op. cit., p. 25. Del mismo modo, DE LA RÚA, J., «El Derecho penal latinoamericano», op. cit., p. 448.

⁹⁷ Respecto a las referencias específicas de estos textos a la pena privativa de libertad y su cumplimiento es de sumo interés la lectura de CUAREZMA TERÁN, S., «Atención integral para la población carcelaria de Nicaragua: sistema penitenciario y derechos humanos», inédito, s.f., pp. 6 y ss.

⁹⁸ Ley de 7 de marzo de 1895, Ley de 14 de febrero de 1902, Ley de 20 de agosto de 1903, Ley de 12 de julio de 1912 —que restringe la pena de muerte a muy contados delitos y determina la garantía para aplicarla de tres sentencias conformes, estableciendo el fusilamiento como el medio de llevarla a cabo—, Ley de 15 de noviembre de 1917, Ley de 17 de junio de 1920, Ley de 25 de febrero de 1921 y Ley de 7 de julio de 1933. Vid. en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, op. cit., p. 1183.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 1185.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Con su sanción definitiva, por fin se abandonaría el código penal español de 1870, como fuente inmediata, directa e históricamente determinante, pero no se abandonaría la influencia española. Este PCP nicaragüense tiene un enorme «parecido» con el actual código penal español, tal y como le sucede al código penal salvadoreño ahora en vigor. En aquél la influencia llegó de la mano de dos penalistas españoles: Jose María Paz Rubio e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre; y en éste sucede lo mismo, si bien en esta ocasión los penalistas españoles son Diego-Manuel Luzón Peña y José Luis González Cussac.

penal italiano de Zanardelli de 1889, a través del código colombiano de 1912 —manifestándose por todo ello, además de marcadamente represivo, anacrónico desde su entrada en vigor—¹⁰². Las reformas a dicho texto fueron contadas¹⁰³ hasta el Proyecto de 1943, que resultó de muy baja calidad, aparte de obsoleto para la época¹⁰⁴. En 1952 hubo otro intento de sustitución total del texto, pero tampoco hubo suerte. Finalmente, en 1969, se pide al licenciado Arístides Royo, profesor de Derecho penal de la Universidad de Panamá, que elabore un anteproyecto en el plazo de seis meses! El plazo fue ampliado cuatro meses más, hasta que el 5 de marzo de 1970 se pone en manos, del por aquel entonces Gobierno Militar, el texto solicitado¹⁰⁵ —edificado sobre las bases del CPT—¹⁰⁶. Las críticas no se hicieron esperar —pues eran numerosos, a la par que lógicos, los desaciertos en una norma elaborada con tanta «prisa»—¹⁰⁷ y con ellas se propició la creación de una «Comisión Revisora», cuya labor se desarrolló durante tres años, hasta que el 19 de junio de 1979 se entrega al Presidente de la República el texto final. Este Texto —donde, en algunos aspectos, se mantiene la influencia del código de 1922—¹⁰⁸ fue a su vez remitido al Órgano Legislativo, para su discusión y aprobación, hasta que, finalmente, ve la luz el actual Código penal en 1982 (ley n.º 18, de 22 de septiembre), cuya parte general se encuentra claramente inspirada en el CPT¹⁰⁹.

¹⁰² Puesto que el código penal italiano de 1889 estaba inspirado en las ideas clásicas, mientras que en la segunda década del siglo XX la discusión se centraba en las concepciones positivistas. Vid. en HIPÓLITO GILL, S., *Elementos fundamentales de Derecho penal. Primera parte*, P.J. editores, Panamá, 1994, p. 42.

¹⁰³ En 1927, 1933 (reforma de la usura) y 1941 (reforma de drogas y delitos contra la honra). Vid. en LEVENE-ZAFFARONI, *Códigos penales latinoamericanos*, op. cit., p. 16.

¹⁰⁴ En palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA: «La ausencia de medidas de seguridad, el casuismo en la aplicación de la pena y el enunciado taxativo de atenuantes y agravantes copiado del Código español, denuncia su vieja tendencia, aunque técnicamente sea estimable y haya mejorado mucho el texto del Código vigente en Panamá —en aquél momento se entiende—. Vid. en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, op. cit., p. 1200.

¹⁰⁵ MUÑOZ POPE, C.E., «La reforma penal panameña», *ADPCP*, n.º 34, 1981, p. 691.

¹⁰⁶ BUSTOS RAMÍREZ-VALENZUELA BEJAS, *Derecho penal Latinoamericano comparado*, op. cit., p. 26.

¹⁰⁷ Las observaciones fueron formuladas en 1975, por los profesores Campo Elías Muñoz R. y Aura E. Guerra de Villalaz, en la obra *Observaciones al Anteproyecto del Código penal elaborado por el Dr. Arístides Royo*, Universidad de Panamá, Imprenta Universitaria, Panamá, 1975.

¹⁰⁸ Debido, sobre todo, a la incorporación tardía, a la Comisión Revisora, de los dos únicos especialistas en Derecho Penal. La mayoría de ésta estaba conformada por jueces y fiscales que prefirieron, en más ocasiones de las deseables, «mantener las disposiciones del Código penal vigente por considerar que en la práctica han resultado más efectivas». Vid. MUÑOZ POPE, C. E., «La reforma penal panameña», op. cit., pp. 692 y 693.

¹⁰⁹ Y cuyas bases político-criminales son enumeradas así por GUERRA DE VILLALAZ: 1. Prevalencia del Estado de Derecho; 2. Ampliación de la prevención especial; 3. Incorporación de criterios de igualdad y capacidad económica a las sanciones patrimoniales (días-multa); 4. Mayor flexibilidad de la individualización judicial en la fase de aplicación de la pena; 5. Ratificación de los principios de inviolabilidad de la vida humana, y exclusión de la aplicación de penas infamantes, degradantes o de confiscación de bienes; 6. Reducción mínima significativa del ámbito de libertad de los ciudadanos; 7. Ubicación del Estado en un rango prioritario inferior al individuo; 8. Mantenimiento de un alto número de tipos penales de formulación casuística como instrumento de prevención general; 9. Reserva de la ejecución penal en manos de las autoridades administrativas, al igual que la regulación específica del fin de la pena privativa de libertad, y todo lo relacionado con el tratamiento penitenciario; 10. Oferta de tutela local o estatal a la comunidad internacional; 11. Reordenación de los presupuestos de la responsabilidad penal; 12. Ampliación del catálogo de circunstancias modificadoras de la

3. La inoperancia práctica de los modelos asumidos. La actual deslegitimación del Derecho penal centroamericano

El entrecruzamiento de influencias es, como hemos podido observar, rasgo característico del Derecho penal centroamericano. En él confluyen tradiciones jurídicas de diverso signo, pero que, sin embargo, tienen un punto en común —que nos recuerda DE LA RÚA—: el de que buscan una estructura ideal que generalmente no se corresponde con los datos de la realidad de la Región¹¹⁰. Las ideologías en pugna en los países «modelos», que repercuten decididamente en Centroamérica, no tienen, en consecuencia, el mismo significado aquí que allí, puesto que los fenómenos abarcados son cuantitativa y cualitativamente diferentes¹¹¹.

La realidad centroamericana, aparte de no contar con la dogmática necesaria que construya la base científica en la que orientarse tanto la interpretación como la aplicación práctica de las normas penales —labor esencial para la asimilación exitosa del «derecho transplantado»—¹¹², vive una gran inestabilidad judicial —generalmente debido a una inestabilidad política— que afecta decididamente la especialización de los magistrados; sufre de un marcado obsolescencia en sus sistemas procesales; «disfruta» de una acentuación importante en los problemas siempre inherentes a la actuación policial; y asiste al lamentable espectáculo de una ejecución de la pena sin las más mínimas condiciones ni teóricas ni prácticas para su correcta puesta en marcha¹¹³. Se trata, en definitiva, de una definición de lo que es o no es delito en sociedades condicionadas, entre otros factores, por la violencia política, la fragilidad del discurso liberal democrático, la forma cruda —e inadaptada a las necesidades peculiares de estas nuevas sociedades— en que se importaron las ideologías occidentales —o en su caso desde los Estados Unidos— en el período colonial, y el impacto de las revoluciones liberal-demócratas.

Sin embargo, la ideología de los textos de los que parten tienen una raigambre monárquico-absoluta difícilmente compatible, hoy en día, con la ideología democrático-liberal subyacente —que no real— en Centroamérica. Su origen no es, en definitiva, republicano, y su compatibilización con los Derechos Humanos es, por tanto, materia de elaboración interpretativa, que no siempre tiene el éxito deseado frente a la letra de la ley¹¹⁴. En los modelos penales asumidos se enfatiza la tutela al Estado, los bienes jurídicos protegidos tienden a ser estáticos, la técnica legislativa —sobre todo la española— es sumamente

responsabilidad penal; 13. Mayor atención a la víctima; y 14. Puesta del acento en la protección social y la seguridad jurídica sin responder a la función de «última ratio legis». Vid. en GUERRA DE VILLALAZ, A. E., *La codificación penal en Panamá*, ejemplar dactilografiado, Panamá, abril de 1992, pp. 26 y ss.

¹¹⁰ DE LA RÚA, J., «El Derecho penal latinoamericano», *op. cit.*, p. 449.

¹¹¹ ZAFFARONI, E. R., *Criminología. Aproximación desde un margen*, *op. cit.*, p. 2.

¹¹² HURTADO POZO, J., *La ley importada. Recepción del Derecho penal en el Perú*, Cedys, Lima, diciembre de 1979, pp. 20 y ss.

¹¹³ DE LA RÚA, J., «El Derecho penal latinoamericano», *op. cit.*, pp. 449 y ss.

¹¹⁴ ZAFFARONI, E. (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Informe final del Instituto interamericano de derechos humanos, edic. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 115.

farragosa, y se presentan como textos marcadamente retributivos con penas altas que incluyen la muerte. Son, en definitiva —y en palabras de ZAFFARONI—, «modelos de leyes cuya función era tutelar un Estado autoritario, imperial, en momentos de expansión imperialista o de acumulación insuficiente de capital productivo en el siglo pasado, impuestos en Europa por regímenes básicamente enfrentados a las ideas liberales, y que miraban con muy poca simpatía —o con abierta hostilidad— a las Declaraciones francesa y de Virginia»¹¹⁵. Una situación desfásica que, si bien se ve en cierta medida reblandecida por el CPT —modelo de inspiración de que parten, como hemos visto, los textos actualmente vigentes en Centroamérica—, no termina por desaparecer.

Porque, tal y como aducen BUSTOS y VALENZUELA en un trabajo decisivo al respecto¹¹⁶, la omisión de toda perspectiva político-criminal es un punto a destacar de esta gran elaboración penal en la que tantas ilusiones se pusieron¹¹⁷. La visión político-criminal del Derecho penal —criterio identificador de los trabajos llevados a cabo a lo largo de su vida por JIMÉNEZ DE ASÚA y NOVOA MONREAL—¹¹⁸ no tuvo, finalmente, ninguna trascendencia práctica¹¹⁹. Ni tan siquiera se realizó un estudio comparativo sobre los diversos preceptos de los códigos latinoamericanos, ni se completó y corrigió el debate mediante una revisión por parte de sociólogos, psicólogos y antropólogos, en los términos que esbozaba el plan de trabajo inicial en el documento de trabajo n.º 2¹²⁰.

Una vez más —denuncian BUSTOS y VALENZUELA—¹²¹ se permaneció en el campo de la especulación y la lógica formal, siempre desconectados tanto de la realidad legislativa como de la social. De nuevo, y también aquí, se desviaron los trabajos hacia el tradicionalismo, punto tristemente caracterizador de la legislación Latinoamericana. Porque, mientras en las reuniones de que surgiera finalmente el CPT la discusión se mantenía en un mero análisis formal y dogmático, la Europa que seguía constituyendo el ineludible modelo sometía dicha dogmática a una revisión crítica general, abriéndose paso hacia una política criminal —finalidad perseguida por la Escuela moderna con su máximo ex-

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ BUSTOS RAMÍREZ-VALENZUELA BEJAS, *Derecho penal Latinoamericano comparado, Tomo I, Parte general, op. cit.*, pp. 1 y ss. De igual modo lo denuncia BACIGALUPO, E., «El sistema de reacciones penales en las recientes reformas y proyectos latinoamericanos», *CPC*, 1977, n.º 2, pp. 4 y ss.

¹¹⁷ BUSTOS RAMÍREZ-VALENZUELA BEJAS, *Derecho penal Latinoamericano comparado, Tomo I, Parte general, op. cit.*, pp. 10 y ss.

¹¹⁸ Ambos referentes decisivos en la elaboración del CPT, al menos en sus comienzos, puesto que al igual que otros destacados penalistas latinoamericanos, también partícipes del proyecto —Hungria, Frago, Bramont, Soler, Porte Petit, etc.—, acudieron a las primeras reuniones, pero en las siguientes, y sobre todo en las últimas, la gran mayoría de ellos estuvieron ausentes. Lo que evidentemente conduce a edificar serias dudas sobre el gran avance que cabría esperar del texto.

¹¹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, J., «Consideraciones sobre la estructura del delito en la reforma latinoamericana», *op. cit.*, p. 38.

¹²⁰ El título de este documento era el de «Las realidades sociales y culturales de hoy en Iberoamérica y su influencia en la nueva legislación penal». En él se contemplaban tres aspectos: las nuevas condiciones del ambiente social, el actual conocimiento del hombre y los nuevos valores jurídicos y culturales.

¹²¹ BUSTOS RAMÍREZ-VALENZUELA BEJAS, *Derecho penal Latinoamericano comparado, op. cit.*, pp. 12 y ss.

ponente en la obra de Von LISZT—¹²², al lado de una renacida criminología. La fórmula final, pues, si bien hace gala de una importante vocación democratizadora y humanizadora —visible en toda su parte general, y sobre todo en su Declaración de Principios—, al mismo tiempo sigue constituyendo tan sólo una copia de «espléndidas» fórmulas europeas —alemanas en su mayor parte— ya superadas¹²³.

El Derecho penal centroamericano ha sido, pues, pensado atemporal y aespacialmente¹²⁴, y, en su afán por adoptar los desarrollos científicos más modernos, a lo único que ha llegado es a que muchas de sus normas no pasen jamás de la teoría, simplemente porque —y así lo escribe FRAGOSO— «la ley de los libros no está de acuerdo con el Derecho en acción»¹²⁵. Algo que, como hemos visto, se viene comprobando desde la década de los setenta.

A principios de los 70, con la interrupción del proceso democrático caracterizador de los diez años anteriores, tanto las bases fundamentales de las correspondientes partes generales, como sus Declaraciones de Principios, caen en el mayor de los descritos al ser incapaces de reprobado la violación de Derechos humanos tan característica en Latinoamérica durante esa época. Una ilegitimación del Derecho penal que continúa en la actualidad, pues aún se manifiesta como absolutamente incapaz para contener el delito, tanto desde el ámbito de los particulares como el de los poderes públicos. Un delito que, por su parte, no cesa de aumentar.

Tantos años de lucha fratricida han dejado graves secuelas en América Central. Los acentuados patrones de conducta violenta y los procesos de desmovilización han lanzado, a quienes en otrora formaban parte del ejército y las fuerzas insurgentes, a las filas de la delincuencia común, aprovechando las armas que quedaron en su poder. De igual modo, la grave situación socioeconómica, en la que las guerras internas han dejado sumergidos a estos países, se ha alzado como caldo de cultivo ideal para el incremento de la delincuencia. El paro alcanza a un tercera parte de la población, que, debido al poco desarrollo industrial y tecnológico de estos países, se encuentra ocupada en actividades simplemente de autoconsumo. El nivel de vida, en consecuencia, es muy bajo, y la existencia de una pequeña minoría de personas muy ricas frente a una inmensa mayoría de pobres, que viven en condiciones infrahumanas, condicionan, indiscutiblemente, el proceso de marginación social que desemboca en un continuo crecimiento de la criminalidad¹²⁶. Puesto

¹²² Política criminal entendida —en palabras de LISZT— «como al concepción sistemática de los principios fundamentales en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, a través de los cuales el Estado tiene que conducir la lucha contra el delito por medio de la pena y las instituciones utilizadas para ello». LISZT, V., *Kriminalpolitische Aufgaben*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, p. 292, cit. por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *La evolución del Derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho Penal*, Universidad Pontificia, Salamanca, 1982, pp. 100 y 101.

¹²³ *Ibidem*, p. 14.

¹²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J., «La concepción de Estado en Latinoamérica», en *La lucha por la democracia en América Latina*, Universidad Menéndez y Pelayo, Ministerio de Educación y ciencia, 1981. De igual forma, COHEN, S., *Visiones de control social*, op. cit., p. IV y ss. de la introducción a la versión española.

¹²⁵ FRAGOSO, H. C., «El Derecho penal comparado en América Latina», op. cit., p. 720.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 718 y ss.

que, de acuerdo con la explicación que al respecto nos ofrece WALLER: «Las tasas de criminalidad son más elevadas en las sociedades donde la riqueza está repartida de forma desigual y donde existen sentimientos de privación relativa. Las desigualdades sociales y la pobreza relativa constituyen la escena en la que entran en juego la mayoría de los dramas de familia, de escuela y de vecindad [...]»¹²⁷.

Una situación caótica que, evidentemente, en nada se ve beneficiada por la dependencia económica, política y cultural que estos países sustentan con respecto a los Estados Unidos. Ésta se configura como uno de los mayores obstáculos reales con los que se encuentran a la hora de crear las condiciones socio-económicas y culturales que hagan posible el éxito en la lucha contra la delincuencia¹²⁸. Una delincuencia que, por si fuera poco, se ve también favorecida por la situación geográfica de la Región.

Las facilidades de las comunicaciones entre ambos océanos, y entre el sur y el norte del continente americano, convierten a Centroamérica en el «paraíso» operativo de la delincuencia internacional, y del crimen organizado, en lo que respecta al tráfico de drogas¹²⁹, coches robados, inmigrantes ilegales, etc.¹³⁰. Un campo de actuación frente al que tampoco quieren —ni pueden— permanecer ajenos los menores, las grandes víctimas de los desajustes económicos. Y es que Centroamérica presenta tasas de natalidad dos veces su-

¹²⁷ WALLER, I., «Prevención del delito: la nueva esperanza de las políticas de urbanismo», en CARRANZA, E. (Coord.), *Delito y seguridad de los habitantes*, op. cit., pp. 67 y 68.

¹²⁸ DE LA CRUZ OCHOA, R., «Ponencia cubana sobre la cuestión criminal latinoamericana», PC, n.º 1, 1987, p. 193. Al principio la dependencia, como hemos podido comprobar, era claramente política, puesto que los Estados Unidos intervinieron con demasiada frecuencia en los procesos políticos centroamericanos. Esta potencia ayudó en Nicaragua al dictador Anastasio Somoza contra el guerrillero Augusto César Sandino, intervino en la guerra civil salvadoreña, derrocó en Guatemala al demócrata Jacobo Arbenz en 1954, hizo desaparecer del mapa político panameño al dictador Noriega —antiguo colaborador de la CIA— en 1989, etc. En la actualidad la dependencia sigue existiendo, si bien —como escribe LANDROVE— a través de medios más sofisticados que el uso de la violencia, pero igual o más mordaces que ésta, como la economía. Los abusos a nivel económico son incommensurables, y ya no se limitan a las prácticas de explotación por parte de las empresas nacionales. La codicia de las multinacionales corroe progresivamente el desarrollo de estos pueblos, al igual que sus recursos naturales, respaldándose en una impunidad casi absoluta garantizada por unos gobiernos «marionetas» de sus caprichos. Una situación de inferioridad que se ve asegurada con la venta de tecnología anticuada o defectuosa al precio de los más modernos modelos. Vid. en LANDROVE DÍAZ, G., «Latinoamérica y los crímenes de los poderosos (el otro quinto centenario)», op. cit., pp. 479 y ss.

¹²⁹ Dado el subdesarrollo económico de la gran parte de Latinoamérica, no debe resultar extraño el que miles de personas encuentren un medio directo o indirecto de supervivencia en el negocio de la droga. Los ingresos derivados de su producción y tráfico son imprescindibles, y no sólo para los sectores marginados, sino también para los propios Estados, que se sirven de ellos para el pago de su deuda externa buscando equilibrar la balanza de pagos. El narcotráfico reactiva sus economías en función de las inversiones que lleva inherentes. Luego, mientras existan consumidores —estamos de acuerdo con LANDROVE—, no parece viable el éxito en una guerra contra la droga, ni posible convencer a unos campesinos para que centren sus esfuerzos en el cultivo de patatas o maíz, que, por no disponer de la tecnología adecuada, no pueden competir con los productos de los países avanzados, y les portaría a la inanición. Vid. en LANDROVE DÍAZ, G., «Latinoamérica y los crímenes de los poderosos (el otro quinto centenario)», op. cit., pp. 489 y 490.

¹³⁰ CHINCHILLA, M., «Seguridad ciudadana y política en Centroamérica. Esfuerzos regionales en marcha», en CARRANZA, E., (Coord.) *Delito y seguridad de los habitantes*, op. cit., p. 173.

periores a la de los países desarrollados, por la que casi el 50% de la población es menor de 18 años. Estos jóvenes y niños al no ver, generalmente, satisfechas sus necesidades básicas, tanto educativas como alimentarias y de salud, acuden al delito como forma de supervivencia a través de las pandillas juveniles —«maras» en Guatemala y en El Salvador y, últimamente, los «chapulines» en Costa Rica—, que están creando una verdadera alarma social.

La marginalidad es, por tanto, y repetimos, el caldo de cultivo de donde emergen todos los seres humanos que son señalados, perseguidos y reclutados por un sistema penal, que, parece ser, sólo está capacitado para dar respuesta a infracciones generalmente de mínima o mediana gravedad —normalmente delitos contra la propiedad—, y que, al mismo tiempo e irónicamente, se vislumbra ineficaz para perseguir las conductas criminales verdaderamente dañinas socialmente, provenientes de personas de clase alta inmunizadas por su poderío político o económico.

Son los más pobres quienes, de nuevo, llenan las cárceles, en las que más que el delito lo que pagan —advierte CARRANZA— es su debilidad económica y jurídica¹³¹. «Los más desamparados, los que no tienen influencias, los ignorantes que desconocen sus derechos, los pobres que no pudieron arreglarse a tiempo, o que no tienen recursos para pagar una buena defensa o, lo que es peor, no pueden pagar la fianza» —describe tajantemente RODRÍGUEZ MANZANERA—¹³². Los autores de hechos que causan un verdadero daño social —corrupción, malversación, contaminación, violación de derechos humanos, denegación de la Justicia, etc.—, hechos por lo demás no noticiados —denuncia con razón BARATTA—, no están en prisión porque, generalmente, pertenecen a grupos sociales de los cuales no se selecciona la «clientela» carcelaria, cuando, sin embargo, los comportamientos socialmente negativos están distribuidos en todos los estratos sociales. El sistema penal, por tanto, se limita —y nuevamente en las palabras de este autor— «a representar como normales las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad y para su reproducción material e ideológica»¹³³, a través de un Derecho penal que, por su parte, y

¹³¹ CARRANZA, E., *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 12 y ss. «Los integrantes de estos grupos marginados —escribe LANDROVE— se ven presionados por su propia marginación, que les veda el acceso a medios legítimos, a utilizar los ilegítimos en empresas de las que, en ocasiones, depende su supervivencia. Y una vez cometido el hecho delictivo, al contrario de lo que ocurre con los miembros de otros grupos sociales, los marginados muy difícilmente logran evadirse de la acción de la justicia. La desigualdad resulta dramáticamente evidente». Vid. en LANDROVE DÍAZ, G., «Latinoamérica y los crímenes de los poderosos», *op. cit.*, p. 477.

¹³² RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, Porrúa, México, 1998, p. 4.

¹³³ BARATTA, A., «Principios del Derecho penal mínimo. (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», *DP*, n.º 10, 1987, pp. 625 y ss. En el mismo sentido lo percibía el VI Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Caracas en 1980, Conf. 87, en cuyo párrafo n.º 40 dice: «En la mayoría de los casos, el sistema de justicia penal es bastante selectivo para enviar gente a prisión. Quienes verían en peligro su posición y categoría social, aquellos para los que la pena de cárcel serviría realmente como medida disuasoria, a menudo eluden la reclusión. Se trata de personas que no están necesitadas, desde el punto de vista social, económico, pero sin embargo pueden haber infringido graves perjuicios a la economía, a la estabilidad política, o al respecto a la ley o a la moral pública, mediante el soborno, la corrupción, el fraude, la mal-

por si fuera poco con lo anterior, opta por la violencia como «política-criminal», aumentando con ello la ya vivida socialmente, y desprotegiendo a unas víctimas que, por no variar, también pertenecen a los sectores más bajos —puesto que los más ricos compran su seguridad con detectives, guardaespaldas, etc.—¹³⁴.

Y es que la situación extremadamente difícil que se vive actualmente en Centroamérica tiende a «facilitar» el incremento de la represión en la respuesta contra el delito. La alarma social, que entre los ciudadanos centroamericanos provoca esta creciente criminalidad, se traduce en carta blanca de actuación para el correspondiente gobierno. Las penas se incrementan, se tiende a que sean más drásticas —incluyendo la de muerte—, se amplían los centros penales, se fortalece la acción policial, y, en algunos casos, hasta se pide la intervención de las fuerzas armadas para combatir la delincuencia¹³⁵.

En la *praxis* la traducción inmediata de todo esto no se ha hecho esperar. Las detenciones normalmente son discrecionales, y, lo que es peor, en demasiadas ocasiones indiscriminadas (redadas, retenciones, cacheos, etc.). Muchos conflictos son resueltos arbitrariamente por las instancias policiales, y si el hecho finalmente ingresa dentro de la maquinaria judicial tarda demasiado en resolverse. A todo esto cabe añadirse los altos niveles de corrupción existentes entre los agentes policiales y judiciales, que se traducen en una elevada inseguridad a la hora de aplicar las penas. Las sentencias no siempre son motivadas suficientemente y normalmente no son publicadas, con lo cual no se pueden observar criterios claros de aplicación de la sanción. Todo ello conlleva, de forma evidente —y transcribiendo las palabras de ZÚÑIGA—, «un desmedro de los fines preventivos generales de la pena porque la víctima no tiene la certeza en que al agresor se le aplicará la pena y éste puede sustraerse dentro de esa maraña, de la sanción penal. El potencial delincuente percibe esas posibilidades que tiene de evitar el sistema penal y puede jugar con ellas (ej. la corrupción del narcotráfico)»¹³⁶.

La legislación penal de América Central lo único que hace, en resumidas cuentas, es reflejar la crisis generalizada con la que hoy se enfrenta el Derecho penal¹³⁷, y su patente inadecuación a las realidades nacionales¹³⁸. «Porque salvo raras excepciones de pura importación —escribe DE LA RÚA— el Derecho penal aparece sometido a una *praxis* con fuertes resabios de la legislación colonial, a la par de una normativa inorgánica y de oportunidad»¹³⁹.

versación de fondos, el contrabando, el acaparamiento y la manipulación de precios, es decir, mediante actos que suelen agruparse bajo el término genérico de delitos financieros, u otros actos socialmente perjudiciales análogos». De igual modo lo denuncia a su vez ISSA EL KHOURY, H., «Penas alternativas y ejecución penal», *RACPCR*, año 4, n.º 6, diciembre 1992, San José, pp. 59 y ss.

¹³⁴ Pues la tendencia es hacia el crecimiento de los servicios de seguridad privada, de adquisición de armas, compra de elementos de seguridad e, incluso, organización de brigadas de ciudadanos para la persecución y castigo de los delincuentes.

¹³⁵ CHINCHILLA, M., «Seguridad ciudadana y política en Centroamérica. Esfuerzos regionales en marcha», *op. cit.*, p. 173.

¹³⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El abolicionismo en América Latina», inédito, s.f., pp. 4 y 5.

¹³⁷ Vid. *infra*, Apartado V.

¹³⁸ FRAGOSO, H.C., «El Derecho penal comparado en América Latina», *op. cit.*, p. 720.

¹³⁹ DE LA RÚA, J., «El Derecho penal latinoamericano», *op. cit.*, p. 447. De igual modo, DE LEÓN VELASCO-DE LA MATA VELA, *Derecho penal guatemalteco*, *op. cit.*, p. 21.

El sistema penal centroamericano se ha convertido, en definitiva, en una ilustración viva de los peligros de la investigación comparada sobre los cuales nos advertía JESCHECK¹⁴⁰. Porque la simple copia de modelos legislativos no es derecho comparado. Y porque ninguna conclusión válida podrá extraerse si no se tiene presente la realidad criminológica en el contexto económico, social y cultural, del mismo modo que la experiencia del Derecho práctico en el extranjero. Y porque la distancia que separa a los países industrializados de las regiones en vías de desarrollo aún es larga, y, lo peor de todo, parece ampliarse cada vez más¹⁴¹.

Ni que decir tiene —sinteticemos— que ante tantos y tantos factores el Derecho penal se encuentra en Centroamérica más deslegitimado que nunca, y que las propuestas abolicionistas al respecto van cobrando fuerza¹⁴². Por no hablar de la situación de riesgo en que todo esto pone a los, aún jóvenes, procesos de consolidación democrática¹⁴³.

C) CONCLUSIONES VALORATIVAS

Una vez advenida la paz, América Central debe comenzar por desarrollar un proceso de acentuación de su propia identidad, con la formación de la conciencia de sus propios problemas económicos-sociales, y el desafío del desarrollo como consecuencia de la dependencia y la dominación que sufre de la economía internacional¹⁴⁴. Porque, ciertamente, lo que es una aspiración común puede quedarse en el plano de los deseos, si previamente no se analizan y pretenden remover toda la serie de hechos sociales, que, finalmente, no hacen sino que conformar serios obstáculos al proceso de democratización que sufren los países centroamericanos. Si se mantienen condiciones tales como: las grandes diferencias habidas entre las clases sociales de cada país —evidente caldo de cultivo, como hemos visto, de la violencia vivida en la zona en los últimos años—; la marginación política y económica de las mayorías; el gobierno de las oligarquías apoyadas por las fuerzas armadas; el no paso de la ideología de la seguridad nacional a la de la seguridad ciudadana; la persistencia en la violencia, etc.¹⁴⁵. Una búsqueda de soluciones «indivi-

¹⁴⁰ JESCHECK, H. H., «Sviluppo, compiti e metodi della comparazione in diritto penale», *RIDPP*, 1965, p. 307.

¹⁴¹ FRAGOSO, H. C., «El Derecho penal comparado en América Latina», *op. cit.*, p. 718.

¹⁴² Se dan claras propuestas sociales —muy cercanas a la postura de HULSMAN y su «sociedad primitiva»— que ponen en entredicho la supuesta irrealización del pensamiento abolicionista. Nos referimos al actual afán por reivindicar las culturas autóctonas pre-colombinas —y sus formas de solventar los conflictos internos— y las experiencias de justicia comunitaria, especialmente de sociedades indígenas —rondas campesinas, comunidades autogestionarias, comunidades barriales, etc.—. Vid. en ZAFFARONI, R., *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar editorial, Buenos Aires, 1989, p. 112. Obras representativas al respecto del abolicionismo son: DEL OLMO, R., *América Latina y su criminología*, México, Siglo XXI, 1981; SANDOVAL, E., *Sistema penal y criminología crítica*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1985; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El abolicionismo en América Latina», *op. cit.*; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M., *La abolición del sistema penal. Inconvenientes en Latinoamérica*, *op. cit.*

¹⁴³ CHINCHILLA, M., «Seguridad ciudadana y política en Centroamérica. Esfuerzos regionales en marcha», *op. cit.*, p. 174.

¹⁴⁴ FRAGOSO, H. C., «El Derecho penal comparado en América Latina», *op. cit.*, p. 718.

¹⁴⁵ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., «La reforma penal en Centroamérica», inédito, s.f., pp. 15 y ss.

dualizadas» a «sus» conflictos particulares que, evidentemente, necesita del Derecho penal.

Porque, hoy por hoy, y de acuerdo con ZUÑIGA, es imposible prescindir de la mecánica penal por la desprotección que esto supondría, y que seguro sería, incluso, superior a la de su existencia¹⁴⁶. Al tratarse de sociedades en desarrollo, donde el grado de cultura social —asegura MAIA-NETO— está muy bajo por la escasa consideración de la dignidad humana que todavía se conserva, «no sería posible, dentro de la perspectiva de un Derecho penal humanitario cualquier composición que no sea la vuelta al barbarismo o a la violencia en un especie de venganza privada»¹⁴⁷.

En ausencia del Derecho penal los sectores más desfavorecidos se verían indefensos frente a los excesos llevados a cabo tanto por el propio Estado como por los más ricos y poderosos —que a su vez constituyen verdaderas fuerzas vivas en aquellos países—. Se produciría una violencia institucional arbitraria que nadie controlaría. La abolición conduciría a las penas sin proceso, y se perdería la oportunidad de crear un Derecho penal más democrático¹⁴⁸. Si no existiera el Derecho penal, ¿cómo se contendrían entonces los métodos clandestinos, o sistemas penales paralelos, como los actuales «escuadrones de la muerte», comandos paramilitares, o «grupos de limpieza social»? ¿Se deberían, por ende, tolerar los cada vez más habituales linchamientos del agresor? ¿Debe admitirse la criminalización de conductas que, como la homosexualidad, no son desaprobadas por la mayor parte de la sociedad?

En nuestra opinión, y siguiendo a ZAFFARONI¹⁴⁹, la alta cifra negra de criminalidad que existe en la Región basta para justificar el mantenimiento del Derecho penal, cuya inaplicación es el verdadero motor de la violencia en la zona. Un Derecho penal, en todo caso, únicamente justificado en su ineludible necesidad, no buscando solucionar con él los graves problemas sociales y económicos que tienen sus orígenes fuera del sistema punitivo. Porque «esgrimir la represión para sancionar todo aquello que el sistema no es capaz de resolver por cauces democráticos y de Justicia—escribe LANDROVE— es una de las notas características de los regímenes autoritarios que en el continente americano aparecen —en no pocas ocasiones— enmascarados con una apariencia políticamente diferente»¹⁵⁰. Un Derecho penal, en definitiva, necesariamente ajustado al modelo de Estado asumido por sus respectivos Textos Fundamentales. Una política criminal obligatoriamente asentada en las bases de un Estado social y democrático de Derecho. Un modelo de Estado que nos dirá, en definitiva, como ha de ser el poder de definición de los procesos criminales en un Estado que tiene como fundamento la libertad y la igualdad¹⁵¹.

¹⁴⁶ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El abolicionismo en América Latina», *op. cit.*, pp. 222 y ss.

¹⁴⁷ MAIA-NETO, C.F., «Las alternativas a la abolición de la pena privativa de libertad», *RGCP*, año III, n.º 5, agosto de 1994, p. 35.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ ZAFFARONI, R., *En busca de las penas perdidas*, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

¹⁵⁰ LANDROVE DIAZ, G., «Latinoamérica y los crímenes de los poderosos (El otro quinto centenario)», *op. cit.*, p. 477.

¹⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, J., «Política criminal y Estado», *RACPCR*, año 8, n.º 12, diciembre-1996, p. 4.

Porque, si bien se vislumbra irónico el que sus Cartas Fundamentales —generosas como hemos visto en garantías y derechos humanos— deban medir continuamente sus fuerzas con modelos políticos en la *praxis* marcadamente autoritarios, este es, sin duda, el único camino viable. Parece ser que los dirigentes de estos países, finalmente, han terminado por comprender que sólo es posible transformar su sistema social fundándolo en un modelo en el que el equilibrio de poderes sea viable, en el que los derechos ciudadanos puedan ser garantizados para todos, en el que los poderes públicos se comprometan con el desarrollo social. En suma, teniendo como paradigma el *Estado social y democrático de Derecho* así «proclamado» en sus respectivas constituciones.

Una justicia constitucional ésta —de acuerdo nuevamente con ZÚÑIGA—¹⁵² absolutamente necesaria, puesto que es la llamada a establecer los mecanismos institucionales y jurídicos que garanticen la protección de los derechos fundamentales del individuo, tanto del ataque de los poderes públicos como del resto de los ciudadanos. Una justicia constitucional, en definitiva, que constituye el inexcusable marco de actuación del correspondiente texto penal. Un texto penal que, por ello, debe ser reformado hasta que sus directrices generales se correspondan perfectamente con las de aquélla. Hacer otra cosa —escribe BARLETTA— «sería un verdadero suicidio: sería como quitar las piedras que sostienen un muro por el solo gusto de verlo derrumbarse sin haberse planteado ni siquiera el problema de la sustitución de esas piedras por otras»¹⁵³.

Porque las leyes penales, repetimos, no son más que la expresión de una determinada concepción del Estado y de la sociedad, quienes de esta forma cumplen una función decisiva en su enunciación. La pena en su sentido, funciones y finalidad, no puede entenderse si al mismo tiempo no se analiza dentro de un sistema económico, y en los contenidos del modelo de Estado imperante. Luego, de lo que se trata —nos dice MIR— «no es de preguntar sólo por la función de la pena en abstracto, sino de averiguar que función corresponde a la pena en el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado»¹⁵⁴. Y con tal fin nos disponemos a escrutar el modelo de Estado *social y democrático de Derecho*. Un Estado paradigma, como fórmula sintética para cuya entera comprensión se hace necesario un desarrollo previo de la misma, tanto desde una perspectiva histórica como desde la perspectiva específica de cada uno de sus componentes: el social, el de Derecho y el democrático.

¹⁵² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «La reforma penal en Centroamérica», *op. cit.*, p. 2.

¹⁵³ BARLETTA, G., «La política criminal y el concepto de «límite»: de la prevención al post-penitenciario, pasando por el penitenciario», *DPC*, Vol. XV, n.º 51, septiembre-diciembre de 1993, p. 213.

¹⁵⁴ MIR PUIG, S., *Manual de Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 63.

III. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO COMO PARADIGMA

A) GÉNESIS HISTÓRICA

Con la llegada del liberalismo cae la percepción de dependencia personal característica de la estructura absoluta, y se hace evidente la necesidad de una revisión conceptual de la idea de Estado que, con la teoría del contrato social en la recámara, sitúe el poder en el pueblo y, consiguientemente, lo divida. Es la concepción liberal de Estado.

En líneas generales, este modelo de Estado gira en torno a la omnipresente idea de someter el poder al Derecho, enarbolando el principio de igualdad abstracta ante la ley —inherente a la concepción idealista del hombre que por entonces dominaba— como reacción a los tiempos pasados. Su misión, en consecuencia, era la de garantizar la integridad de los derechos del ciudadano —con especial ahínco en la libertad y la igualdad—, evitando las intervenciones por parte del Estado en las relaciones tanto individuales como sociales. Se trataba, en definitiva, de una funcionalización del Estado por el individuo, y no del individuo por el Estado¹⁵⁵. De la primacía de los derechos individuales respecto de la dimensión social —preventiva— del Derecho, con las consiguente conquistas humanitarias¹⁵⁶.

La razón divina es reemplazada por la razón de Estado y la ley divina por la ley de los hombres. Se cae en el estricto positivismo legal y se fundamenta la pena en el Derecho natural o de estricto laicismo: el libre albedrío o miedo (racional)¹⁵⁷. Nos situamos, en resumidas cuentas, ante la visión retributiva de la pena, y cuya rigidez de argumentos justificó, en demasiadas ocasiones, una extensión excesiva de la misma, porque si bien se anhelaba un control mínimo este continuaba siendo autoritario. Luego, por mucho que como reacción a la concepción absoluta de Estado se pusiera en discusión la cuestión de la legitimidad del Estado, lo cierto es que en modo alguno se aportaron soluciones válidas¹⁵⁸. Habría, que esperar a que llegara una concepción intervencionista —social— del Estado para que la situación cambiase, pues con ella cambiaba la perspectiva.

Con la aparición del Estado social —ante la creciente industrialización, el aumento de la población y el asentamiento del modo de producción capitalista— el Estado se ve compelido a participar en la vida social, cumpliendo, entre otras, las funciones de lucha contra la criminalidad y de integración del delincuente en las relaciones colectivas. Adquiere el compromiso de intervenir en la conformación de la sociedad, negándose a admitirla tal y como le viene dada, y poniendo en tela de juicio la justicia de su configuración. El Estado, en pocas palabras, deja de ser mero espectador de todo el proceso social para pasar a ser protagonista inmediato, tratando de configurar la sociedad conforme a una previa idea de «justicia social»¹⁵⁹.

¹⁵⁵ HASSEMER, W., «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», *ADPCP*, 1992, p. 238.

¹⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 282.

¹⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ-HORMAZÁBAL MALAREE, «Pena y Estado», *op. cit.*, pp. 103 y 104.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 107.

¹⁵⁹ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Teoría de la pena y Constitución», *op. cit.*, p. 253.

El delito, desde esta perspectiva —escribe BUSTOS—¹⁶⁰, ya no es la contravención del orden jurídico sino, primero y antes que nada, daño social, por lo que se hace necesario defender a la colectividad de todo aquello que perturbe el nuevo orden social. O lo que es lo mismo, ya no se trata tanto de retribuir al autor por el hecho aislado, como de proteger a la sociedad de un individuo que, con su actuar delictivo, ha demostrado ser peligroso e intolerable para el cuerpo social¹⁶¹. No obstante, todo esto necesita de unas bases ideológicas suficientes que aporten una nueva concepción del hombre y qué, al mismo tiempo, legitimen la acción punitiva —represiva— del Estado frente a él, porque ya no se trata sólo de establecer un control general como el de la retribución y el de la prevención general, sino de intervenir directamente sobre los individuos. Unas bases que le vienen dadas por el positivismo naturalista o sociológico apoyado en la Teoría de la Defensa Social¹⁶². Esta corriente doctrinal —tal y como vimos— ofrece una nueva imagen del hombre como susceptible de ser influido por causas exteriores, lo cual es el presupuesto de todo programa resocializador¹⁶³. Es normal, por ello, que se prefiera hablar de medidas y no de penas, y luego es lógica su concreta expresión en la prevención especial.

Este anhelo intervencionista en las relaciones sociales fue, sin embargo, tomado con demasiado rigor y condujo, en algunos países, a la adopción de sistemas autoritarios o fascistas, en el periodo habido entre las dos guerras mundiales, que les llevaría a abjurar del principio de legalidad y de las garantías mínimas propias de un Estado de Derecho. Se llega a tal obsesión por el interés del grupo y de la comunidad, que la pena se limita a someter al individuo a la pauta marcada por el Estado. «El hombre —transcribiendo a MUÑOZ CONDE— pasa a ser un simple instrumento manipulable en relación a su dependencia de las cosas y la pena es la forma de manipulación»¹⁶⁴.

Tan mala experiencia puso en evidencia la necesidad de algo parecido a —escribe MIR— «un Estado que, sin dejar de ser social, reforzase sus límites jurídicos en un sentido moderno»¹⁶⁵. Se hacía necesario el encontrar un equilibrio justo que, al mismo tiempo, satisfaga las necesidades sociales y las garantías entre la función de protección de la sociedad y la función de protección de los derechos fundamentales del individuo¹⁶⁶. Un equilibrio, en definitiva, entre la concepción liberal del Estado de Derecho y el modelo de Estado social. Porque «la dialéctica de individuo y sociedad», manifestada en los componentes del Derecho penal correspondientes a ambas concepciones del Estado, sólo puede ser superada —nos dice ROXIN— mediante una síntesis que preserve, sin deformaciones, ambos polos de la existencia humana: el *Estado social de Derecho* «y no como un mero

¹⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op. cit., p. 62.

¹⁶¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996, p. 54.

¹⁶² BUSTOS RAMÍREZ-HORMAZÁBAL MALAREÉ, «Pena y Estado», op. cit., p. 107.

¹⁶³ Vid. supra, Capítulo I, apartado VII.A.

¹⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F., «El principio de culpabilidad», en *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 232 y ss.

¹⁶⁵ MIR PUIG, S., *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 64.

¹⁶⁶ QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 55.

aglutinamiento de principios heterogéneos —continúa este autor—, sino una fórmula que designa dos partes de un todo que correctamente se considera inseparable»¹⁶⁷. Fórmula ideal a la que, sin embargo, cabría añadirle un tercer componente, el democrático —como adecuación al sentir participativo de nuestro tiempo—, por lo que la síntesis final sería la de *Estado social y democrático de Derecho*, surgido al efecto como combinación de distintos aspectos, y sobre todo con el cometido de cumplir funciones diversas, si bien, y esto es lo importante, con limitaciones recíprocas.

Ésta es, precisamente, y como hemos visto, la base sobre la que se asientan tanto nuestro Orden jurídico¹⁶⁸ como los órdenes jurídicos centroamericanos¹⁶⁹. Una concepción del Estado —nos recuerda GARCÍA-PELAYO—¹⁷⁰ como totalidad compuesta por tres componentes inseparables en interacción recíproca: el objetivo social, la concepción ascendente o democrática del poder, y la sumisión de ambos a la disciplina del Derecho. Una fórmula sintética para cuya entera comprensión creemos necesario analizar separadamente cada uno de los componentes que la conforman. Una tarea a la que nos entregamos a continuación.

B) LOS DIVERSOS COMPONENTES DE LA SÍNTESIS

1. El componente social

Por configurarse como un Estado de prestaciones, debe procurar el crear las condiciones para la satisfacción de aquellas necesidades vitales que, en la complejidad de nuestras actuales sociedades, no pueden ser satisfechas ni por los individuos ni por los grupos¹⁷¹. El Estado, en tal sentido, está llamado a proteger de forma eficiente las interacciones sociales, asumiendo para ello una función preventivo-general, limitada siempre por la necesidad de tal protección. Es decir, sometiendo tal actuación a los límites que le son inherentes a las componentes democrática y de Derecho que también conforman la fórmula. «Porque sólo de este modo —nos recuerda CASCAJO CASTRO— las necesarias transformaciones sociales dejan de ser planteadas y satisfechas como un acto de benevolencia para pasa a ser, lo que efectivamente son, un derecho; y sin, por ello, entrar en colisión con las libertades fundamentales y las garantías que para la seguridad jurídica ofrece el Estado de Derecho»¹⁷².

¹⁶⁷ ROXIN, C., «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo», op. cit., p. 65.

¹⁶⁸ Art. 1.1 Constitución Española.

¹⁶⁹ Vid. supra, apartado II. A.

¹⁷⁰ GARCÍA PELAYO, M., «El Estado social y democrático de Derecho», inédito, s.f., p. 2.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 4.

¹⁷² CASCAJO CASTRO, J. L., «La voz «Estado social y democrático de Derecho»: materiales para un léxico constitucional español», *RCEC*, n.º 12, mayo-agosto 1992, p. 15.

2. La exigencia de sumisión al Derecho

Si bien todos los componentes de la síntesis son de suma importancia, nosotros como juristas debemos prestarle una mayor significación al postulado más jurídico, esto es, al componente *Estado de Derecho*, por ser, evidentemente, el que aborda la esfera más próxima a nuestro estudio.

No está de más comenzar el tratamiento de esta segunda dimensión de la fórmula aseverando con firmeza —al igual que lo hace DÍAZ—¹⁷³ que no todo Estado es un Estado de Derecho. O lo que es lo mismo, que la mera existencia de leyes, de un sistema legal, no se traduce sin más en un Estado de Derecho, sino que debe concurrir algo más. «El Estado de Derecho no es sólo una determinada estructura del Estado, sino un Estado informado por una ideología liberal, a cuyo servicio se crea aquella estructura; el Estado de Derecho es, en este sentido, la traducción jurídica de la democracia liberal» —escribe al respecto LEGAZ—¹⁷⁴.

Al Estado de Derecho se le han ido consignando, por sedimentación, una serie de ideales políticos que acompañan la historia del Estado moderno, y que exigen una cierta conformación jurídica, por lo que está lejos de ser una mera conexión entre el Derecho y el Estado¹⁷⁵. El Estado de Derecho está estrechamente vinculado, tanto en sus orígenes como en su desarrollo, al Estado liberal¹⁷⁶. Porque la idea central de un control de la acción del Estado no impide el guiarse por criterios materiales de justicia e igualdad, si —como afirma CASCAJO— «lo que se quiere es evitar que el Estado de Derecho se convierta en cobertura jurídica de cualquier contenido de la acción estatal»¹⁷⁷.

Consiste, en todo caso —y en descripción, nuevamente, de GARCÍA PELAYO—, en la materialización de una serie de preceptos, o postulados, que fijan la constricción, tanto de los ciudadanos como de los poderes públicos, a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico; garantizando, de este modo, una serie de derechos fundamentales y libertades públicas, que actúan como verdaderos derechos subjetivos frente a la acción represora del Estado en el ejercicio de su *ius puniendi*¹⁷⁸. Cada uno de estos derechos

¹⁷³ DÍAZ, E., «Constitución y Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978», *Sistema*, n.º 42, 1981, p. 44.

¹⁷⁴ LEGAZ Y CALAMBRA, L., *El Estado de Derecho en la actualidad*, Madrid, Reus, 1934, p. 17.

¹⁷⁵ CASCAJO CASTRO, J. L., «La voz «Estado social y democrático de Derecho»: materiales para un léxico constitucional español», *op. cit.*, p. 9.

¹⁷⁶ DÍAZ, E., «Teoría general del Estado de Derecho», *REP*, n.º 131, 1963, Madrid, 1963, p. 18. «Después de todo —escribe este mismo autor en una obra posterior— el Estado de Derecho surge en el seno del iusnaturalismo y en coherencia histórica con una burguesía cuyas razones vitales no son compatibles con cualquier legalidad, ni con excesiva legalidad, sino precisamente con una legalidad destinada a garantizar ciertos valores jurídico-políticos, ciertos derechos imaginados como naturales que garanticen el libre despliegue de la existencia burguesa». *Vid.* en DÍAZ, E., «Constitución y Estado democrático de Derecho», *op. cit.*, p. 45.

¹⁷⁷ CASCAJO CASTRO, J. L., «La voz «Estado social y democrático de Derecho»: materiales para un léxico constitucional español», *op. cit.*, p. 10.

¹⁷⁸ GARCÍA-PELAYO, M., «El Estado social y democrático de Derecho», *op. cit.*, p. 2.

subjetivos conforma un límite, que a su vez constituye una garantía establecida para la tutela de un valor, que así resulta incorporado por las normas del Ordenamiento jurídico positivo como vinculante respecto a todas las normas de nivel inferior. Y ésta es, precisamente, la novedad histórica del componente Estado de Derecho en la moderna síntesis de Estado social y democrático de Derecho, y respecto a los demás ordenamientos del pasado. Una novedad que consiste —transcribiendo a FERRAJOLI— «en haber incorporado, transformándolas en normas de legitimación interna, por lo general de rango constitucional, gran parte de las fuentes de justificación externa relativas al «cuándo» y al «cómo» del ejercicio de los poderes públicos»¹⁷⁹. Algo que, unido a la intensa vinculación existente entre el Estado de Derecho y los derechos humanos fundamentales —estamos con DÍAZ—, «conexiona perfectamente con las actuales concepciones personalistas»¹⁸⁰. Y, sin embargo, aquí no acaba todo.

3. La perspectiva democrática

El Estado social de Derecho supone no solamente el intento de someter la actuación del Estado social a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real. Un Estado social al servicio de todos los ciudadanos. Una superación de sus componentes básicas, aisladamente consideradas, que permite añadir una tercera característica: la democracia¹⁸¹. Porque si bien es cierto que, superficialmente considerados, los modelos de Estado social y de Estado liberal parecen conceptos enfrentados, la realidad es que son concepciones complementarias que permiten, recíprocamente, moderar los excesos a los que conducen cada una de ellas. Su «aparente contradicción» encuentra su punto de unión, precisamente, en este tercer elemento, en las bases del *Estado democrático*, expresado en la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones mediante el principio de la soberanía nacional¹⁸². Porque la democracia —dice RADBRUCH— es la única forma de gobierno apropiada para garantizar el Estado de Derecho¹⁸³.

Y es que a estas alturas de la discusión —estamos de acuerdo con SÁNCHEZ AGESTA—¹⁸⁴ no podemos permanecer ajenos a la conciencia, generalmente percibida, de que la dignidad del hombre no sólo se respeta con el reconocimiento formal de su autonomía, sino que se requiere, también por parte del Estado, prestaciones positivas idóneas para crear las condiciones que la hagan efectiva. El Estado está constreñido a tutelar penalmente las

¹⁷⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 354.

¹⁸⁰ DÍAZ, E., «Teoría general del Estado de Derecho», *op. cit.*, p. 16.

¹⁸¹ MIR PUIG, S., «Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho», *op. cit.*, p. 35.

¹⁸² GARCÍA-PELAYO, M., «El Estado social y democrático de Derecho», *op. cit.*, p. 3.

¹⁸³ RADBRUCH, G., «Derecho por encima de las leyes y leyes que no son Derecho», en *Derecho injusto y Derecho nulo*, Madrid, 1971, p. 19.

¹⁸⁴ SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978 (Ensayo de un sistema)*, Madrid, 1972, p. 83.

reglas del juego democrático y velar por la igualdad del tratamiento punitivo¹⁸⁵. Porque coincidimos con TERRADILLOS en que democracia significa «derecho a la disidencia», y usar mecanismos selectivos discriminantes es negar con los hechos tal derecho¹⁸⁶. Y porque de lo que se trata, en definitiva —y en las palabras de DÍAZ—, es de lograr, o más bien de ir logrando en el tiempo, «la necesaria real conjunción entre democracia y socialismo»¹⁸⁷.

C) SIGNIFICACIÓN DE LA FÓRMULA ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La síntesis Estado social y democrático de Derecho no consiste, por tanto, y como ya hemos adelantado, en una mera adición de especificidades. «La originalidad y significación de la fórmula —nos dice GARCÍA-PELAYO— no radica en los términos que contiene tomados de forma aislada, ni tampoco en su simple agregación o superposición que no añadiría sentido nuevo a cada uno de ellos, sino en la integración de todos ellos en una totalidad conceptual en la que sin perjuicio de su propia autonomía, se condicionan y complementan recíprocamente tratando de dar respuesta al papel que la sociedad de nuestro tiempo exige al Estado»¹⁸⁸.

Este modelo de Estado, como resulta de la suma de diversos aspectos políticos, sociales y asistenciales, se ve limitado, en consecuencia, desde diversos frentes. Como Estado de Derecho el *ius puniendi* deberá estar sometido a la Ley, al Derecho, por lo cual se gravitará sobre el principio de legalidad. Como Estado social se verá obligado a intervenir penalmente con vistas a la protección de la sociedad. Y, finalmente, como Estado democrático no podrá nunca permanecer ajeno a los principios de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano, y exigirá el privilegiar los elementos garantísticos¹⁸⁹.

Nos situamos, en definitiva, ante una fórmula político-social, que al tiempo de poner en manos del Estado el instrumento sancionatorio limita su extensión, sujetándolo a una serie de principios que se alzan como valores superiores de todo el Ordenamiento jurídico, tales como la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. Principios que no son sino —y de acuerdo con MORA y NAVARRO— «la materialización del compromiso del Estado con los ciudadanos y de éstos con el Estado, como la mejor expresión de entendimiento para el logro de la convivencia y la paz social»¹⁹⁰. Y todo ello porque, si bien es cierto que la actuación de un verdadero Estado social y democrático de Derecho comienza mucho antes de que el Derecho penal se vea obligado a intervenir¹⁹¹, no es me-

¹⁸⁵ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Teoría de la pena y Constitución», *op. cit.*, p. 258.

¹⁸⁶ TERRADILLOS BASOCO, J., «Constitución y ley penal. La imposible convergencia», *op. cit.*, p. 665.

¹⁸⁷ DÍAZ, E., «Constitución y estado democrático de derecho», *op. cit.*, p. 47.

¹⁸⁸ GARCÍA-PELAYO, M., «El Estado social y democrático de Derecho», *op. cit.*, p. 8.

¹⁸⁹ MIR PUIG, S., *Manual de Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 73.

¹⁹⁰ MORA MORA-NAVARRO SOLANO, *Constitución y Derecho penal*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁹¹ Porque existen medios tanto o más eficaces que la pena, y resultan más favorables que ésta para el ciudadano, como sería una política social dirigida a disminuir las diferencias sociales existentes, y que vaya modificando el sistema social en términos que aumenten su poder de convicción y haga más atractiva la partici-

nos cierto que éste es necesario —y en mayor medida en sociedades como las aquí analizadas—¹⁹².

El Derecho penal sigue siendo, también aquí, un componente imprescindible del Ordenamiento jurídico, pues por mucho que el moderno Estado social haya asumido un papel de planificación, dirección y oferta de prestaciones, una de sus misiones básicas continúa siendo —y así lo advierte JESCHECK—¹⁹³ la protección de la convivencia en comunidad, cuyo cumplimiento aparece como presupuesto para cualquier prestación positiva en el ámbito asistencial. Siendo esto así, y mientras dure esta situación —que parece ser se prolongará durante mucho tiempo—, estamos con LUZÓN en que será «siempre preferible un sistema jurídico de prevención de delitos, con garantías y controles formales propios de un Estado de Derecho»¹⁹⁴. Un ejercicio del *ius puniendi* formalizado y controlado, tanto por consideraciones de utilidad social como por la búsqueda de las garantías establecidas a favor del individuo delincuente. Porque el Orden constitucional —de acuerdo con SCHÖNE— «requiere protección por el Derecho penal y, al mismo tiempo, debe prestar protección frente al Derecho penal»¹⁹⁵. Un Derecho penal que, en base a esto, debe comenzar por fijar en su propio encabezamiento toda una serie de fronteras y limitaciones para consigo mismo¹⁹⁶. Un Derecho penal que, en definitiva, parta de una perspectiva claramente garantista.

IV. EL DERECHO PENAL EN UN MODELO DE ESTADO ASÍ CONCEBIDO

A) SU DOBLE FUNCIÓN DE PREVENCIÓN Y GARANTÍA. LA APARENTE CONTRADICCIÓN

El Derecho penal en una concepción de Estado como ésta cumple, por tanto, dos funciones simultáneas. Dos funciones que son inherentes a su perspectiva garantista: una, de limitación del poder estatal en su lucha contra el delito —salvaguardando con ello al individuo de una actuación sin límites por parte del Estado—; y, otra, de amparo a la sociedad y al resto de sus miembros de los abusos del individuo. Una función de *garantía* y otra de *prevención*, «como producto —nos dice SILVA— de una relación dialéctica entre el interés en disminuir la propia violencia del sistema penal y el de eliminar la violen-

pación en él, en lugar de dar motivos con su mal ejemplo para la desviación. Vid. en MIR PUIG, S., «Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva» *op. cit.*, pp. 126 y ss. Y porque, en definitiva, y siguiendo a LISZT «una política social es la mejor política criminal». Vid. en Von LISZT, F., *Tratado de Derecho penal, II* (traducido de la 18 edición alemana y acondicionada con la Historia del Derecho penal español por Quintiliano Saldana), Reus, S. A., Madrid, s.f., 3.ª edic., 1914-1917, pp. 42 y ss.

¹⁹² Vid. *supra*, apartado II.C.

¹⁹³ JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁹⁴ LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Edit. Universitas, S. A., Madrid, 1996, p. 79.

¹⁹⁵ SCHÖNE, W., *Acercas del orden jurídico penal*, edit. Juricentro, 1992, p. 187.

¹⁹⁶ CÓRDOBA RODA, J., «Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima», *La Ley*, 1996/III, p. 1333.

cia social extra-penal»¹⁹⁷. Un producto ideal que —de acuerdo con MIR—¹⁹⁸ requiere de la combinación, más o menos perfecta, de la necesidad de protección de la sociedad con las garantías que ofrecen tanto la retribución como los otros principios limitadores. De un equilibrio que se corresponde con el equilibrio de las misiones a llevar a cabo por un Estado de Derecho y las misiones preventivas del Derecho penal¹⁹⁹. Porque éstos y no otros —estamos con QUINTERO—²⁰⁰ son los factores que permiten distinguir entre un Derecho penal que se adecua a la función social que le corresponde, y los que se apartan de la misma.

Sin embargo, la lógica de la prevención, incluso corregida por la utilitarista de la intervención mínima, sigue un camino diverso al de la lógica de las garantías individuales, lo cual nos presenta un panorama de cierta complejidad para su comprensión²⁰¹. Tal duplicidad de funciones puede conllevar a una posición enconronada entre normas, y, sin embargo, lejos de ser un defecto del Estado de Derecho, lo que es en realidad —y a juicio de FERRAJOLI—²⁰² es un presupuesto de su función garantista. No es otra cosa —estamos de acuerdo con SILVA—²⁰³ que la expresión de un momento de transición.

No hay duda, por tanto, en que el Derecho penal en la lógica de un Estado social y democrático de Derecho, hoy por hoy, está llamado a cumplir dos funciones: una preventiva y otra limitadora del poder punitivo. Unos límites derivados tanto de la esencia retributiva inherente a toda pena, esto es, la exigencia de proporcionalidad entre delito y sanción —y a cuyo tratamiento nos remitimos—²⁰⁴, como de la esencia misma de tal Estado paradigma, y que, por tanto, cabe rescatar de la Constitución que en él se inspira. Vayamos, en todo caso, por partes.

B) FINES PREVENTIVOS Y LÍMITES RETRIBUCIONISTAS

La función del Estado moderno no es, desde luego, la realización de la Justicia absoluta sobre la tierra. Esta tarea, a juicio de MIR, «es un cometido moral o religioso, pero no de un Estado que, como el actual, quiere mantener deslindados los campos de la Moral y el Derecho porque no admite que la Ética o la Religión puedan imponerse por la fuerza de lo jurídico [...]. En un Estado democrático las sentencias no se pronuncian en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo, y el Derecho sólo puede justificarse como medio de asegurar la existencia de la sociedad y sus intereses»²⁰⁵.

¹⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 267 y ss.

¹⁹⁸ MIR PUIG, S., *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 65.

¹⁹⁹ ROXIN, C., «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo», op. cit., p. 60.

²⁰⁰ QUINTERO OLIVARES, G., *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona, 1976, p. 79.

²⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 249.

²⁰² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 366.

²⁰³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 285.

²⁰⁴ Vid. *supra*, Capítulo I, apartado X.A (A-3).

²⁰⁵ MIR PUIG, S., *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 49.

En una concepción moderna de Estado, que comienza por situar el origen del poder en el pueblo, es muy difícil asignar a la pena otro fundamento distinto al de posibilitar la vida en comunidad luchando contra el delito. Su labor es más realista que la de imponer Justicia sobre la tierra: hacer política social evitando la lesión de los bienes sociales. Su función es, por tanto, claramente preventiva, y para ello se rodea de numerosas instituciones, que, en negación de la retribución, y con el consiguiente apoyo de los demás fines de la pena, aparecen en el Derecho positivo²⁰⁶.

El Estado moderno, como Estado intervencionista que es, debe crear y asegurar las condiciones de una existencia que satisfaga las necesidades vitales del individuo, salvaguardando totalmente su libertad para conformar su propia vida. Para la consecución de tal fin debe proteger los bienes jurídicos que hagan eso posible y, al mismo tiempo, asegurar el cumplimiento de las prestaciones públicas necesarias, mediante la creación de normas o conminaciones penales, y buscando incidir en la generalidad de los individuos. Cumple, por tanto, una clara función preventivo general²⁰⁷, que sin embargo no es única.

Este modelo de Estado, al contener en su seno una componente democrática, exige la participación de todos los ciudadanos en la vida política económica, cultural y social; luego conmina a que la prevención se ejerza en beneficio de todos. Está, por ello, obligado a garantizar que dicha prevención se lleve a cabo dentro de ciertos límites, impidiendo toda aplicación de penas incompatibles con la sensibilidad de nuestro tiempo. Está legitimando la existencia de la pena también en su fin resocializador.

Porque si bien la prevención general constituye la función primaria del sistema penal, delineado con arreglo a un modelo de Estado social y democrático de Derecho, su tarea garantizadora —de acuerdo con MANTOVANI—²⁰⁸ debe desarrollarse tanto en relación a las víctimas como a los autores potenciales. Existencia, por tanto, también de una finalidad preventivo especial o resocializadora, como —y de acuerdo con GARCÍA ARÁN— «una orientación de política criminal que no se limita al mundo penitenciario sino que debe informar todo el sistema de penas y también la decisión sobre la pena aplicable al sujeto concreto»²⁰⁹. Concurrencia, en definitiva, de ambas prevenciones en las funciones a seguir por el Estado, y rechazo absoluto de toda fundamentación de la pena en la exigencia

²⁰⁶ Estamos hablando de instituciones tales como el carácter fragmentario del Derecho penal y la protección parcial de bienes jurídicos, junto a figuras como la condena condicional, la prescripción del delito o de la pena, la amnistía o el indulto. Vid. en MIR PUIG, S., «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», op. cit., p. 117.

²⁰⁷ En la Constitución española se recoge implícitamente este fin preventivo-general en su art. 9.2. En lo que a Costa Rica se refiere, cabe deducirse del art. 50 de su Texto fundamental. Las constituciones salvadoreña y hondureña lo prevén ambas en el primer precepto, la guatemalteca en los arts. 1 y 2, la nicaragüense en los arts. 4 y 46 y, finalmente, la panameña en su art. 17.

²⁰⁸ MANTOVANI, F., «Pene e misure alternative nel sistema vigente», en *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Varese, 1977, p. 77.

²⁰⁹ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, op. cit., p. 81.

de Justicia, de retribución del mal cometido. Rechazo de la retribución como fundamento, pero no —repetimos— como límite a la intervención penal.

Porque la esencia retributiva de toda pena tiene un contenido garantizador a través del principio de proporcionalidad, vinculado éste, no a la idea de «mercedimiento» ni a la necesidad de retribuir, sino a la necesidad de la pena para la tutela de la sociedad²¹⁰. Su límite a las necesidades preventivas viene dado en cuanto que obliga a que la pena sea proporcionada a la necesidad de tutela, restringiendo la libertad —valor superior del ordenamiento— únicamente en lo estrictamente imprescindible²¹¹. Porque la proporcionalidad es competencia del legislador, y, en consecuencia, éste sólo podrá conminar un hecho con una sanción penal siempre que «no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la Justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad derivado por ella»²¹². O lo que es lo mismo, mientras no se vulneren los principios de los que la Constitución parte, y a que debe estar sometido el Derecho penal, y frente al cual se convierten en verdaderos límites. Y este es, precisamente, el tema que ahora pasamos a abordar: el de cómo y porqué los principios básicos que configuran el orden político y constitucional se convierten en verdaderos límites de los fines preventivos.

C) LÍMITES CONSTITUCIONALES A LOS FINES PREVENTIVOS. LOS LÍMITES AL *IUS PUNIENDI*

El Derecho penal, en tanto que forma jurídica del poder punitivo estatal, tradicionalmente se ha visto como un puro poder material, represivo, expansivo e insaciable, frente al cual la tarea política y jurídica más notable era, desde luego, ponerle límites²¹³. Unas acotaciones que primariamente se extraían de instituciones externas al propio Derecho penal —tales como el Derecho natural, la naturaleza objetiva de las cosas o, en cualquier caso, de programas políticos—, y que hoy en día se extraen de la propia configuración que de ese poder estatal hace la Constitución, debido a su valor directamente normativo, determinando las condiciones de validez de las restantes disposiciones²¹⁴.

La Norma Constitucional, como declaración de la voluntad popular —soberana— que es, contiene unas líneas programáticas generales y una serie de valores por los que el Ordenamiento jurídico al completo debe trabajar, y el Derecho penal en especial debe tu-

²¹⁰ *Ibidem*, p. 32.

²¹¹ Tal y como reza la STC español de 15 de octubre de 1982.

²¹² Según se desprende de la STC español de 22 de mayo de 1986.

²¹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 33.

²¹⁴ Una afirmación que viene avalada desde dos puntos de vista: uno jurídico y otro político. Desde el *prisma jurídico* la Constitución se enarbola como la norma jerárquicamente superior del Ordenamiento, en la que se fundan y encuentran validez todas las demás, por lo que nunca pueden contrariarla vulnerando sus preceptos. Y desde un *perspectiva política*, su propio proceso de elaboración la convierte en el medio ideal al que acudir en la indagación de valores y principios que sirvan de pilar sobre el que elaborar el Derecho penal, para que de esta forma se ajuste al modelo de Estado por ella reconocido. *Vid.* en GONZÁLEZ RUS, J. J., «Teoría de la pena y Constitución», *op. cit.*, p. 229.

telar y proteger, y de los que, al mismo tiempo, sustrae tanto los presupuestos materiales y formales del *ius puniendi* como los límites a que éste se ve sometido²¹⁵. Una serie de valores que responden a la interiorización en el Derecho positivo de muchos de los viejos criterios y valores sustanciales de legitimación externa, expresados por las doctrinas ilustradas del derecho natural²¹⁶, y basados todos, en última instancia, en la dignidad humana y en la misma idea de Justicia²¹⁷. Principios que, en todo caso, ni es posible —ni deseable— catalogar de forma cerrada, sino que conforman una lista abierta cuya concreción definitiva necesita —advierte FLORA—²¹⁸ de un contacto ágil y constante con los valores constitucionales. Si bien —y de acuerdo con GARCÍA RIVAS—²¹⁹ se puede aseverar, sin temor a equivocación, que en la actualidad no cabría calificar de democrático a un Estado que al menos no asumiera las garantías de legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y resocialización. Nosotros, en todo caso, y por lo específico del tema aquí objeto de estudio, nos limitaremos a analizar aquéllos que tienen una conexión especialmente estrecha con la sanción penal, puesto que conexión en sentido amplio, obviamente, la tienen todos.

1. El principio de legalidad

a) Origen y significación

Sus orígenes cabe focalizarlos en la Revolución Francesa y en el pensamiento de la Ilustración, respectivamente caracterizados por la búsqueda, por parte de la burguesía ilustrada, de la vinculación estricta de la intervención punitiva del Estado a las leyes²²⁰. Si bien ideológicamente se sustenta en la teoría del contrato social de ROUSSEAU —basada en la división de poderes de MONTESQUIEU—, quien lo definió de forma precisa en nuestra disciplina fue BECCARIA, afirmando que «la primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida en el contrato social»²²¹.

Su significación técnica, expresada en la reserva de ley penal, viene aportada, sin embargo, por FEUERBACH, quien en el 1801 la enunció como elemento de su teoría de la pena²²², con el aforismo latino *nullum crimen sine lege praevia, stricta et scripta; nulla poena sine lege; nemo damnetur nisi per legale iudicium* —al que, en la actualidad, se debería añadir el principio de legalidad en materia de ejecución de penas—²²³, como expresión de una de las conquistas más importantes de la Revolución Francesa²²⁴.

²¹⁵ MORA MORA-NAVARRO SOLANO, *Constitución y Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

²¹⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 356.

²¹⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, *op. cit.*, p. 59.

²¹⁸ FLORA, G., «Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale», *RIDPP*, 1991, pp. 1187 y ss.

²¹⁹ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, *op. cit.*, p. 45.

²²⁰ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 313.

²²¹ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, *op. cit.* p. 29.

²²² *Vid. supra*, Capítulo I, apartado V.B.

²²³ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, *op. cit.*, p. 106.

²²⁴ TIEDEMANN, K., «Constitución y Derecho penal», *REDC*, año 11, n.º 33, septiembre-diciembre de 1991, p. 145.

La misión primera de este principio, y al mismo tiempo razón de su creación, era, como cabe intuir, la de sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por la voluntad general; la voluntad expresada a través de la norma, a través de la ley. En el ansia por buscar una garantía del ciudadano, frente a los excesos de represión penal propios del «ancien régime» —con todos sus abusos y arbitrariedades penales—, el monopolio de la ley se sustituye por la primacía de la ley, como expresión de la supremacía del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado. Se trata, por tanto, de un principio «hijo de la ilustración» —como SAX lo ha denominado—²²⁵ que las dictaduras siempre han aceptado a regañadientes por su protección del individuo frente al poder estatal. Y es, precisamente por ello, que no es sino hasta que es superada la II Guerra Mundial —con la consiguiente derrota de la ideología fascista o totalitaria y el resurgimiento de los derechos humanos y los principios garantistas— que se le comienza a dar el contenido que se le concede en la actualidad, integrándose plenamente en los Ordenamientos jurídicos. Si bien —como denuncia MORILLAS— «sin dejar por ello de sufrir solapadamente ciertos ataques que pretenden desnaturalizar su sentido persiguiendo su ampliación más allá de los límites tolerables»²²⁶.

En todo caso, y según los dictados de este principio, la ley no sólo es el fundamento de la condena impuesta al sujeto, sino también la protección de éste ante los excesos; esto es, una garantía de equidad y control. No es sólo la *Magna Charta Libertatum del delincuente*, sino que antes es la *Magna Charta Libertatum del ciudadano* —siempre como autoconciencia de la burguesía surgida con la Ilustración frente al poder estatal—²²⁷. No es sólo una exigencia de seguridad jurídica, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido a penas que no admita el pueblo. Porque para la existencia de un delito y la aplicabilidad de una pena es necesaria la previsión de uno y otra por parte de la ley penal, y más exactamente la prohibición del primero y la prescripción de la segunda. Porque, como nos dice FERRAJOLI, «sólo las leyes dicen lo que es delito y, al mismo tiempo, dicen qué es delito»²²⁸.

Sin embargo, no debemos olvidar que ésta es, simple y llanamente, su formulación teórica. La aprehensión real de la idea de legalidad reside en las muy variadas y matizadas acepciones jurídico-positivas de las normas que la expresan²²⁹. El principio de legalidad

²²⁵ Vid. en QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal, op. cit.*, p. 29.

²²⁶ MORILLAS CUEVA, L., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 25. Del mismo modo lo denuncia HUERTA TOCILDO, S., «El Derecho fundamental a la legalidad penal», *REDC*, año 13, n.º 39, septiembre-diciembre de 1993, p. 81.

²²⁷ «En mi opinión —escribía al respecto LISZT—, por paradójico que pueda sonar, el código penal es la *Charta Magna* del delincuente. Protege [...] no a la colectividad, sino al individuo que se revela contra ella. Le garantiza el derecho a ser castigado [...] sólo si se dan los presupuestos legales y sólo dentro de los límites legales [...]. El Derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal». Vid. en ROXIN, C., «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo», *op. cit.*, p. 59.

²²⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón, op. cit.*, p. 371

²²⁹ LÓPEZ AGUILAR, J. F., «La reserva constitucional de ley en materia penal (Ley, reserva de ley y legalidad penal desde la perspectiva del constitucionalista español)», *REDC*, año 11, n.º 33, septiembre-diciembre 1991, p. 106.

es un derecho subjetivo que —como señala HUERTA—²³⁰ tiene un *nomen* y alcance previo al momento legislativo concreto en que es absorbido por una determinada regulación. Su plena asimilación e incorporación efectiva al derecho positivo están, por tanto, íntimamente vinculadas a las circunstancias políticas de cada país; a la clase de Estado, en definitiva, que lo proclame teóricamente²³¹. Veamos, pues, como debería ser en un modelo de Estado como del que aquí se parte.

b) Dimensión del principio de legalidad en el Estado de Derecho modernamente concebido

Es característico de este modelo de Estado —nos recuerdan BELLOCH e IBARRA—²³² el que las potestades sean solamente «dosis medidas de poder», jurídicamente definidas, y susceptibles, por ello, de verificación sobre su correcto desarrollo. El principio de legalidad es, sin más, la garantía estructural que diferencia al Derecho penal en el Estado «de Derecho», de su homólogo en los Estados simplemente «legales», en los que el legislador es omnipotente y por tanto son válidas todas las leyes vigentes sin ningún límite sustancial a la primacía de la ley²³³. Luego, sólo si se satisfacen suficientemente las garantías derivadas del principio de legalidad puede considerarse el Derecho penal ajustado a las exigencias de un Estado de Derecho, puesto que, de otro modo, se desvirtuaría el significado liberal y democrático con que éste surgió y que constituyen sus señas de identidad²³⁴.

Es de sobra conocido que a lo largo de la historia han sido «demasiados» los intentos de reducir el alcance del principio de legalidad a uno de sus cometidos, el de garantía de la seguridad jurídica, prescindiendo de su otra función; esto es, la que englobando una serie de exigencias imprescindibles para asegurar la libertad individual, limita todo ejercicio arbitrario o indiscriminado del *ius puniendi*. Ante ello, ante la amenaza siempre latente de que esto pueda volver a ocurrir, la encomienda del principio de legalidad en un Estado de Derecho como del que aquí se parte, es el hacer posible la sintonía entre la aplicación de la ley penal y el espíritu y letra de la Constitución, a la que deben subordinarse todas las leyes y todos los jueces a la hora de aplicarlas. O lo que es lo mismo, verificar si todo el conjunto de la actividad represora del Estado se adecua o no al Estado de Derecho social y democrático.

El principio de legalidad se alza, por tanto, como el «eje diamantino»²³⁵ sobre el que ha de girar el Derecho penal en una concepción moderna del Estado, y, en consecuencia, no puede conformarse —de acuerdo con QUINTERO—²³⁶ con la sola aplicación de la «*lex stricta et scripta*», sino que debe ir más allá y alcanzar el ideal de Justicia material que el

²³⁰ HUERTA TOCILDO, S., «El Derecho fundamental a la legalidad penal», *op. cit.*, p. 83.

²³¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal, op. cit.*, p. 30.

²³² BELLOCH-IBARRA, «Por el control democrático de la justicia (materiales del III Congreso 3-5 de junio de 1988)», *JPD*, n.º 4, septiembre 88, p. 20.

²³³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón, op. cit.*, p. 379.

²³⁴ HUERTA TOCILDO, S., «El Derecho fundamental a la legalidad penal», *op. cit.*, p. 84.

²³⁵ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales, op. cit.*, p. 107.

²³⁶ QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal, op. cit.*, pp. 33 y 34.

derecho positivo tomado en su conjunto dice perseguir. En tal sentido, las expresiones más importantes del principio de legalidad, en un modelo de Estado como el que aquí se parte, son —o al menos deberían serlo—: *la reserva de ley* (o exigencia de *lex scripta*), como consecuencia de su fundamentación democrático-representativa, según la cual la definición de lo que es delito y de lo que es pena sólo le corresponde a la Ley, como expresión de la voluntad general y de la separación de poderes; *la exigencia de certeza, determinación o taxatividad (lex stricta)*, derivada a su vez de su fundamento político-criminal, o del sentido material de las normas, por el que una persona sólo puede abstenerse de realizar un determinado delito si conoce previamente, y de forma clara, su prohibición; y, finalmente, *los principios de irretroactividad (lex praevia), prohibición de analogía y ne bis in idem*, asentados todos ellos en la garantía del ciudadano y de sus derechos fundamentales frente a la privación o restricción de éstos por el Estado. Vayamos, en todo caso, por partes, y analicemos separadamente estas garantías en que se traduce el principio de legalidad en una concepción moderna del Estado de Derecho.

b.1) El principio de reserva absoluta de ley

Ya desde los tiempos de BECCARIA, y como hemos visto, con el principio de legalidad se busca, no sólo la obligación de predeterminar legalmente los supuestos de hecho que se desean castigar y sus consiguientes sanciones, sino que, al mismo tiempo, se pretende erradicar todo abuso o exlimitación en el ejercicio del poder punitivo. Para ello se atribuye en exclusiva, a un órgano representativo de la voluntad general, la facultad de decidir que restricciones de derechos fundamentales son necesarias para lograr una convivencia pacífica²³⁷. Es la expresión, en definitiva, del fundamento democrático-representativo que le subyace.

Dicho de otro modo, en la complejidad del Ordenamiento jurídico hay ciertas materias que por su especial importancia deben quedar sometidas a una reserva de ley. O lo que es lo mismo, sólo se pueden regular mediante una norma con rango de ley que emane del legislativo, lo que deja fuera a la costumbre y a la jurisprudencia como otras posibles fuentes —aparte de las normas reglamentarias que emanen del poder ejecutivo, como los Decretos ministeriales, las Ordenes ministeriales, etc.—, por no gozar, en palabras de HASSEMER, «de la bendición del legislador democrático que caracteriza a la ley»²³⁸. Entre dichas materias se encuentra, sin lugar a dudas, el Derecho penal, que por ello debe disfrutar siempre de reserva de ley, puesto que —de acuerdo con JAKOBS— «las intervenciones de la gravedad de las sanciones penales requieren en una Democracia la legitimación democrática lo más directa posible»²³⁹. Nos situamos, en definitiva, ante la respuesta a la conocida como exigencia de *lex scripta* en materia penal. Porque la forma escrita de las fuentes del Derecho, la posibilidad de ser leídas por cualquiera, es un pre-

²³⁷ HUERTA TOCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», *op. cit.*, p. 84.

²³⁸ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 247.

²³⁹ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 80.

supuesto necesario para el discurso general sobre los límites de la libertad²⁴⁰. Y porque, evidentemente, la libertad de acción sólo tiene pleno valor allí donde no hay peligro de que se vinculen al comportamiento consecuencias gravosas de modo no calculable²⁴¹.

Esta garantía, en todo caso, tiene reflejo claro en la Constitución española²⁴² pero no así en los Textos fundamentales centroamericanos, los cuales, si bien hacen una declaración expresa del principio de legalidad penal, no hacen gala de tanta expresividad en lo que a la reserva de ley penal se refiere. A ello, sin lugar a dudas, contribuye —estamos con DE LA RÚA—²⁴³ el que no se diferencien ambos principios en la fórmula respectiva²⁴⁴.

b.2) La exigencia de determinación, certeza o taxatividad

Las reivindicaciones frente al Estado absoluto no se limitaban, de cualquier forma, a reclamar el hecho de que las leyes establecieran las conductas delictivas y sus correspondientes penas, sino también que tales leyes fueran claras y precisas para que cada concreto individuo supiera a qué atenerse —como lógica reacción a las arbitrariedades a que condujeron la oscuridad y el confusiónismo de las leyes en el Antiguo Régimen—²⁴⁵. Porque «dónde las leyes son claras y precisas —transcribimos a BECCARIA—, el oficio del juez no consiste más que en asegurar un hecho [...]. ¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas»²⁴⁶.

²⁴⁰ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 327.

²⁴¹ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 81.

²⁴² Frente a la vieja polémica sobre si la reserva de ley a que hace referencia es absoluta o relativa, la solución parece encontrarse en el medio, tomando como base la integración de diversos preceptos constitucionales, como el art. 25.1 el 53.1 y el 81.1, ante lo cual la norma penal será o no reserva de ley, ordinaria u orgánica, dependiendo del contenido específico de la norma. En tal sentido, si su contenido es relativo al «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», se regulará por ley orgánica (art. 81.1). Sin embargo, si representa «regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero», se legislará a través de ley ordinaria (art. 53.1). En esta posición intermedia se hayan, entre otros, CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español. Parte general*, *op. cit.*, pp. 150 y ss.; LAMARCA PÉREZ, C., «Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española», *REDC*, año 7, n.º 20, mayo-agosto de 1987, p. 135, y LÓPEZ AGUILAR, J. F., «La reserva constitucional de ley en materia penal», *op. cit.*, p. 128. La discusión, en todo caso, sigue abierta, si bien en lo que si está todo el mundo de acuerdo es en expresar, más o menos enérgicamente, las insuficiencias, al menos formales, de nuestra Constitución en lo que a esta materia se refiere.

²⁴³ DE LA RÚA, J., *La codificación penal latinoamericana*, L.E.A., Buenos Aires, 1983, p. 42.

²⁴⁴ El reconocimiento expreso del principio de legalidad penal en las constituciones centroamericanas se produce en el art. 39, en el caso de Costa Rica; en los arts. 8 y 15 en la salvadoreña; el art. 17 de la guatemalteca; el art. 98 de la hondureña; los arts. 33 y 34.11 de la nicaragüense; y, finalmente, en los arts. 18 y 21 de la panameña. En lo que a sus ordenamientos penales se refiere, del mismo modo, todos disponen de algún precepto en que se recuerda la necesidad de una ley previa donde se recoja la conducta infractora para que esta pueda ser sancionada tras su comisión: Costa Rica (art. 1), El Salvador (art. 1.1), Guatemala (art. 1), Honduras (arts. 1 y 2), Nicaragua (art. 4) —art. 1.1 PCP— y Panamá (art. 1).

²⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, G., *Represión penal y Estado de Derecho*, *op. cit.*, p. 53.

²⁴⁶ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, *op. cit.*, pp. 49 y 105.

Una ley indeterminada, imprecisa, no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, por no suponer una verdadera autolimitación del *ius puniendi*, y, además, es contraria al principio de división de poderes, puesto que el Juez de esta forma puede hacer la interpretación que desee²⁴⁷. Es más, estamos con CARBONELL en que pueden llegar a hacer caer la bondad de toda una legislación si no se consigue establecer con claridad cuál es su contenido y alcance²⁴⁸. Luego, es lógica la exigencia de que la voluntad del legislativo sea expresada de tal forma que el ciudadano pueda conocer con toda la certeza posible el ámbito y alcance aplicativo de las normas penales. Nos situamos frente al conocido como *principio de determinación*, unido estrechamente al *mandato de certeza o taxatividad*.

Con ambos se encomienda al legislador la, por otra parte nada fácil, tarea de utilizar una técnica de creación, de formulación de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta dónde llega éste; hasta dónde puede o no puede actuar el ciudadano. En definitiva, dónde comienza el Derecho penal, «a fin —como dice FOUCAULT— de que cada miembro de la sociedad pueda distinguir las acciones criminales de las acciones virtuosas»²⁴⁹. Porque el problema no está —de acuerdo con HASSEMER—²⁵⁰ en la voluntad del legislador, sino en su capacidad o no de hacer leyes precisas. El asunto, ciertamente, es más complicado de lo que parece a simple vista, y el problema ya comienza con el propio lenguaje a utilizar. «No es tarea fácil —advierte BERDUGO— la de encontrar un lenguaje que describa la conducta de la forma más completa, objetiva y comprensible, porque, para empezar, lo que podríamos denominar lenguaje objetivo, no existe»²⁵¹.

Lo normal es que el legislador se vea obligado a introducir, en la descripción delictiva, conceptos vagos y elementos normativos o valorativos, cuya legitimidad se haya, por supuesto, limitada por su estricta necesidad lingüística, debiéndose rechazar en todos aquellos casos en que sin verse obligados por tal necesidad si se inspiren en la dejación o en la conveniencia²⁵². Porque el arte de la legislación consiste en una parte importante en la formulación de un lenguaje que sea preciso y flexible al mismo tiempo. Es decir, debe dejar las normas lo suficientemente abiertas como para poder adaptarse a casos futuros, aún desconocidos pero «pensados para cuando se conozcan», y suficientemente cerradas para que sean impenetrables a los casos que no han sido imaginados.

«Porque generalización y diferenciación —escribe MIR— son los dos pilares de una técnica legislativa dispuesta a conciliar las exigencias de los principios antinómicos de justicia y seguridad jurídica»²⁵³. Una relación que, sin embargo, y por su propia esencia,

²⁴⁷ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 169.

²⁴⁸ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 128.

²⁴⁹ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, op. cit., p. 100.

²⁵⁰ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 310.

²⁵¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. alt., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 41. En una conocida expresión de BECCARIA ¡Dichosa aquella nación donde las leyes no fuesen una ciencia! Vid. en BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, op. cit., p. 49.

²⁵² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. alt., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 41.

²⁵³ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, op. cit., p. 146.

siempre es problemática²⁵⁴. La solución, estima JAKOBS, posiblemente esté en formular una norma simbiótica que no termine siendo ninguna norma en blanco y que remita a otras normas necesarias para la convivencia, sino que indique ella misma qué elementos pretende proteger²⁵⁵. Una norma, en definitiva, «en la que quepa focalizar un límite, más allá del cual la indeterminación sea inconstitucional» —tal y como cree ROXIN—²⁵⁶.

b.3) Prohibición de una interpretación analógica o extensiva de la ley penal «in malam partem»

Si bien ambas interpretaciones son estudiadas de forma separada —tal y como nos recuerda HUERTA—²⁵⁷, lo cierto es que las dos nos portan a idénticos resultados, porque ambas suponen, finalmente, el estimar como punibles conductas no contempladas como tales en la Ley; y, por tanto, se mueven en un plano que de entrada le debe ser ajeno al plano de interpretación y aplicación de las normas penales por parte del Juez. Sin embargo, no siempre resulta sencillo estimar cuando éste se mueve dentro de la esfera que le pertenece, o por el contrario su actuación constituye una extralimitación lesiva del principio de legalidad, por transgredir el sentido de la ley, expresado a través de su tenor literal.

b.3.1) La interpretación analógica. La analogía in bonam partem e in malam partem

La interpretación analógica²⁵⁸, conceptuada de forma general, consiste en la aplicación de una regla jurídica a casos que, si bien no están previstos en ella, o no se ajustan directamente a su tenor literal, poseen características tan similares al hecho que si pertenece a su ámbito de aplicación, que parece conveniente otorgarles el mismo tratamiento —siempre y cuando la similitud de características sea axiológica—²⁵⁹. Nos situamos, en definitiva —y de acuerdo con ZUGALDÍA—²⁶⁰, ante un recurso necesariamente utilizado por el Juez, por ser uno de los medios que hacen posible encontrar un precepto adecuado en toda cuestión jurídica.

Aplicar el Derecho es siempre un proceso analógico, «una norma jurídica jamás podría entenderse —nos recuerda HASSEMER— si no se recurre a su sentido, al *tertium comparationis*, que sirve de unión a los diversos casos y posibilita su comparación como «ca-

²⁵⁴ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 310.

²⁵⁵ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 95.

²⁵⁶ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 171.

²⁵⁷ HUERTA TOCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», op. cit., p. 105.

²⁵⁸ Esta materia se trata aquí desde el prisma de su relación con el principio de legalidad. Debe, por ello, ser desligada del tema de la interpretación de la ley penal, que comprende ciertas reglas que, como la interpretación auténtica, presentan también relaciones directas con la legalidad. En este segundo sentido Vid. *infra*, Capítulo V, apartado III.B y capítulo VII, apartado II.B (B-1 y 2).

²⁵⁹ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 129.

²⁶⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho penal*, op. cit., p. 218.

sos de la norma»²⁶¹. Si bien esto, en punidad, constituye una clara invasión de la voluntad del judicial en la del legislativo, y por ello una absoluta vulneración del principio de legalidad, del que es consecuencia directa, a tal afirmación debemos hacer algunas matizaciones. Para ello debemos empezar por distinguir entre: aquella analogía cuya aplicación redundaría en un perjuicio para el reo —es la analogía *in malam partem*—, y aquella otra que se realiza en su beneficio —analogía *in bonam partem*.

En lo que se refiere a la primera —o analogía *in malam partem*—, y por afectar negativamente a los derechos fundamentales del ciudadano, es rechazable desde todos los frentes, al suponer una gravísima vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica, y, en definitiva, responder a rasgos evidentemente autoritarios. Y es que, por mucho que se estime la necesidad de sancionar una determinada conducta —o de considerar como agravante una determinada situación— sin que ésta estuviera prevista con anterioridad, está absolutamente prohibida la interpretación analógica de la ley penal en perjuicio del reo. «Esta prohibido extender las leyes penales a delitos no contemplados expresamente en ellas —decía BACON—, porque es cruel atormentar el texto de las leyes para que éstas atormenten a los ciudadanos»²⁶². Porque sólo lo que está previsto en la ley puede fundamentar la intervención punitiva del Estado, lo contrario sería abrir la puerta a la arbitrariedad del juzgador, y a que éste tomara como suyos los poderes que sólo corresponden al legislador²⁶³. Luego, si el reproche de haber aplicado en perjuicio del acusado la ley con excesiva amplitud ha sido siempre un reproche importante, éste debe serlo aún más en nuestra actual cultura jurídica²⁶⁴.

En lo que a la analogía *in bonam partem* se refiere, en principio parece que nada debería oponerse a su aplicación si partimos, como así debemos hacerlo, de considerar al principio de legalidad como una garantía del ciudadano frente al Estado. La fundamentación de su no punición estaría precisamente ahí, en que no constituye una interpretación extensiva de la punibilidad sino más bien al contrario²⁶⁵. Porque la función de garantía de la libertad individual, asignada al principio de legalidad, implica el que el recurso a la analogía sólo tenga sentido cuando límite el ejercicio del *ius puniendi*, sin que por ello padezca en modo alguno la función de garantía de la seguridad jurídica que también implica tal principio de legalidad²⁶⁶. Y porque, en definitiva —y como nos dice MUÑOZ CONDE—, aquí «el individuo no va a ser inquietado por el poder punitivo, o va a serlo de un modo menos grave que el previsto en la ley»²⁶⁷.

Sin embargo, y si bien esto es cierto, no lo es menos el hecho de que la aplicación analógica de las reglas que puedan favorecer al reo altera substancialmente el campo de juego de las voluntades del legislador y del judicial, y supone una abrogación judicial de la ley

²⁶¹ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 337.

²⁶² *Ibidem*, p. 382.

²⁶³ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, op. cit., pp. 90 y 91.

²⁶⁴ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 338.

²⁶⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. al., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 42.

²⁶⁶ HUERTA TOCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», op. cit., p. 106.

²⁶⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, op. cit., p. 92.

que no puede admitirse en un Estado de Derecho. Luego, estamos con CARBONELL en que «la analogía supone una creación judicial del Derecho que sólo puede ser admitida en aquellas parcelas en las que no exista reserva de ley pero no, desde luego, en aquellas en las que si exista»²⁶⁸. Absoluta prohibición, por tanto, de la analogía *in malam partem* y numerosas cautelas respecto a la aplicación de la *in bonam partem*²⁶⁹. Porque si bien la analogía no es una medida exacta, si es un fuerte argumento. Y porque, al mismo tiempo que es de necesaria aplicación en el Derecho, es también un argumento irrenunciable en la polémica sobre los criterios de interpretación correcta de la ley²⁷⁰. Así, en todo caso, parecen haberlo entendido tanto el código penal español²⁷¹ como los códigos penales centroamericanos, puesto que, excepto el hondureño, todos los demás hacen una referencia expresa a la prohibición de analogía²⁷².

b.3.2) Prohibición de toda interpretación extensiva que desborde el «sentido literal posible»

En lo que a la interpretación se refiere, debemos partir de la superación del célebre aforismo de MONTESQUIEU de que «los jueces no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley». Como nos recuerda BACIGALUPO²⁷³, el subsumir un hecho bajo un tipo penal no es una cuestión sólo de percepción de elementos objetivo, sino también es una cuestión de valoración. Debemos, por tanto, adherirnos al acuerdo unánime de que el juez, al elegir entre las diversas posibilidades de significado, cumple una función creadora: la función interpretativa²⁷⁴. En el desarrollo de tal función, el juzgador, si bien está compelido a buscar un sentido al texto legal, debe hacerlo siempre dentro de su «sentido literal

²⁶⁸ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 131.

²⁶⁹ Para QUINTERO, por ejemplo, la analogía siempre conlleva una sustitución del monopolio legislativo. A juicio de este autor, si el legislador dispuso que una norma se aplicara a unos determinados hechos, los otros hechos diferentes a éstos, no subsumibles en la norma, han de considerarse carentes de valoración tanto positiva como negativa. Luego la aplicación de una ley penal a un supuesto no contemplado en ella, por mucho que se considere parecido o análogo, queda prohibido, tanto si favorece *bonam partem* como si perjudica *malam partem*. Vid. en QUINTERO OLIVARES, G., (director) *Comentarios al Código penal*, Aranzadi editorial, Pamplona, 1996, p. 54. COBO y BOIX en una línea similar piensan que tal analogía *in bonam partem* solo sería admisible a partir de un precepto legal que expresamente lo indicara y siempre que tal autorización de extensión analógica favorable no fuera genérica. Vid. en COBO DEL ROSAL-BOIX REIG, «Garantías constitucionales del derecho sancionador», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1982, p. 203.

²⁷⁰ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 340.

²⁷¹ Art. 4.1 C.P. español.

²⁷² Hablan expresamente de prohibición analógica los arts. 2 (C.P. Costa Rica), 1.2 (C.P. El Salvador), 7 (C.P. Guatemala) y 5 (C.P. Panamá). En lo que a Nicaragua se refiere, mientras su PCP de 1999 si establece expresamente la prohibición de analogía *in malam partem* —art. 10—, el C.P. en vigor habla de «interpretación extensiva», que nosotros, al igual que DE LA RÚA, interpretamos también como analogía pues literalmente agrega: [...] *El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley* [...]. Vid. en DE LA RÚA, J., *La codificación penal latinoamericana*, op. cit., p. 41.

²⁷³ BACIGALUPO, E., «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho penal», *ADH*, n.º 2, marzo de 1983, p. 18.

²⁷⁴ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 148.

posible», si lo que desea es mantenerse dentro de los dictados constitucionales²⁷⁵. Porque si bien es cierto que el Juez no puede limitar su labor a una pura técnica de legal, no es menos cierto el veto a crear valores a que se ve sometido.

El Juez o Tribunal está obligado a aplicar la ley, interpretándola siempre en sentido estricto, y huyendo de toda interpretación extensiva encaminada a ampliar la incriminación penal a conductas que están más allá del sentido posible del propio precepto²⁷⁶. Porque —estamos con BACIGALUPO— «no es el sentido posible del texto lo que dará el límite de la interpretación, sino el sentido más restringido del texto la barrera que la ley puede suponer a la política criminal»²⁷⁷. De ahí nace, precisamente, el deber de motivación de las sentencias penales por parte de los jueces. En cualquier caso, la interpretación correcta de las normas penales pasa necesariamente por el criterio de la «interpretación conforme a la Constitución», expresada en la proyección de la norma hacia un bien jurídico constitucionalmente relevante; lo cual conecta al principio de legalidad con el de lesividad, enriqueciendo de esta manera el marco garantista de la Constitución respecto al ejercicio de la potestad punitiva²⁷⁸.

b.4) Principio de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del reo

Las leyes, al igual que si habláramos de seres físicos, nacen, viven y mueren; es más, incluso disfrutan de un período de vida prenatal. Nacen con su entrada en vigor —antes de lo cual carecen de toda vigencia—, viven mientras están vigentes, y la muerte les llega con su derogación —que puede ser *expresa*, a través de otra ley posterior del mismo rango que explícitamente lo declare; *tácita*, si la nueva ley simplemente es contraria a la anterior o regula idénticamente la materia; o *por declaración de inconstitucionalidad*—. Partiendo de esto, como consecuencia directa del principio de legalidad, y en función de su garantía de seguridad jurídica, nace el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos, y, concretamente, el de irretroactividad de la ley penal, que veta toda posibilidad de que un ciudadano se vea sorprendido por la aplicación de una norma que prohíbe y castiga una conducta realizada cuando aún no estaba en vigor —*nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*.

Como la garantía más característica del principio de legalidad, el de retroactividad busca el que el sujeto sepa, en todo momento, si su actuación es delito o no lo es, y cual

²⁷⁵ ARROYO ZAPATERO, L., «Control constitucional del Derecho y de la justicia penal», *CPC*, n.º 17, 1982, p. 389.

²⁷⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 42. Otros, como MIR, sin embargo, abogan por la licitud de la interpretación, aunque ésta resulte extensiva de delitos y penas, por considerar que tampoco así se sobrepasa el límite del «sentido literal posible». *Vid.* en MIR PUIG, S., *Manual de Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p.87; también ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 149.

²⁷⁷ BACIGALUPO, E., «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho penal», *op. cit.*, p. 29.

²⁷⁸ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, *op. cit.*, p. 76.

es la pena que le corresponde en caso de que si lo sea, como expresión más pura de la seguridad jurídica. Porque si partimos —como hace HOBBS— de que la pena supone un hecho considerado como una transgresión por la ley, «el daño infligido por un hecho perpetrado antes de existir una ley que lo prohibiera no es pena, sino un acto de hostilidad, pues antes de la ley no existe transgresión de la ley»²⁷⁹. Luego, es una muestra más de reconocimiento al ámbito de libertad del individuo frente al derecho a castigar del Estado, resumido en —y aquí adoptamos las palabras de RUIZ ANTÓN— «estimar permitido todo aquello que no se halla expresamente prohibido»²⁸⁰.

El núcleo de este principio está, por tanto, en la protección de la confianza de todos en que los límites de la libertad estén marcados de antemano, de un modo vinculante, y puedan ser leídos en cualquier momento en las leyes. Si no es así, el ciudadano no estará en disposición de conocer el alcance y significación de la regulación jurídica de su conducta y, en consecuencia, no sabrá como actuar. Porque este principio está más interesado en la confianza de la comunidad jurídica, en que la Administración de justicia no introduzca disimuladamente e imponga intereses ordenadores, de los cuales no se hablaba en la ley, que en la concreta confianza de alguien decidido a cometer un daño. Y porque, sólo de este modo —estamos con BERDUGO—²⁸¹, sólo si el legislador se acomoda a este principio, podrá decirse que actúa racionalmente y de acuerdo con el sentido material de su propio instrumento jurídico: motivar en el ciudadano un comportamiento determinado. Así parecen interpretarlo, en todo caso, los códigos objeto de nuestro estudio²⁸².

No obstante, este principio, al igual que ocurría con el de prohibición de la analogía, tiene una «excepción»: la ley penal se aplica retroactivamente en cuanto pueda favorecer al reo. El fundamento, nuevamente, lo encontramos en la no necesidad de pena, puesto que al Ordenamiento jurídico que ha cambiado la valoración de la conducta —bien valorándola positivamente, o bien valorándola menos negativamente— ya no le interesa la aplicación tan rigurosa de las consecuencias jurídicas que se preveían en los supuestos anteriores, o incluso de los presupuestos de la norma anterior²⁸³. Estamos ante un fundamento evidentemente político-criminal, de tal forma que, si el hecho tipificado se despenaliza o atenúa en su gravedad, no existen razones político-criminales válidas para mantener los criterios superados en afectación directa de un justiciable²⁸⁴. «Porque carece de sentido —asevera con razón ZUGALDÍA— que los Tribunales apliquen una ley que con-

²⁷⁹ *Vid.* en FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 381.

²⁸⁰ RUIZ ANTÓN, L. F., «El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la Jurisprudencia», *PJ*, n.º Especial VI, 1985, p. 96.

²⁸¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 43.

²⁸² Art. 25.1 de la Constitución española, art. 39 de la costarricense, 15 de la salvadoreña, 95 de la hondureña, 17 de la guatemalteca, 34.11.º de la nicaragüense y 31 de la panameña. De igual modo han actuado sus códigos penales: art. 2.1 C.P. España, art. 11 C.P. Costa Rica, art. 13 C. P. El Salvador, art. 1 C.P. Guatemala, art. 2 C.P. Honduras, art. 4 C.P. Nicaragua —art. 2.1 PCP— y art. 1.1 C.P. Panamá. Los centroamericanos en términos muy similares a los usados por el CPT en su art. 7: «Los delitos se juzgarán de acuerdo con las leyes vigentes en la época de su realización» de lo que deriva su influencia española.

²⁸³ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, *op. cit.*, p. 137.

²⁸⁴ MORA MORA-NAVARRO SOLANO, *Constitución y Derecho penal*, *op. cit.*, p. 129.

lleva una valoración que el legislador ya no comparte»²⁸⁵; y esto es algo que para nada infringe el sentido limitador de la potestad punitiva que corresponde al principio de legalidad, pues éste está llamado a proteger al reo y no a agravarlo de forma desigual²⁸⁶.

En estos casos la función de garantía de la seguridad jurídica inherente al principio pierde su razón de ser, dejando paso a la función de garantía de la libertad individual —implícita asimismo en el principio de legalidad—, impidiendo que se sigan restringiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando ya no se juzga necesario. «Porque el mandato de retroactividad de las normas penales más favorables —nos dice HUERTA— no se limita a ser una simple excepción a la prohibición de irretroactividad obediente a motivos pietistas, ni menos aún una concepción graciosa o facultativa del legislador o de los órganos judiciales, sino una exigencia directamente derivada de la función de garantía de la libertad individual que se atribuye al principio de legalidad penal y que, como tal, forma parte de su contenido esencial»²⁸⁷. No es, por tanto, una facultad que se le otorgue al legislador, sino una exigencia que lo vincula²⁸⁸. Porque —de acuerdo con HASSEMER—²⁸⁹ la aplicación retroactiva de las leyes más favorables quizá perturbe el sentido del orden, la necesidad de retribución o de venganza, pero no la confianza general en la Administración de Justicia, como institución de control social que en el momento de castigar a alguien siempre lo hace de forma ponderada y no arbitrariamente. De este sentir son los códigos penales tanto español como centroamericanos, puesto que todos ellos hacen un expreso acogimiento a la retroactividad favorable²⁹⁰.

b.5) Principio ne bis in idem

Este principio se interpreta como la prohibición de castigar dos veces a la misma persona por el mismo hecho. Lo que con él se pretende es evitar que un hecho pueda traer como consecuencia más de una pena; que se aplique una agravante que ya se tuvo en cuenta a la hora de considerar el delito base; o que una sanción penal se acompañe de otra administrativa —salvo, por supuesto, que se acumulen o se apliquen a los sometidos al

²⁸⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho penal*, op. cit., p. 256.

²⁸⁶ ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, op. cit., p. 108.

²⁸⁷ HUERTA TOCHILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», op. cit., pp. 97 y 98.

²⁸⁸ ARROYO ZAPATERO, L., «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *REDC*, año 3, n.º 8, mayo-agosto de 1983, p. 16.

²⁸⁹ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 321.

²⁹⁰ En esta dirección se inclinan todos los ordenamientos jurídicos objeto de nuestro estudio en sus respectivas constituciones: España (art. 9.3), Costa Rica (art. 34), El Salvador (art. 21), Honduras (art. 96), Guatemala (art. 15), Nicaragua (art. 38) y Panamá (art. 43). De igual modo se comportan sus respectivos códigos penales: art. 2.2 C.P. España, art. 12 C.P. Costa Rica, art. 14 C.P. El Salvador, art. 9 C.P. Honduras, art. 2 C.P. Guatemala, arts. 14 y 17 C.P. Nicaragua —arts. 2.1 y 3.1 PCP—, y arts. 13 y 14 C.P. Panamá. De nuevo, y al respecto, es perceptible la influencia europeo-continental a través del CPT, que en su art. 8 manifiesta: «Si se promulga una nueva ley con posterioridad a la realización del hecho, éste será regido por la ley cuya aplicación sea más favorable al imputado en el caso particular que se juzgue. Pero no podrá recurrir a leyes correspondientes a diversas épocas para lograr su aplicación conjunta una regla más favorable».

régimen penitenciario—²⁹¹. Tiene, por ello, un doble significado: *procesal* —según el cual nadie puede ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos— y *material* —a partir del que nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta—²⁹².

Para algunos se trata de un principio estrechamente vinculado al principio de legalidad y para otros, sin embargo, se proyecta sobre el Derecho penal sustantivo; más como un límite garantista de la proporcionalidad en la pena impuesta que de la propia legalidad. En todo caso, se considere estrechamente vinculado a uno u otro, lo único cierto es que las constituciones española y guatemalteca de alguno u otro lo deben derivar, puesto que se abstienen de hacer ninguna declaración expresa del mismo. No así el resto de los Textos Fundamentales centroamericanos que sí lo proclaman²⁹³; proclamación que, a su vez, únicamente se repite en los códigos panameño (art. 2) y nicaragüense (art. 76)²⁹⁴.

2. El principio de intervención mínima. La posición del Derecho penal en el discurso sancionador del Estado

La tensión habida entre Estado democrático —tendente a la reducción paulatina de la intervención punitiva— y Estado social —que pide la intervención penal ante las nuevas realidades dañinas para la convivencia— no implica, sin embargo, contradicción alguna, dado que la admisión de un Estado social, que interviene procurando el bienestar de los ciudadanos, no obliga a postular como deseable un intervencionismo penal que no restrinja la libertad del ciudadano más allá de lo imprescindible para su propia protección.

Porque si bien es cierto —como nos dice POLITOFF—²⁹⁵ que la lógica del Estado democrático sólo puede tener como horizonte la reducción del sistema penal, esto no quiere decir —de acuerdo con GARCÍA RIVAS—²⁹⁶ que debamos operar en todo momento con la lógica de la descriminalización —y menos en momentos como el actual donde continuamente aparecen áreas que demandan una intervención punitiva hasta ahora inexistente—, sino que de lo que se trata, en definitiva, es de garantizar la legitimidad y eficacia de la intervención punitiva. O lo que es lo mismo, que ésta se lleve a cabo cuando sea absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos²⁹⁷.

²⁹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 45.

²⁹² CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 150.

²⁹³ La Constitución costarricense lo recoge en su art. 42, la salvadoreña en el 11, la hondureña en su respectivo art. 95, la nicaragüense en el 34.10.º y, finalmente, la panameña en el 32.

²⁹⁴ No así su probable sustituto, el PCP de 1999, lo que cabe calificarse de un importante «olvido» que, sin duda, debería subsanarse. En todo caso, tanto el panameño como el nicaragüense de 1974 siguen la línea del CPT, que en su art. 63 dice: «Al aplicar la ley a un hecho, éste no podrá ser considerado más de una vez para la imposición de la pena, salvo lo dispuesto por el art. 65» —precepto que se ocupa del concurso de delitos.

²⁹⁵ POLITOFF, «Sistema giuridico-penale e legittimazione politica nello stato democratico di diritto», trad. Petroni, en *Dei Delitti e Delle Pene*, 1992-1, p. 128.

²⁹⁶ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 53.

²⁹⁷ MIR PUIG, S., «Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal», en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., pp. 151 y 152.

Nos situamos ante el principio de intervención mínima, que no sólo contribuye a limitar al *ius puniendi* sino que, además, sitúa al Derecho penal en el lugar que le corresponde dentro del Ordenamiento; esto es, la última instancia a la que acudir para la solución de los conflictos habidos entre los ciudadanos²⁹⁸. Dos perspectivas del principio de intervención mínima que se corresponden con los dos principios en que se subdivide: el de fragmentariedad y el de subsidiariedad. Uno configurado a partir del principio de protección, y el otro inspirado —en palabras de POLAINO— «en la significación del principio de oportunidad que configura el Derecho penal como *ultima ratio* del Ordenamiento jurídico»²⁹⁹.

a) Su carácter fragmentario

Las continuas modificaciones —por otro lado necesarias— habidas en la justicia criminal en cada momento histórico nos impiden hablar de un «carácter absoluto» del Derecho penal; o lo que es lo mismo, de que su acción protectora se amplíe a todos los ámbitos de la vida social donde se quebrante el Ordenamiento. En realidad, dentro de todo el elenco que suponen las acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos, el Derecho penal sólo se ocupa de una parte, de unos fragmentos, si bien los de mayor importancia³⁰⁰.

El Ordenamiento jurídico penal se limita a castigar los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes para la sociedad, seleccionando rigurosamente las conductas que deben ser prohibidas y tipificadas, por lo que ello significa de restricción de libertad³⁰¹. Es ésta, por tanto, una característica propia de un Estado de Derecho respetuoso con la libertad del ciudadano. Uno de los fundamentos político-criminales más importantes de un Estado social y democrático de Derecho, cuyo olvido —en palabras de MARTOS— «genera una perniciosa inflación punitiva que degrada la verdadera función de la pena»³⁰².

b) Su naturaleza subsidiaria o de *ultima ratio*

De igual modo, el Derecho penal, como parte del Ordenamiento jurídico, con una relación de interdependencia con las otras ramas jurídicas, y en base a la gravosidad de sus consecuencias, debe utilizarse sólo y cuando la tutela buscada no se alcance de modo suficiente con la utilización de medidas organizativas, también jurídicas pero no represivas, tales como las laborales, las civiles, las administrativas o las tributarias³⁰³. Porque, como

²⁹⁸ MARTOS NUÑEZ, J. A., «El principio de intervención penal mínima», *ADPCP*, n.º 40, enero-abril de 1987, p. 101.

²⁹⁹ POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte general, Tomo I, «Fundamentos científicos del Derecho penal»*, Bosch, S. A., Barcelona, 1984, pp. 103 y ss.

³⁰⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, op. cit., p. 89.

³⁰¹ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 196.

³⁰² MARTOS NUÑEZ, J. A., «El principio de intervención mínima», op. cit., p. 102.

³⁰³ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 197.

asevera BINDING³⁰⁴ —en cuya teoría de las normas se sitúa el origen de este principio—, sería completamente desproporcionado e inadecuado para promover una protección eficaz comenzar con el Derecho penal. Porque, en definitiva —y de acuerdo con GARCÍA PABLOS—³⁰⁵ el Derecho penal es la «*ultima ratio*», no la solución al problema del crimen.

La intervención punitiva debe ser, por tanto, el último de los recursos utilizados por el Estado en su función protectora de bienes, y siempre que se deba acudir a ella debe hacerse de la forma menos gravosa posible para los derechos individuales afectados por ella³⁰⁶. O lo que es lo mismo, la subsidiariedad debe jugar también su papel dentro de la gravedad de las propias sanciones penales, no imponiendo las más graves si es suficiente con otras más leves³⁰⁷. Es éste un principio que conecta directamente con la propia justificación del Derecho penal en sociedades personalistas como las de que aquí partimos, dónde el recurso a la sanción penal sólo puede tener justificación en su dramática necesidad³⁰⁸. Carácter éste —también conocido como de *extrema ratio*— que no puede ser jamás atacado o menospreciado, ni por situaciones de inseguridad ciudadana, ni por necesidades de defensa social³⁰⁹.

3. El principio de resocialización

Para nadie deja de aparecer como evidente que, hoy por hoy, la ejecución de la pena, materialmente hablando, no es sino la imposición de un mal al delincuente —lo cual, por otro lado, es perfectamente coherente con el fin motivador de la norma penal—, y sin embargo eso no es lo deseable en un Estado social y democrático de Derecho. Este Estado no puede reducir su función a ser el carcelero del delincuente sin importarle cual es su destino. En este modelo de Estado hay que ir más allá, la ejecución de la pena debe ser algo más.

En una concepción de Estado democrático de Derecho la comisión de un delito no implica la pérdida de la dignidad de la persona, y, en consecuencia, la reacción del Derecho penal debe partir de esta premisa³¹⁰. El principio de humanidad —nos recuerda MORILLAS—³¹¹ obliga a que todas las relaciones humanas que el Derecho penal tipifica se reglen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el ciudadano que delinque. Actúa, por tanto, sobre la base de una comprensión humanitaria y social sobre

³⁰⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. alt., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 50.

³⁰⁵ 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. Dr. E. Casas Barquero, Universidad e Córdoba, Córdoba, 1996, p. 250.

³⁰⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. alt., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 49.

³⁰⁷ LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 82.

³⁰⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El Proyecto de Código penal de 1992. Cuestiones de parte general», *Revista del Foro Canario*. Las Palmas de Gran Canaria, 1993, p. 63.

³⁰⁹ MORA MORA-NAVARRO SOLANO, *Constitución y Derecho penal*, op. cit., p. 45.

³¹⁰ BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 30.

³¹¹ MORILLAS CUEVA, L., *Curso de Derecho penal español*, op. cit., p. 42.

la persona del delincuente, a partir de la cual una potestad punitiva humanitaria deja de entenderse como simple caridad o benevolencia, para manifestarse como lo que realmente es: manifestación del respeto a la persona humana y a la necesidad social del castigo, por encima de cualquier otra consideración científicoteórica³¹².

Es, por tanto, el principio de humanidad el que, proscribiendo la imposición de sanciones inútiles —cuando no claramente perjudiciales para el condenado—, responde al deseo de adaptar las penas privativas de libertad a las exigencias actuales de las ciencias criminológica y penal; esto es, a las exigencias de prevención especial positiva o resocializadora³¹³. O lo que es lo mismo, el que conlleva la paulatina reducción del contenido afflictivo de las sanciones, en un intento de compatibilizarlas con el máximo disfrute de los derechos del condenado, y cuya restricción no sea absolutamente necesaria para el fin de las penas³¹⁴. Porque si la pena es expresión de la violencia del Estado, y si por ello necesariamente ha de constituir un mal —estamos de acuerdo con BUSTOS y HORMAZÁBAL—, éste debe ser mínimo, porque cualquier exceso lo convertiría en un Estado de terror propio de la crisis del Estado capitalista «cuando se suprime o se vigila la democracia»³¹⁵.

D) A MODO DE CONCLUSIÓN: HACIA UN DERECHO PENAL MÍNIMO POR EL CAMINO DE LA RESOCIALIZACIÓN

La actividad punitiva del Estado, a partir del modelo que aquí se maneja, debe interpretarse con el principio *restringenda sunt odios*³¹⁶; es decir, interpretando como odiosa cualquier restricción de la libertad. En base a ello tan sólo cabría limitar la libertad de los ciudadanos en aras de la tutela de las propias libertades de los demás ciudadanos, y el Derecho penal debe aparecer como un instrumento apto para alcanzar tal finalidad.

Porque con la constitucionalización de los límites legítimos de la aplicación de la ley penal se ha dado un nuevo relieve a su definición. Ahora ya no se trata solamente de procesar a un justiciable o sancionar a un culpable, sino de aplicar la norma de modo res-

³¹² QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 61.

³¹³ GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, op. cit., p. 186.

³¹⁴ LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 89.

³¹⁵ BUSTOS RAMÍREZ-HORMAZÁBAL MALAREE, «Pena y Estado», op. cit., p. 116.

³¹⁶ Las proclamaciones de este principio *pro libertate* en la Constitución española son varias: la proclamación de la libertad (art. 1), la prohibición de penas y tratos inhumanos o degradantes (art. 15), restricción de la detención preventiva (art. 17.2), la previsión del *habeas corpus* (art. 17.4), y las necesarias restricciones a la libertad en caso de actuación de bandas armadas o elementos terroristas (art. 55.2). En todo caso, es probablemente en el art. 10.1 donde debemos encontrar, a entender de CARBONELL, la proclamación máxima, junto con la del art. 1, del principio general de libertad. Vid. en CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 192. Del mismo modo son diversas las proclamaciones hechas en las constituciones centroamericanas. En este sentido cabría hablar, entre otras, de las elevadas en los arts. 33, 39 y 40 por la Constitución de Costa Rica; arts. 2, 11 y 27 de la Constitución salvadoreña; arts. 59, 68, 69 y 97 de la Constitución de Honduras; arts. 4 y 44 de su homóloga guatemalteca; arts. 5, 33.1, 34.11 y 36 en la Constitución nicaragüense y, finalmente, las realizadas en los arts. 21 y 28 de la panameña.

ponsable, con las exigencias y principios rectores que establece la Democracia y la ideología de los derechos humanos con los que estamos comprometidos, dentro de los cuales, y de forma muy especial, se sitúa la tendencia resocializadora a la que debe estar dirigida toda pena. Y es que en el orden de la justicia penal es donde, de forma particularizada, no se puede vulnerar el compromiso adscrito por el Estado con los ciudadanos en el seno de un Estado de Derecho, bajo pena de desfigurar todo el pacto político que subyace en la base de toda Constitución.

La justicia constitucional de los países constituye el termómetro jurídico de compromiso con los derechos humanos, y por tanto un parámetro del Estado de Derecho al que la sociedad tiende³¹⁷. En este sentido, la meta del Derecho penal en el seno de un modelo de Estado social y democrático de Derecho es reducir al máximo posible la violencia social informal, manteniendo la realización máxima de las garantías individuales, y legiti-mándose a medida que se aproxima a esta ideal³¹⁸. Su objetivo, en definitiva, no es otro que el de su propia minimalización. Un planteamiento teórico «intermedio» derivado de la crisis de la Criminología crítica³¹⁹ —y difícilmente catalogable de corriente— defendido, entre otros, por BARATTA, ZAFFARONI, FERRAJOLI y PAVARINI.

Todos ellos, si bien desde perspectivas distintas, coinciden, principalmente, en la deslegitimación del sistema penal y de la pena privativa de libertad. El camino, para todos ellos —nos describe ARROYO GUTIÉRREZ— «es el de minimizar o contraer el sistema penal lo máximo posible, eliminando la institución carcelaria como forma de sanción penal y enfatizando el garantismo sustancial y procesal, en tanto se mantenga ese sistema penal mínimo»³²⁰. El punto de divergencia, por su parte, se sitúa en el hecho de que, mientras algunos ven esa minimalización como paso previo hacia la abolición del mismo Derecho penal (BARATTA, ZAFFARONI)³²¹, otros rechazan la alternativa abolicionista y se quedan en

³¹⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «La reforma penal en Centroamérica», op. cit., p. 9.

³¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 298.

³¹⁹ Una vez entrada en crisis la Criminología crítica —sobre todo por no dar, como vimos, una solución acabada a sus planteamientos— ésta se divide. De una parte se encontraban aquéllos que, considerando al delito como un problema propio de las clases sociales más débiles, pensaban que el trabajo de la Criminología se traducía en luchar contra el delito, lo cual hacía necesario recuperar instancias como la Policía, utilizar la maquinaria penal, y elaborar un programa de control del delito mínimo, democrático y multi-institucional. Y de la otra se situaban quienes, agrupados en torno a planteamientos abolicionistas, abogaban por una política orientada a solucionar los conflictos mediante la negociación de las distintas partes implicadas en el problema. Dos extremos opuestos cuyas diferencias se ven limadas por el planteamiento minimalista.

³²⁰ ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., pp. 81 y ss.

³²¹ Para BARATTA el sistema penal es ilegítimo y ni siquiera cabe hablarse de que sea parcialmente útil. A su juicio, del Derecho penal, como mucho, sólo caben esperarse funciones simbólicas cuando se aplica a casos sumamente graves. Es por ello que de lo que se trata es de diseñar un Derecho penal mínimo y garantista. Una propuesta de mínima intervención, cuya meta es sustituir a largo plazo el sistema de justicia penal, y pasando previamente por una fase de transformación del Derecho penal. La búsqueda de un uso alternativo del Derecho, haciendo de éste un instrumento de reducción y control de la violencia punitiva. Vid. en BARATTA, A., «Principios del Derecho penal mínimo. (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», op. cit., p. 645; también en MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M., *¿Que pasa en la Criminología Crítica?*, Editorial Temis, Bogotá, 1990, pp. 141 y ss. ZAFFARONI, por su parte, y desde la perspectiva Latinoamericana, parte

la legitimación de éste —y, en consecuencia, de la pena— «como mal menor» (FERRAJOLI y PAVARINI)³²².

Ésta última es la opción por la que desde aquí nos decantamos, la de revalorizar el Derecho penal como Derecho garantista, partiendo de que no sólo legitima la intervención penal sino que también la limita. Optamos por un *Derecho penal mínimo* —un modelo, por otro lado, sólo tendencial y nunca perfectamente satisficible—³²³ limitado por principios legales, funcionales y personales. Porque, coincidimos con ARROYO GUTIÉRREZ en que, si no se fundamenta el Derecho penal, aunque sea mínimamente, caeríamos en el contrasentido lógico y práctico que supondría «el permitir la operatividad de un sistema al que se reconoce absolutamente ilegítimo»³²⁴.

Defendemos, en definitiva, una concepción restrictiva del sistema punitivo, cuyo punto de partida inexcusable es el de la apreciación de la pena como un mal; consideración que, en consecuencia, y al mismo tiempo, hace de fácil comprensión la necesidad de su progresiva restricción. Una restricción que, por tanto, y lógicamente, tiene su punto de arranque en la pena privativa de libertad, como el instrumento más opresivo y doloroso con que el Derecho penal cuenta, buscándose todos las formas posibles de su sustitución por otras sanciones de contenido social. Es decir, al mismo tiempo que defendemos el mantenimiento de la pena, «como —escribe FERRAJOLI— técnica institucional de minimización de la reacción violenta contra la desviación socialmente intolerada»³²⁵, abogamos por la eliminación de la institución carcelaria dadas su dañosidad, inutilidad y inhumanidad.

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 posibles³²⁶. Éste, en todo caso, ha sido el esfuerzo al que se ha debido la evolución del Derecho penal de la

de la ilegitimidad absoluta de los sistemas penales, cuya única salida cabe encontrarla, a su juicio, en un Derecho penal mínimo garantista, que sin embargo no debe concebirse como finalidad en sí mismo, sino como una etapa de transición hacia el abolicionismo definitivo de todo el sistema. Para este autor, más que un «uso alternativo del Derecho», como el propuesto por BARATTA, en América Latina lo que se requiere es un derecho alternativo, o lo que es lo mismo, «un instrumento jurídico que posibilite la «aceleración histórica» que permita eludir la amenaza de un colonialismo técnico-científico y, con ello, la prolongación de una transnacionalización del control social genocida. Vid. en ZAFFARONI, R., *En busca de las penas perdidas*, op. cit., pp. 100 y ss.

³²² Para FERRAJOLI el abolicionismo radical del sistema penal es inadmisibile y, en consecuencia, la existencia de la pena se vislumbra como absolutamente necesaria. Una pena que, no obstante, sólo estaría justificada cuando combinara un doble propósito: el de prevenir delitos y el de procurar el menor daño posible al infractor de la norma. Vid. en FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., pp. 331 y ss. PAVARINI, en una línea similar, aboga por el minimalismo partiendo de la imprescindibilidad de abolir la pena privativa de libertad pero no el sistema penal por su evidente utilidad y necesidad. Vid. en PAVARINI, «El sistema de Derecho penal entre el abolicionismo y el reduccionismo», op. cit., pp. 141 y ss.

³²³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 105.

³²⁴ ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., p. 86.

³²⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 36.

³²⁶ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 192.

modernidad; cosa muy distinta es el punto al que se haya efectivamente llegado. En este sentido, en lo que al Derecho penal como encargado de minimalizar la violencia social garantizado la libertad individual se refiere, existe una enorme descompensación entre sus dictados, aplicación judicial y ejecución reales, y los principios orientadores constitucionales de los que, indefectiblemente, debe partir, conformando su perenne fuente de inspiración.

V. PRÁCTICA VERSUS TEORÍA. LA CRISIS ACTUAL DE DERECHO PENAL

El Derecho penal actual —y como ya adelantábamos respecto a la situación del mismo en Centroamérica—³²⁷ está recorriendo un sendero completamente opuesto al deseable hacia el minimalismo a través de la resocialización, y, por ello, merece todas las críticas que, hoy por hoy, se le dirijan tanto desde la teoría como desde la praxis.

Los factores que contribuyen al imparable «inflamamiento» de los ordenamientos penales son de lo más diverso, y FERRAJOLI³²⁸ habla, entre otros, de: la ineficacia de las técnicas procesales, y el consecuente aumento vertiginoso de la prisión provisional respecto de la prisión condenatoria —lo cual provoca un importante e inaceptable hacinamiento en las prisiones—; el importante papel que los medios de comunicación juegan en los procesos —sobre todo los de un particular interés social—, pues suponen en demasiadas ocasiones un aumento del carácter punitivo y afflictivo de las penas³²⁹; el hecho de que el Derecho penal parezca haber perdido toda señal de identidad frente al administrativo, por lo que hoy en día se asiste a su inflación; el que las formas de criminalidad hayan dado un giro espectacular, y al tiempo que se han reducido los delitos de sangre hayan aumentado las formas del crimen organizado —y de microdelincuencia difusa, tan ligados al mercado de la droga— y los ataques al patrimonio.

Y es que hoy en día —estamos con SILVA—³³⁰ de lo que se trata ya no es tanto de dar una respuesta adecuada a un hecho pasado como de dominar el futuro, de prevenir injus-

³²⁷ Vid. *supra*, apartado II.B (B-3).

³²⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 411. Un estudio pormenorizado al respecto se puede encontrar en MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, op. cit., pp. 397 y ss.

³²⁹ La relación entre la sensación social de inseguridad y el modo de proceder los medios de comunicación es ciertamente evidente. «Éstos —escribe SILVA—, desde la posición privilegiada que ostentan en el seno de la «sociedad de la información» y en el marco de una concepción del mundo como *aldea global*, transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje. Ello da lugar, en unas ocasiones, directamente a percepciones inexactas; y en otras, en general, a una sensación de impotencia. A mayor abundamiento, por otro lado, la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúan a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo». Vid. en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Cívitas, Madrid, 1999, pp. 27 y ss.

³³⁰ «El mismo Derecho penal que antes reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha «administrativizado» [...]. Es una característica del Derecho penal de las

tos o de contener los grandes problemas sociales futuros. El Derecho penal ha dejado de ser un sistema garantizador de la libertad del individuo para ser un instrumento de política interior, utilizándose siempre que el legislador ve alguna ganancia política, y en contra del principio de subsidiariedad. No es ni más ni menos que la consecuencia de «la inadecuación estructural de las formas de Estado de Derecho a las funciones del *welfare state*, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la crisis del Estado social» —escribe FERRAJOLI—³³¹. El ordenamiento jurídico-penal ha dejado atrás su carácter garantista para convertirse en un sistema de *sola o prima ratio*, buscando solucionar los conflictos sociales surgentes, aumentando de forma importante su campo de actuación, y con él el de la prisión como arma más contundente con la que cuenta.

Nos movemos en una especie de «cultura de emergencia» que, construida y legitimada como respuesta a un malestar difuso, está orientando la acción política en un sentido completamente inverso al de la disminución del umbral represivo. «Está sirviendo —escribe BERGALLI— de justificación política de la ruptura o, si se prefiere, del cambio de las reglas de juego que en el Estado de Derecho disciplinan la función punitiva»³³². Quizás porque —como nos recuerda MAQUEDA— en épocas de crisis económica, de conflictos sociales, y, en consecuencia, de falta de consenso en la legitimación del ejercicio del poder, toda política penal que no sea represiva es de escasa aceptación de la opinión pública, «conscientemente manipulada hacia un sentimiento de inseguridad colectiva mal entendido que favorece el sacrificio de *chivos expiatorios*, las más veces personificados

sociedades postindustriales el asumir, en amplia medida, tal forma de razonar, tradicionalmente propia de lo administrativo [...]. Se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de problemas sociales» —escribe SILVA—. Vid. en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., pp. 100 y ss.

³³¹ Este efecto, como todos sabemos, se ha asociado frecuentemente a toda una serie de contradicciones habidas entre el modelo clásico del Estado de Derecho —con todo su elenco de límites y prohibiciones impuestas a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, en aras a la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos— y el del Estado social —marcado, contrariamente, por la demanda a los poderes públicos de satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, que no siempre son predeterminables de forma abstracta y general y, por tanto, claramente discrecionales, contingentes y sustraídas a todo principio de certeza y estricta legalidad y confiadas a la intermediación burocrática y partidista—. Vid. en FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 16.

³³² BERGALLI, R., «¿Garantismo penal?, ¿cómo, porqué y cuando?», *RGCP*, año 2, n.º 2, octubre de 1992, p. 70. «Se está produciendo —nos dice SILVA— un cambio progresivo en la concepción del Derecho penal subjetivo: de advertirse en él ante todo «la espada del Estado contra el desvalido delincuente» se pasa a una interpretación del mismo como «la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos». Ello provoca la consiguiente transformación también en el ámbito del Derecho penal objetivo: en concreto, se tiende a perder la visión de éste como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado. Y, así, la concepción de la ley penal como *Magna Charta* de la víctima aparece junto a la clásica de la *Magna Charta* del delincuente; ello, si es que ésta no cede la prioridad a aquélla». Vid. en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., p. 37.

por cierta clase de «pequeños» delincuentes a los que, en determinados casos, podrían destinarse las nuevas técnicas disciplinarias»³³³.

Estamos, es evidente, ante el resurgimiento del espíritu subyacente a las teorías neoclásicas. «Ante la reproducción de formas neo-absolutistas del poder público, carentes de límites y controles y gobernadas —escribe FERRAJOLI— por intereses fuertes y ocultos»³³⁴. Ante exacerbaciones de los sistemas penales, no sólo producto de formas abusivas de aplicación de aquellos instrumentos punitivos a disposición de la policía, la jurisdicción o las cárceles, sino, y antes que nada —concordamos con BERGALLI—, «creación del Derecho penal y procesal sometido a las razones no jurídicas»³³⁵. Se asiste, en pocas palabras, a una imparable tendencia a considerar al Derecho penal como el instrumento más adecuado para resolver los principales problemas de una sociedad en crisis, lo cual, evidentemente, se opone a toda aspiración de una intervención mínima del mismo, tal y como cabría esperar a partir del modelo de Estado sobre el que se asienta³³⁶.

El Derecho penal moderno está decididamente en crisis, y ésta se manifiesta mejor que en ninguna otra parte en su sistema de sanciones, especialmente en el primado que de la pena privativa de libertad hace. Ésta, como veremos, es una pena contraria, desde su propia esencia, a la orientación político-criminal hacia la resocialización, reconocida en la práctica generalidad de los textos constitucionales. Una resocialización que, por su parte, y sin embargo, conforma el necesario punto de referencia en el camino hacia ese Derecho penal menor del que hablaba RADBRUCH³³⁷. La polémica está, pues, servida.

³³³ MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la «suspensión del fallo»», en *III Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 1987, p. 248. Porque, si bien en el momento actual el tema en el debate social es, sobre todo, la criminalidad de los poderosos y de las empresas, se asiste a un importante error de perspectiva sobre el que —estamos con SILVA— conviene advertir. Hoy por hoy sigue siendo posible afirmar que el 80% de la criminalidad se manifiesta como criminalidad de los marginados, de modo que se corre el riesgo de tomar la parte por el todo. «Así, la apuesta, que parece decidida, por una expansión del Derecho penal, que conlleve la revitalización de los principios de garantía y reglas de imputación en el ámbito de la criminalidad de los poderosos, siendo criticable en sí misma, puede incurrir además en el error adicional de repercutir sobre la criminalidad en general, incluida la de los *powerless*, en los que no parece pensarse en primera instancia a la hora de proponer las reformas antigarastistas». Vid. en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., pp. 41 y 42.

³³⁴ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 17.

³³⁵ BERGALLI, R., «¿Garantismo penal?, ¿cómo, porqué y cuando?», op. cit., p. 73.

³³⁶ BRICOLA, F., «Techniche di tutela penale e techniche alternative di tutela» en *Funzioni e limite del diritto penale*, 1984, p. 5.

³³⁷ «No se trata de conseguir un Derecho penal mejor, sino de algo que sea mejor que el mismo Derecho penal». Vid. en RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho* (traduc. de José Medina Echeverría), Edersa, Madrid, 1944 (2.ª edic.) p. 221.

CAPÍTULO III

LA CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL MODERNO SISTEMA DE PENAS. LA BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS

I. EL MODERNO SISTEMA DE PENAS

A) EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SANCIÓN PENAL

La historia de las penas —cabe afirmar con FERRAJOLI— es más horrenda e infamante para la Humanidad que la de los propios delitos que fueron su causa. «No ha habido aflicción desde los experimentos más refinados hasta las violencias más brutales, que no se haya experimentado en la historia» —sentencia al respecto este autor italiano—¹.

El desarrollo histórico de la sanción penal no se ha dado, por otra parte, y lógicamente, de forma autónoma, sino que se ha producido en estrecha relación con los distintos modelos de Estado, que ocultos detrás de él han sido los verdaderos marionetistas. Y es que —recordemos— si existe un punto clave del Derecho penal especialmente sensible a los cambios del modelo de Estado, éste es, sin lugar a dudas, su sistema de penas, por ser el medio normalmente utilizado a la hora de hacer efectivas gran parte de las metas que se buscan con la política criminal². Normal es, en consecuencia, que el sistema jurídico-penal, tomado en sentido amplio, haya sufrido una marcada evolución a lo largo de los siglos hasta llegar a nuestros días. Hasta alcanzar su moderna concepción, cuyo punto de partida se encuentra, como todos sabemos, en la obra de BECCARIA *De los delitos y de las penas*.

La idea básica, a partir de dicha obra maestra, era la de humanizar las consecuencias jurídicas, que distanciándose del *Ancien Régime* fue el camino seguido por las legislaciones liberales en el pasado siglo. Se suprimen de forma sucesiva las penas corporales y se alza como nuevo punto neurálgico del sistema punitivo a la pena privativa de libertad, en un sentido claramente garantista presidido por la idea de proporcionalidad. Este es un proceso humanitario que en nuestros días aún no ha cesado.

¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., pp. 385 y ss.

² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. alt., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 30.

En la actualidad, la tendencia, junto a la continua aunque lenta abolición de la pena de muerte, es hacia una restricción del empleo de la pena privativa de libertad. La búsqueda se centra en la localización de otras penas, o instituciones, que permitan sustituir la pena de prisión en delitos de gravedad mínima y media. Entre esas penas se encuentra la pena de multa —que parece será el nuevo centro del sistema punitivo—; la sustitución de las penas cortas privativas de libertad por la *condena condicional* o la *probation*; e, incluso, se tiende a evitar el propio proceso penal, y la ineludible estigmatización que lleva consigo, mediante nuevas instituciones como la *diversion*, la *petrial probation* o la *suspensión del fallo*³. En todo caso una cosa son las tendencias y otra, muy distinta, es la realidad. Veamos cuáles son los aspectos más destacados del sistema de penas en los Estados modernos —en especial los que aquí son objeto de estudio— y valoremos por nosotros mismos.

B) RASGOS CARACTERIZADORES DE LOS SISTEMAS PENALES MODERNOS

La pena moderna aparece, a grandes líneas, como técnica de privación de bienes, desde el presupuesto de su valoración cualitativa y cuantitativa a efectos penales. Esto es, como privación de un *quantum* de valor —de un tiempo de libertad en las privativas de libertad, de una cantidad de dinero en las patrimoniales y de un tiempo de capacidad de obrar en las privativas de derechos—, cuantificable y mensurable, que le confieren, o al menos lo pretenden, el carácter de sanción abstracta, igual, y legalmente predeterminable, tanto en la naturaleza como en la medida, pretendiendo dar respuesta a la proporcionalidad, que en sentido amplio, dijimos, debe siempre existir entre el delito cometido y la pena por él impuesta⁴. Sin embargo —y de nuevo—, una cosa son las pretensiones y otra es la realidad. La respuesta penal «real» viene siendo, en líneas generales, desproporcionada por exceso y con connotaciones muy similares al Derecho penal del terror tan característico en estados autoritarios. Pasemos, en todo caso, y antes de entrar en opiniones, a enumerar las constantes más destacables en los sistemas penales actuales.

1. La interminable lucha contra la pena de muerte

Por mucho que nos guste pensar lo contrario, la discusión sobre la pena de muerte no es, para nada, un tema agotado. Esa impresión sólo responde a una visión parcial y superficial del problema⁵. La ferocidad de las penas —dice FERRAJOLI—

³ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 680 y ss.

⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 392.

⁵ Respecto de la actualidad del tema, se recomienda la lectura de GARCÍA VALDÉS, C., *Introducción a la penología*, Madrid, 1982, pp. 35 y ss.; el mismo, en *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid, 1985; BARBERO, BERDUGO, BERISTAIN, COBO DEL ROSAL, GARCÍA VALDÉS y GIMBERNAT, *La pena de muerte. Seis respuestas*, edit. BOE, Madrid, 1978; ALBERTO DONNA, E., «La pena de muerte analizada a la luz de la fundamentación de la pena», *DP*, XV, 1992B, pp. 313 y ss.; BARBERO SANTOS, M., «La pena de muerte en España. Historia de su abolición», *DP*, año III, 1980, pp. 207 y ss.; el mismo, en «Pena de muerte y Estado democrático», *DP*, año VI, 1983, pp. 661 y ss.; el mismo, en *Pena de muerte. El ocaso de un mito*, Depalma, Buenos Aires, 1985; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», en *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 61 y ss.

LI—⁶ no pertenece, desgraciadamente, sólo al pasado⁷. Las víctimas de la pena de muerte se cuentan todavía por millares cada año. Y lo que es peor aún, en el último decenio de este siglo se asiste a un alarmante retroceso, a una tendencia retrospectiva a su imposición en países con marcada tradición abolicionista, bien de hecho o bien de Derecho.

Junto a los desaparecidos en Argentina, las fosas comunes en el Chile de Pinochet o los cementerios subterráneos de la Rumania de Ceaucescu —donde, en la década de los ochenta la razón de Estado justificó miles de ejecuciones sin ley ni proceso—, se asiste en los noventa a una institucionalización de la pena de muerte en *stricto sensu*⁸. Son muchos los países, entre los que cabe destacar a los conocidos como Estados «avanzados», que incluyen a la pena capital dentro de su catálogo de penas. Y, lo que es más grave, que están exportando su ideología retencionista, abusando de su hegemonía tanto política como económica, sobre países, normalmente, en vías de desarrollo. Este es, precisamente, el proceso que se está viviendo en Latinoamérica bajo las directrices de la cultura «yanqui».

De otra parte, pero sin abandonar el sendero, se encuentra el integrismo religioso islámico que, retomando su rigor coránico, aplica de forma generosa y ejemplarizante la pena capital a fenómenos socialmente alarmantes como en la actualidad son el narcotráfico y el terrorismo. Bruscos fenómenos delictivos que —de acuerdo con MAPELLI y TERRADILLOS—⁹ constituyen, ya no sólo en los países islámicos sino en todo el mundo,

⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 386.

⁷ Este es el caso de las penas corporales. Si bien en la actualidad este tipo de penas —encaminadas, como sabemos, a causar un sufrimiento físico al condenado, que puede generar una limitación física temporal o permanente— están mayormente erradicadas de los sistemas penales mundiales, en base a manifestaciones internacionales como la del art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo cierto es que son una realidad penosamente viva. Mientras, de un lado, están todos aquellos países que, siguiendo los principios del Derecho islámico, aún mantienen las penas corporales dentro de su catálogo de penas —como es el caso de Arabia Saudita, Irán o Qatar dónde la flagelación y la amputación son penas todavía impuestas—; de otro lado, están las aplicaciones, en razón de la ideología del tratamiento, de todas aquellas medidas que, como la castración referida a los delincuentes sexuales, son claros atentados contra la integridad y dignidad de la persona. Las torturas siguen «de moda», y no sólo a nivel «legal», puesto que junto a todas estas penas corporales «legitimadas» en los respectivos ordenamientos jurídico-penales cabe hacer referencia a toda una cifra negra de vejaciones y violencias extra-legales y extra-judiciales, que acompañan, en prácticamente todo el mundo, a la ejecución penal, y, más en general, al ejercicio de las funciones policiales y judiciales.

⁸ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 60. La situación al respecto en Latinoamérica es ciertamente grave. En la mayoría de los países latinoamericanos se desarrolla una política criminal paralela a la oficial, y en la que, con la complicidad de las autoridades oficiales, se extermina en forma indiscriminada a todo el que sea «peligroso» o «sospechosamente izquierdista», junto a continuas privaciones de la vida llevadas a cabo sobre cualquier ciudadano sin que haya un proceso judicial. Son las conocidas como ejecuciones extrajudiciales, y las cifras al respecto son poco menos que espeluznantes —en un estudio auspiciado por la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U se habla de más de dos millones en los últimos 20 años y los casos más graves parecen recogerse en Irán, Sudáfrica, Argentina, Colombia y Guatemala—. Este tipo de homicidios políticos no son otra cosa que la respuesta normal llevada a cabo por los Estados que se encuentran en una grave crisis de legitimidad, donde lo más difícil es poder individualizar e identificar a las autoridades responsables por resultar más fácil alcanzar la impunidad a través de un ejercicio abusivo del poder. Vid. en CRUZ CASTRO-GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *La sanción penal*, op. cit., p. 154, nota 47.

⁹ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 60.

el caldo de cultivo ideal para legitimar y fortalecer esa «mano dura» del Estado, buscando eliminar el que para todos es el enemigo. Y es que es nota característica hoy en día el que, mientras la violencia individual es considerada un tabú, se siga fomentando y tolerando la aplicación más desnuda de la fuerza física cuando aparece «legitimada» por ejercerse en nombre de la colectividad, llámese guerra o llámese pena de muerte¹⁰.

En lo que a Centroamérica de forma específica se refiere, Guatemala es hoy por hoy el único país que admite, y aplica¹¹, la pena de muerte. El Texto Fundamental guatemalteco, en sentido diametralmente opuesto tanto a las orientaciones político-criminales más modernas como a las seguidas por sus «paisanos» centroamericanos¹², mientras en su art. 3 proclama el derecho a la vida, en el art. 18 recoge los casos en que la pena de muerte nunca podrá aplicarse, luego, evidentemente, la admite constitucionalmente. Una anacrónica e inhumana pena de muerte que se recoge en diversos preceptos de su código penal: los arts. 131, 132, 175, 201, 201 *ter* y 383, y que en aras a la Constitución puede abolirse por el Congreso de la República —art. 18, último párrafo—, pero que sin embargo no se ha hecho; por lo que, de acuerdo con DE LEÓN VELASCO, «su conservación sólo pone en evidencia el descrédito y la incapacidad del Estado para el control y la prevención del fenómeno de la desviación, y contraviene la filosofía de la Carta Magna»¹³.

El que actualmente se discuta sobre la abolición o no de la pena capital es, en gran medida —y en este punto estamos de acuerdo con FERRAJOLI—¹⁴, culpa del propio pensamiento jurídico y filosófico, que motivado predominantemente por razones de utilidad en vez de por el simple principio de inviolabilidad incondicional de la vida humana —con argumentos en la lucha como la ausencia de beneficio en la pena de muerte, su escaso valor preventivo-general o su carácter irreversible y desvalorador de la vida humana—, ha contribuido a la lamentable lentitud con la que esta institución tiende a desaparecer de los países civilizados. Tales pretensiones de justificar apasionada y automáticamente la pena

¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., «Contra la pena de muerte», en *Estudios de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 26.

¹¹ En septiembre de 1996, tras 12 años de abolicionismo «de hecho», se vuelve a aplicar la pena de muerte en Guatemala. Dos ejecuciones por fusilamiento en las que la presión de la opinión pública, previamente manipulada, tuvo un papel determinante. Al día de hoy las ejecuciones no han cesado.

¹² En ninguno de ellos se admite actualmente la pena de muerte. En *Costa Rica* se abolió en 1982, mediante el decreto n.º 7 por el que se adopta la constitución política de 1871, con algunas modificaciones entre las que se haya la abolición de la pena capital, estableciéndose en el art. 45 que la vida es un derecho inviolable. Del mismo modo actúa *Nicaragua* cuando, en el art. 23 de su Norma Fundamental, indica que en ese país no hay pena de muerte y que la vida es un derecho inviolable, algo que reafirma el PCP de 1999, pero no así el texto en vigor, el C.P. de 1974 —que si bien no recoge a la muerte en su catálogo de penas, en algunos de sus artículos, como los preceptos 392 y 393, hace referencia, sin embargo, a ésta como posible sanción—. *Honduras*, sin duda más tajante, proclama en su art. 65 a la vida como derecho inviolable, y casi a reglón seguido, si bien en un artículo diferente, prohíbe la pena de muerte (art. 66). De igual modo se rige la situación en *Panamá*, puesto que en su art. 30 no deja lugar a dudas sobre su oposición a la pena capital. En *El Salvador*, sin embargo, y al igual que ocurre en *España*, mientras en su art. 2 —art. 15.1 Constitución española— proclama el Derecho a la vida, en su art. 27 —el mismo art. 15, pero en su párrafo segundo, de la Constitución española— recoge la, absolutamente ilógica, posibilidad de aplicar la pena de muerte en tiempos de guerra.

¹³ DE LEÓN VELASCO, H., «El sistema de penas en el proyecto de código penal», *op. cit.*, pp. 34 y 35.

¹⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 387.

de muerte, aduciendo su necesidad para la sociedad, lo único que sin embargo evidencian —estamos con GIMBERNAT—¹⁵ es que la decisión a favor de la misma se lleva a cabo en un nivel distinto al racional, ya que el raciocinio nos lleva a su abolición. Detrás de este problema —que, de acuerdo con MANTOVANI, no sólo compromete a nivel de la «razón» sino también del «corazón»—¹⁶ lo que realmente se esconde son, además de las más íntegras instancias culturales (éticas, filosóficas, religiosas) y de la conciencia humana, los más acérrimos instintos ancestrales de Justicia primitiva y la más denostada lógica de la razón del Estado.

Que la pena de muerte es inadmisibles es algo que debe gritarse a los cuatro vientos, de forma que hasta el debate de su posible legitimidad debe rechazarse. La pena de muerte es inhumana, y por ello irracional, y más en Estados «supuestamente» respetuosos de la dignidad humana; bastan los argumentos. Su desaparición, si algún día es posible, junto a la extinción de la tortura y el hambre —estamos de acuerdo con QUINTERO— «será el síntoma de que la Humanidad ha alcanzado al fin la cima del progreso»¹⁷.

2. Las penas privativas de libertad en el centro de la polémica. La búsqueda de alternativas

Una vez desaparecidas —si bien sólo en la teoría—¹⁸ 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 grave¹⁹. 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 moderna²⁰. Sin embargo, las cosas han cambiado y en la actualidad ocupa el centro de la discusión.

Hoy en día la prisión 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 es objeto por ello 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 demasiados efectos 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 criminal²¹.

¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E., «Contra la pena de muerte», *op. cit.*, p. 28.

¹⁶ MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, *op. cit.*, pp. 480 y ss.

¹⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 513.

¹⁸ *Vid. supra*, nota 7.

¹⁹ GRACIA MARTÍN, L. (coord.) *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal*, *op. cit.*, p. 94.

²⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 412.

²¹ COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 755.

Al respecto, la situación en Centroamérica es ciertamente grave²². La prisión se alza como la pena «reina» de cualquiera que sea el ordenamiento y para cualquiera que sea la conducta delictiva. Las penas cortas son abundantes, por no hablar de la escasa duración en que pueden llegar a consistir, y las penas largas se acercan peligrosamente a la conocida, y reprochada desde todos los sectores, cadena perpetua. Si a todo ello le añadimos el lamentable estado en el que se encuentran sus prisiones, concluiremos en la urgente necesidad de buscar medidas adecuadas, y tajantes, que solventen esta situación.

La solución, parece no haber duda, está en adoptar lo que se ha dado en llamar «estrategias diferenciales»²³, 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 cortas privativas de libertad, 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. Este es, en todo caso, el tema aquí centro de análisis, por lo que, al respecto, nos remitimos a todo lo que a partir de ahora se diga.

3. Las escasas posibilidades «legales» de que dispone la multa como sustituta de la prisión

Las consideraciones, antes apuntadas, 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, unida a otras menos altruistas de índole presupuestaria, inclinan a la doctrina a valorar la pena pecuniaria como útil instrumento sustitutivo de la pena corta privativa de libertad²⁴. Sin embargo, tal opción plantea dos graves problemas: el de cómo adecuar la cuantía de la multa a la situación económica del reo, y el que hacer con aquéllos 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 próximo²⁵. 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, tanto el ordenamiento jurídico-penal español como sus homólogos centroamericanos, son marcadamente «pobres» en cuanto a las posibilidades legales que de sustitución de la pena de prisión por la

²² Vid. *infra*, Apartado III.A (A-2).

²³ MANTOVANI, F., *Diritto penale*, 3.ª edic., Cedam, Padova, 1992, pp. 679 y ss.

²⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal, op. cit.*, p. 310.

²⁵ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 680.

de multa, o simplemente de reconocimiento de esta última como pena única, hacen gala. Un tema del que, lógicamente, nos ocupamos en este mismo trabajo, y a cuyo tratamiento desde aquí nos remitimos²⁶.

4. La tímida y peligrosa incorporación de las penas privativas de derechos. Su escasa aportación al programa alternativo

Si bien, de entrada, todas las penas son privativas de derechos, se conocen propiamente como tales a todas aquellas penas que imponen determinadas limitaciones —políticas, profesionales o civiles— a la libre capacidad de participación del ciudadano en la vida social. Unas limitaciones que, por su propia denominación de «otros derechos», no deben afectar ni a la libertad, ni al honor, ni a la propiedad, pero que sin embargo —y de acuerdo con LANDROVE—²⁷ si lo hacen, aunque tan sólo sea de forma indirecta, pudiendo aparecer, incluso, más corrosivas y malignas que las penas que prevén su restricción directa.

Y es que en una sociedad de consumo como la nuestra, donde la capacidad de desenvolvimiento e integración plenos depende en su mayor parte del trabajo —y, en consecuencia, del dinero que este reporte—, no es de extrañar que, en ocasiones, sea preferible una condena corta a prisión que una pena de inhabilitación para ejercer una profesión —que normalmente es la única que se conoce—, trabajar para el Estado —cuando en muchos países, como el nuestro, es la única forma de trabajo que te ofrece garantías de continuidad—, o de recibir ayudas o subvenciones de su parte —especialmente importante a nivel de estudios, política agraria y ganadera, y de las nuevas empresas iniciadas, sobre todo, por los jóvenes.

Esto es realmente así por muy terrible que parezca, que lo es, la palabra prisión —que dada la duración seguro se suspende o sustituye y que, en todo caso, se ve rodeada de un gran elenco de garantías—, y por muy inofensiva que se sienta la de inhabilitación —que en la mayoría de los casos no lo es—. Es por todo esto que la doctrina ve la necesidad de un estudio más pormenorizado de estas penas, que el que hasta el momento han recibido —partiendo de sus «supuestas» benevolencia e inocuidad—, y recomienda su recubrimiento con todas las garantías de que disfrutaban las penas que protegen directamente los derechos fundamentales tanto a la libertad como al patrimonio. Y más aún si se constata, como así puede hacerse tanto en España como en Centroamérica, que con la incorporación de estas penas en el correspondiente catálogo sancionatorio lo único que se ha hecho es agravar, aún más si cabe, determinadas criminalidades. Y es que su función, generalmente, es de accesoriedad, bien de la pena de prisión bien de la pena de multa, siendo muy escasas las ocasiones en que se prevén de forma única, o como sustitutas de alguna de las anteriores. Este tema, en todo caso, también se aborda más adelante, y a su tratamiento de igual modo nos relegamos²⁸.

²⁶ Vid. *infra*, Capítulo VI, apartado III.

²⁷ LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.*, p. 95.

²⁸ Vid. *infra*, Capítulo VI, apartado IV.

C) CONCLUSIONES VALORATIVAS

Como hemos visto —y de nuevo—, 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 podían estar sino unos sistemas de penas que, en líneas generales, siguen respondiendo a la época de las codificaciones. En el elenco punitivo de los códigos penales centroamericanos, y debido a la diversidad de modelos asumidos, es dable encontrar —escribe DE LA RÚA—²⁹, tanto reglas que se remontan claramente al siglo XVIII, como formas muy recientes de legislación. La influencia de los modelos continentales adoptados —sobre todo el español, y en el caso de Panamá el italiano—³⁰ sigue siendo, en todo caso, determinante; y para comprobarlo baste con revisar las correspondientes partes especiales, y ver como, al igual que ocurría en aquéllos, la sanción generalmente elegida a la hora de punir la gran mayoría de las conductas delictivas es la privativa de libertad. Una pena que, por su parte, y a pesar de estar cada vez más deslegitimada, por no responder ni de lejos a los fines resocializadores que «pretendidamente» la justifican, vive en la actualidad un crecimiento vertiginoso.

Hoy en día, ante la incapacidad de contención de la criminalidad y el notable incremento de conductas violentas —anexo a la caída de determinados valores como la familia, el trabajo, el sistema educacional, etc.—³¹, las sociedades reclaman justicia, piden «mano dura»³². El imparable crecimiento del fenómeno criminal —de forma especialmente perceptible, como vimos, en Centroamérica—³³ 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 iluminada³⁴. 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 —nos advierte BUENO ARÚS—³⁵, no por dificultades materiales, sino por convicción ideológica, como cárcel de custodia, de nuevo. Es decir, a medida que las penas se suavizan a tenor del cada vez mayor reconocimiento del daño que produce el encarcelamiento, las condenas largas van adquiriendo una justificación especial en la necesidad de protección de la sociedad frente a determinados individuos y sus conductas³⁶.

El panorama difícilmente podría ser más retribucionista. La pena, hoy por hoy, no sirve para nada más que para reforzar los valores de una sociedad que se muestra incapaz de hacer frente al crimen —procurando los medios para reducir la conflictividad—, con lo

²⁹ DE LA RÚA, J., *La codificación penal latinoamericana*, op. cit., p. 176.

³⁰ Vid. supra, Capítulo II, apartado II.B (B-2)

³¹ CHINCHILLA, L., «Seguridad ciudadana y policía en Centroamérica. Esfuerzos regionales en marcha», en CARRANZA, E., (coord.) *Delito y seguridad de los habitantes*, op. cit., p. 173.

³² MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 682.

³³ Vid. supra, Capítulo II, apartado II.B (B-3)

³⁴ MANTOVANI, F., «Pene e misure alternative», *RIDPP*, 1977, p. 79.

³⁵ BUENO ARÚS, F., «La despenalización en la PANCP», *RFDUCM*, 1982-83, monográfico 5-6, pp. 156 y ss.

³⁶ CEREZO MIR-DÍEZ RIPOLLÉS, «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas. (Comité nacional sueco para la prevención del delito, Informe núm. 3, Estocolmo, Suecia, julio 1978), *ADPCP*, n.º 32, 1979, p. 196.

que se está ahogando por completo la única tendencia humanitaria, la resocializadora³⁷. Se están quebrando sus funciones de límite, y por tanto de garantía de los Derechos fundamentales tanto de libertad como sociales³⁸. Y es que el problema —en completo acuerdo con SILVA—³⁹ no es tanto de expansión del Derecho penal en general, como de expansión específica del Derecho penal de la pena privativa de libertad.

Se asiste con preocupación —escribe BERGAMINI—⁴⁰ al panorama contradictorio que presenta un creciente nacimiento de la población carcelaria que se quiere controlar, y, al mismo tiempo, el entendimiento de esta pena como reclusión, detención o prisión. La pena privativa de libertad, por encontrar su legitimación precisamente en la resocialización, está por tanto en crisis. Una crisis que —estamos HASSEMER—⁴¹ se focaliza, sobre todo, en su incapacidad para superar el carácter preventivo-general que está en su origen. Una crisis que, sin lugar a dudas, comienza con lo inapropiado del propio medio en que debe desarrollarse; esto es, la cárcel. Porque educación para la libertad y restricción de ésta son, evidentemente, incompatibles.

II. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y EL DISCURSO RESOCIALIZADOR. CRISIS Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

A) LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD COMO PENA. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Que la prisión existe desde hace muchos años es algo muy cierto, pero también lo es el que en sus comienzos cumplía funciones completamente distintas a las que cumple actualmente, puesto que sus orígenes fueron provisionales⁴². La cárcel nace como pena en sentido propio en el seno de las corporaciones monásticas de la Alta Edad Media, recibiendo después el favor de la Iglesia católica con las decretales de Inocencio III y de Bonifacio VIII, a causa de su específica adecuación a las funciones penitenciales y correccionales⁴³. Hasta finales del XVI su función era la de custodiar a los detenidos hasta el juicio, por lo que la pena privativa de libertad no se trataba de un verdadera pena, no tenía el carácter punitivo que la caracteriza hoy en día⁴⁴. Su carácter era únicamente procesal, y el Derecho penal, en su lugar, prefería recurrir a la pena de muerte y a las penas

³⁷ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 39.

³⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 17.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., p. 117.

⁴⁰ BERGAMINI MIOTTO, A., «Penas cumplidas en prisión y en la comunidad», *Itanud al día*, año 3, n.º 8, agosto-1980, San José, Costa Rica, p. 100.

⁴¹ HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op. cit., pp. 140 y 141.

⁴² RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, op. cit., p. 2.

⁴³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 391.

⁴⁴ Así lo prevén las partidas en la Ley IV, Título XXXI, Partida VII: «La cárcel no es dada para escarmentar los yerros mas para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean juzgados». Vid. en GARCÍA VALDÉS, C., «El nacimiento de la pena privativa de libertad», *CPC*, n.º 1, 1977, p. 23.

corporales. Hubo que esperar a la aparición de una utilidad económica para que la pena de prisión iniciara su nuevo camino histórico⁴⁵.

La cárcel como pena nace junto con la sociedad capitalista, y ésta ha condicionado la existencia de aquélla a lo largo de la historia⁴⁶. La prisión, por consiguiente —y esto es lo que queremos poner de manifiesto—, posee una estrecha relación interna con los fenómenos económico-sociales y políticos —generalmente materializado en las necesidades de dominación—, que al mismo tiempo explican sus debilidades y contradicciones intrínsecas. Pensar, por tanto, que la cárcel surge bajo el impulso de un acto humanitario, y con el anhelo de fomentar la reforma del delincuente —tal y como escribe CRUZ CASTRO—, «es caer ciertamente en la ingenuidad y hacer un análisis excesivamente simplista»⁴⁷.

El encierro, como pretendemos demostrar, no es más que un producto histórico. No tiene un origen de sanción penal sino económico-social⁴⁸, y, precisamente por ello, es susceptible —de acuerdo con ARROYO GUTIÉRREZ—⁴⁹ tanto de ser explicado como superado, en tanto forma de control social, planteando para un futuro, esperamos no demasiado lejano, su sustitución definitiva por alternativas apropiadas —en cualquier caso, no peores que la prisión misma—. Del proceso que ha sufrido hasta llegar a su configuración y percepción actuales, y prescindiendo de lejanos precedentes anteriores a la Edad Media, caben diferenciarse, en todo caso, tres grandes etapas. Etapas que desarrollamos a continuación:

1. Del siglo XVI a la segunda mitad del XVIII. La cárcel como instrumento regulador del mercado de trabajo

Como ya hemos anticipado, el paso de la cárcel de custodia a la cárcel de cumplimiento viene, en gran medida, de la mano de los cambios sociales y económicos, y la utilización de la fuerza de trabajo de los encarcelados —con modalidades, incluso, más atroces afflictivamente que la propia pena de muerte.

⁴⁵ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 701. MANTOVANI, sin embargo, considera que su origen es más simplista del que nosotros exponemos en las páginas siguientes de este trabajo. Para este afamado autor italiano, la realidad es más simple y lineal que las teorizaciones posteriores —haciendo clara alusión a las distintas posturas defendidas por CALLIES, FOUCAULT, MELOSSI-PAVARINI, etc.—, y estima que la pena detentiva surge del mismo paso de la cárcel procesal a la cárcel como pena. Porque en aquella época en que se tendía a la eliminación, o al menos reducción, de la pena de muerte y de las penas corporales, el que la cárcel consiguiera acumular efectos punitivos y neutralizantes respecto al reo, de terror respecto a potenciales desviados, de seguridad ante la colectividad, y de redención de los encarcelados, marcó un indiscutible debilitamiento del instinto vengativo colectivo que, sea cual sea la medida, siempre acompaña a toda pena. *Vid.* en MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità, op. cit.*, p. 487.

⁴⁶ BARATTA, A., «Criminología crítica y política penal alternativa», *RIDP*, n.º 1, 1978, p. 48.

⁴⁷ CRUZ CASTRO, F., «El objetivo resocializador en los orígenes de la prisión. Primeros sistemas penitenciarios», *RJCR*, Año XIV, n.º 48, diciembre 1989, p. 15.

⁴⁸ FOUCAULT, M., *Un diálogo sobre el poder*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 61 y ss.

⁴⁹ ARROYO GUTIÉRREZ, J.M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas, op. cit.*, p. 41.

En los siglos XV y XVI, con la llegada del mercantilismo y la superación del modelo feudalista, una gran parte de la población campesina se queda en la miseria a causa de las guerras —entre otras muchas razones—, y atraída por la actividad económica, sobre todo el comercio, desarrollada en las ciudades, emigra hacia ellas en busca del trabajo que paulatinamente iban creando los nuevos medios de producción. Miles de estos campesinos llegan convertidos en mendigos, vagabundos y bandidos, si bien la gran mayoría forman una gran masa de desocupados que la naciente manufactura no podía absorber a la velocidad que imponían las circunstancias⁵⁰. Los azotes, el destierro y la ejecución fueron los principales «remedios» político-sociales adoptados para acabar con este problema, pero, evidentemente, en algún sitio debían estar y eran demasiados para ser ahorcados, «y más a sabiendas de que su miseria era mayor que su mala voluntad» —escribe GARCÍA VALDÉS—⁵¹.

Las cosas comienzan, no obstante, a cambiar en la segunda mitad del XVI y la primera del XVIII. La mano de obra se hace necesaria y el escaso crecimiento demográfico en esa época —incluso su detención y fuerte disminución a causa de las guerras religiosas y los propios disturbios internos— no ayuda demasiado⁵². Ante tal situación se exige la intervención del Estado, a efectos de que garantice las altísimas ganancias que había reportado la conocida como «revolución de precios» del siglo XV⁵³, y se vuelve la mirada hacia la cárcel, que en tales circunstancias aparece como la «fábrica» ideal de mano de obra barata, y al mismo tiempo la mejor escuela para que los marginados aprendieran a trabajar con arreglo a las nuevas técnicas. Este es el principal motivo por el que en algunos países europeos como Inglaterra y Holanda surgen las llamadas «casas de trabajo», cuyo objeto es recluir y hacer trabajar para el Estado a toda clase de marginados —léase vagos, prostitutas, delincuentes, viudas, ancianos, etc.—, ya sea por mandato judicial o por uno administrativo. La pena de prisión se sitúa, por tanto, en una posición intermedia entre la simple multa y el leve castigo corporal, y la deportación y la pena de muerte. Sin embargo, lo que a nosotros más nos importa es que ya en esta época pertenece al «tipo criminológico».

Son estos unos tiempos fuertemente influenciados por el Protestantismo y el Calvinismo, y su concepción del mundo basada en la *ética del trabajo*⁵⁴. El trabajo se considera conveniente para los ociosos y los perezosos, y por ello se escogía el método más difícil y fatigoso de llevarlo a cabo. No obstante, si bien el fin predicado con ellas era el de doblegar la resistencia de tales personas a la fuerza de trabajo, la verdad es que —como advierten MELOSSI y PAVARINI— responden más bien a una «exigencia relacionada con el desarrollo general de la sociedad capitalista que a la genialidad individual de algún refor-

⁵⁰ MELOSSI-PAVARINI, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Nueva Criminología, Siglo Veintiuno editores, S. A., México, 1980, pp. 30 y ss.

⁵¹ GARCÍA VALDÉS, C., «El nacimiento de la pena privativa de libertad», *op. cit.*, p. 37.

⁵² MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 701.

⁵³ MELOSSI-PAVARINI, *Cárcel y fábrica, op. cit.*, p. 34.

⁵⁴ RICO LARA, M., «La prisión: castigo o rehabilitación?», *CPC*, n.º 25, 1985, p. 79.

mador»⁵⁵. No es por ello extraño que se haya llegado, incluso, a afirmar que, en sus orígenes, la cárcel ciertamente contribuyó a regular el mercado laboral⁵⁶. Que la cárcel se convirtió en una especie de mecanismo regulador de la oferta de mano de obra disponible según fueran las necesidades del sistema productivo. Filosofía en todo caso congruente con el sistema liberal, en cuanto que el tiempo es valor de cambio, y en base a ello la privación de libertad —también mensurable— repara y compensa el daño causado por el delincuente⁵⁷.

Las cosas cambian, sin embargo, con la superación del mercantilismo, el establecimiento del liberalismo económico y la entrada en escena del maquinismo industrial en la segunda mitad del XVIII. Son factores, todos ellos, que convierten al trabajo carcelario en no-rentable para los empresarios, y a la pena de prisión en lo que ahora es: la sanción más importante de todos los sistemas punitivos, y cuya finalidad primordial es la privación de libertad en sí misma.

2. Segunda mitad del XVIII y siglo XIX. La prisión como pena regida por la ideología iluminista disciplinante

El aumento excepcional que de mano de obra ofertada advino con la revolución industrial, hace que se critique fuertemente el trabajo carcelario —por considerarlo dañino para las posibilidades de trabajo de los trabajadores libres desocupados—, lo que conduce a su práctica desaparición. Ocurrido esto, a las prisiones no les queda sino ocupar un papel puramente intimidativo. La pena de prisión se convierte en una pena inútil económicamente, y es aceptada por lo general como un mal inevitable⁵⁸. Aparece como pena en sí misma, con núcleo y esencia en la propia privación de libertad, y progresivamente va sustituyendo a la pena de muerte y las penas corporales, porque, en comparación, aparece como un método sancionatorio más «humano» y eficaz.

En el Siglo de las Luces se produce la sustitución de la idea de casa de trabajo por la de centro de detención, que a través de la privación de libertad misma lleva aparejada la búsqueda de la transformación técnica de los individuos, su corrección. Se asiste a una nueva estrategia de dominio sobre las personas basada en el concepto de disciplina, donde la modalidad de encierro predominante es el *panóptico*, o de control y vigilancia constantes del recluso⁵⁹. El castigo tiende, pues, a ocupar la posición más oculta del proceso penal y se basa en la más estricta disciplina⁶⁰. Y es que, como nos dice con razón FOUCAULT, «las Luces, que han descubierto las libertades, inventaron también las disci-

⁵⁵ MELOSSI-PAVARINI, *Cárcel y fábrica*, op. cit., p. 35.

⁵⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. al., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 292.

⁵⁷ RICO LARA, M., «La prisión: ¿estigma o rehabilitación?», op. cit., p. 82.

⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op. cit., p. 461.

⁵⁹ Así se le conoce a la figura arquitectónica que BENTHAM expuso, como ideal para el control disciplinante de los presos en las prisiones, en su *Memoria del Panóptico* de 1791. Su conformación es sobriamente descrita por FOUCAULT en su obra *Vigilar y castigar*, op. cit., pp. 203 y ss.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 17.

plinias»⁶¹. «La afinación de la técnica jurídica, y la aceptación cada vez más compleja de los derechos civiles fundamentales en materia penal, se acompaña con el reforzamiento y el endurecimiento de la represión» —resume FEUERBACH—⁶². Nos encontramos —de acuerdo con MELOSSI y PAVARINI—⁶³ ante una fase intermedia en que a la vocación productivista y resocializante se comienza a sobreponer el fin intimidatorio y de puro control.

El castigo ya no busca recaer sobre el cuerpo y pasa a hacerlo sobre el alma del condenado. «A la expiación que causa estragos en el cuerpo debe suceder un castigo que actúe en profundidad sobre el corazón, el pensamiento, la voluntad, las disposiciones»⁶⁴. El suplicio de los cuerpos y la tortura dejan paso a los castigos moderados, silenciosos y refinados ejecutados en la penumbra de los claustros. «Los castigos son menos inmediatamente físicos, se da una cierta discreción en el arte de hacer sufrir, un juego de dolores más sutiles, más silenciosos, y despojados de un fasto visible» —escribe, al respecto, FOUCAULT—⁶⁵.

Las ideas iluministas, no obstante, si bien no cambiaron el estado de las prisiones —que no sólo heredan los vestigios de crueldad de las épocas anteriores sino que empeoran de forma alarmante—⁶⁶ consiguieron logros ni mucho menos desdeñables: nace una corriente humanista entre la sociedad y los gobiernos, la ejecución de la pena se normativiza con las consiguientes dosis de garantías jurídicas para los reclusos y se dan modificaciones substanciales con la implantación del sistema progresivo⁶⁷; se extiende el inter-

⁶¹ *Ibidem*, p. 225.

⁶² *Vid.* en MELOSSI-PAVARINI, *Cárcel y fábrica*, op. cit., p. 86.

⁶³ *Ibidem*, p. 64.

⁶⁴ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, op. cit., p. 24.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁶⁶ Perdida toda finalidad económica, y, por ende, indirectamente resocializante, las cárceles se deterioran a marchas forzadas. Como advierten MELOSSI y PAVARINI, el desenvolvimiento histórico de la cárcel está en íntima relación con la mano de obra disponible y las pretensiones resocializadoras buscadas con las penas privativas de libertad. En tal sentido, si la mano de obra existente es escasa, los regímenes penitenciarios se suavizan y vacían las cárceles, proclamándose a viva voz el objetivo resocializador; si, por el contrario, la mano de obra es abundante, los regímenes penitenciarios aumentan su dureza, se encierra masivamente a la gente, y las cárceles se convierten en verdaderos instrumentos terroristas de control social. *Vid.* en MELOSSI-PAVARINI, *Cárcel y fábrica*, op. cit., p. 24. Y es que una vez suprimidas las penas corporales y reducido el ámbito de actuación de la pena de muerte —caída fuertemente en desprestigio—, las cárceles pasan a ocupar el papel intimidativo dejado por éstas, y, dadas las fuertes carencias tanto sociales como económicas del momento, la situación en prisión debía situarse en un nivel prácticamente inferior al del nivel mínimo de subsistencia, para que los que estaban fuera muriéndose de hambre se vieran intimidados. Razones, más que suficientes, para que la enfermedad y la muerte por inanición de los condenados sean las notas definidoras en las cárceles de la época.

⁶⁷ La esencia del *sistema progresivo* radica en fragmentar o distribuir la ejecución de las penas privativas de libertad en diferentes períodos o etapas, en cada uno de los cuales se otorgan al penado más ventajas y privilegios. Las etapas pueden ir desde el aislamiento celular hasta la libertad condicional, cuya progresión se produce a medida que la evolución del preso es favorable al igual que su rendimiento en el trabajo. El simple hecho de que se le ofrezcan incentivos al recluso, para su adaptación al nuevo medio, es la clave principal de su éxito. Es un sistema que se gesta en Europa, durante la primera mitad del XIX, buscando el lograr un sistema penitenciario lo suficientemente flexible como para dirigirlo a lograr la reforma del condenado. *Vid.* en DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el Nuevo código*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 68.

namiento celular —partiendo de los dos grandes prototipos desarrollados en Norteamérica: el *Filadélfico* y el *auburniano*—⁶⁸; y, lo que es más importante, se restringen paulatinamente los castigos corporales y los instrumentos de terror tales como el uso de grilletes, esposas y cadenas⁶⁹.

La pena de prisión en este momento, por tanto, ya reúne tres de las características definitivas que aún mantiene. Se concibe en sí misma como pena; su imposición le corresponde a los tribunales adheridos al principio de igualdad; y comienza a preocupar el modo en que se ejecuta, bien para humanizarlo o bien atendiendo a otros fines —como por ejemplo, a contribuir en los procesos económicos que ocurren en el mercado de trabajo—⁷⁰. Es el triunfo de la institución penitenciaria que, iniciada en Norteamérica a finales del siglo XVII —y concretamente en Pennsylvania, como invento de los cuáqueros—, se extiende posteriormente al resto del mundo, y que sin demasiadas transformaciones llega hasta nuestros días⁷¹.

La «maqueta» de institución carcelaria concebida por los iluministas está dominada por un principio de clasificación cuyas bases son rígidamente objetivas, para de este modo asegurar la actuación de la ley e impedir, al mismo tiempo, cualquier forma ejecutiva desigual; pero ésta no es, sin embargo, su única función. Con ese modelo estructural también se busca evitar el contagio criminal de los sujetos peligrosos, objetivo por el cual comienzan a aflorar tipologías clasificatorias basadas en la personalidad del condenado y su comportamiento en el ambiente carcelario. «Ésta es —advierte PADOVANI— la primera muestra clara que, de desconfianza, hay de la prisión respecto a su capacidad de alcanzar, por sí misma, los objetivos preventivos que, supuestamente, estaba llamada a cumplir»⁷².

⁶⁸ El *Sistema Filadélfico, Alveolar o Pensilvanico*, giraba en torno a los principios de aislamiento y silencio absolutos, por lo que el preso se pasaba el día y la noche encerrado en su celda, sin ningún tipo de visitas, trabajo o cualquiera otra actividad que le impidiera encontrar el ambiente adecuado para la meditación acompañada de la lectura de la Biblia. Al respecto, TAMARIT dice: «los efectos destructivos del aislamiento absoluto sobre la salud psíquica de los condenados no tardaron en hacerse evidentes y se comenzó a hablar de la locura penitenciaria». Vid. en TAMARIT SUMALLA, J. M., *et. alt.*, *Curso de Derecho Penitenciario. Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996*, Cedecs, Editorial S. L., Barcelona, 1996, p. 31. El *Sistema auburniano*, por su parte, nace buscando una alternativa al sistema pensilvanico, y las características se concretan en el aislamiento celular nocturno, pero combinado con vida en común y trabajo durante el día, junto con una severa disciplina (con frecuentes castigos corporales) y un silencio absoluto. Vid. en TAMARIT SUMALLA, J. M., *et. alt.*, *Curso de Derecho Penitenciario*, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁹ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁰ En este sentido, se explica el por qué en Europa, donde no se contaba con una oferta de trabajo suficiente como para ocupar la mano de obra existente en prisión, se opta por el sistema celular, caracterizado por su régimen cerrado y sus buenas dosis de punición y terror; y en Estados Unidos, sin embargo, predomina el sistema de Auburn, que, más económico que el Filadélfico, estaba pensado para desarrollar un trabajo más eficiente y productivo, consecuente con la necesidad de mano de obra que allí, en esa época concreta, existía. Vid. en CRUZ CASTRO, F., «El objetivo resocializador en los orígenes de la prisión. Primeros sistemas penitenciarios», *op. cit.*, pp. 42 y ss.

⁷¹ MORRIS, N., *El futuro de las prisiones*, *op. cit.*, p. 21.

⁷² PADOVANI, T., *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 31.

Se comprueba, en pocas palabras, que para incidir sobre el individuo no basta con insertarlo en una estructura planificada, sino que es necesario valorar sus características y tomar los elementos más cualificadores de su personalidad para que la cárcel puede penetrar en él. Es necesario incidir sobre el sujeto en concreto⁷³.

Esta idea de reformar al delincuente mediante la privación de su libertad se extiende a partir del siglo XIX coincidiendo con los movimientos humanizadores y pedagógicos de la vida en prisión. Son corrientes que, como la de DORADO MONTERO o la escuela de Von LISZT, propugnan la prevención especial; la corrección del delincuente⁷⁴. Se abandonan, en definitiva, los fines retributivos —como fundamento de la pena pero no en sus exigencias de proporcionalidad— para dejar paso a los preventivos. Ha llegado la hora de corregir o reeducar al condenado.

3. Finales del XIX y siglo XX. La incesante búsqueda de la resocialización

A lo largo de los siglos XIX y XX la labor predominante, por tanto, es de continua búsqueda de modelos penitenciarios dinámicos capaces de satisfacer las metas resocializadoras. La custodia o retención del reo dejan paso, en estos momentos, a diversos esquemas carcelarios, destacando los que, al resaltar entre los fines de la pena el de la corrección del delincuente, sitúan como piedra angular la idea del tratamiento. El sistema penitenciario inicia una evolución hacia la subjetividad⁷⁵. Hacia la individualización de las penas conforme a las características singulares del individuo concreto. Sin embargo, la evolución hacia tal objetivo no es lineal y progresiva, sino más bien fluctuante y contradictoria, reflejo claro de la lucha de filosofías penales entre el *humanitarismo* y el *positivismo científico*.

Mientras al *humanitarismo* se le debe la moderna concepción de la prisión, con el sentido y las características definitivas precursadas al respecto por nombres de la talla de BECCARIA —con su percepción de la pena como forma no de expiación del delito cometido, sino como modo de impedir la causación de nuevos daños retrotrayendo de tal modo la pena a los demás ciudadanos—⁷⁶, HOWARD y BENTHAM —padres de toda pretensión reformadora que trate de incorporar la idea de humanidad a las prisiones—⁷⁷; la *perspectiva criminológica positivista*, más preocupada en cuestiones de método y técnica que en reducir el empleo de la prisión y la gravedad del régimen carcelario, fue el aparato de legitimación apropiado para que a partir de la segunda mitad del XIX, y gran parte del XX, se asistiera a un importante fortalecimiento de la cárcel como pena. Parece contradictorio pero en esencia no lo es tanto. La explicación es bastante lógica.

⁷³ *Ibidem*, p. 32.

⁷⁴ Vid. *supra*, Capítulo I, apartado VII.A.

⁷⁵ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, pp. 81 y 82.

⁷⁶ Vid. en BUENO ARÚS, F., «Los fines de la pena y la pena de prisión en Beccaria y en la política criminal española contemporánea», *op. cit.*, pp. 306 y 307.

⁷⁷ Al respecto, HOWARD, *The state of prisons*, 1776, y BENTHAM, *Tratado de la legislación civil y penal*, 1802.

En la prisión se podían concretar, mejor que con cualquier otra pena, tanto los planteamientos retributivos —en sus ansias proporcionalistas— como de prevención especial dominantes en esos momentos en el pensamiento penal. De una parte, la posibilidad de división y cuantificación de esta pena permitía aplicar una cantidad de mal igual al provocado con el delito, cosa que satisfacía a los más retribucionistas. De otro lado, la cárcel, como si de un hospital se tratase, permitía disponer completamente del sujeto a la hora de aplicarle el tratamiento pertinente en aras al planteamiento preventivo-especial, lo que satisfacía enormemente a los correccionalistas⁷⁸. En tal contexto es lógico que las penas privativas de libertad se impongan como el más importante y significativo instrumento sancionatorio. Una concepción de la prisión que, desafortunadamente, llega al día de hoy. Pero, ¿el proceso ha sido el mismo en lo que a América Latina se refiere? Como cabía esperar, también en este aspecto la Región se ve decisivamente influenciada por cómo iban evolucionando las cosas en Europa; sin embargo, allí se dieron unas características definitorias propias respecto de las cuales no debemos —ni queremos— permanecer ajenos.

B) LATINOAMÉRICA Y, DE NUEVO, LA ADOPCIÓN DE MODELOS EUROPEOS

Con la transformación del poder mundial, y el consiguiente desplazamiento de la hegemonía europea hacia el centro y norte de Europa, se produce la independencia política de la región, claramente marcada por las ideologías liberales —esto es, contractualistas y disciplinarias—. Unas ideologías «interesantes» para las minorías criollas —españolas, francesas y portuguesas—, en tanto que necesarias y sumamente útiles para obtener y mantener su hegemonía frente a la gran masa de indios, negros, mestizos y mulatos⁷⁹. El discurso anterior, propio del Estado absoluto, no podía ya tolerarse. Era necesario incorporarse a la «civilización» con un discurso universalizado, y así fue como la teoría del sistema penal en Europa se impone en las tierras habidas en la «otra orilla» del Océano Atlántico. Como el disciplinarismo inglés, en versión benthamiana, penetra en Latinoamérica⁸⁰.

Por toda ella se comienzan a levantar prisiones que respondían a modelos panópticos o variables de ellos. Sin embargo, eran éstos unos modelos en absoluto necesarios, pues no existía concentración urbana ni población que disciplinar para la producción industrial, y puesto que las estructuras económicas dependientes latinoamericanas poco o nada tenían que ver con los fenómenos de poder que en Europa llevaron al disciplinarismo. La consecuencia: en América Latina no se llegó a usar el panóptico para disciplinar, por lo que con el tiempo el sistema de aislamiento se fue quebrando y los nuevos edificios se limitaron a contener personas, reproduciendo el panorama de la prisión en Europa con anterioridad a la introducción del panóptico y de la disciplina.

⁷⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op. cit., p. 459.

⁷⁹ ZAFFARONI, E.R., *Criminología. Aproximación desde un margen*, op. cit., p. 124.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 125.

En las cárceles latinoamericanas se genera un curioso *status quo* de contención institucional, marcado por el elitismo de una minoría de presos, los acuerdos con el personal corrupto y bajo el control público de las reglas de juego debido al fácil acceso desde el exterior⁸¹. Una situación que actualmente se conserva, si bien bajo el discurso positivista-criminológico, que también se «transportó» por el Atlántico a lo largo del XIX, conformándose la misma situación ecléctica que la vivida en Europa⁸². A las estrategias de encierro se le agrega la ideología del tratamiento, cuya última expresión es el régimen de tratamiento progresivo⁸³ —con bases en el sistema de Auburn una vez desligado tanto de su rigurosa disciplina como de la estricta regla del silencio—⁸⁴ actualmente aplicado en la mayor parte de los países centroamericanos. Un sistema que, en la actualidad, una vez demostradas sus debilidades intrínsecas —sobre todo por la falta de medios para llevarlo a cabo— y la falta de resultados, se aspira a superar. Y es que en la práctica, de nuevo —y como advierten CASTELLÓN y HERNÁNDEZ—⁸⁵, las buenas intenciones no han pasado de ser tan sólo un proyecto.

La incoherencia entre los objetivos declarados y los resultados reales —crecimiento imparable de la privación de libertad—, tal y como veremos, llega casi al absurdo en este punto. Y es que la asunción del contractualismo penal en América Latina lo único que efectivamente haría sería conformarse como la brecha de escisión entre el discurso jurídico y la realidad de los sistemas penales latinoamericanos. Desde entonces —estamos con ZAFFARONI— «lo único que se tiene es la impresión de que la mayor parte del esfuerzo teórico se dedica a perfeccionar la lógica interna de un discurso que, a medida que se vuelve más coherente, se aleja más del objeto que quiere interpretar»⁸⁶. Y es que en Centroamérica también se quieren desterrar los últimos resabios de los antiguos modelos represivos, tanto los de contenido meramente retributivo como los positivistas-criminológicos que equiparan la criminalidad con una forma de patología⁸⁷.

Al igual que en el resto del mundo, en Centroamérica, en los últimos tiempos en los que se rechaza todo vestigio retribucionista —aún reconociéndosele su correspondencia con los principios de igualdad y justicia— y se hace evidente el hecho de que la prisión no se limita simplemente a separar al delincuente de la sociedad, sino que aspira, o al menos debe hacerlo, a algo más —a reintegrar en la sociedad a un sujeto capaz de coexistir

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² CASTILLO BARRANTES, J. E., «Los sustitutos de la prisión: estado actual y tendencias en América Latina», *RJCR*, n.º 28, vol. VIII, 1984, p. 36.

⁸³ ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., p. 217.

⁸⁴ CRUZ CASTRO, F., «El objetivo resocializador en los orígenes de la prisión. Primeros sistemas penitenciarios», op. cit., p. 43.

⁸⁵ Porque en la realidad —aseguran CASTELLÓN y HERNÁNDEZ— lo único que cabe observarse en las cárceles —ellos se refieren a las nicaragüenses pero nosotros, por experiencia propia, nos atrevemos a ampliarlo a la gran mayoría de las cárceles centroamericanas— es a los menores revueltos con los mayores, a los condenados con los que apenas están siendo procesados, a los enfermos con los sanos [...]. *Vid.* en CASTELLÓN BARRETO-HERNÁNDEZ LEÓN, *Apuntes de Derecho penal*, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León, 1999, p. 151.

⁸⁶ ZAFFARONI, E.R., *Criminología. Aproximación desde un margen*, op. cit., p. 127.

⁸⁷ ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., p. 218.

a partir de entonces de forma pacífica con los demás ciudadanos—⁸⁸, surge una gran y vieja duda. Una duda que, como vimos, había nacido en el mismo momento en que se delineaban los grandes «sistemas penitenciarios». La duda sobre las posibilidades reales que en el ambiente carcelario hay de llevar a cabo una eficaz obra resocializadora. La difusión y generalización de tales instituciones, evidentemente, no han servido para modificar de forma significativa las connotaciones propias de la cárcel, cuyo modelo ideal, estamos con PADOVANI, sigue siendo una utopía⁸⁹. Porque el problema —ya lo tenían claro los propios iluministas— no es tanto de la institución que reeduca como de la institución donde se reeduca⁹⁰.

C) LA CAÍDA EN DESCREDITO DE LA IDEOLOGÍA RESOCIALIZADORA

1. El paso del sueño al mito. Sus consecuencias en el discurso sancionador del Estado

La orientación reformadora, como hemos visto, alcanza significativa importancia a finales del XVIII —que es cuando se consolida la nueva pena privativa de libertad—, pero no es sino hasta bien adentrados en el siglo XIX, por los efectos que trae consigo la industrialización, que se generaliza y fortalece su meta resocializadora, hasta entonces marginada a determinadas instituciones del sistema penal. Desde aquel momento se asiste a una importante renovación en los sistemas penales internacionales —dirigida siempre hacia el objetivo resocializador— que llega hasta nuestros días, si bien con importantes trabas. Unas trabas que están siendo edificadas a partir de los propios restos en que se está convirtiendo la panacea de la resocialización, debido a la crisis en la que actualmente se ve envuelta. Y es que la resocialización ha pasado, en un breve periodo de tiempo, de constituir la alternativa de futuro al Derecho penal clásico a plantear graves dilemas con su consecuente puesta en entredicho.

El optimismo de los primeros momentos comenzó a decaer ante las graves objeciones que se iban vertiendo sobre ella, en torno sobre todo a la escasez de resultados prácticos. Esto sucedió en los años setenta y desde entonces ha sido cuestionada. En Centroamérica, al igual que en el resto del mundo, se alzan contra ella críticas de lo más diverso, que parten de la ambigüedad e inconcreción del propio concepto de resocialización y que acaban con todas las dificultades teóricas y prácticas que conlleva la meta resocializadora. Una crisis que, en definitiva, no es sino el reflejo de otra crisis: la del propio Derecho penal. Un Derecho penal pleno —como hemos visto— de íntimas contradicciones, fracasos y frustraciones. En todo caso, y sea cual sea la causa, lo cierto es que la utopía resocializadora ha caído en descrédito, y esto —nos advierten HASSEMER y MUÑOZ CONDE—⁹¹ ha traído consigo consecuencias de diferente signo. Mientras como aspecto positivo, que

⁸⁸ GRACIA MARTÍN, L. (COORD.) *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, op. cit., p. 88.

⁸⁹ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, op. cit., p. 23.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 33.

⁹¹ HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op. cit., pp. 152 y 153.

también debemos destacar, promueve la persecución de nuevas vías resocializadoras no coactivas, y reaviva las esperanzas en una sucesiva abolición de la pena privativa de libertad —mediante la, cada vez mayor, aplicación de sustitutivos y la sucesiva descriminalización de conductas—, su aspecto negativo es, por desgracia, más realista y, lo que es peor, mucho más cercano.

Tal y como nos recuerda BARATTA⁹², la crisis de la resocialización unida a otra crisis, en este caso la del Estado de bienestar, y el recorte presupuestario que esta última ha supuesto —que conllevó, entre otras cosas, la supresión de una parte importante de los recursos económicos que habrían ayudado a llevar a cabo una política carcelaria efectivamente resocializadora—, ha provocado el que hoy en día se asista en muchos países, sobre todo en Estados Unidos, a un desplazamiento de la prevención especial positiva, o resocializadora, a la negativa, intimidatoria o inocularizadora⁹³. Los cambios sufridos por el Estado, con el fortalecimiento de su elemento de guerra (*warfare*) y el consiguiente detrimento de su elemento social (*welfare*), han llevado a un mayor intervencionismo y penetración en los derechos de los ciudadanos, como ocurre con la *Berufsverbot* en Alemania, *Legislazione di Emergenza* en Italia, e incluso la propia Legislación antiterrorista en España⁹⁴. Algo similar ocurre también en Centroamérica.

El endeudamiento externo que sufren la gran mayoría de los países que conforman esta Región, a causa sobre todo de los fenómenos macro-económicos mundiales vividos a partir de los ochenta, ha provocado grandes desajustes económico-sociales que han afectado de forma notable al sistema penal, y particularmente a su subsistema penitenciario, profundamente desfinanciado por la crisis global que en la actualidad se padece⁹⁵. Escasez de recursos que, a un tiempo, y tal y como vimos, perjudica los programas de prevención primaria, con el consecuente aumento vertiginoso de la criminalización de los sectores sociales más vulnerables, respecto de los cuales se están adoptando verdaderas políticas de emergencia⁹⁶. Políticas de orden público que enfatizan, nuevamente, las teo-

⁹² BARATTA, A., «Cárcel y estado social. Por un concepto de reintegración social del condenado», trad. M. Martínez, OLIVAS (COORD.) *Problemas de legitimación del Estado social*, Madrid, 1991, p. 138.

⁹³ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el estado democrático*, op. cit., pp. 38 y 39.

⁹⁴ LARRAURI, E., «Abolicionismo del Derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista», op. cit., p. 97.

⁹⁵ Conforme a los datos del Banco Mundial en 1979 la deuda externa mostraba ya una carga deudora superior al 10% de las exportaciones cubriendo, junto a África y el Extremo Oriente, la mayor parte de América Latina. En los años siguientes la situación se agravó notablemente, entre 1975 y 1983 se triplicó la deuda, al mismo tiempo que aumentaron los intereses, de tal forma que en 1982 los servicios de las deudas externas equivalían a más del 50% de los pagos de los países acreedores. En 1986 la deuda latinoamericana asciende a 365 mil millones de dólares. Los créditos para el desarrollo bajan del 60% al 34% en la década de los ochenta, al igual que la inversión directa —que baja del 20 al 14%. La traducción de todo esto: los países acreedores no sólo aumentan el déficit de los países latinoamericanos, disminuyendo el precio de los productos que compran y aumentando el de los que venden, sino que incluso comprometen las exportaciones de esos países para descargarse del exceso de medios que en aquel momento provocó la llamada «crisis del petróleo». Una política proteccionista que les sumerge en la grave crisis que hoy en día soportan. Vid. en ZAFFARONI, E.R., *Criminología. Aproximación desde un margen*, op. cit., pp. 34 y ss.

⁹⁶ Vid. *supra*, Capítulo II, Apartado II.B (B-3).

rías de prevención general con el correspondiente rechazo de toda objetivo reformista o de intervención asistencial.

Asistimos, como impasibles espectadores, al paso de un enfoque resocializador a otro intimidatorio, al incrementarse notablemente la gravosidad de las condiciones de la privación de libertad. Nos encontramos, sin más —y así lo advierte ANCEL—, ante un retorno a la represión «pura y dura»⁹⁷. Ante una vuelta a la concepción de la «pena de la culpabilidad»⁹⁸. Y lo peor de todo es que la pena privativa de libertad, tal y como está concebida hoy en día, es el caldo de cultivo perfecto para ello. Vemos como se da un paso hacia atrás y, sin embargo, no podemos decir que sea algo ilógico —que es algo muy diferente a que sea deseable—. Porque si partimos de que —y en este punto transcribimos a MARTINSONS— «salvo raras excepciones, los esfuerzos rehabilitadores no han reportado efectos apreciables sobre la reincidencia»⁹⁹, lo más cómodo, ciertamente, es retomar la antigua vía, que también es la más fácil: sencillamente apartamos el problema y nos olvidamos de él. Ésta ha sido la filosofía seguida por la, casi inaugurada, corriente del «*nothing works*», y de igual forma se ha alzado como argumento central del neoclasicismo.

Las peticiones de dureza y represión son, por tanto, sólo la consecuencia de la crisis en que se ve sumergida la resocialización. Las causas —que es por donde hay que comenzar a trabajar— son el verdadero problema. Las críticas más duras, evidentemente, se vierten sobre la prisión y su inadecuación intrínseca para alcanzar cualquiera que sea el fin resocializador, pero éstas no son las únicas. Las críticas también pasan por poner en entredicho la legitimidad del propio objetivo resocializador, y al respecto se preguntan: ¿cómo se puede pretender resocializar a un individuo para integrarlo en una sociedad que en sí es criminógena? ¿El primer paso lógico no sería el de resocializar primero a esa sociedad? ¿Resocializar no es, en cualquier caso, atentar contra la pluralidad y la dignidad humana, valores omnipresentes en nuestro modelo de Estado? En pocas palabras, y como escribe VÍQUEZ, ¿existe el derecho a resocializar?¹⁰⁰. No se objeta, en definitiva, su romanticismo utópico —aclara GARCÍA PABLOS—¹⁰¹ sino, fundamentalmente, su ilegitimidad en un modelo de sociedad democrática, humanitaria y pluralista. Comencemos, pues, por aquí.

2. Problemas intrínsecos al propio objeto resocializador

a) Su «dudosa» legitimidad. ¿Resocializar para qué?

Si se hace equivaler el término «reinserción» al proceso de introducción del individuo en la sociedad, y si es verdad que —como afirma DURKHEIM— la criminalidad es un ele-

⁹⁷ ANCEL, *Directions et directives de politique criminelle dans le mouvement de réforme pénale moderne, en Festschrift für Hans-Heinrich Jeschke zum 70. Geburtstag zweiter Halbband*, Berlin, 1985, p. 784.

⁹⁸ HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 152.

⁹⁹ Vid. en GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 39, nota 145.

¹⁰⁰ VÍQUEZ JIMÉNEZ, M. A., «Alcances y limitaciones del tratamiento penitenciario en Costa Rica», *RJCR*, año XI, n.º 38, septiembre de 1986, San José, p. 94.

¹⁰¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», op. cit., p. 664.

mento integrante de la sociedad sana, siendo esa misma sociedad la que produce y define esa criminalidad, ¿no resulta más bien irónico el que se le legitime para que sea, precisamente ella, la que reclame la adaptación del individuo a sus dictados?¹⁰². Si la resocialización —como nos recuerda MUÑOZ CONDE—¹⁰³ sólo tiene sentido cuando la sociedad en la que se quiere reintegrarlo posee un orden social y jurídico justos, y la realidad es diametralmente opuesta a tales directrices, ¿qué hacemos, en definitiva, hablando de resocialización?

Como ya hemos analizado, la mayoría de las personas que pueblan las prisiones pertenecen a los sectores más desfavorecidos tanto económico-social como culturalmente. Son, por ello, personas carentes de un proceso socializador mínimo, por lo que su «resocialización» presenta problemas insalvables a menos que cambien sus circunstancias de base¹⁰⁴. En este sentido se critica la falta de legitimación que supone el buscar una resocialización únicamente dirigida al delincuente olvidando al otro factor integrante: la sociedad. El problema de la criminalidad se centra en el individuo delincuente y en ningún caso se alude, ni tan siquiera, a una sola causa externa al individuo que haya podido influir en su condena o estigmatización penal. La delincuencia como etiquetaje y las causas sociales, económicas o políticas de ésta no son objeto, es evidente, de tratamiento¹⁰⁵. Se está dejando de lado, en definitiva, la co-responsabilidad que respecto del delito pueda tener la sociedad —y de la que ya habló LISZT en su momento—¹⁰⁶, cuando esto es algo a tener necesariamente presente puesto que —como advierte MUÑOZ CONDE— «hablar de resocialización del delincuente sin cuestionar, al mismo tiempo, el conjunto normativo al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido»¹⁰⁷.

Al respecto, y siguiendo esta línea argumental, son muchas las corrientes críticas que —como la del *labelling approach* o teoría del etiquetamiento, la del psicoanálisis, o la Criminología crítica—¹⁰⁸ traspasan la culpa del delito, o al menos la causa del mismo, a la

¹⁰² Vid. en CURY URZUA, E., «La prevención especial como límite de la pena», op. cit., p. 690.

¹⁰³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, op. cit., p. 96.

¹⁰⁴ BONA I PUIGUERT, R., «La función rehabilitadora de la pena de privación de libertad: entre el discurso teórico y el fracaso», *JPD*, n.º 3, 1993, p. 41.

¹⁰⁵ MUÑOZ CONDE, F., «Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera», en *VI Jornadas Penitenciarias andaluzas*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, 1989, p. 38.

¹⁰⁶ Vid. en ROXIN, C., «Franz von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo», op. cit., p. 67.

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», *CPC*, n.º 7, 1979, p. 94.

¹⁰⁸ Para la teoría del *labelling approach*, o teoría del etiquetamiento, la criminalidad es el producto del «etiquetamiento social», una etiqueta que determinadas instancias criminalizadoras asignan a través de los procesos de criminalización a conductas en sí mismas criminógenas. El psicoanálisis, por su parte, cree que el delincuente no es otra cosa que el «chivo expiatorio» en el que se proyectan las culpas de la sociedad. Y la *Criminología crítica*, por último, sostiene que el Derecho penal burgués se debe sólo a la defensa de los intereses de la clase dominante, y tal defensa sobre quienes cae discriminatoriamente es sobre el proletariado. Vid. en MIR PUIG, S., «¿Qué queda en pie de la resocialización?», en *El Derecho penal en el Estado social y Democrático de Derecho*, op. cit., p. 144.

sociedad. En ellas, al mismo tiempo en que se desmitifica el Estado se desmitifica la pena y se abre el camino a su constante rediscusión y crítica, donde el punto central se sitúa en *resocializar a qué sociedad y para qué*¹⁰⁹. Se pretende, en consecuencia, resocializar primero a la sociedad en tanto que —también— «culpable» del delito¹¹⁰; lo cual, en última instancia, y como vimos, llevaría irremediablemente a exigir la abolición del Derecho penal¹¹¹ y la creación de un estado final paradisíaco en el que todos los hombres convivan libres y felices, sin represión¹¹². Una hipotética abolición que por el momento es imposible, puesto que —y de acuerdo nuevamente con MUÑOZ CONDE— «en tanto no se modifiquen las actuales estructuras sociales, y con ellas las actuales relaciones de poder, la cárcel volverá a funcionar, quizás con otro nombre y en otras circunstancias (no necesariamente mejores), pero seguirá siendo cárcel al fin y a la postre»¹¹³.

Dejémonos pues de tanto sueño utópico. Lo único real y cierto es que la cárcel sigue ahí, por mucho que no queramos verla, y mientras no desaparezca no podemos dejar en el olvido a los que en ella se encuentran. Es nuestra responsabilidad, es responsabilidad de toda la sociedad. El sistema penitenciario necesita una orientación definida; la imposibilidad de abolir la prisión impone esta necesidad. «El cuestionamiento al Derecho penal y la crisis de las sanciones tradicionales, no impiden —nos recuerdan CRUZ y GONZÁLEZ— en el mediano y corto plazo, la definición de una política penitenciaria que realmente refleje los principios de un Estado democrático de Derecho»¹¹⁴. No se debe, en consecuencia, dejar de ofrecer ayuda al condenado para su (re)inserción en la sociedad y en las normas. Entre el Estado y el condenado hay un entramado de derechos y deberes ineludibles, y el hecho de que el sujeto esté sometido a una pena privativa de libertad no implica que deje de ser ciudadano de un Estado¹¹⁵. Es más, esa relación jurídica del Estado con el condenado a prisión, dada su condición de recluso, debe ser más especial, y, entre otras cuestiones, aquél está primordialmente obligado a intervenir en la readaptación de éste¹¹⁶.

Igual que la sociedad tiene el derecho y la obligación de defenderse frente a la violación de la ley, tiene el derecho y la obligación de ocuparse de los infractores. La sociedad les debe su resocialización, o al menos debe tender a ella. Eso es lo más razonable en una sociedad orientada *output* a las consecuencias, y donde ninguna institución puede funda-

¹⁰⁹ BUSTOS RAMÍREZ-HORMAZÁBAL MALAREÉ, «Pena y Estado» *op. cit.*, p. 111.

¹¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 31.

¹¹¹ *Vid. supra*, Capítulo II, Apartado X.B.

¹¹² Algo que, por otro lado, siempre será una panacea, puesto que —estamos con MAPELLI— es erróneo pensar que sea posible una sociedad sin conducta desviada. Es impensable una sociedad de santos. La delincuencia nunca desaparece, como mucho se transforma. *Vid.* en MAPELLI CAFFARENA, B., «Desviación social y resocialización», *CPC*, n.º 23, 1984, pp. 311 y ss.

¹¹³ MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», *op. cit.*, p. 105.

¹¹⁴ CRUZ-GONZÁLEZ, «La sanción penal», *op. cit.*, p. 79.

¹¹⁵ HASSEMER, W., *Fundamentos del derecho penal*, *op. cit.*, p. 353.

¹¹⁶ GRACIA MARTÍN, L. (COORD.) *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, *op. cit.*, p. 89.

mentarse en su simple valor simbólico sin aportación positiva alguna a la sociedad¹¹⁷. «Porque —como nos recuerda GARCÍA PABLOS—, las reformas estructurales siempre tardan demasiado en llegar, si es que llegan, y mientras la situación sigue siendo la misma»¹¹⁸.

Llegados aquí parece ser que el acuerdo es unánime: hay que tender en todo caso a la resocialización. Pero, ante la presencia de una sociedad pluralista donde faltan la base unitaria y la comunidad de intereses y metas necesarias, ¿con referencia a qué normas de todas las vigentes en la sociedad se debe hacer? Y, en todo caso, ¿resocializar no es, finalmente, un acto de sometimiento, una imposición de ideas?

b) Resocialización, pluralidad y dignidad humana ¿no son, en esencia, incompatibles?

En demasiadas ocasiones —y así nos lo recuerda GARCÍA RIVAS—¹¹⁹ la identificación entre resocialización y humanitarismo ha implicado la pérdida de las garantías mínimas en la ejecución de la pena, sirviendo de apoyo a intervenciones coactivas manipuladoras, que se han llevado a cabo unas veces sobre el cuerpo y otras sobre la mente del condenado a fin de que adopte como suyos los valores sociales predominantes. ¿Es esto compatible con un modelo de Estado que ensalza la pluralidad y la capacidad de autodeterminación como valores definitorios de sí mismo? Decididamente no.

Si bien es coherente con una sociedad pluralista y democrática —donde, en consecuencia, coexisten diferentes sistemas de valores— el que se de lugar a un choque entre los valores de aquéllos que hacen las normas (los legisladores) y los de aquéllos a quienes van destinadas (los ciudadanos), se debe huir de un tratamiento del penado como mero objeto a adaptar y propugnar, en cambio, que se parta de su consideración como sujeto. El tratamiento en primer término es un derecho del penado y por ello no puede llevarse a cabo sin el consentimiento del mismo; sin el respeto de sus derechos fundamentales¹²⁰. Porque si esto fuese así, si se impone coactivamente el tratamiento —estamos completamente de acuerdo con FROMM—¹²¹, se llegaría a la contradicción de negar la libertad a quien se quiere dar capacidad de vivir en ella.

El delincuente no puede ser tratado como un «conejiillo de Indias» —expone gráficamente MUÑOZ CONDE—¹²², hay un derecho a «ser diferente», y en consecuencia un «derecho a no ser resocializado»; lo contrario es una clara manipulación de la conciencia y nosotros —con MIR—¹²³ consideramos que el Derecho penal no debe invadir, en ningún caso, un terreno que le es tan ajeno. En nombre de la resocialización de adultos no cabe

¹¹⁷ MUÑOZ CONDE, F., «Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera», *op. cit.*, p. 43.

¹¹⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *op. cit.*, p. 698.

¹¹⁹ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

¹²⁰ BUENO ARÚS, F., «La sanción penal», *BIMJ*, 2.º semestre, 1978, p. 4.

¹²¹ FROMM, E., *El corazón del hombre*, Fondo de Cultura Económica, México, 1977, pp. 178 y 179.

¹²² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

¹²³ MIR PUIG, S., «¿Qué queda en pie de la resocialización?», *op. cit.*, pp. 141 y ss.

más que una llamada al mantenimiento de la legalidad sin ulteriores exigencias morales¹²⁴. Porque, al fin y al cabo, «socializar significa —advierte GARCÍA VALDÉS— no otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar»¹²⁵.

Y es que la autodeterminación es importante —nos recuerdan CRUZ y GONZÁLEZ—¹²⁶, y no tanto por razones legales y éticas como por la esencia misma de lo que constituye una auténtica transformación de la persona. Por tal motivo se debe renunciar a la resocialización como asunción por el reo de un determinado orden moral —que de entrada chocaría con los principios de pluralismo y desarrollo libre de la personalidad, como pilares básicos en un Estado de derecho¹²⁷—, y, por contra, de lo que se trataría es de avivar lo que CALLIES denomina «estructura dialógica de los sistemas sociales» —como «proceso de diálogo» entre el Estado y el condenado—, que conformaría el componente democrático que hace posible la síntesis, en una única fórmula, del Estado de Derecho y del Estado Social¹²⁸. Son las exigencias propias de este modelo de Estado las que deben actuar de límite sino se trataría de un poderoso instrumento en manos del Estado, y más a sabiendas, como la historia a puesto de relieve, de que la prevención especial ha sido la finalidad de la pena preferida por las dictaduras frente al disidente político —que es lo que ocurrió en Alemania durante el nacionalsocialismo del III Reich—¹²⁹.

Es por todo ello que la mayoría de los autores abogan por una resocialización encaminada por criterios de legalidad, o lo que es lo mismo, por una resocialización cuya meta debe ser el que el sujeto concreto se adecúe externamente a las normas imperantes en la sociedad, y no que asuma con naturaleza forzosa los valores «de los otros» que lo único que conseguiría sería afectarle en su autonomía provocando en él «actitudes de resignación, apatía o pérdida de identidad»¹³⁰. Rechazo, por tanto, de los «programas máximos» que no conformes con pretender que el sujeto respete externamente la ley aspiran a conseguir el convencimiento ético del individuo, y su adhesión interna a los valores sociales, violando con ello el primer derecho de cada hombre: la libertad de ser él mismo y de seguir siendo como es. Apoyamos, en consecuencia, los «programas mínimos»¹³¹ con ex-

¹²⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *op. cit.*, p. 665.

¹²⁵ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 28 y 29 y pp. 156 y ss. En el mismo sentido, BARBERO SANTOS, M., *Marginalización social y Derecho represivo*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 189.

¹²⁶ CRUZ GONZÁLEZ, *La sanción penal*, *op. cit.*, p. 45.

¹²⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 26.

¹²⁸ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 86.

¹²⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 25.

¹³⁰ MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», *op. cit.*, pp. 94 y ss.

¹³¹ Se trata de la denominada «socialización primaria», que coincidiría con la aspiración perseguida por el principio de «ultima ratio» al que se adhiere la mayor parte de la doctrina. Así, entre otros, MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 51 y ss.; ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», *op. cit.*, pp. 21 y 22; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J., «La prisión: historia, crisis, perspectivas de futuro», en BERISTAIN (ed.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, Madrid, 1984, pp. 144 y ss.

clusivas pretensiones de facilitar al delincuente una vida futura sin delitos. Una resocialización para la legalidad que, sin embargo, tampoco está exenta de problemas, y en consecuencia también ha sido cuestionada desde diversos frentes. Las terceras vías más representativas ofertadas al respecto son las seguidas por ESER y HAFFKE.

Ambos autores parten de considerar que si la resocialización se limita a la exigencia de una actitud externa de respeto a la legalidad penal se produce, en consecuencia, un vacío moral. O lo que es lo mismo, se hace patente la falta del convencimiento moral de que su comportamiento es el adecuado, por lo que se corre el riesgo, tal y como ciertamente ocurre, de que una vez desaparecidos o fallados los condicionamientos activos se acabe ese «buen comportamiento». Y es que, a juicio de estos autores, «una resocialización eficaz y duradera no puede basarse en el miedo a la pena ni en la conformidad formal del comportamiento externo con la ley»¹³². Es por esto que se han decantado por buscarle vías intermedias, a caballo entre resocialización para la moralidad —patente en los programas máximos— y resocialización para la legalidad —inherente a los programas mínimos—¹³³.

En lo que respecta a ESER, su propuesta basada en la «*Pedagogía de la autodeterminación*» de V. HENTIG consiste en ofrecer al penado distintas alternativas en el camino a su autorrealización, inculcándole, al mismo tiempo, más que el respeto por las normas penales una actitud positiva hacia los valores y bienes jurídicos que se esconden detrás de sus prohibiciones. HAFFKE, por su parte, nos habla de una «*Terapia social emancipadora*» que consiste en asignar a la ejecución de las penas privativas de libertad una doble misión: el respeto a la libre autonomía individual, junto al ofrecimiento al recluso de toda la ayuda necesaria para superar los problemas que le condujeron a delinquir. Sin embargo, y muy a pesar de sus buenos propósitos, tampoco estas propuestas nos dan una solución efectiva al problema resocializador.

Ambas direcciones son acriticas respecto del sistema, carecen de contenido. Se limitan a legitimar las cosas tal y como están y no se detienen a cuestionar la cárcel en sí misma sino que la aceptan como una amarga necesidad, como una realidad inevitable, cuando es precisamente esa realidad el principal obstáculo para llevar a la práctica tantas y tantas palabras bellas que se dan en la teoría. Y es que, tal y como alega MUÑOZ CONDE, «por muy humano que sea —que no lo es—, y muy bien organizado que esté el sistema carcelario —que no lo está—, mal se puede ofrecer solucionar los problemas del recluso, cuando el primero y principal problema que tiene es estar precisamente en la cárcel»¹³⁴.

3. Conclusiones. Hacia un modelo liberal y comunicativo de resocialización

Si bien la resocialización debe seguir siendo el inexcusable punto de referencia, debemos, no obstante, ser conscientes de que es indispensable analizar con cuidado su al-

¹³² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *op. cit.*, p. 665.

¹³³ MUÑOZ CONDE, F., «Resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», *op. cit.*, pp. 98 y ss.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 99 y 100.

cance, y no ignorar, en ningún momento, las limitaciones a las que está sometida¹³⁵. «Hay que tener cuidado —nos recuerda YOUNG—, pues es común que dentro del guante de terciopelo de la terapia y el tratamiento se esconda la misma garra de hierro del castigo»¹³⁶.

El soporte limitativo lo constituye el modelo de Estado social y democrático de Derecho, en el que se sustentan los sistemas punitivos aquí analizados, y eso es algo de lo que no podemos desentendernos. El camino más inteligente, por tanto, es el que comienza por elaborar una propuesta resocializadora lo más adecuada posible a dicho modelo de Estado. Un modelo de Estado donde no basta con obtener el beneplácito del sujeto, sino que es preciso —de acuerdo con SILVA— «atender también al contenido y los fines asignados a tal proceso, a la actitud con que, desde el Estado o el conjunto de la sociedad, se asiste al mismo»¹³⁷.

Porque si la mayoría de la gente respeta la Constitución y se adhiere a la proclamación del Estado social y democrático de Derecho, la coherencia obliga a admitir que se procure la resocialización, entendida como consecución de una actitud de respeto hacia los bienes jurídicos fundamentales en dicho modelo de Estado. Porque lo máximo que se puede perseguir, en aras al respeto de los derechos inherentes a la dignidad humana, es la evitación de un nuevo delito sin aspirar a cambiar las convicciones personales del condenado, buscando un cumplimiento de la pena que no termine en peores condiciones de socialización que las que presentaba antes. O lo que es lo mismo, se impone el criterio de la no desocialización como rector de la ejecución de la pena¹³⁸.

Fin resocializador, por tanto, pero no como imposición sino sólo como oferta, y dada la fundamentación neopersonalista coherente con tal modelo de Estado tanto en sus postulados como en sus contradicciones¹³⁹. Hacerlo de otra manera —nos recuerda BOIX—¹⁴⁰, reconociendo la posibilidad de imponer el tratamiento reeducativo, supondría admitir una visión supraindividualizada de la persona contraria con la estructura democrática y la libertad ideológica constitucionales.

Debemos adherirnos, en suma, a una concepción limitada de la resocialización que le otorgue un contenido mínimo y básicamente abierto¹⁴¹. Estamos llamados —a juicio de SILVA—¹⁴² a apostar por medios liberales, comunicativos, de resocialización. A proponer

¹³⁵ CRUZ-GONZÁLEZ, *La sanción penal. Aspectos penales y penitenciarios*, op. cit., p. 41.

¹³⁶ YOUNG, J., «Los guardianes del zoológico de la desviación», en *Estigmatización y conducta desviada*, Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, p. 219.

¹³⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 33.

¹³⁸ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, op. cit., p. 37.

¹³⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 62.

¹⁴⁰ BOIX REIG, J., «Significación jurídico penal del art. 25.2 de la Constitución (La reeducación y inserción social del condenado)», en *Escritos penales*, Valencia, 1979, p. 116.

¹⁴¹ MIR PUIG, S., «¿Qué queda en pie de la resocialización?», op. cit., p. 147. De igual modo, en la doctrina latinoamericana: BERGAMINI MIOTTO, A., «Penas cumplidas en prisión y en la comunidad», op. cit., pp. 100 y ss.; VÍQUEZ JIMÉNEZ, M. A., «Alcances y limitaciones del tratamiento penitenciario en Costa Rica», op. cit., pp. 94 y ss.

¹⁴² SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 34.

estrategias que surgiendo de una corriente autocrítica en el seno de la Nueva criminología vean la necesidad de pasar del idealismo al realismo, y tiendan a una disminución real y efectiva de la criminalidad desde perspectivas progresistas, abandonando viejas pretensiones de abolición, pero «sin infravalorar totalmente —nos recuerda PAVARINI— los efectos saludables de esta tensión utópica, de este optimismo de la voluntad particular en nuestra triste y deprimente contingencia histórico-política»¹⁴³. Debemos andar, en definitiva, y como vimos, por el camino del Derecho penal mínimo a través de un concepto más realista y abierto de resocialización¹⁴⁴. Una resocialización que, no cabe duda, es más fácil de lograr fuera de los muros de la prisión, si por resocialización se entiende, como mínimo, no-desocialización.

Y es que el debate en la actualidad ha variado de objeto. Sin abandonar la crítica de la resocialización en sí misma, la discusión ha ampliado su campo y ahora llega hasta el cuestionamiento sobre la idoneidad o no de los medios usados en aras a su alcance¹⁴⁵. La discusión hoy en día gira sobre el tratamiento penitenciario y la incompatibilidad de sus objetivos con los medios de que dispone. Se asiste, en definitiva, al reconocimiento de la por esencia inconciliabilidad entre tratamiento y privación de libertad¹⁴⁶. El tratamiento penitenciario se ve, en pocas palabras, sometido a duras críticas, y la pena privativa de libertad que le sirve de marco de desarrollo es lógico se vea arrastrada por la crisis de aquél.

D) RESOCIALIZACIÓN Y TRATAMIENTO PENITENCIARIO. MÁXIMA EXPRESIÓN DE INCOMPATIBILIDAD ENTRE OBJETIVOS Y MEDIOS

1. Concepto de tratamiento

Que la función primordial de la ejecución de la pena privativa de libertad consiste en que el delincuente lleve en el futuro una vida honrada en libertad, eso es algo mayoritariamente acogido en su fundamentación teórica por la doctrina. Sin embargo, esta misma doctrina discrepa en cuáles han de ser los medios empleados para alcanzar tales objetivos. O lo que es lo mismo, en que ha de consistir, o como debe ser, el *tratamiento* del delincuente para llegar a tan encomiable fin resocializador.

El tratamiento penitenciario es definido por ALARCÓN como «la ayuda basada en las ciencias de la conducta, voluntariamente aceptada por el interno, para que en el futuro pueda elegir o conducirse con mayor libertad, o sea, para que pueda superar una serie de condicionamientos individuales o sociales, de cierta entidad, que hayan podido provocar o facilitar la delincuencia»¹⁴⁷. El tratamiento debe ser, por tanto —y de acuerdo con MA-

¹⁴³ PAVARINI, M., «El sistema de Derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo», op. cit., p. 157.

¹⁴⁴ *Vid. supra*, Capítulo II. Apartado IV.D.

¹⁴⁵ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 20.

¹⁴⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op. cit., p. 460.

¹⁴⁷ ALARCÓN BRAVO, J., «El tratamiento penitenciario», en *Estudios penales. II. La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1979, pp. 13 y ss.

PELLI—¹⁴⁸, el núcleo de toda actividad penitenciaria. Debe tender siempre al fin resocializador, a través de una serie de medidas compatibles con la limitación de la libertad personal y, sobre todo, con el respeto a la personalidad humana ¹⁴⁹. Sin embargo, es aquí, precisamente, donde comienza el alud del problema.

La sospecha de que la cárcel no regenera a nadie, lógicamente —y así nos los recuerda ARROYO RODRÍGUEZ—¹⁵⁰, pone en tela de juicio el que la pena privativa de libertad cumpla el cometido teórico y jurídicamente declarado, y, del mismo modo, pone en entredicho si el tratamiento clínico, heredado del positivismo criminológico y consustancial al progresivismo —acogido, de forma general en Centroamérica—¹⁵¹, tiene efectivamente validez empírica y funcional. Y es que, si bien la concepción preventivo-especial —no debemos quitarle ese mérito— ha contribuido de forma decisiva, a lo largo de la historia, al desarrollo científico y a la realización de un sistema penitenciario más o menos consecuente con la idea de resocialización que le subyace, la realidad es que el problema más que de fines sigue siendo de medios ¹⁵². El problema sigue siendo la cárcel.

2. La paradoja de pretender educar para la libertad en condiciones de falta de libertad

La cárcel siempre ha sido mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad. Cuando a una persona se le condena a prisión no sólo se le condena a estar encerrada en un establecimiento penitenciario, sino también se le obliga a estar con personas que no ha escogido, a comer lo que le den, a dormir junto a quien le corresponda, etc.; y todo ello sin contar —como nos advierten ISSA y ARIAS respecto de la realidad centroamericana— con las altas probabilidades de ser violado sexualmente y de ser más propenso a ser lesionado o asesinado que en la vida en libertad —aparte de la involucración que este hecho tiene para su familia, sobre todo cuando el condenado es, al mismo tiempo, el encargado de mantenerla—¹⁵³.

Desde su concepción tradicional la prisión siempre ha significado el abandono de las garantías mínimas inherentes al ciudadano y el abuso del autoritarismo dentro del sistema penal ¹⁵⁴. «Mantiénesse, pues —escribe al respecto FOUCAULT—, un fondo «suplicante» en los mecanismos modernos de la justicia criminal, un fondo que no está por completo

¹⁴⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 249; *el mismo*, en «Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad», en *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 1983, pp. 18 y ss.

¹⁴⁹ SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J. E., *La Constitución y la reeducación y la resocialización del delincuente*. Vid. en GARCÍA VALDÉS, C., «El trabajo penitenciario», *CPC*, 1980, pp. 93 y ss.

¹⁵⁰ ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

¹⁵¹ Vid. *infra*. Apartado III.A (A-2.b.1.3.2).

¹⁵² ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁵³ ISSA-ARIAS, *Derechos humanos en el sistema penal*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, 1996, p. 105.

¹⁵⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, *op. cit.*, p. 467.

dominado, sino que se halla envuelto, cada vez más ampliamente, por una penalidad de lo no corporal» ¹⁵⁵.

En las prisiones existe una *subcultura carcelaria* —o sistema diferenciado de control social y jerarquía estructurado por normas— caracterizada por valores radicalmente opuestos a la actitud de colaboración que se hace necesaria para conseguir el clima propicio para el tratamiento resocializador. CURY, al respecto, es sumamente explícito: «Los progresos efectuados por el recluso en la convivencia carcelaria no coinciden, por regla general, con los que lo habilitan para desenvolverse en el medio social libre [...]. Algunos reclusos adoptan una actitud conformista y dependiente que no es apropiada para enfrentarse a los requerimientos de la convivencia en condiciones normales [...]. El solo hecho de vivir por un tiempo prolongado en espacios cerrados, desarrolla en los individuos la necesidad de limitaciones especiales que les provoca ansiedad cuando recuperan la libertad» ¹⁵⁶. Es lo que CLEMMER ¹⁵⁷ denomina «*prisonización*» ¹⁵⁸ y GOFFMAN «*enculturación*», cuyos evidentes efectos negativos en pro de la resocialización son difícilmente evitables con el tratamiento ¹⁵⁹. La persona se sumerge en una «*cultura de jaula*» ¹⁶⁰ que nada tiene que ver con la de la vida del adulto en libertad. A partir de esto —y con razón lo señalan SCHÜLER y SPRINGORUM— es fácil concluir que no siempre un «buen preso» es un buen ciudadano en libertad ¹⁶¹.

Porque la pena privativa no sólo es un mal que priva de la propia libertad, sino que el ambiente hostil en el que se desenvuelve para nada crea el ambiente relajado que el sujeto necesita para ser tratado con expectativas de éxito ¹⁶². Desde el momento en que el

¹⁵⁵ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁶ CURY URZÚA, E., «La prevención especial como límite de la pena», *op. cit.*, p. 689.

¹⁵⁷ CLEMMER, *La sociedad carcelaria*, 1940.

¹⁵⁸ Algunos investigadores, como es el caso de WHEELER, descubrieron que existe una curva de variación de la conformidad a la normatividad institucional, que partiendo de un alto grado de ella volvía al mismo punto poco antes de la liberación, pasando por un notable descenso en la fase intermedia en la que el interno se integra con mayor fuerza a la subcultura de sus compañeros de desgracia, pues se prisionaliza o se aísla. Vid. en RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁹ El proceso es el siguiente: al ingresar en prisión el interno se ve obligado a adaptarse a esta nueva cultura, si no quiere incurrir en las sanciones impuestas por sus propios compañeros que pueden ir desde el aislamiento hasta los malos tratos e incluso la muerte. Este proceso de adaptación va en sentido inverso al que pretende el tratamiento resocializador, y que comienza con lo que GOFFMAN califica como fenómeno de *desculturización* —o pérdida de las capacidades vitales mínimas exigidas para llevar una vida en libertad— y continúa con el fenómeno denominado como *enculturación* (también llamado *prisonización*) —y que consiste en que el preso adopte, en mayor o menor medida, los usos y costumbres, tradición y cultura del establecimiento penitenciario—. Todo ello unido a otros factores como el tiempo de duración de la condena, la personalidad del recluso, las relaciones que sustenta con el exterior, el trabajo que desempeña en la prisión, etc. Vid. en MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», *op. cit.*, p. 101. Al respecto, también es de sumo interés consultar la obra PAÍNO-RODRÍGUEZ-CUEVAS-ORDÓÑEZ, «Cárcel hoy. Alternativa mañana: un análisis para la comunidad de inserción», *CPC*, n.º 55, 1995, pp. 297 y ss.

¹⁶⁰ ZAFFARONI, E. R., *En busca de las penas perdidas*, *op. cit.*, p. 141.

¹⁶¹ Vid. en MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», *op. cit.*, p. 101.

¹⁶² FERNÁNDEZ GARCÍA, J., «El tratamiento penitenciario resocializador», en AA.VV., DIEGO DÍAZ-SANTOS-FABIÁN CAPARRÓS (Coord.), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 105.

recluso acepta la prisión como modo de vida —advirtió BERGALLI—¹⁶³, si bien ha perdido el hábito criminal también ha perdido el de la vida en libertad, lo que, ciertamente, es mucho más grave. Ha olvidado todas las técnicas sociales de relación y de afirmación ante los demás y vuelve desocializado, y estigmatizado, a un mundo que fuera de los muros que lo han recluido ha continuado evolucionando según sus propias leyes¹⁶⁴. El recluso, del mismo modo que pierde las facultades vitales y sociales necesarias para llevar una vida en libertad, porta una marcada actitud negativa frente a la sociedad, que a su juicio —y posiblemente al de todos— es la responsable de su encierro¹⁶⁵. Luego, es normal que GARCÍA PABLOS estime como evidencia indudable el que «sea más fácil resocializar a quien no ha sufrido ninguna pena que a quien ya la ha sufrido»¹⁶⁶.

La «inmersión cultural» que, en palabras de ZAFFARONI¹⁶⁷, debe vivir el sujeto, no puede interpretarse, en definitiva, ni tan siquiera como una tentativa de reeducación ni nada que se le parezca o se aproxime a lo que postula la ideología del tratamiento. El pretender resocializar a un individuo a través de la pena más que una realidad es, en consecuencia, una falacia, un «mito»¹⁶⁸, por ser esa propia pena la que estigmatiza al delincuente frente a la sociedad. «No sale de la prisión sino con un pasaporte que debe mostrar en todos los sitios a los que va y que menciona la condena que ha cumplido» —escribe FOUCAULT—¹⁶⁹. La sociedad desconfiaba del que sale de la cárcel y «tiene en ello razón» —afirma con rotundidad CONTENTO—¹⁷⁰. Porque es verdad que la cárcel cambia al delincuente, pero generalmente lo hace para empeorarlo¹⁷¹. Porque ni el «buen preso» ni el «preso malo» son categorías carcelarias de una buena reeducación¹⁷². Porque represión y educación, está claro, son incompatibles¹⁷³. «Porque

¹⁶³ BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal? Notas a propósito de la Ley Penitenciaria nacional argentina y del Proyecto de Reformas a la Parte general del Código penal (1974)*, Publicaciones del Instituto de Criminología, Madrid, 1976, pp. 53 y ss.

¹⁶⁴ HASSEMER, W., *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., p. 357.

¹⁶⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, op. cit., p. 101.

¹⁶⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora en el Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», op. cit., p. 679.

¹⁶⁷ ZAFFARONI, E.R., *En busca de las penas perdidas*, op. cit., p. 140.

¹⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de una mito», op. cit., p. 92.

¹⁶⁹ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, op. cit., p. 272.

¹⁷⁰ Vid. en SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», *EPC*, II, 1978, p. 225.

¹⁷¹ C. HIBBERT nos ofrece un ejemplo muy ilustrativo acerca de los efectos criminológicos de la prisión: «Fui enviado a una institución para jóvenes, con la edad de quince años, y salí convertido con dieciséis en un buen ladrón de bolsos, a los dieciséis fui enviado a un reformatorio como arrebataador de carteras y salí como ladrón. Como ladrón fui enviado a una institución total donde adquirí todas las características de un delincuente profesional, practicando desde entonces todo tipo de delitos. Estoy esperando que mi vida acabe como la de un criminal». Vid. en CURBELO-EDGART, «Las medidas alternativas como opción punitiva», *Ponencia del I Congreso Iberoamericano y IX Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología*, 4, 5, 6 y 7 de septiembre de 1997, Universidad de Buenos Aires, p. 112.

¹⁷² KENT, J., *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, p. 14.

¹⁷³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 271. En este sentido, CURY hace una comparación digna de mencionar en este contexto. Para este autor pretender resocializar a alguien en un establecimiento penitenciario «es una contradicción semejante a la de rehabilitar a un inválido sin permitirle abandonar su lecho». Vid. en CURY URZÚA, E., «La prevención especial como límite de la pena», op. cit., p. 689.

la prisión —escribe RODRÍGUEZ MANZANERA— cuando es colectiva corrompe, si es celular enloquece y deteriora; con régimen de silencio disocia y embrutece; con trabajos forzados aniquila físicamente, y, sin trabajo destroza moralmente»¹⁷⁴.

La cárcel, en resumidas cuentas —y de acuerdo con PAVARINI—¹⁷⁵, es siempre ajena a toda potencialidad resocializadora y la alternativa actual está entre su muerte (abolición) y su resurrección como aparato del terror represivo. Porque contrariamente a lo que en principio con ella se pretende la cárcel no es sino un lugar criminógeno de educación e incitación al delito, y sólo éste constituye argumento suficiente para predicar su superación, o al menos su sustitución, siempre que sea posible, ya que lo mínimo que se le puede pedir es que si no es capaz de resocializar al menos no ejerza —en palabras de ZAFFARONI— «un efecto diametralmente opuesto»¹⁷⁶. Y es que el encierro es inútil para la sociedad, perjudicial incluso. «Es costoso, mantiene a los condenados en la ociosidad, multiplica sus vicios» —denuncia FOUCAULT—¹⁷⁷.

En pocas palabras, la cárcel desocializa por muy humanizada que esté, o pueda llegar a estar, la pena privativa de libertad. Lo deseable, evidentemente, sería poder prescindir de ella y este es un sueño al que no debemos renunciar. Sin embargo, la resocialización —compartimos con GARCÍA-PABLOS—¹⁷⁸ debe abordarse «aquí» y «ahora». En la sociedad de hoy, y no en una futura sociedad que no existe por muy deseable que así fuera, ponderando el impacto real y efectivo de los medios con los que la concreta colectividad en que nos desenvolvemos, o al menos así lo intentamos, cuenta. Unos recursos ciertamente «pobres» en los países que aquí analizamos, y que empeoran «su» situación penitenciaria hasta cuotas casi inimaginables.

3. La deplorable situación de las cárceles centroamericanas

a) La escasez y precariedad de recursos con que se cuenta

Ciertamente resulta absurdo fijarse como fines a alcanzar el tratamiento y la resocialización cuando, de entrada, faltan los recursos materiales para hacerlo; cuando la disfuncionalidad entre fines y medios es tan constatable como lo es en Centroamérica. En esta parte del mundo —no sabríamos decir si más que en cualquier otra, pero en todo caso dejámos ahí la duda— los fines resocializadores están muy lejos de alcanzarse, aún sólo en cuota mínima, tanto en cualquiera de las penas incluidas en los respectivos catálogos como, y sobre todo, en las cárceles allí existentes. Éstas, primeras víctimas siempre de la

¹⁷⁴ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, op. cit., p. 2.

¹⁷⁵ PAVARINI, «Concentración y difusión de lo penitenciario», traduc. de Muñagorri, *CPC*, 7, 1979, p. 121.

¹⁷⁶ ZAFFARONI, R., *Política criminal latinoamericana*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982, p. 57.

¹⁷⁷ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, op. cit., p. 119.

¹⁷⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», op. cit., p. 695.

falta de recursos, se caracterizan por el hacinamiento¹⁷⁹, la falta de salubridad, alimentación y servicios, y una enorme mayoría de presos sin condena. Son factores todos ellos que convierten a las cárceles latinoamericanas en verdaderos depósitos de hombres, en «tristes almacenes de seres humanos»¹⁸⁰, por lo que el ingreso en prisión dista muy poco, como advierte ZÚÑIGA, del «descenso a los infiernos de Dante»¹⁸¹.

La reducción presupuestaria a nivel penitenciario —primera «política de ahorro» a llevar a cabo cuando de crisis económica se está hablando— se contradice con el rápido crecimiento de la población reclusa¹⁸²; lo cual, irremediablemente, ha conducido a que en la actualidad se asista a un hacinamiento penitenciario que va desde el 200% al 900%¹⁸³. Una situación desesperada que con demasiada normalidad se traduce en sangrientos motines que se cobran innumerables víctimas¹⁸⁴.

Tras los muros de las prisiones latinoamericanas se asiste, en definitiva, a un submundo de tragedias y abusos —por no hablar de franco peligro de la vida de los reos—¹⁸⁵, puesto que en nombre del Estado y de la tranquilidad social se legitima la desaparición de todas las garantías, tanto penales como procesales, que las leyes y Constituciones consagran¹⁸⁶. El espectáculo es de verdadera expiación de las culpas al más puro estilo retributivo, a lo cual contribuye, sin lugar a dudas, la carencia de legislaciones penitenciarias que pongan un poco de orden en el momento ejecutivo de la pena. Tal inexistencia de una regulación moderna conduce a una imparable proliferación de leyes, reglamentos, circulares y disposiciones, cuyos resultados últimos son de pura arbitrariedad, sin respeto ninguno a las garantías mínimas de los prisioneros y con una constante violación —denuncia ZAFFARONI— de los derechos humanos¹⁸⁷. Una arbitrariedad ejecutiva que, si bien es siempre un dato decisivo, duplica su relevancia cuando a presos «disidentes armados del poder establecido» se refiere¹⁸⁸.

¹⁷⁹ Según la información oficial proporcionada por los distintos países en Costa Rica las cárceles se encuentran al 163% de su capacidad, en El Salvador al 204% y en Honduras al 247%. En lo que se refiere a Guatemala, y en base a las mismas fuentes, no existe sobrepoblación penitenciaria si bien se reconoce la existencia de miles de órdenes de detención sin ejecutar. Vid. en AA.VV., *Justicia penal: el reto de la sobrepoblación carcelaria*, ILANUD, San José, 1999, p. 2.

¹⁸⁰ GÓMEZ GRILLO, E., «Las prisiones en Latinoamérica», *ADPCP*, n.º 33, 1980, p. 690.

¹⁸¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El abolicionismo en América Latina», *op. cit.*, p. 5.

¹⁸² Vid. *supra*, Capítulo II, apartado II.B (B-3).

¹⁸³ CARRANZA, E., *et. al.*, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, *op. cit.*, pp. 2 y ss.

¹⁸⁴ Al respecto, quepa recordar los habidos en México, Perú, Guatemala, Colombia o Venezuela, sin olvidar la siniestra «lotería de la muerte» brasileña. Vid. en RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁵ CUAREZMA TERÁN, S., «La reforma del sistema de justicia penal y la seguridad del habitante», en AA.VV., *Justicia y seguridad ciudadana. Programa de gobernabilidad democrática para centroamérica*, PNUD, Tegucigalpa, Honduras, 1996, p. 64.

¹⁸⁶ EMÉRITA DE VILLALAZ, E., «La jurisdicción penal y el problema penitenciario», en AA. VV., *Justicia y seguridad ciudadana*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁸⁷ ZAFFARONI, E.R., *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, *op. cit.*, pp. 199 y ss.

¹⁸⁸ Basta para ello con recordar el espectáculo tan lamentable que ofreció el gobierno peruano cuando mostró a Abimael Guzmán con traje a rayas y enjaulado, las matanzas de terroristas en los penales de Perú, motines en Brasil, etc. Vid. en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El abolicionismo en América Latina», *op. cit.*, p. 5.

b) La mayoritaria inexistencia de leyes penitenciarias

Únicamente existe una Ley Penitenciaria propiamente dicha en El Salvador, *Decreto n.º 1027* de 1997. En los demás países, ante la inexistencia de tal normatividad, lo único que cabe ubicarse es un cúmulo de leyes realmente obsoletas y pobres, y que en nada responden a las exigencias político-criminales respecto a una ejecución penal llevada a cabo con todas las garantías y efectivamente encaminada a la resocialización del condenado.

En Costa Rica lo único que existe actualmente al respecto es la *Ley de la Dirección General de Adaptación Social 4762/71*, a partir de la cual se desarrolló una nueva política concretada también en reglamentos. En 1990, y ante la conciencia del rotundo fracaso del sistema progresivo, se llevó a cabo una «reformulación estructural» del Sistema Penitenciario Nacional a través de la promulgación en 1993 del *Reglamento Orgánico y Operativo de la Dirección General de Adaptación Social* (Decreto ejecutivo n.º 22198-J) y el *Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados de Libertad* (Decreto ejecutivo n.º 22139-J)¹⁸⁹. Unas bases —a juicio de ISSA EL KHOURY—¹⁹⁰ en todo caso poco sólidas, y que difícilmente resisten el menor cuestionamiento.

En Guatemala, por su parte, no se ha logrado la independencia del Derecho penitenciario como disciplina autónoma y, ante la inexistencia de una ley que regule el régimen penitenciario, tanto el juez de ejecución como los funcionarios administrativos de los centros realizan sus actos amparados en el Acuerdo Gubernativo n.º 975-84, que, sin embargo, y como claramente manifiesta su art. 1.º, está enfocado únicamente a los centros preventivos¹⁹¹. Cabe, en todo caso, dirigirse también a la *Ley de Redención de Penas Decreto 56-69* —donde, para comenzar, ni se detalla cuál es la autoridad encargada de lograr el fin rehabilitador recogido en la Constitución—, al código procesal penal y a la propia Constitución¹⁹².

En Honduras tampoco existe una Ley Penitenciaria propiamente dicha. Lo más parecido a aquella es la *Ley de rehabilitación del delincuente* (Decreto n.º 173-84), y ante cuya escasez de detalles los tribunales se han visto obligados a acudir a la Constitución, «tanto por lo que se refiere a la protección de los derechos ligados a la calidad de ciudadanos —escribe SALOMÓN— como por lo que concierne a la protección de los derechos a la calidad del detenido»¹⁹³.

¹⁸⁹ ARROYO GUTIÉRREZ, J.M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, *op. cit.*, pp. 176 y 177.

¹⁹⁰ ISSA EL KHOURY, H., «Penas alternativas y ejecución penal», *op. cit.*, p. 61.

¹⁹¹ HERNÁNDEZ VALLE, W. G., «Ejecución penal en el sistema penitenciario», inédito, s.f., Ciudad de Guatemala, p. 14.

¹⁹² El código procesal penal dedica 14 artículos al tema de la ejecución penal, y el art. 19 de la Constitución recoge los conceptos generales sobre los que basarse el sistema penitenciario. Vid. en HERNÁNDEZ VALLE, W. G., «Ejecución penal en el sistema penitenciario», *op. cit.*, p. 12.

¹⁹³ Generalmente los artículos constitucionales a los que se acude en este sentido son: 65, 66, 68, 85, 86, 87 y 97. Vid. en SALOMÓN JIMÉNEZ, F., «La administración de Justicia en Honduras», *PJ*, n.º especiales X, XI, XII, 1989, p. 44.

En Nicaragua el sistema penitenciario de igual forma carece de Ley de Control de Ejecución de las penas¹⁹⁴ y ésta se lleva a cabo de forma discrecional, pues depende del Ministerio de Gobernación y a éste le es dable apoyarse en un sinfín de normas¹⁹⁵; si bien la política penitenciaria en sí misma viene recogida en el Documento Base para la Reeducación Penal del Sistema Penitenciario Nacional de 1986.

En Panamá, finalmente —y así lo denuncia GUERRA DE VILLALAZ—¹⁹⁶, también se carece de una verdadera legislación penitenciaria. La *Ley sobre establecimientos penales y correccionales* data de 1941 (Ley n.º 87 de 1 de Julio) y, por su parte, no regula la pena privativa de libertad, sino que se conforma, únicamente, como un conjunto de normas sobre la administración general de los centros penitenciarios —que pasa a manos de la Guardia Nacional—¹⁹⁷, sus clases y el trabajo de los penados¹⁹⁸. Al lado de dicha ley se encuentran un sin número de decretos, que pretendiendo reglamentar determinadas áreas de la vida penitenciaria tampoco dan una solución efectiva al asunto, y en la práctica —asegura BLANCO— «no se cumple ni con la seguridad ni con la rehabilitación, ni mucho menos con la defensa social»¹⁹⁹.

Es dato, por tanto, característico de las prisiones centroamericanas el que se vean sometidas a una administración caótica, que, por si fuera poco, en nada se ve beneficiada cuando es llevada a cabo, como así ocurre en la mayoría de los casos, por cuerpos militares o policíacos —o personas, en todo caso que antes habían formado parte de cuerpos armados—²⁰⁰,

¹⁹⁴ Si bien en la actualidad se encuentra en discusión, en la Comisión de Justicia, el texto de la que, de pasar todos los trámites legislativos necesarios, se convertiría en la primera Ley Penitenciaria existente en Nicaragua, la conocida como *Ley del Sistema Penitenciario Nacional*. Un cuerpo legal que, como poco, vendría a ordenar el caótico panorama exhibido en este aspecto por la legislación nicaragüense, y que, además, parte de la necesaria visión resocializadora de la ejecución de la pena. Una Ley, por todo ello, que desde aquí impulsamos, una vez hechos, claro está, los oportunos retoques.

¹⁹⁵ Entre otras disposiciones en materia penitenciaria, cabe dirigirse en Nicaragua, por estar actualmente vigentes, a los siguientes cuerpos normativos: el Reglamento para las cárceles de la ciudad de Managua de 1879, el Reglamento para las penitenciarias de Managua de 1901, Reglamento Interno para las Cárceles y Casas de Corrección de Mujeres de 1919, el Reglamento para el Gobierno y disciplina de la Guardia Nacional y de las Cárceles y Penitenciarias de 1929 —reformado en 1943 y convertido en Código Jurídico Militar—, la Ley de los Patronatos Nacionales de Reos con domicilio en la Ciudad de Managua y los Patronatos Departamentales de Reos de la República de 1946 y su reglamento de 1947 —y su reforma de 1948—, las Leyes Creadoras de Ministerios de Estado de 1979 y 1990, las Leyes Orgánicas del Ministerio del Interior y Ministerio de Gobernación de 1980 y 1990, Reglamento de Educación, Control y Seguridad penal de 1987, la Ley Creadora de la Comisión Penitenciaria de 1990, el Código de Instrucción Criminal de 1879 (que contiene varios artículos referentes a las cárceles) y, finalmente, la Constitución Política de Nicaragua (arts. 39 y ss).

¹⁹⁶ GUERRA DE VILLALAZ, A. E., «La jurisdicción penal y el problema penitenciario», *CCP*, año 1, n.º 1, enero-diciembre 1998, pp. 98 y ss.

¹⁹⁷ GUERRA DE VILLALAZ, A. E., «La Administración de Justicia penal en Panamá y el respeto de las garantías fundamentales», *PJ*, n.º Especial X, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1989, p. 57.

¹⁹⁸ MUÑOZ POPE, C. E., «La reforma penal panameña», *op. cit.*, p. 696.

¹⁹⁹ BLANCO MUÑOZ, F., «El sistema penitenciario panameño», *Anuario de Derecho*, n.º 15, Panamá Ediciones Proer, S. A., 1986, p. 225.

²⁰⁰ En un estudio realizado por DÄUMLING, respecto al personal de vigilancia de los centros penales en Guatemala, se registró que el 60% pertenecieron a las fuerzas armadas, el 49% sólo tuvieron grado en tropa,

que de poca especialidad disponen en aras a resolver en alguna medida esta problemática²⁰¹; y mientras los salarios y las condiciones de trabajo se mantengan como hasta el momento, estamos con GÓMEZ GRILLO en que pocos cambios cabe esperar—²⁰². Y es que la deplorable situación en que se encuentran las cárceles centroamericanas no parece, en todo caso, tener perspectivas cercanas de solución cuando, a falta de política criminal a mediano y largo plazo, en las cárceles latinoamericanas predomina, junto a la improvisación y desorganización, la falta de financiación²⁰³.

Porque no hay duda en que toda la problemática se agrava ante la crisis económica existente, que impide la utilización de recursos para el estudio y solución del problema, que —de acuerdo con RODRÍGUEZ MANZANERA— «no es considerado prioritario y que se enfoca desde el punto de vista político de la seguridad»²⁰⁴. Una crisis que, de igual modo, impide la construcción de estructuras penitenciarias adecuadas en las que poner en práctica el régimen penitenciario progresivo, con las secciones de observación, clasificación y separación de los internos oportunas, sobre todo para la diferenciación de preventivos y procesados²⁰⁵. Porque, ciertamente, el éxito de los programas de tratamiento depende en gran medida de la suntuosidad de las inversiones que al respecto se hagan, y sin embargo éstas son claramente escasas; y, lo que es aún peor, la opinión pública está de acuerdo en que las cosas sean —y permanezcan— así.

c) La falta de conciencia social suficiente en aras a abordar este problema

El ciudadano medio difícilmente acepta que mientras en la calle hay hombres que no tienen trabajo, y por ello carecen de una vida digna con graves problemas de subsistencia, los presos en la cárcel sufran menos privaciones que ellos. Aún no nos hemos desecho —asegura GONZÁLEZ NAVARRO—²⁰⁶ de la creencia ciega en la eficacia del castigo físico; de la creencia en la pena adolorante como remedio para eliminar el castigo. Aún pensamos, en definitiva, que tanto el encarcelamiento como la enfermedad, como la muerte, es algo que sólo le ocurre a los demás.

el 48% fueron sub-oficiales y el 71% participó en la guerra. La mitad de ellos confesó que el cambio de profesión obedecía a una seguridad económica y sólo el 14% manifestó interés en las características propias de la profesión. *Vid.* en HERNÁNDEZ VALLE, W. G., «Ejecución penal en el sistema penitenciario», *op. cit.*, p. 7.

²⁰¹ En la mayoría de los países no existe carrera penitenciaria y cuando así es los cursos de ingreso tan sólo duran algunas semanas. Unos cursos en que se otorga un especial relieve a la instrucción física y a la técnica penitenciaria, en detrimento de las ciencias sociales, que ocupan un tímido segundo plano. *Vid.* en ZAFFARONI, E. R., *Sistemas penales y derechos humano en América Latina*, *op. cit.*, p. 203.

²⁰² GÓMEZ GRILLO, E., «Las prisiones en Latinoamérica», *op. cit.*, p. 694. Sobre la capacitación de personal penitenciario es de interés la lectura de la obra editada por el ILANUD, *Sistemas de tratamiento y capacitación penitenciarios*, Ilanud, San José, 1972.

²⁰³ ARROYO GUTIÉRREZ, J. A., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, *op. cit.*, p. 134.

²⁰⁴ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, *op. cit.*, p. 141.

²⁰⁵ ZAFFARONI, E. R., *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)*, *op. cit.*, p. 206.

²⁰⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, F., «Poder domesticador del Estado y derechos del recluso», *op. cit.*, p. 1074.

Falta, en pocas palabras, la conciencia social, tanto de la colectividad como de sus representantes parlamentarios, de la necesidad de la mejora y reforma de las prisiones, y es, precisamente por aquí, por donde hay que comenzar. Por concienciar a la sociedad de que éste es un problema tan importante como pueden serlo la construcción de hospitales y escuelas²⁰⁷. Por hacerla ver —nos dice BUENO ARÚS—²⁰⁸ que el problema penitenciario y el problema de los liberados son problemas que nos atañen a todos. Porque la cárcel es la imagen de la sociedad. Una sociedad a veces deformada, pero siempre imagen del peor sector de la sociedad²⁰⁹. Y porque, en definitiva, «los hechos son tozudos y la cárcel, nos guste o no, está ahí, en algún lugar muy cerca. Esperándonos quizás. Como el hospital. Como el cementerio» —nos recuerda, de nuevo, y sin tapujos GONZÁLEZ NAVARRO—²¹⁰.

Hay que explicar al ciudadano porqué es preciso gastar una parte del dinero del contribuyente en hacer habitables las prisiones. «Porque la cárcel no puede ser un reducto de poder incontrolado, ni un centro de destrucción del hombre, ni un artefacto de mutación antropológica; porque al condenado por un delito no puede infringírsele, por ese mismo delito, ni un adarme más de dolor que el que fue medido por el Juez en su sentencia» —escribe este mismo autor—²¹¹. Se debe recordar a la colectividad que es necesario ajustar la pena al daño efectivamente infringido; esto es, materializar en la ejecución de la sentencia el principio de proporcionalidad que, necesariamente, debe haber entre el delito cometido y el fallo condenatorio elevado por el Juez al respecto; ni un ápice de dolor más. Hasta aquí de acuerdo, pero, entonces, ¿en base a qué principio todas aquellas personas respecto de las que aún no se ha emitido sentencia sufren las mismas, o incluso más, privaciones que los ya efectivamente condenados?

Nos enfrentamos al tema de la prisión preventiva, que pasamos a abordar, no en toda la riqueza de problemas que le son desgraciadamente anejos sino, únicamente, en cuanto problema a añadir a la realidad carcelaria. O lo que es lo mismo, en lo que respecta a su repercusión, ciertamente negativa, sobre las «pretensiones» resocializadoras de la prisión.

²⁰⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, op. cit., pp. 104 y ss.

²⁰⁸ BUENO ARÚS, F., «La sanción penal», op. cit., p. 4.

²⁰⁹ BARLETTA, G., «La política criminal y el concepto de «límite»: de la prevención al post-penitenciario, pasando por el penitenciario», op. cit., pp. 215 y ss.

²¹⁰ Este es el caso del periodista Jesús María Amilibia que, procesado por un presunto delito de homicidio y tenencia ilícita de armas tras una discusión de tráfico, publicó en el n.º 907, de la revista *Cambio 16* el día 17 de abril de 1989 un artículo con el título «Testimonio: Carabanchel desde dentro» que comenzaba así: «Yo también era de los que decían cuando se hablaba de la noticia de un motín carcelario: ¿qué quieren ahora los presos, que les pongan las celdas como habitaciones del Ritz y negras que les abaniquen? Mi sarcasmo, hijo de la presencia de los hechos delictivos que sufrimos en nuestra piel y del desconocimiento más absoluto sobre el tema, ya no existe. He cambiado. Ahora vivo en la cárcel de Carabanchel, quinta galería, celda 156. Vivo temblando por el miedo a que me contagien el SIDA, o la hepatitis, o la locura, o el gusto por el caballo que corre desbocado por las sombrías galerías inyectado por agujas contaminadas. Aquí, los hijos de la desesperación se chinan (se abren las venas o las tripas), o se tiran desde lo alto de la galería, o buscan una pelea mortal, o se meten una sobredosis. De todo he visto en los cinco meses que llevo aquí. De todo». Vid. en GONZÁLEZ NAVARRO, F., «Poder domesticador del Estado y derechos del recluso», op. cit., pp. 1074 y 1075, cita n.º 59.

²¹¹ *Ibidem*, p. 1075.

d) Un «excursus» sobre el problema de la prisión preventiva

En nada ayuda a todo el objetivo resocializador la existencia de la prisión preventiva. Mejor dicho, es evidente que el tema se agrava con su presencia. Y es que en los casos de los presos sin condena la situación, ciertamente, es paradójica. Tras tantos y tantos años de peticiones en pro de que la cárcel finalmente se convierta en centros de tratamiento, que porten a la efectiva resocialización del delincuente, resulta que más de su mitad está ocupada por personas que —como describe MUÑOZ CONDE— «oficialmente no son delincuentes, que aún no han sido condenadas ejecutoriamente, que se presume son inocentes y que, por lo tanto, ni pueden ni deben ser objeto de ninguna medida de tratamiento o resocializadora»²¹².

En lo que a Centroamérica respecta este es un problema ciertamente grave. Allí lo que debía ser la excepción se ha convertido en la regla, y al respecto los datos son realmente escalofriantes. Los presos sin condena suponen entre el 45 y el 91% del total de encarcelados en América Central²¹³. Un muy elevado porcentaje reflejo —escribe CARRANZA— de la distorsión en el plano procesal penal que convierte al proceso en pura inquisición, sustrayéndolo parcialmente de la mano judicial, y de la conversión de la privación de libertad «en un instrumento intimidatorio graduado no sólo en razón de la gravedad de la imputación, sino también de desvalores impuestos por grupos sociales dominantes y conforme al grado de certeza de la prueba»²¹⁴. Y lo peor de todo es que la perenne lentitud de la maquinaria punitiva, junto al imparable aumento, como vimos, de la criminalidad, continúan elevando estos porcentajes a niveles casi inimaginables en sistemas penales donde el encierro es el único medio de control utilizado²¹⁵.

Ciertamente es difícil de comprender como los mismos códigos penales, que actualmente están tan empeñados en eliminar de su catálogo de penas a las privativas de libertad de corta duración, y las mismas Constituciones y Leyes Generales Penitenciarias —en el caso de que existan—, que apoyan su base y fines en la resocialización y el tratamiento de los condenados a penas privativas de libertad de larga duración, mantienen al mismo tiempo la prisión preventiva que es todo lo contrario a la realización de tales objetivos²¹⁶, y que a lo único que porta es a una distorsión en la aplicación del principio de inocencia, puesto que generalmente opera de manera restrictiva por razones económicas²¹⁷.

²¹² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, op. cit., p. 114.

²¹³ CARRANZA, E., *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina*, op. cit., p. 21.

²¹⁴ CARRANZA-HOJED-MORA-ZAFFARONI, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, San José, 1988, p. 65.

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 33 y ss.

²¹⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, op. cit., p. 112.

²¹⁷ Porque lo normal es que la excarcelación se decrete bajo fianza, de manera que los imputados con escasos recursos económicos no pueden gozar de ella y se ven compelidos a sufrir la prisión preventiva a pesar de que sobre ellos también planea la presunción de inocencia. Vid. en GUTIÉRREZ, C. J., «El caso de Costa Rica», *PJ*, n.º Especial X, 1989, pp. 33 y ss.

Nos situamos ante una institución simplemente detentiva que, al mismo tiempo de ser tan estigmatizante socialmente como la propia pena y someter a los individuos a un régimen de vida igual o peor que el de los penados, no permite llevar a cabo ninguna labor resocializadora sobre ellos porque jurídicamente no son aún condenados²¹⁸. Es decir, tiene todos los inconvenientes de la pena privativa de libertad pero ninguna de sus «ventajas». Aquí —tal y como nos recuerda MUÑAGORRI—²¹⁹ la dignidad de la persona, la seguridad jurídica y las contraindicaciones del ingreso en la cárcel, pasan a un segundo plano ante el apetecido efecto simbólico de la prisión. Es, por ello, y de entrada, una institución contraria a todo discurso utilitarista de la pena como del que en este trabajo se parte. Porque si la prontitud en el castigo hace, como vimos, la pena más útil, también la hace más justa²²⁰. Es un problema que, en todo caso, no se limita a afectar únicamente a quienes la deben sufrir —frente a los que tampoco podemos, ni queremos, permanecer ajenos— sino también al resto de la población reclusa, al crear verdaderos problemas de hacinamiento y de costes. Luego es un asunto ciertamente emblemático por el que urge comenzar.

Cierto es que la prisión preventiva no es inconstitucional sino que supone una excepción a la garantía constitucional de la libertad, pero, precisamente por eso, porque las excepciones son excepciones, no se deben interpretar de forma amplia de manera que se pierda la perspectiva y se les llegue a tratar como si fueran los principios, y a éstos como si fueran las excepciones, y con mayor motivo si se está, como es el caso, ante derechos constitucionales. Por esta razón, y de acuerdo con las normas constitucionales y el propio espíritu que las alienta, la necesidad de prever la prisión sin condena no se puede establecer genéricamente sino en relación con cada caso, considerando al individuo en concreto y a las circunstancias fácticas particulares —tal y como opinan al respecto ISSA y ARIAS—²²¹, y siempre bajo el manto protector de la *ultima ratio* y la necesaria sujeción a límites²²².

Cierto es, también, que no nos situamos ante una alternativa a la pena privativa de libertad, porque como hemos dicho sobre las cabezas de los presos preventivos, al menos en teoría, aún sobrevuela la presunción de inocencia, pero, sin embargo, es una medida que en gran parte ayudaría a resolver muchos de los actuales problemas penitenciarios. Su ausencia —o al menos ingreso controlado— afectaría de forma directa, y positiva, a los si condenados, aumentando su nivel de vida dentro de las instituciones penitenciarias a través de la disminución del hacinamiento, el aumento de la salubridad, la mejora de los

²¹⁸ CARRANZA-HOUED-MORA-ZAFFARONI, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, op. cit., pp. 53 y ss.

²¹⁹ MUÑAGORRI, I., «Algunas notas sobre el proceso penal como momento de criminalización y de control social, con comentarios a la reciente normativa española», en *El poder penal del Estado*, homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, 1985, pp. 300 y ss.

²²⁰ KENT, J., *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, op. cit., p. 44.

²²¹ ISSA-ARIAS, *Derechos humanos en el sistema penal*, op. cit., p. 94. De igual modo, SÁNCHEZ ROMERO, C., «La prisión preventiva en un Estado de Derecho», *RACPCR*, año 9, n.º 14, diciembre-1997, pp. 55 y ss.

²²² ILANUD, *La defensa pública en América Latina. Desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal moderno*, San José, 1991, pp. 64 y ss.

alimentos, etc.²²³. O lo que es lo mismo, si los recursos se mantienen pero las personas a distribuir disminuyen, evidentemente, la porción del reparto aumenta.

Todo lo hasta ahora dicho responde, en líneas más o menos generales, a la eficacia que del ideal resocializador cabe esperar, partiendo tanto de su propia esencia como, y sobre todo, de los medios de que se sirve. De la incompatibilidad de sus propósitos con el tratamiento llevado a cabo en situación de privación de libertad. De lo adversamente opuesto que, en definitiva, significa pretender «educar para la libertad en condiciones de falta de libertad». Ésta es a *grosso modo* la situación. Sin embargo los términos utilizados en ningún caso son absolutos. La situación varía, lógicamente, de una realidad a otra, de un país a otro. Los resultados finales dependen del entorno socio-cultural y jurídico que les envuelvan. De la capacidad económica, de la disponibilidad de recursos humanos, de la concienciación pública [...]. La situación puede mejorar, y de hecho así es, en países como Holanda, Alemania o Inglaterra, pero este no es, ni mucho menos, el caso de Centroamérica.

En este sentido, y partiendo de lo hasta ahora dicho, bien cabe adoptar como propias las palabras de ZÚÑIGA: «por lo menos, en lo que toca a la resocialización, hasta ahora como fin de la pena dentro de la prisión, en Latinoamérica, es claramente un eufemismo»²²⁴. Una drástica situación que, es fácilmente previsible, se mantendrá en el futuro mientras las características definitorias de las cárceles de la Región sigan siendo el hacinamiento, las violencias, el deterioro humano y la reproducción de la delincuencia²²⁵. La solución es evidente y única: restringir, si bien poco a poco, su uso, para finalmente concebirla como lo que realmente es, y así debería haber sido siempre; esto es, la *ultima ratio* del sistema punitivo. Porque en esta parte del mundo, quizás con mayor urgencia que en ninguna otra, se hace necesario ensayar todo tipo de modificaciones que comiencen con el desarrollo del principio de oportunidad —que una vez reglado de forma debida, otorgue al Ministerio Fiscal la posibilidad de impedir el ingreso de determinadas conductas en la maquinaria judicial—²²⁶ y acaben con todo tipo de medidas sustitutivas de la pena de prisión²²⁷.

Se trataría, en definitiva, de desplazar a la cárcel de su trono como pena por excelencia, convirtiéndola en una medida más dentro del amplio elenco de respuestas sancionatorias, encargada únicamente de sancionar los casos más graves si bien siempre tendiendo a la resocialización. Sin olvidar —como advierte GÓMEZ GRILLO— que éste no es más que el primer paso para hacer de la pena privativa de libertad un recurso de segunda mano, porque «a fin de cuentas la mejor manera de reformar las prisiones es ir acabando con ellas»²²⁸. Abolición a la que, por muchas que sean las dificultades, no debemos dejar de tender, pero que, sin embargo, no dejará de ser una utopía —nos recuerda ZÚÑIGA—

²²³ BARONA VILAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 174 y ss.

²²⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El abolicionismo en América Latina», op. cit., p. 5.

²²⁵ ARROYO RODRÍGUEZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., p. 135.

²²⁶ *Vid. infra*, Capítulo IV, apartado V.

²²⁷ *Vid. infra*, Capítulo VI.

²²⁸ GÓMEZ GRILLO, E., «Las prisiones en Latinoamérica», op. cit., p. 696.

mientras los grandes sectores marginados de los sistemas legales continúen ostentando, como hasta ahora, la doble posición de víctimas y victimarios²²⁹.

E) CONCLUSIONES VALORATIVAS

1. Inutilidad e inevitabilidad de la prisión. Los dos extremos de la tensión

Ciertamente nos encontramos ante una grave contradicción. 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»; 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—²³⁰.

La doctrina que mayoritaria y reiteradamente alza la voz en contra de la prisión —evidenciando para ello todos los efectos negativos que supone sobre el penado, tales como su destrucción psíquica, la inutilidad del castigo, el aislamiento, la pérdida del trabajo, de la familia, etc.— es la misma doctrina que, posteriormente, se ve obligada a reconocer que toda sociedad que renunciase actualmente a esta pena firmaría, a un tiempo, su propia sentencia de muerte²³¹. Acordaría la abolición de la propia sociedad organizada en Estado, y, lo que es aún peor, sin la certidumbre de que lo que viniera a ocupar el espacio vacío fuese más humano²³². Este, y no otro, es —estamos con CÓRDOBA—²³³ el punto neurálgico en el debate político criminal actual sobre lo posible y lo utópico cuyos últimos resultados aún son inciertos.

a) *La inutilidad de mantener la prisión justificándola en los buenos propósitos de una futura reforma penitenciaria*

La reforma de la prisión se puede decir que es casi contemporánea de la prisión misma. Es como su programa²³⁴. Prácticamente desde el mismo momento de su invención se ha pensado en su reforma. Las penas privativas de libertad tienden continuamente a ser transmutadas en «medidas alternativas», cambiadas por sanciones sustitutivas o, peor aún, por otros medios de control tanto penales como extra-penales. Sin embargo este es un aspecto regresivo que ha de contrastarse con hipótesis progresivas de reforma, que —de acuerdo con FERRAJOLI—²³⁵ sería absurdo se entretuvieran en la defensa de la pena de cárcel. Por-

²²⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El abolicionismo en América Latina», *op. cit.*, p. 228.

²³⁰ FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, 1983, p. 137.

²³¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 293.

²³² BUENO ARÚS, F., «La dimensión jurídica de la pena de prisión», *ADPCP*, n.º 40, 1987, p. 21.

²³³ CÓRDOBA RODA, J., «La pena y sus fines en la Constitución», *op. cit.*, p. 565.

²³⁴ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, *op. cit.*, p. 236.

²³⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 414.

que «hay ciertamente algo que anda mal, cuando la ley que está hecha para el bien de la multitud, en lugar de suscitar su reconocimiento —advierte FOUCAULT—, suscita continuamente sus murmuraciones»²³⁶.

El fracaso de la pena privativa de libertad no se debe a una mala ejecución de la misma —asegura SAINZ CANTERO—²³⁷, porque si así fuera bastaría con cambiar los modos de ejecución. El mal está en su misma entraña. Los efectos nocivos y los males que se le reprochan son connaturales a ella. El aislamiento, la inmovilidad, la prisonización, la separación familiar y la privación sexual están en la misma esencia de la prisión, y, por tanto, no se les puede dar solución en el marco tradicional de la misma.

Cierto es que la *praxis* penitenciaria, al menos teóricamente, es mejorable; sin embargo, el mejorarla sería tan lento, complejo y costoso —y quizás de mínimos resultados— que difícilmente cabe predecir un futuro medianamente optimista²³⁸. Si bien con la aposición de infinidad de parches las prisiones llegaran a ofrecer condiciones de habitabilidad, seguridad, e higiene, que fueran humanamente aceptables, el fin resocializador que las legitima y justifica bajo nuestras actuales concepciones preventivas seguiría, no obstante, siendo difícilmente realizable. La orientación represiva que es inherente a la cárcel pone esto seriamente en duda. El carácter expiatorio que arrastra la hará siempre permanecer anclada en el pasado²³⁹. Porque si la ejecución orientada por el tratamiento se caracteriza actualmente por la superabundante producción de males, una reforma sólo podrá, como mucho, disminuirlos pero no eliminarlos. La argumentación al respecto es tan sencilla como evidente, y de este modo nos la otorga KAUFMANN: «Si el fin de la pena jurídica correctamente comprendido es idéntico al objetivo del tratamiento, entonces son jurídicamente ilegítimos todos aquellos métodos —porque contradicen al fin de la pena— que según el estado actual de los conocimientos impiden o hacen imposible el logro de tal finalidad»²⁴⁰.

En definitiva, el cuestionamiento de la prisión alcanza tal grado de agudización en el momento presente que obliga a saltar por encima de cualquier pretensión reformadora y lleva inexorablemente a su rechazo como pena. «La privación de libertad —escribe SAINZ CANTERO— ha fracasado rotundamente. Es imposible mantenerla adaptándola a la sensibilidad del hombre de nuestro tiempo mediante una reforma [...]. La verdadera reforma «penitenciaria» sería suprimir la pena de privación de libertad. Esta debe ser la meta a alcanzar [...]. Si la pena de privación de libertad no cumple ninguna de estas tres finalidades —refiriéndose a la intimidación, retribución y corrección—, mantenerla es aceptar que constituye un fin en sí misma; que se agota en el sufrimiento por el mero sufrimiento. Esto es lo que hiere la sensibilidad del hombre de nuestra época»²⁴¹.

²³⁶ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, *op. cit.*, pp. 118 y 119.

²³⁷ SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», *op. cit.*, pp. 227 y ss.

²³⁸ COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 765.

²³⁹ ESPARTERO MARTÍNEZ, E., «Los problemas del tratamiento resocializador», en *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobierno, Junta de Andalucía, Sevilla, 1983, pp. 45 y 48.

²⁴⁰ KAUFMANN, H., «Derecho penal de culpabilidad, concepto de la pena y ejecución orientada por el tratamiento», *op. cit.*, p. 119.

²⁴¹ SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», *op. cit.*, pp. 220 y ss.

Sin embargo la cárcel se mantiene, y esto es así no porque hayan faltado las ganas de eliminarla, sino porque —de acuerdo con MORRIS— «las naciones civilizadas ni pueden retroceder a la barbarie de épocas anteriores ni tampoco saben encontrarle una alternativa satisfactoria»²⁴². Aquí y ahora sigue siendo difícil hablar de alguna posibilidad, real, de prescindir de las penas privativas de libertad, y más aún si tenemos presente —advierte DE LA CUESTA—²⁴³ las evidentes «utilidades» que de su aplicación derivan para quienes detentan el poder y ejercen el control de los grupos sociales en que vivimos, y que son las que apoyan su pervivencia. No obstante, y pese a todo esto, una cosa sigue estando ciertamente clara: urge reformar el sistema penitenciario. Por los que están dentro de la cárcel, y también por los que estamos fuera de ella.

b) *La fatal evidencia: es imposible suprimir a corto plazo la pena privativa de libertad*

No son ciertamente muchas las posibilidades de abatir los muros de la prisión. Si bien se camina de forma seria en esa dirección, es generalmente admitido el hecho de que la cárcel habrá de conservar un papel residual importante, entre otras razones, porque algunas de las soluciones alternativas propuestas tampoco dejan de ofrecer serios inconvenientes²⁴⁴. Por mucho que la multa sea empleada de forma creciente, y por más que se incorporen, como así se viene haciendo desde hace varias décadas, alternativas a la prisión en los distintos códigos penales, la realidad es que el Estado sigue sin encontrar otra forma de respuesta frente a los delitos de gravedad alta diferente a la prisión²⁴⁵. Respecto de ellos —como escribe JESCHECK—²⁴⁶ nuestro sentido de justicia no permite sanciones más leves. Es más, cabría incluso afirmar que la propia crisis de la prisión ha servido a su reforzamiento²⁴⁷.

En los últimos años, al tiempo que se rechaza 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.—²⁴⁸, 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 apareciendo²⁴⁹. Se está asistiendo, como ya adelantamos, a la transición de la resocialización a la nueva custodia.

²⁴² MORRIS, N., *El futuro de las prisiones*, op. cit., pp. 22 y ss.

²⁴³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J., «La prisión: historia, crisis, perspectivas de futuro», op. cit., p. 142.

²⁴⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, F., «Poder domesticador del Estado y derechos del recluso», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (edit.), *Estudios sobre la Constitución Española*, Tomo IV, 1ª edic., 1991, pp. 1073 y ss.

²⁴⁵ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 68.

²⁴⁶ Vid. en SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», op. cit., p. 230.

²⁴⁷ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 68.

²⁴⁸ En esta línea, JESCHECK, H. H., «La pena pecuniaria. Moderno mezzo di politica criminale ed i problemi ad essa connessi», *L'Indice Penale*, Settembre-Dicembre 1977, p. 369; SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», op. cit., pp. 230 y 231. MANTOVANI, F., «Pene e misure alternative», op. cit., p. 86.

²⁴⁹ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op. cit., pp. 461 y 462.

La sensibilidad ciudadana está adoptando una postura defensiva y reclama cadenas perpetuas y cumplimientos íntegros de la pena, sin tener en cuenta las características personales y la posible conducta o evolución del condenado²⁵⁰. Luego «no sólo reverdece la pena privativa de libertad, sino que el colapso de alternativas comunitarias retroalimenta la tendencia a neutralizar e incapacitar a los condenados, al tiempo que tanto el tratamiento como las opciones operan como elementos reguladores del conflicto interior» —denuncia ADELANTADO—²⁵¹.

La pena de prisión, en definitiva, y nos guste o no, al menos al día de hoy es irrenunciable. Por el momento la inteligencia humana no ha logrado encontrar otro medio de reacción contra el desafío de la gran criminalidad más disuasorio que la prisión²⁵². Es más, cuando el hecho penalmente relevante ha sido seleccionado según los corrientes criterios de política criminal, en el respeto de los principios de subsidiariedad, ofensividad y proporcionalidad, la necesidad de acudir a la sanción criminal más grave no puede ser negada —advierte CASAROLI— «sin traicionar el sentido mismo del canon de *ultima ratio*»²⁵³.

Esto, sin embargo, no significa renunciar a su sometimiento a todos los controles y límites necesarios para preservar la dignidad humana, ni renunciar a reducir, en la medida de lo posible, sus aspectos negativos: insuficiencia de espacio, inseguridad personal, etc. «Ya que el drama subsiste en el proceso y en la prisión —escribe BUENO ARÚS— se requiere, al menos, una política penitenciaria que no sea un simple instrumento represivo»²⁵⁴. Pero tampoco significa olvidar que su crisis está, precisamente, en esa incapacidad para superar el carácter preventivo-general que le sirve de pilar, como una prueba más de la necesidad de su revisión²⁵⁵ y de la búsqueda de sistemas alternativos a la misma, por muy difícil que, de entrada, tal empresa pudiera parecer. En dicho camino un paso urgente: llegar a su «crecimiento cero», buscando el que se convierta, realmente, en la *ultima ratio* de los ordenamientos jurídicos²⁵⁶. 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 posible²⁵⁷ —que es, sin embargo, y como vimos,

²⁵⁰ BONA I PUIGUERT, R., «La función rehabilitadora de la pena de privación de libertad: entre el discurso teórico y el fracaso», op. cit., p. 43.

²⁵¹ ADELANTADO GIMENO, J., «De la resocialización a la nueva custodia. Teoría y práctica del tratamiento en cataluña», *ADPCP*, n.º 46, 1993, pp. 202 y ss.

²⁵² SAINZ CANTERO, J. A., «El futuro de la pena privativa de libertad: la vía de la sustitución», en *II Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobierno, Junta de Andalucía, Sevilla, 1983, p. 82.

²⁵³ CASAROLI, G., «Misure alternative alla detenzione», *DDP*, vol. VIII, 1994, p. 19.

²⁵⁴ BUENO ARÚS, F., «Los principios políticos de un sistema penitenciario», en *Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 131.

²⁵⁵ Al respecto, se recomienda la lectura de las propuestas realizadas por el Director del Centro Penitenciario «Ocaña II», en orden a paliar los efectos nocivos del encarcelamiento en GARCÍA GARCÍA, J., «Efectos del encarcelamiento: investigación e intervención (Programa para mejora el clima social en una de las fases del C.P. «Ocaña II»», *REPen*, n.º 237, 1987, pp. 43 y ss.

²⁵⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, J., «El código penal: diez años después. Valoración general», en AA.VV., *Nuevas cuestiones penales*, Colex, Madrid, 1998, p. 29.

²⁵⁷ DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, PPU, Barcelona, 1986, p. 8.

lo que cada vez en mayor medida está pidiendo la opinión pública—. La resocialización tiene que seguir siendo, en definitiva, la inexcusable referencia.

2. El punto de referencia inexcusable: la resocialización como el camino hacia el Derecho penal mínimo

La caída en descrédito de la ideología del tratamiento, y con ella la superación de la concepción de la resocialización como fundamento básico de la legitimidad de la intervención penal, no conlleva, sin embargo —estamos con SILVA—, el abandono de toda referencia resocializadora de la pena. «La única diferencia —nos dice este autor— es que esta referencia ahora se entiende en términos garantísticos»²⁵⁸.

Cierto es que, tras lo expuesto, parece ser sobran las razones que nos hacen mostrarnos bastante pesimistas en cuanto al futuro del tratamiento penitenciario se refiere. Este no es, para nada, el «remedio mágico»²⁵⁹ capaz de resolver todas los problemas e inquietudes de que adolece tanto el condenado en concreto como la sociedad que tiene detrás; sin embargo, el recluso sigue ahí, su tiempo está disponible, y este tiempo está vacío. «Los que le mantienen encerrado —recuerda HASSEMER— tienen que hacer algo razonable con ese tiempo y durante ese tiempo»²⁶⁰. La resocialización, como la única forma de prevención especial que puede conllevar la «humanización» del delincuente, debe seguir siendo por tanto la referencia; puesto que si bien posee numerosos inconvenientes éstos, sin lugar a dudas, son los menos malos en un régimen democrático y pluralista²⁶¹. Debemos, en consecuencia, y como diría MORRIS, «rehabilitar el ideal de rehabilitación»²⁶².

Y es que lo hasta ahora dicho no debe, ni mucho menos, traducirse en la dejación de todos los esfuerzos necesarios para mejorar y humanizar las prisiones, ya que, como en alguna otra ocasión hemos manifestado, el que entra en la cárcel tiene, al menos, derecho a una cosa: a que en el día de su liberación no salga peor de lo que entró. Porque una vez excluida toda finalidad de enmienda o disciplinamiento, lo único que se puede buscar con la pena es que no pervierta al reo; o lo que es lo mismo, que no reeduce pero tampoco deseduce; que no tenga una función correctiva, pero tampoco corruptora; que no pretenda hacer al reo mejor pero que tampoco lo haga peor²⁶³.

La solución, a juicio de HASSEMER²⁶⁴, estaría en obtener una política-criminal, con vocación científica y práctica, que pretenda evitar los efectos desocializadores de la pena

²⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 263.

²⁵⁹ MUÑOZ CONDE, F., «Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera», op. cit., p. 37.

²⁶⁰ HASSEMER, W., *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., p. 353.

²⁶¹ SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J. E., «La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente», op. cit., p. 119.

²⁶² MORRIS, N., *El futuro de las prisiones*, op. cit., pp. 55 y ss.

²⁶³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 397.

²⁶⁴ HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op. cit., pp. 152 y 153. De igual forma, CÓRDOBA RODA, J., «La pena y sus fines en la Constitución», op. cit., pp. 562 y 563.

privativa de libertad. En desarrollar programas diferenciados que ayuden de forma individualizada a cada penado, y respete su dignidad, e intentar eliminar a largo plazo todo tipo de coacción. Porque la inevitabilidad del recurso a la pena detentiva, de un lado, y la constancia de su ineficacia, del otro, son los dos extremos de un dilema cuya precaria solución se apoya —nos recuerda PADOVANI—²⁶⁵ en la reducción del uso de la cárcel a un instrumento de mera prevención especial, si bien desnudo de sus pretensiones enmendadoras y reeducadores al menos humanizado en su contenido aflictivo. Si somos capaces de conseguir eso en las actuales circunstancias no podemos, para nada, decir —de acuerdo con MUÑOZ CONDE—²⁶⁶ que sea poca cosa. Cejar en el intento sólo se traduciría en un aumento del problema penitenciario, de las medidas extralegales y subterráneas; en un regreso a la represión total, a un derecho del acto que no contemple al hombre; en la eliminación de medidas preparatorias como la libertad condicional y, ¿quién sabe? quizás en un retorno a la pena de muerte²⁶⁷.

El sistema penitenciario —estamos con CRUZ y GONZÁLEZ— necesita una orientación definida; la imposibilidad de abolir la prisión impone esta necesidad. El cuestionamiento al Derecho penal y la crisis de las sanciones tradicionales no impiden la definición de una política penitenciaria que realmente refleje los principios de un Estado democrático de Derecho²⁶⁸. La meta no debe por tanto variar.

La meta a alcanzar mientras exista la cárcel, que parece ser estará con nosotros durante mucho tiempo, debe seguir siendo la resocialización. 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 adecuadas²⁶⁹. Ciertamente es una empresa difícil pero no por ello —estamos de acuerdo con ROXIN—²⁷⁰ hay que dejar de intentarlo. Porque la resocialización es, en todo caso, y repitiendo, la única esperanza que nos queda para alcanzar ese Derecho penal menor del que habla RADBRUCH. Es la inexcusable vía hacia el Derecho penal mínimo, puesto que sólo mediante la combinación de ambos criterios preventivos se porta a la paulatina —pero no menos prudente— descriminalización, a la utilización de sanciones alternativas a las puramente penales y a la potenciación de figuras e instituciones como la libertad condicional, el arresto domiciliario, el de fin de semana, o la suspensión de la condena.

²⁶⁵ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, op. cit., p. 27.

²⁶⁶ MUÑOZ CONDE, F., «Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera», op. cit., p. 43.

²⁶⁷ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, op. cit., p. 11.

²⁶⁸ CRUZ CASTRO-GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *La sanción penal*, op. cit., p. 79.

²⁶⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. alt., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 296.

²⁷⁰ ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, op. cit., p. 155.

III. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LOS SISTEMAS PENALES MODERNOS Y LA URGENTE NECESIDAD DE BUSCARLE ALTERNATIVAS (ESTUDIO CRÍTICO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA Y CENTROAMÉRICA) *

A) LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD MODERNAMENTE CONCEBIDA. ANÁLISIS CRÍTICO COMPARADO

1. Concepto y clases

En la actualidad a la pena privativa de libertad cabe concebirla como la privación de la libertad ambulatoria durante un determinado período de tiempo. O lo que es lo mismo —y en descripción más exhaustiva de LANDROVE—, «como la reclusión del condenado en un establecimiento en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad y sometido a un específico régimen de vida»²⁷¹. La libertad de que se le priva, por tanto, se concentra principalmente en la libertad de movimientos —por no poder disponer por sí mismo del lugar material de residencia y de la distribución de su tiempo—²⁷², dejando a salvo todos los demás derechos que no sean incompatibles con la pérdida de la libertad ambulatoria, y que el condenado en todo caso conservará —este es el motivo por el cual se priva al reo de derechos como el derecho de reunión, o de huelga, por tratarse éstas de limitaciones indispensables para llevar a cabo la ejecución de la pena impuesta y, sin embargo, se le conservan derechos como el derecho al sufragio activo o el derecho a un trabajo remunerado, por mostrarse perfectamente compatibles con la privación de libertad ambulatoria.

En todo caso, y sea cual sea el contenido que se le otorgue, lo cierto es que hoy en día como privación de libertad no sólo se conoce a la pena de prisión propiamente dicha, sino que bajo tal terminología se cobijan todas aquellas otras penas que también suponen una privación de libertad. Nos estamos refiriendo tanto al arresto fin de semana como a la responsabilidad subsidiaria por impago de multa. A ambas le dedicamos, en consecuencia, y lógicamente, también nuestra atención.

* En este trabajo al referirnos a Centroamérica, y como ya hemos podido comprobar tras lo hasta ahora expuesto, nos limitamos a analizar los ordenamientos jurídico-penales de los países conformantes de la Región con clara influencia europeo-continental. En este sentido, se excluye a Belice por sus raíces anglosajonas, su elevada dependencia en relación a sus antiguas legislaciones metropolitanas y las severas dificultades de información legislativa y doctrinal sobre su ordenamiento; y aún a pesar de ser conscientes del sensible vacío que tal actuación provoca en el ámbito del conocimiento del Derecho penal centroamericano.

²⁷¹ LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 55.

²⁷² GRACIA MARTÍN, L. (coord.) *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, op. cit., p. 88.

2. La pena de prisión

a) Unificación de la terminología

Una vez llegada la ideología resocializadora —y con ello el cambio de visión de la pena privativa de libertad desde el retribucionismo a la prevención especial— deja de tener sentido toda clasificación basada en la aflictividad, y se comienza a hablar de pena de prisión como pena unitaria de privación continuada de libertad, terminándose, en consecuencia, con la antigua clasificación de las penas de encierro según el número de años a cumplir y el distinto carácter represivo que las caracterizaba —léase reclusión, prisión y arresto—. Una diferenciación que, sin embargo, aún se mantiene en algunos de los países centroamericanos²⁷³, exigiéndose formas diversas de cumplimiento —a veces con obligación de trabajar—²⁷⁴, pero que en la práctica, y como nos advierten CASTELLÓN y BARRETO, constituyen una única pena de prisión pues se cumplen todas de igual forma²⁷⁵. Pena de prisión, por tanto, entendida de forma unitaria, pero en todo caso sujeta a límites.

b) Sus límites

La mensurabilidad de la pena de prisión, dónde dadas sus características no puede hablarse de un tiempo no controlado por la pena, ha llevado a que los penitenciaristas —ya desde el siglo pasado— planteen la conveniencia de limitar sus tiempos. Es más, la constante evolución de las penas, en conformidad con las distintas ideas sobre el sentido que debe tener el castigo, ha conducido a que la actual preocupación por las modernas ideas preventivo-especiales sea la de reducir, en la medida de lo posible, los tiempos mínimos y máximos de la privación de libertad, dado que ellos, lógicamente, también están llamados a cumplir fines preventivos²⁷⁶. Es decir, si bien no hay lugar, porque es evidente, a una discusión sobre la vigencia histórica de la pena de prisión, si la hay respecto a cuál debe ser su extensión.

²⁷³ La pena privativa de libertad es entendida de forma unitaria por el C.P. español de 1995, puesto que en su art. 33, al enumerar las penas privativas de libertad, habla exclusivamente de prisión, arresto de fin de semana y responsabilidad subsidiaria por impago de multa; apartándose en consecuencia de la clasificación consignada en el C.P. anterior en que se diferenciaba entre arresto, prisión y reclusión (art. 73). También la unifican los códigos penales costarricense (art. 50), salvadoreño (art. 45.1) y panameño (art. 46) y el PCP nicaragüense (art. 51). No lo hacen, sin embargo, los códigos penales de Honduras —que en su art. 30 habla también de reclusión—, Guatemala —que junto a la prisión también enumera al arresto en su art. 41— y el todavía en vigor C. P. de Nicaragua, de 1974 —que en su art. 53 recoge tanto al presidio, como a la prisión, como al arresto—. En cualquier caso, el que también unifica la terminología es el CPT, puesto que en su art. 42, al hablar de penas principales, sólo menciona a la prisión junto a la multa.

²⁷⁴ De este modo: C.P. nicaragüense (arts. 59 y ss), y C.P. Honduras (arts. 39 y ss).

²⁷⁵ CASTELLÓN BARRETO-HERNÁNDEZ LEÓN, *Apuntes de Derecho penal*, op. cit., p. 131.

²⁷⁶ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., pp. 68 y 69.

b.1) *El límite máximo. Las tendencias doctrinales al respecto*

b.1.1) Rechazo absoluto tanto de la cadena perpetua como de las penas de prisión excesivamente largas

El progresivo desarrollo de la civilidad hace intolerables, o menos tolerables que en el pasado, no sólo a las penas de muerte o corporales sino también a las penas privativas de libertad demasiado largas, comenzando por la cadena perpetua²⁷⁷. Y es que las penas de prisión de larga duración, en base a sus efectos desocializadores, plantean problemas desde puntos de vista tan diversos como pueden ser la humanización, los derechos de los reclusos y, en especial, el debido respeto a la dignidad de la persona humana y a su libre desarrollo²⁷⁸.

Los largos períodos de privación de libertad lo único que hacen —nos recuerda BERDUGO—²⁷⁹ es alejar de forma definitiva al individuo de la sociedad, convirtiéndolo en una especie de «muerto en vida», pues destruyen su personalidad una vez perdida toda expectativa en una futura libertad. Son, por ello, penas que no tienen cabida en todo sistema penitenciario orientado a la resocialización, y que aspire, además, a crear expectativas para una futura incorporación del penado en la sociedad²⁸⁰. Penas, de entrada, incompatibles con la proporcionalidad, y que convierten en estériles todas las supuestas funciones o virtudes que a éstas se les asignan²⁸¹. Penas de las que, en consecuencia, y en base tanto a criterios de humanidad como de utilidad cabe prescindir, ya que —estamos con FOUCAULT— «si la perpetuidad desespera, hace indiferentes a los presos respecto de la corrección de sus costumbres y el espíritu de trabajo y les lleva a ocuparse únicamente de proyectos de evasión e insurrección; y puesto que no se ha juzgado oportuno privarlos de la vida, ¿por qué tratar de hacérsela insoportable?»²⁸².

Si, como vimos, la pena de prisión, dado su carácter claramente afflictivo e inútil respecto de los fines que con ella se buscan, tiene de entrada justificada en todo caso su superación como pena, pero —como también adelantamos— esto es imposible al menos en las actuales circunstancias, sólo nos queda abogar por su paulatina reducción²⁸³. «Mien-

²⁷⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 411.

²⁷⁸ GRACIA MARTÍN, L. (coord.) *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, op. cit., p. 87.

²⁷⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. alt., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 295.

²⁸⁰ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 69.

²⁸¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 515.

²⁸² FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, op. cit., p. 127.

²⁸³ Porque, como nos recuerda GARÓFALO, «el hombre se cansa de atormentar a su semejante indefenso. El más horrible crimen resulta, al cabo de uno o más años, una página de crónica de un tiempo olvidado casi. El disgusto contra su autor es una impresión que, como todas las demás, se debilita por el tiempo y con la familiaridad en que se vive con el reo. Una vez viejo y abatido, ya no suscita nuestra invencible antipatía como en los primeros momentos que siguen al delito. Un tratamiento excesivamente rígido llega a parecer una inútil crueldad. Si él sufre, si pide por piedad no se obligado a enloquecer entre las cuatro paredes de su celda, sus gemidos acaban por encontrar acogida». Vid. en GARÓFALO, R., *Estudios criminalistas*, trad. de ALONSO, Madrid, España, 1986, p. 27.

tras transcurre el tiempo de maduración de la abolición de la pena privativa de libertad —escribe al respecto FERRAJOLI—, exigencias elementales de certeza y de justicia hacen necesaria su reducción a través de la restricción de sus hipótesis de aplicación y el acortamiento de su duración»²⁸⁴.

La prisión debe, por tanto —y de acuerdo con GARCÍA ARÁN—²⁸⁵, quedar reducida a los mínimos imprescindibles, como aquellos que suficientes para ejercer la prevención general no lleguen a producir efectos tan devastadores sobre el condenado que lleven a provocar su irrecuperabilidad social. Pero, ¿cuál sería, en este caso, el límite máximo recomendable para que la pena de prisión no resulte absolutamente opuesta a las metas resocializadoras que a ella se le asignan desde las diversas constituciones? ¿Cuál sería el número máximo de años privativos de libertad a pasar por una persona por encima de los cuáles se convertiría en inútil todo esfuerzo resocializador?

b.1.2) *El límite máximo recomendable*

Las recomendaciones de un importante sector doctrinal, con un fuerte asentamiento en investigaciones criminológicas, hablan de un límite máximo de 15 años de prisión efectiva. FERRAJOLI²⁸⁶ incluso baja el límite a los 10 años, considerando aceptable cualquier reducción por debajo de éste por estimar que la reducción de las penas, en lugar de su sustitución discrecional durante la ejecución, permite salvaguardar todos los elementos garantistas de la pena, cosa que no permiten los sustitutivos siempre que no estén fijados legalmente y, por el contrario, sean absolutamente discrecionales. En cualquier caso —y en completo acuerdo con MAPELLI y TERRADILLOS—²⁸⁷, lo que sí es evidente es que la lucha contra las penas largas de prisión no se logra únicamente con imponer legalmente unos topes máximos, sino que es necesario al mismo tiempo que el legislador, en aplicación de los principios tanto de intervención mínima como de proporcionalidad, les de un tratamiento excepcional con la previsión de instrumentos legales a través de los cuales el penado pueda ir reduciendo la duración de la condena a medida que avanza su cumplimiento. Esto es, la aplicación del sistema progresivo en el tratamiento penitenciario. Un sistema que, sin desconocerse las deficiencias de que también hace gala, indudablemente cuenta con la ventaja de convertir al penado en un participante activo del tratamiento, mientras que, de acuerdo con ZAFFARONI, se evite la rigidez de incorporarlo inicialmente a una etapa de máximas restricciones, posibilitando su primario ingreso en la etapa que resulte más adecuada a su caso particular²⁸⁸.

²⁸⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 414.

²⁸⁵ MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 532.

²⁸⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 416.

²⁸⁷ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 71.

²⁸⁸ ZAFFARONI, E. R., *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)*, op. cit., p. 211.

b.1.3) Cumplimiento de estas directrices en los países objeto de nuestro estudio

b.1.3.1) El caso español

Nuestro código penal, al no admitir en ningún caso la pena perpetua —desde su abolición en el 1928—²⁸⁹ por tratarse de una pena inhumana y, como es evidente, absolutamente contraria a la prevención especial y a sus fines resocializadores, establece en cada tipo delictivo un tope máximo de tiempo a cumplir en condiciones de privación de libertad. Un límite máximo general que viene establecido, a tenor del artículo 36, en los 20 años «salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente código». Excepciones que, aparte de ser de lo más variopinto, son realmente «demasiadas»²⁹⁰.

La gravedad de las penas en el actual ordenamiento jurídico-penal, por tanto, y a pesar de las apariencias, no es inferior a la del código penal anterior, ya que con la supresión de la institución de la redención de penas por el trabajo una pena de 20 años con el actual código penal equivale a una pena de 30 años en el código anterior; y, por si esto fuera poco, la presencia de todas las excepciones mencionadas aumentan el límite hasta los 25 o 30 años, lo cual, sin lugar a dudas, es demasiado elevado. Es por ello que ante todas estas previsiones excepcionales hechas por el código penal, y empezando por la propia del art. 36 y su fijación del tope máximo en 20 años, cabe aseverar —con BERDUGO²⁹¹— que, en lo que a este tema se refiere, ha desoído todas las recomendaciones psicológicas y criminológicas en que la moderna ciencia del Derecho penal se ha apoyado a la hora de aconsejar un límite máximo nunca superior a los 15 años de privación continuada de libertad por el grave deterioro que en la personalidad del recluso supone. Es más, cabría afirmar inconstitucionales —de acuerdo con CEREZO MIR— todos aquellos preceptos que fijen una pena superior a los 20 años por contrariar de forma clara el art. 15 de la Consti-

²⁸⁹ Ya en 1870, si bien se mantiene su denominación, estaba sin embargo prevista la concesión de indultos a los 30 años (art. 29).

²⁹⁰ Entre ellas cabría hablar de: *las excepciones del art. 76.1.a y b*, dónde en caso de concurso de delitos se puede llegar a alcanzar los 25 y 30 años de prisión respectivamente. *La excepción del art. 70.2.1*, según la cual cuando en aplicación de las reglas de determinación de la pena —al calcular la superior en grado más concretamente— se superen los 20 años de prisión, el límite dejará de estar ahí para pasar a estar en 30 años. Y, finalmente, *las excepciones marcadas en determinados delitos*, que de entrada, y sin aplicación de ningún tipo de reglas, son sancionados por el propio Código penal con penas superiores al tope señalado por el art. 36. Este es el caso del *delito de rebelión* del art. 472, sancionado en el 473 con una pena de hasta 25 años; *el de regicidio* del art. 485, castigado en su párrafo 1.º con una pena de hasta 25 años, y en el 3.º con una de hasta 30; *el de homicidio de un Jefe de Estado extranjero o persona protegida internacionalmente* del art. 605.1, sancionado con hasta 30 años de prisión; el del art. 607.1 o *delito de genocidio*, castigado con hasta 30 años (en aplicación de la pena superior en grado del art. 70.2.1); *en el caso de asesinato agravado* del art. 140, con pena de veinte a veinticinco años; el caso del *delito de terrorismo* del art. 571, sancionado en el artículo 572.1.1.º con una pena de 20 a 30 años, etc.

²⁹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 295. Del mismo modo lo denuncian MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 70; GRACIA MARTÍN, L., «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», *op. cit.*, p. 562; 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. 33.

tución española y su prohibición de toda pena inhumana²⁹². Y es que el actual texto penal lo único que hace, en consecuencia, es endurecer el sistema de penas, de forma que se produce —como escribe BONA—²⁹³ la paradoja de que un nuevo código penal no nacido de una etapa dictatorial sea menos beneficioso que el anterior que deroga.

En todo caso, lo que si cabe decir es que al menos la Ley General Penitenciaria española, en los arts. 65 y siguientes, fija un sistema progresivo de tratamiento penitenciario que permite al recluso ir avanzando en grado en base a su conducta favorable hasta llegar a la libertad condicional (Cap. I, Título VII del Reglamento Penitenciario R.D. 190/1996, de 9 de febrero), si bien el art. 78 del C.P. recoge ciertas excepciones, tanto en lo que al otorgamiento de los beneficios penitenciarios como al cómputo del plazo de la libertad condicional se refiere, que empañan de forma notable todo el panorama. Y es que el acercamiento de la pena legalmente establecida a la efectivamente cumplida —requisito de la eficacia preventivo-general— parece no haber sido suficiente y, por ello, se ha establecido este artículo, el llamado «cumplimiento íntegro de las penas»²⁹⁴, ejemplo claro de triunfo de la filosofía retribucionista sobre la resocializadora y mensaje político evidentemente rentable para algunos intereses²⁹⁵.

Porque el art. 78 de nuestro Código penal no es más que un ejemplo significativo de aquella utilización distorsionada del Derecho penal de la que hablábamos²⁹⁶. De su utilización como un instrumento de política interior en vez de como sistema garantizador de la libertad del individuo y en contra del principio de subsidiariedad, donde el legislativo, aprovechándose de una fuerte presión de la opinión pública previamente manipulada por ciertos grupos ultraconservadores —que, a juicio de VIVES ANTÓN, cuando no tienen nada mejor que aportar doctrinalmente reabren la polémica sobre la inseguridad ciudadana y el cumplimiento «íntegro» de las penas—²⁹⁷, busca sacar una ganancia política por el camino más fácil: el de satisfacción de los sentimientos vindicativos naturales en una so-

²⁹² CEREZO MIR, J., «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo código penal de 1995», *La Ley*, 1996, D-217. Del mismo modo, GRACIA MARTÍN, L. (coord.) *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal*, *op. cit.*, p. 98.

²⁹³ BONA, R., «El cumplimiento de las penas a partir del nuevo código penal», *JPD*, n.º 25, marzo-1996, p. 57.

²⁹⁴ El nuevo código penal, presionado por las exigencias preventivo-generales, incluye esta disposición que impide que los condenados a penas de larga duración puedan obtener los beneficios que permitan acortarla. Para ello toman la pena concreta que debería aplicarse —por ej. 60 años por 4 homicidios—, y no la que saldría de considerar el límite de 20 años y sus excepciones de 25 y 30 años (art. 76.1) a la hora de calcular los beneficios penitenciarios. De este modo la libertad condicional —que exige para su concesión el cumplimiento efectivo de las partes de la condena— se aplicaría una vez cumplidos los 42 años y medio. O lo que es lo mismo, dado que no se pueden cumplir más de 30 años en prisión, el sujeto correspondiente saldría efectivamente a los 30 años sin haber podido disfrutar de los beneficios penitenciarios que la ley le reconoce. Este es un tema, a nuestro juicio, de evidente inconstitucionalidad porque consideramos que la finalidad resocializadora del art. 25.2 de nuestra Constitución no tiene excepciones.

²⁹⁵ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, *op. cit.*, p. 43.

²⁹⁶ *Vid. supra*, apartado I.C.

²⁹⁷ VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al código penal de 1995*, vol. II (arts. 1 a 233), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 449.

ciudad asustada²⁹⁸. Una lacra de nuestro sistema penal que, desde luego, en nada ayuda a solventar la problemática sobre las penas de prisión excesivamente largas y su capacidad para banalizar completamente cualquier pretensión resocializadora.

b.1.2.2) La situación en Centroamérica

Ni que decir tiene que la situación en Centroamérica no se ve, ni mucho menos, mejorada en este aspecto. Ninguno de los países que lo integran, cierto es, admite la cadena perpetua, y por ello someten a límites cada una de las penas que recogen en sus correspondientes tipos delictivos. Un tope máximo de tiempo a vivir privado de la libertad ambulatoria que, sin embargo, en algunos casos adopta la forma de una verdadera prisión a perpetuidad.

Tanto Costa Rica (art. 51 C.P.)²⁹⁹ como Guatemala³⁰⁰ (art. 44 C.P.) adoptan como límite máximo de tiempo a cumplir en prisión los 50 años. Los demás países, si bien no llegan a estos «extremos», tampoco podemos decir que se pongan del lado de las actuales orientaciones político criminales —hacia una disminución de las penas largas privativas de libertad por sus consabidos efectos desocializadores—, puesto que todos ellos acaban admitiendo los 30 años de prisión —salvo el caso de Panamá que en sus arts. 47 y 65 fija la pena máxima en 20 años—, bien fijándolos como tope máximo en cualquier caso (art. 45 del Código penal salvadoreño; art. 37 Constitución y 56 C.P. nicaragüense) o bien partiendo de una pena máxima de 20 (art. 97 Const. hondureña) o 25 años (art. 52.1 PCP nicaragüense)³⁰¹ para un solo hecho punible, pero admitiendo el sobrepasar dicha cantidad en caso de concurso, llegando hasta los 30 años (art. 97 Const. hondureña y arts 81.4.a y 85 PCP Nicaragua). Textos estos últimos claramente influenciados por el CPT, que en su art. 43 habla de una pena máxima de 25 años de prisión.

²⁹⁸ Porque el legislador, en el deseo de no atentar contra el principio de igualdad y al mismo tiempo de enmascarar de «legalidad» la situación, ha limitado la aplicación de tal artículo a los culpables de determinadas modalidades delictivas generadoras de especial desasosiego e indignación en nuestra sociedad, tales como el terrorismo o el tráfico de drogas. Sin embargo, la realidad es que se ponen obstáculos para aplicar los beneficios penitenciarios precisamente donde más falta hace y sin, en contrapartida, arreglar nada al tratarse de un procedimiento difuso que se presta a toda discrecionalidad. Y porque, de cualquier forma —escribe PONCE RAMÍREZ—, «es deplorable que los dirigentes políticos aprovechen este tipo de situaciones para obtener beneficios electorales, o que los medios de comunicación intenten captar audiencia, porque inevitablemente en estos casos la consecuencia directa de estas actuaciones es alimentar la alarma social y, por tanto, la necesidad de vindicta pública» *Vid.* en PONCE RAMÍREZ, A., «El cumplimiento íntegro ¿justicia o castigo?», en *Estudios Jurídicos*, II Congreso de estudiantes de Derecho de la UCLM, Universidad de Castilla-La Mancha, Dilex, Madrid, 1997, pp. 142 y ss.

²⁹⁹ Una pena desproporcionada que, paradójicamente, se instauró en el año 1996. Porque no fue sino hace escasamente 4 años que se aumentó la pena de 25 a los 50 años actuales.

³⁰⁰ De igual modo que sucediese con Costa Rica, y como si de una moda se tratara, en el mismo año 1996, y por decreto n.º 20, también aquí se aumentó el límite máximo, en esta ocasión de los 30 años anteriores a los 50 años ahora en vigor.

³⁰¹ Un texto que de llegar a sancionarse, manteniéndose en los términos en los que aquí se maneja, desaprovecharía la ocasión ideal para materializar en la ley las orientaciones resocializadoras más modernas, y asentarse por el contrario en retrógradas concepciones de orden social. Pues, recordemos, son numerosas las corrientes político-criminales y criminológicas que abogan por una pena detentiva nunca superior a los 15 años.

Una disparidad de límites, en todo caso —y de acuerdo con ZAFFARONI—, como poco preocupante, puesto que tratándose de culturas similares y problemas generales análogos es de difícil comprensión como unos países demandan la conminación de la privación de libertad por toda la vida de la persona y otros «sólo» requieren 20 años de dicha privación. Límites éstos, además, y por lo general, casi tradicionales, y sin la existencia de «una verdadera valoración de las necesidades de tutela a efectos de averiguar si requieren en realidad ciertos límites o la falta de éstos»³⁰². En cualquier caso, y sin dejar por ello en el olvido las particularidades, lo cierto es que los códigos penales centroamericanos al igual que sucede con el español han desoído todas las recomendaciones criminológicas que apuestan por una pena máxima de 15 años. Si el sobrepasar esta cifra causa cierto «desencanto», poco se puede añadir respecto de los casos en que se admiten hasta penas de 30 y 50 años. Si éstas no son penas perpetuas, inhumanas, degradantes, contrarias a la dignidad humana —y por ello prohibidas, paradójicamente, en las correspondientes constituciones—³⁰³, desde luego se le asemejan demasiado.

De cualquier modo, y al igual que hiciésemos respecto de España, cabe hacer referencia al acogimiento casi general del sistema progresivo en los ordenamientos centroamericanos. De la incorporación en ellos de la posibilidad de discernir fases en el período de tratamiento, lo que nos sume en una «cierta tranquilidad teórica», que, sin embargo, y como vimos, no ha tenido, ni de lejos, la traducción práctica deseada, sobre todo por la falta de recursos económicos³⁰⁴.

En Costa Rica la progresividad del régimen es el núcleo del sistema penitenciario, y el centro de diagnóstico del Centro de Adaptación Social no sólo clasifica los penados por su ubicación en una de las etapas de aquél sino que puede fijar un tiempo de permanencia inferior al establecido genéricamente para tal etapa en concreto (arts. 15 y ss.)³⁰⁵. En El Salvador la adopción de la progresividad como sistema de tratamiento cabe deducirse de los arts. 95 y ss. de su, casi estrenada, Ley Penitenciaria. Nicaragua, de igual modo, y al lado de una previsión constitucional de dicho sistema en su art. 39, fundamenta su Documento Base para la Reeducación Penal en el sistema progresivo, en el tratamiento reeducativo de los reclusos³⁰⁶, motivo por el cual establece cinco modalidades o regímenes a través

³⁰² ZAFFARONI, R. (Coord.), *Sistemas penales y Derechos humanos en América Latina*, op. cit., p. 69.

³⁰³ Art. 40 Costa Rica, art. 27 El Salvador, art. 68 Honduras, arts. 4 y 19 Guatemala, art. 34.11.º Nicaragua y art. 28 Panamá.

³⁰⁴ *Vid. supra*, apartado II.D (D-3).

³⁰⁵ Reglamento del Centro de Adaptación Social «La Reforma», Ministerio de Gobernación y Justicia, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1977. Una normativa que si bien nació con la voluntad de regular dicho centro penitenciario, finalmente acabó por plantearse para el grueso de la población penitenciaria. *Vid.* en ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., p. 160.

³⁰⁶ De igual modo lo hace la Ley del Sistema Penitenciario que, como decíamos, se encuentra actualmente en discusión en la Comisión de Justicia. Esta Propuesta de ley, de forma más explícita, regula el tratamiento penitenciario, conforme al sistema progresivo, en los artículos 104 y ss. En el art. 109 distingue, concretamente, cuatro regímenes a cumplir por el interno en tal progresión: a) Régimen Ordinario; b) Régimen Semi-Abierto; c) Régimen Abierto; y d) Régimen de Convivencia Familiar.

de los cuales les es dable progresar a los internos hasta obtener la libertad³⁰⁷. En Guatemala la sustitución del sistema original de prisiones y penitenciarias por un sistema de granjas penales de rehabilitación también respondía al deseo de una mejor aplicación del sistema progresivo de tratamiento³⁰⁸. En lo que a Honduras se refiere, si bien de los correspondientes artículos del C.P. y de la Constitución —reguladores, como vimos, del sistema penitenciario en ese país— no cabe deducirse tal sistema de tratamiento, nos inclinamos por su adopción al comprobar, al igual que en los demás casos, como admite la libertad condicional. Al mismo argumento nos acogemos al enfrentarnos al caso panameño para deducir también la progresividad, pues en ese país, y hasta el momento, se carece de reglamentación referente a la clasificación técnica de la población penitenciaria.

b.2) El límite mínimo

b.2.1) La problemática inherente a las penas cortas privativas de libertad. Su resurgimiento a través de las penas «shock»

En el extremo opuesto de la problemática se encuentran las penas breves³⁰⁹ privativas de libertad, que al contrario de lo que pudiera parecer presentan innumerables problemas, siendo mayoritaria la doctrina que rechaza su previsión por sus evidentes efectos desocializadores. Estas penas, nacidas como consecuencia de la idea de proporcionalidad, entendida desde una óptica prevencionista —de la adopción de una política criminal conocida como «estrategia diferenciada» que más adelante abordaremos—³¹⁰, en un porcentaje demasiado elevado de los casos lo único que hacen es producir más perjuicios que beneficios. Si la doctrina no se pone de acuerdo en cuanto a su concepto si que lo hace a la hora de denunciar su disfuncionalidad, ya que —como en su momento afirmaba Von LISZT— «ni corrigen, ni intimidan, ni inocuizan; pero, en cambio, arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen»³¹¹.

³⁰⁷ Estos regímenes son: 1.- Régimen de Adaptación; 2.- Régimen Laboral; 3.- Régimen Semi-Abierto; 4.- Régimen Abierto y 5.- Régimen de Convivencia Familiar. Vid. en CUAREZMA TERÁN, S., «Atención integral para la población carcelaria de Nicaragua; sistema penitenciario y derechos humanos», *op. cit.*, pp. 21 y ss.

³⁰⁸ DE LEÓN VELASCO-DE MATA VELA, *Derecho penal guatemalteco*, *op. cit.*, p. 260.

³⁰⁹ Si bien lo de la «brevedad» es un término muy relativo, la cantidad de 6 meses es el punto de referimento normal en la mayoría de los ordenamientos para la determinación del límite de concesión de la suspensión condicional de la pena. Es —a juicio de PALAZZO— la cantidad perfecta porque, no sólo corresponde a la más general noción de pena detentiva breve, sino que también es ideal para asegurar al fenómeno de la sustitución, en el complejo volumen de las penas detentivas, una consistencia cuantitativa más que suficiente a la hora de justificar la previsión legislativa de las penas sustitutivas. Una elevación de tal límite sería, a su criterio, no sólo irrealista, sino también inoportuna, según el actual estado de las cosas. Vid. en PALAZZO, F., «Análisis empírico ed indicazioni di riforma in materia di sanzioni sostitutive *ex officio*», *RIDPP*, 1986, p. 683.

³¹⁰ Vid. *infra*, Capítulo IV, apartado I.A.

³¹¹ LISZT, V., *La idea de fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Traduc. de Carlos Pérez del Valle, Granada, 1995, pp. 89 y ss.

El debate comienza, por tanto —y así nos lo recuerdan DOLCINI y PALIERO—³¹², en el mismo momento en que, abandonado el dogma retribucionista de la Escuela clásica para hacer un hueco a las teorías utilitarias, se observa la falta de correspondencia, e incluso contrariedad, entre los efectos producidos y los objetivos que, en principio, se habían marcado; lo que finalmente se traduciría más bien en una deslegitimación de su propio empleo. Efectos de infantilización y estigmatización social inherentes, sobre todo, al primer impacto con la institución carcelaria. Efectos devastadores que no pueden ser neutralizados, ni en una mínima parte, a través del «tratamiento».

Todo empecinamiento en su permanencia no tendría, en consecuencia, una explicación diferente a la retribucionista, puesto que son penas previstas para delitos cuyo desvalor social no demanda ya el recurso a una reacción tan extrema. Se está abriendo ante nosotros, en definitiva, no sólo la posibilidad, sino más bien la exigencia, de reconsiderar su función³¹³. Porque como penas privativas de libertad que en todo caso son, portan consigo evidentes efectos negativos que comienzan con la pérdida del trabajo —y sus consiguientes consecuencias respecto de la integración social del condenado— y acaban con la pérdida del contacto familiar —que muchas veces son su último apoyo—, sin poder ponerse en práctica ningún tipo de tratamiento resocializador.

«La pena detentiva breve —denuncia Von LISZT— no está solo privada de utilidad; además daña el Ordenamiento jurídico más de lo que podría hacer la completa impunidad del reo»³¹⁴. Supondría el simple y llano encierro de una persona sin finalidad preventivo-especial alguna, y sin embargo abriría el camino a que los condenados ingresen en la vida criminal, que en esos momentos se le presenta como única alternativa al tener que portar por el resto de sus días el estigma social de «haber estado en la cárcel», que les complicará, aún más si cabe, su existencia³¹⁵. Lo que hacen, por tanto, más que prevenir los futuros delitos a cometer por ese delincuente es fomentarlos, aparte de colapsar y sobrecargar inútilmente el aparato estatal de ejecución de las penas³¹⁶. «Porque las prisiones están abarrotadas —asevera KENT— de una población flotante librada a un vaivén perpetuo que hace difícil la misión de vigilancia y que impide suministrar un trabajo regular a los detenidos dispuestos a la labor»³¹⁷. Luego el abogar por su desaparición ya no es una simple cuestión de indulgencia —como advierte CÓRDOBA—³¹⁸, sino de eficacia regida por la idea de interponer los medios más idóneos para la finalidad perseguida.

Lo más irónico del caso es, sin embargo, que en la actualidad la tónica imperante es la de resistencia a su desaparición ante el vertiginoso incremento de la criminalidad im-

³¹² DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Giuffrè editore, Milano, 1989, p. 6.

³¹³ DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión*, *op. cit.*, p. 10.

³¹⁴ Von LISZT, «Kriminalpolitische Aufgaben», en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905, rist. anat. 1970, p. 347. Vid. en PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, *op. cit.*, p. 45.

³¹⁵ ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, *op. cit.*, p. 72.

³¹⁶ GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, *op. cit.*, p. 145.

³¹⁷ KENT, J., *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, *op. cit.*, p. 42.

³¹⁸ CÓRDOBA RODA, J., «La pena y sus fines en la Constitución», *op. cit.*, p. 564.

prudente. Están resurgiendo de sus propias cenizas, si bien transformadas en penas muy cortas que dosificadas en breves períodos de tiempo de dos o tres días han adoptado el nombre de penas de arresto de fin de semana. Es la filosofía de la *pena-shock* que copiada de algunas experiencias norteamericanas se propone en Europa y América Latina, apoyada en la crisis de la ideología del tratamiento y el resurgimiento del neoclasicismo jurídico-penal. Una filosofía punitiva cuya lógica se asienta en el convencimiento de que una muestra de prisión es necesaria para convencer al delincuente de la gravedad de su delito, y para mostrar a la opinión pública que en un modo o en el otro se ha impuesto una pena³¹⁹. «Un castigo brevísimo, de pocos días, de encarcelamiento, llevado a cabo en adecuadas cárceles locales [...] inmediatamente después a la comisión del delito» —como lo describe MANTOVANI—³²⁰.

Estas penas, no obstante, no son más que nuevos intentos de rehabilitar la pena de preventiva breve como «moderno instrumento de política criminal»³²¹. Porque estas sanciones, por mucho que estuvieran en posición de desarrollar un apreciable efecto intimidativo, dejarían de nuevo sin resolver el problema del daño producido por el impacto con la cárcel, sobre todo en casos de delincuentes primarios y autores de delitos de escasa gravedad³²². Es más, estas penas, aparte de ser inadecuadas respecto del principio de culpabilidad y del obligado respeto de la dignidad humana y de la personalidad individual, desde una perspectiva psicológica el proceso «frustración-agresión» que siempre conllevaría podría conducir a ulteriores y más graves hechos delictivos. En todo caso, el hecho no sólo posible sino casi cierto de que intervengan a años distancia respecto del crimen cometido «vanifica de raíz el discutible objetivo de un saludable efecto de *shock*» —denuncia con acierto GRASSO—³²³. La lucha contra las penas de corta duración por lo tanto continúa, «porque el movimiento neoclásico tampoco ha atacado, en definitiva, la actualidad de la lucha contra la pena corta de prisión como objetivo primero de una moderna política del Derecho penal» —sentencian DOLCINI y PALIERO—³²⁴.

b.2.2) La dirección tomada al respecto por los concretos legisladores

Nuestro Código penal español rechaza, en principio, las penas cortas privativas de libertad y, por ello, fija la duración mínima de internamiento en prisión en los 6 meses recomendados (art. 36). En base a ello ningún precepto del texto penal, al contrario de lo que si sucedía con el límite máximo, estipula una pena inferior a ésta; no se acoge ninguna excepción a tal regla general. Es más, si en aplicación de las reglas de determina-

³¹⁹ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, op. cit., pp. 10 y 11.

³²⁰ MANTOVANI, F., «Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale», en (a cura di ROMANO-STELLA) *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 92.

³²¹ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, op. cit., p. 10.

³²² *Ibidem*, pp. 11 y ss.

³²³ GRASSO, G., «La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata», *RIDPP*, 1981, pp. 1418 y ss.

³²⁴ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, op. cit., p. 12.

ción de la pena se llegase a una pena inferior al límite fijado en los 6 meses, el texto penal en vez de establecer una cláusula excepcional que desplace el límite —como hacía con el límite máximo— obliga a su sustitución, o en su caso suspensión, en el art. 71.2 del C.P.³²⁵.

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 —tal y como denuncia SERRANO PASCUAL—³²⁶ 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 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)—. Y esto es algo que —de acuerdo con MIR—³²⁷ choca frontalmente con la no previsión de penas cortas privativas de libertad, y no por ser demasiado cortas para resocializar sino por ser demasiado graves para delitos de gravedad ínfima. Porque si —como señala LUZÓN— desde la perspectiva de la prevención especial dichas penas deben ser evitadas, la salida de recibo «no puede consistir en imponer una pena superior a seis meses, que por la poca gravedad del hecho o la menor culpabilidad es innecesaria para la prevención general, la única solución plenamente satisfactoria es suprimir del catálogo de penas esas nocivas penas privativas de libertad inferiores a seis meses, evitando así de antemano los conflictos que se presentarían en la fase de imposición y de determinación en vista del peligro de desocialización»³²⁸.

En lo que a Centroamérica se refiere, tampoco en este aspecto, y de nuevo, se ve bien librada, pues la situación de las penas cortas privativas de libertad es ciertamente caótica en líneas generales. El C.P. del Salvador y el PCP para Nicaragua —y por el evidente influjo de la legislación española más reciente—³²⁹ son los únicos textos que se sujetan a los postulados modernos de ubicar el límite mínimo en los 6 meses, y así lo recogen en su art. 45 el C.P. salvadoreño —si bien, todo cabe decirlo, le sigue faltando una cláusula similar a la española donde se obligue a la sustitución, o en su caso suspensión, de toda pena inferior a ese plazo a la que cabe llegar en aplicación de las reglas de determinación de la pena de los arts. 63 y ss—³³⁰ y el art. 52.1 del PCP nicaragüense —que, al igual que el español, si prevé tales actuaciones en su art. 81.3—. Las demás legislaciones penales, de su parte, lo único que hacen al respecto es poner límites ciertamente «irrisorios», puesto que van desde los 30 días de Panamá (art. 47)³³¹, los 10 días de Nicaragua

³²⁵ SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El sistema de penas», *La Ley*, 1996/II, D-122.

³²⁶ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, op. cit., p. 245.

³²⁷ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 685.

³²⁸ LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, op. cit., p. 70.

³²⁹ *Vid. supra*, Capítulo II, apartado II.B (B-2.b).

³³⁰ Laguna legal ciertamente desconcertante cuando, y sin embargo, en el art. 74 exige —no faculta— reemplazar las penas de prisión mayores de 6 meses y menores de 1 año.

³³¹ Si bien la realidad es que tan sólo dos de sus preceptos en la parte especial admiten una pena inferior a esos 6 meses. Esto es, en la sanción al delito de usurpación de los arts. 198 y 199, lo cual, evidentemente, es un importante punto a su favor. La explicación posiblemente quepa enfocarla en el hecho de que para la definición y punición de las faltas se remite al código administrativo.

(art. 56)³³² y el día de Honduras (art. 47)³³³, hasta el no sometimiento a ningún tipo de término de Costa Rica³³⁴ y de Guatemala (art. 45)³³⁵.

Evidentemente habría que empezar por aquí antes de hablar de alternatividad. Sería imprescindible comenzar por eliminar de todos estos códigos penales cualquier posibilidad de hacer cumplir una pena privativa de libertad inferior a los 6 meses, puesto que si no se empieza por este sector todo discurso sobre la necesidad de buscarle alternativas a las penas cortas privativas de libertad ciertamente se convertiría en una predica en el desierto. Porque poco o nada cabría hacer, en definitiva, respecto de las penas inferiores a los 2 o 3 años —que son sobre las que centramos nuestro análisis— si se sigue admitiendo el que una persona sufra la prisión por una serie de días, semanas o de unos pocos meses. Algo que, no debemos olvidar, igualmente sucederá si no se supera el grave problema de prisión preventiva que se vive en la zona, puesto que a través de su cumplimiento es que se están dando las mayores situaciones de privación de libertad breve³³⁶. Si no se da de forma previa una solución adecuada a ambos extremos, desde luego no nos queda más que hacer.

3. El arresto fin de semana

Una vez desaparecidas las penas cortas privativas de libertad, irónicamente, es la figura del arresto de fin de semana la llamada a cubrir el espacio que resta hasta la pena larga de prisión, para los supuestos en que la respuesta penológica debe ser cualitativamente superior a la simple multa³³⁷. Y decimos irónicamente porque ésta también es una pena privativa de libertad, por mucho que suponga una variación a la concepción tradi-

³³² Una situación que no se ve ayudada, ni por una cláusula que exija su reemplazo por otra pena no privativa de libertad, ya que el art. 78 tan sólo concede la potestad de hacerlo, y para ello exige la concurrencia de varias circunstancias atenuantes; ni por una parte especial que, al contrario de lo que cabría esperar, cuenta con un numeroso elenco de preceptos sancionados con penas de prisión inferiores a los 6 meses. Para ser más exactos 41 delitos y 3 faltas.

³³³ Un límite mínimo que, sin embargo, se ve atenuado por el art. 61, y de cuya lectura cabe deducirse la obligación a conmutar la pena de prisión de hasta 5 años por multa salvo en caso de reincidencia. Un precepto, en todo caso, muy poco esclarecedor y sobre el cual mostramos cierta reticencia. Una desconfianza que se ve aumentada al acudir a la parte especial de este código y comprobar el elevado porcentaje de casos en que el tipo legal se ve sancionado con una pena privativa de libertad inferior a los 6 meses: 39 delitos y 26 faltas.

³³⁴ Puesto que en el art. 51, si bien fija el plazo máximo en los 50 años, mantiene un absoluto silencio sobre el límite mínimo. Acudiendo a la parte especial se puede, en todo caso, percibir que el límite mínimo señalado por el texto se encuentra en los 15 días de los arts. 228 y 305. Es, en todo caso, demasiado elevado el número de conductas que actualmente se ven castigadas con penas privativas de libertad inferiores a 6 meses y que no tienen garantizada, como veremos, su sustitución o suspensión, puesto que esto es una concesión facultativa y no obligatoria del juez (arts. 59 y 69).

³³⁵ Dado que en el citado artículo el C.P. de Guatemala, al referirse a la pena de arresto dice expresamente: «La pena de arresto consiste en la privación de libertad personal hasta por sesenta días...». Pena con la que se sancionan todas las faltas, aparte de los 15 delitos que se castigan con una pena inferior a los 6 meses.

³³⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, op. cit., p. 6.

³³⁷ COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 757.

cional de ésta al ejecutarse exclusivamente durante los fines de semana —o en determinados días de la semana si las circunstancias así lo aconsejan—. Una especie de privación de libertad dosificada, que busca privar al condenado de su tiempo de ocio, sin romper, por el contrario, los lazos familiares ni laborales³³⁸.

Su fundamento parece claro: evitar la prisión en delitos pocos graves donde una reclusión continuada, con los efectos que les son anexos, aparece como desproporcionada —tal y como nos dice MIR PUIG—³³⁹. Se persigue, en definitiva, y como hemos visto, el provocar en el condenado una especie de «efecto shock», y sin alterar gravemente sus actividades normales. Sin embargo, y pese a lo «breve» y «dosificada» que pueda llegar a ser, no deja de aparecer como una pena privativa de libertad y por ello portar una serie de perjuicios. Es, por tanto, también objeto de preocupación para nosotros, por lo que pasamos a corroborar su presencia o no como «otra» pena privativa de libertad —y no como posible alternativa a la prisión, que es un tema del que más adelante nos ocupamos—³⁴⁰ en los sistemas penales que nos ocupan.

a) Su presencia en el código penal español

Esta pena 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. Es, en todo caso, una sanción que no disfruta de un gran respaldo por parte del legislador, pues está prevista como principal en un escaso número de delitos y cuando así es, generalmente, se le otorga al juzgador la posibilidad de optar entre ésta y la pena de multa³⁴¹. 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 ejecución³⁴² —aparte de porque si no paga la multa se sigue previendo el arresto como responsabilidad subsidiaria—³⁴³.

El arresto fin de semana ha sido regulado con una imprecisión tal que ha suscitado numerosas críticas por parte de los jueces, y sin que a su solución haya contribuido en nada

³³⁸ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 85.

³³⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 706.

³⁴⁰ *Vid. infra*, Capítulo VI, apartado II.A (A-1).

³⁴¹ 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.

³⁴² 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», *AP*, n.º 27, 1996, pp. 485 y ss.

³⁴³ VARONA GÓMEZ, D., «El arresto de fin de semana: ¿Alternativa a la prisión o prisión atenuada?», en CID MOLINE-LARRAURI PUOÁN (Coord.), *Alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 150.

su desarrollo reglamentario, dado que —de acuerdo con GARCÍA ARÁN—³⁴⁴ muchos de los problemas de los que hace gala requieren más bien de un cuerpo normativo de rango legal. Una importante crítica a la que cabe unírsele otra no menos importante: el hecho de que su incumplimiento como pena principal sea el único supuesto en el cual el código permite su cumplimiento ininterrumpido, produciéndose con ello la ejecución de una pena privativa de libertad inferior a 6 meses, que, de nuevo la ironía, es lo que el legislador había querido evitar desde un inicio³⁴⁵.

b) Una pena con poca aceptación en Centroamérica

De todos los códigos aquí estudiados, aparte del español, solamente el salvadoreño acoge la posibilidad de sancionar a alguien privándole de su libertad en los fines de semana, y lo admite tanto como pena principal (art. 45) que como pena sustitutiva de la prisión (art. 74). Su regulación es ciertamente escasa en el art. 49 C.P. y los arts. 59 y ss. de la LGP, y la desconfianza hacia esta figura es evidente, dado que en la parte especial el legislador tan sólo sanciona con esta pena, salvo error u omisión, dos delitos y cuatro faltas —en tres de las cuales se acompaña con multa—. Reticencias a nuestro juicio normales, puesto que es una sanción nueva para los salvadoreños y sólo lleva prevista en su código penal dos años, aparte de todas las consideraciones que como pena que posibilita la prisión de corta duración cabe trasladar aquí.

De nuevo aquí late de forma ostentosa la influencia española. De igual modo que, por corresponder a modelos españoles en que ni se conocía esta figura, la gran mayoría de los países centroamericanos no la acogen; el salvadoreño, por verse muy influenciado, como vimos, por el código español vigente, al igual que éste si la prevé dentro de su elenco de penas, mostrando de igual modo idénticas suspicacias en su parte especial³⁴⁶.

³⁴⁴ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, op. cit., p. 48.

³⁴⁵ La ausencia injustificada en dos ocasiones del cumplimiento del arresto de fin de semana, cuando éste actúa como pena principal, puede originar una pena inferior a los 6 meses, puesto que el art. 37 da la posibilidad al Juez de vigilancia de que el arresto se ejecute ininterrumpidamente, y dado que el límite máximo en el arresto está en 24 fines de semana, a una proporción de dos días de libertad por cada uno se llega a una privación de libertad como máximo de 48 días. Vid. en 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*, op. cit., pp. 29 y 30.

³⁴⁶ En igual sentido, y en consecuencia, es como mínimo curioso el que el PCP nicaragüense —también claramente influenciado por su homólogo español— no lo haya previsto en su catálogo de penas. Quizás sea porque de entrada es consciente de las pocas aportaciones que en aras a la alternatividad a la prisión tal figura puede suponer; o quizás porque, «simplemente», no ha querido permanecer ajeno a la escasa aplicación y nula efectividad que, hasta lo de ahora, está mostrando en sus experiencias española y salvadoreña.

4. La responsabilidad subsidiaria por impago de multa

Si bien es cierto que la controversia sobre cual es la naturaleza jurídica de lo que se ha dado en llamar arresto sustitutorio es un tema aún de acalorada discusión en la doctrina, no es menos cierto —nos recuerdan COBO y VIVES— que su contenido material es idéntico al de cualquier otra pena privativa de libertad que se aplica como consecuencia a la realización de un delito o falta previamente cometido³⁴⁷. Es en puridad una pena privativa de libertad que reúne todas y cada una de sus características³⁴⁸. Cosa distinta es la posición que al respecto hayan tomado los códigos que nos ocupan, calificándola o no como pena privativa de libertad, y cubriéndola o no, en consecuencia, con todas las garantías que a ésta le son inherentes. En todo caso, en lo que se refiere al arresto sustitutorio desde su perspectiva como una de las grandes dificultades prácticas con las que se encuentra la pena de multa en su deseo, y el de todos, de sustituir progresivamente a la pena privativa de libertad, preferimos postergar su estudio al mismo instante en que analizamos a la pena de multa como apta o no para desempeñar tal función³⁴⁹. Por el momento, repetimos, lo único que nos interesa es la previsión o no de la responsabilidad subsidiaria como «otra» pena privativa de libertad tanto en España como en Centroamérica.

a) Su «status» como pena en el código penal español

En este sentido el código penal español ha terminado, de una vez por todas, con las dudas que siempre se han alzado sobre la naturaleza de la responsabilidad personal subsidiaria al calificarla como pena privativa de libertad en su art. 35. Un logro sin lugar a dudas nada desdeñable, dadas las garantías de que dicha denominación disfruta a lo largo de todo el Ordenamiento jurídico. No obstante, al prever de igual modo la posibilidad de que su cumplimiento se lleve a cabo mediante arrestos de fin de semana (art. 53) —que no se ven sometido, como hemos visto, a la duración mínima de seis meses del art. 36—, se reabre la polémica sobre la pena corta privativa de libertad que, nueva e irónicamente, es lo que se pretendía evitar con la multa.

b) Características definitorias en la región

En todos los países centroamericanos, salvo en El Salvador —donde se prevé la sustitución de la multa, en caso de insolvencia, por trabajo en beneficio de la comunidad, art. 54—, se prevé el arresto sustitutorio por impago —art. 56 C.P. Costa Rica, art. 55 Guatemala, art. 53 Honduras, art. 69 Nicaragua (art. 65.1 PCP) y art. 51 Panamá—. De

³⁴⁷ COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 783.

³⁴⁸ Al respecto es de interés la consulta de DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el Nuevo código*, op. cit., p. 193, en su cita número 38; y de JAREÑO REAL, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa*, editorial Cívitas, Madrid, 1994, p. 37, que de igual modo hace gala de amplias reseñas bibliográficas.

³⁴⁹ Vid. *infra*, Capítulo VI, apartado III.B (B-2).

ellos, sin embargo, sólo en el PCP nicaragüense esta pena privativa de libertad —que en esencia eso es lo que es— se reconoce como tal (art. 51)³⁵⁰, y, por consiguiente, sólo en él se rodea de las garantías inherentes a toda pena privativa de libertad. En los demás casos, en consecuencia, y ante tal carencia de garantías, se podrán dar lugar a verdaderas situaciones de desigualdad. Porque en estos casos lo único cierto es que, finalmente, se verá más protegido aquel que cometiendo un determinado delito se ve castigado con prisión; que aquel otro que, también penado por la comisión de un delito, su sanción primaria era de multa y al alzarse como insolvente se ve compelido a ir a la cárcel. Mientras el primero podrá ver sustituida o suspendida su condena —confluidos los requisitos oportunos—, el segundo nunca podrá disfrutar de tales beneficios, porque si bien es cierto que está en la cárcel, paradójicamente, su pena no es considerada privativa de libertad.

B) DERECHO PENAL Y *ULTIMA RATIO*. LA NECESARIA BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

1. La patente incompatibilidad entre la previsión de la pena privativa de libertad, como pena dominante en los correspondientes códigos penales, y la orientación político-criminal hacia la resocialización de sus respectivas constituciones

a) España

En nuestro país la orientación político-criminal hacia la resocialización viene constitucionalmente fijada en dos preceptos concretos: el art. 9.2, al establecer como fin de la actuación de los poderes públicos el facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social; y más concisamente en el art. 25.2, que consagra de forma definitiva el principio de resocialización como principio llamado a orientar el sistema de ejecución de las penas y las medidas privativas de libertad. Como criterio de mayor valor frente a intereses preventivo-generales que ya son tenidos en cuenta en la fase de previsión legislativa, y de la que el Juez en ningún caso puede sustraerse en virtud del art. 117.1 CE³⁵¹. Una orientación preventivo-especial que, sin embargo, sólo en una pequeña parte se ve ciertamente satisfecha en nuestro actual código penal, con actuaciones tales como: la supresión de viejas denominaciones y clases de penas privativas de libertad —unificadas ahora, como hemos visto, en el art. 35—; la supresión de las penas de prisión inferiores a seis meses (art. 36); la sustitución de éstas por la nueva multa, el arresto de fin de semana y los trabajos en beneficio de la comunidad (arts. 88.1 y 2); el mantenimiento de la condena condicional (arts. 80 y ss); y, por supuesto, el mantenimiento

³⁵⁰ Frente al aún en vigor, el C.P. de 1974, que tampoco considera pena privativa de libertad al arresto sustitutorio, y al que es dable llegar de forma directa. Porque en el PCP, con ánimo de evitar en la posible la prisión, y tal y como analizaremos en su momento, se obliga al cumplimiento del arresto sustitutorio a través de trabajos en beneficio de la comunidad, y a falta de aceptación de éste se da la posibilidad de su cumplimiento en régimen de arresto domiciliario (art. 65).

³⁵¹ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 66.

de la Ley General Penitenciaria y todo su Reglamento —que, del mismo modo, en su art. 1 refleja una orientación preventivo especial—³⁵².

Al objetivo resocializador le falta todavía mucho para ser realizable en nuestro Ordenamiento jurídico penal, y es evidente, seguirá siendo así mientras la pena privativa de libertad siga siendo la pena por antonomasia con que se sancione todo delito —sea prisión, sea arresto fin de semana o sea por incumplimiento de pago en la pena de multa—. Las penas largas privativas de libertad continúan suscitando la polémica porque siguen siendo demasiado largas —superando en muchos casos los 15 años recomendados—, y las cortas porque siguen siendo demasiadas las posibilidades de llegar a ellas, con los consiguientes efectos desocializadores. Y es que el problema es, sobre todo, uno: el problema no es sino otro que la cárcel en sí misma. Un problema que en escasa medida ayuda a evitar nuestro Código penal, si, como ha venido haciendo hasta ahora, generalmente pune cada transgresión cometida con la prisión, o sancionándola con otra medida no privativa de libertad son altas las probabilidades de acabar yendo a la cárcel —nos referimos al arresto sustitutorio por impago de multa—. La solución, sin lugar a dudas, comienza, precisa y paradójicamente, por ir acabando poco a poco con la prisión. Por reducir progresivamente el uso de la cárcel como pena.

b) Centroamérica

Esta situación, por no variar, también se recrudece cuando el punto de referencia se traslada para situarse en Centroamérica. Las normas fundamentales de los países que conforman esta Región, y tal y como vimos, también recogen preceptos muy concretos sobre la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad; sin embargo, tales aspiraciones constitucionales poco o nada tienen que ver con la teoría y praxis penales. Los códigos penales centroamericanos sufren, como también vimos, de una inflación legislativa sin precedentes que a lo único que ha portado es a un natural aumento de la impunidad, y por lo tanto al aniquilamiento de la función moral del Derecho penal³⁵³. Porque la hipertrofia penal —nos recuerda SUAZO— trae como inevitable consecuencia la insensibilidad de los ciudadanos a los efectos de la pena, por lo que ésta se desvalora y pierde efectividad³⁵⁴.

³⁵² Art. 1 LGP: «Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados».

³⁵³ Al respecto escribe RODRÍGUEZ MANZANERA: «Los órganos de justicia se ven agobiados por el trabajo; la policía es insuficiente y no puede atender el número de llamados de los ciudadanos, los que pierden la escasa fe que aún les quedaba; los tribunales, saturados, van haciéndose más y más lentos, cual paquidermo viejo y moribundo; las cárceles preventivas son centros de promiscuidad y corrupción, y las penitenciarías se ven imposibilitadas de cumplir cualquier función de tratamiento individualizado». Vid. en RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, op. cit., p. 47. Vid. *supra*, Capítulo II, apartado II.B (B-3).

³⁵⁴ SUAZO LAGOS, R., *Lecciones de Derecho penal I*, op. cit., p. 19.

El Derecho penal cuando actúa lo hace con una inusitada severidad en las punitivas, como pretendiendo resolver todos los problemas en la cabeza del oportuno chivo expiatorio. La pena «mater», sin lugar a dudas, sigue siendo la privativa de libertad en sus más diversas formas y nomenclaturas —léase reclusión, presidio, prisión, arresto sustitutorio, etc.—, y su duración en la mayoría de los casos sobrepasa el límite, tanto por arriba como por abajo, ya no sólo de lo resocializador sino también de lo racional. Las penas largas son fantasmagóricas, y evidentemente inhumanas e inoportunas, y las penas cortas son tan comunes y tan ridículas que, indefectiblemente, portan a una rápida e imparable infección criminal.

El problema también aquí, y de forma mucho más áspera si cabe, sigue siendo la cárcel. En las cárceles centroamericanas se puede conseguir de todo menos resocialización y los códigos penales, irónicamente, están primordialmente dirigidos a enviar gente a vivir entre sus muros. Urge, por tanto, cambiar esto, porque ciertamente apremia la necesidad de ir evitando progresivamente la prisión como pena.

2. El Derecho penal como *ultima ratio*. La reducción del uso de la pena privativa de libertad a través de la focalización de alternativas a la misma

La marcada selectividad con la que opera el sistema penal, junto a su, de entrada, incapacidad para atender las necesidades de su «clientela», nos lleva a replantearnos si realmente cumple su función de instrumento jurídico de pacificación social —que es para lo que ha sido concebido— o, por el contrario, lo único que potencia son las situaciones de desigualdad y marginación latentes en la sociedad. La respuesta es simple por todo lo que ya hemos visto: la labor que realmente desarrolla es la segunda, y esto es especialmente perceptible entre las paredes de las prisiones.

En la cárcel, hoy por hoy, se asiste a un doble espectáculo a cual más lamentable. Mientras, de un lado, está llena de personas marginales necesitadas de socialización —dado que el delincuente con «exceso» de integración social sigue manteniéndose impune—³⁵⁵; del otro, el tratamiento reeducativo que ofrece, una vez desnudo de sus connotaciones mitológicas, lo que finalmente hace es reconfirmar, si bien indirectamente, tales discriminaciones sociales. La prisión, en consecuencia, para nada cumple los fines resocializadores que la legitiman —y, se supone, constituyen su razón de ser—, sino que más bien camina en la dirección contraria, perjudicando seriamente, y tal y como vimos, a quien cae en su telaraña.

La conciencia de que el instrumento penal centroamericano resulta absolutamente inadecuado para resolver gran parte de los conflictos que son de su competencia es, como pudimos comprobar, fulminante. Una conciencia disfuncional del Derecho penal que, de igual modo, se ha extendido a nivel internacional, provocando 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. Lo

³⁵⁵ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, op. cit., p. 246.

cual —como nos recuerda VÍQUEZ—³⁵⁶ no pretende desalentar de modo alguno todos los esfuerzos económicos y morales en aras a un tratamiento penitenciario resocializador, sino que se deriva de ajustar los límites de la prisión para que ésta sea evaluada en su justa medida; esto es, como parte de un sistema de justicia penal del que tan sólo es su último eslabón.

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. La traducción lógica de todo esto —de acuerdo con ASÚA BATARRITA—³⁵⁷ 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 —sobre todo a partir de los desalentadores resultados del «modelo médico» de tratamiento inherentes a los ensayos de consecución de finalidades preventivo-especiales—³⁵⁸.

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 convencer, disuadir o aterrorizar, lo que hace es reflejar la impotencia, el fracaso y la ausencia de soluciones³⁵⁹. 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 pena³⁶⁰. Se reivindica, ahora más que nunca, y en definitiva, 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 tolerables³⁶¹. A hallar respuestas menos lesivas que la prisión «cuya inidoneidad para cumplir fines de prevención especial es evidente, su aptitud intimidatoria se pone en duda y que, en términos estrictamente retribucionistas, debe ser en todo caso proporcional a la infracción, reservándose para los supuestos más graves e intolerables» —escribe POZA—³⁶². Porque ésta y no otra es, en definitiva, la materialización de una simple exigencia de economía social,

³⁵⁶ VÍQUEZ JIMÉNEZ, M. A., «Alcances y limitaciones del tratamiento penitenciario en Costa Rica», op. cit., p. 95.

³⁵⁷ ASÚA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», CPC, n.º 39, 1989, p. 616.

³⁵⁸ POZA CISNEROS, M., «Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad», en *Penas y medidas de seguridad en el Nuevo código penal*, CDJ, CGPJ, 1996, p. 191.

³⁵⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del «ius puniendi»», op. cit., p. 252.

³⁶⁰ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 89.

³⁶¹ ASÚA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», op. cit., p. 606.

³⁶² POZA CISNEROS, M., «Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad», op. cit., p. 191.

que optará siempre por al 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»³⁶³.

El primer paso hacia tal loable objetivo está, sin lugar a dudas, en la sucesiva despenalización (o descriminalización)³⁶⁴ de comportamientos, como rasgo común del movimiento internacional de reforma de Derecho penal, o como elemento integrante de una programática política criminal alternativa crítica con el clásico Derecho penal liberal³⁶⁵. En un saludable «proceso de retirada» del Derecho penal, frente a la actual tendencia a la inflación punitiva —*huida al Derecho penal*— como fórmula para salir al paso de situaciones de emergencia y de los nuevos problemas surgidos³⁶⁶. Porque si el recurso al Derecho penal, tal y como vimos, 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 ilegitimidad³⁶⁷.

La exigencia de utilidad parte de limitar la esfera de las prohibiciones penales —en coherencia con la función preventiva de la pena— sólo a las acciones más reprochables por los efectos lesivos que tienen frente a terceros. Porque «la ley penal —nos dice FERRAJOLI— tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones. No se puede ni se debe pedir más al Derecho penal»³⁶⁸. Es más, estamos con ROXIN³⁶⁹ en que, contrariamente a lo pretendido, nada favorece tanto a la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad —y para muestra al respecto baste acudir al Derecho penal centroamericano.

Y es que 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 ajus-

³⁶³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del «Ius Puniendi»», *op. cit.*, p. 254.

³⁶⁴ Descriminalizar consiste en abandonar a la criminalización de ciertas conductas o hacer que una infracción pierda su carácter criminal. Es la renuncia del Estado en el control de la conducta de los individuos, coherente con el hecho de que la validez de las normas sociales depende, única y exclusivamente, del grado de tolerancia aprobado por un juicio de valor, correspondiente a la expectativa media de los intereses de la mayoría de la sociedad y no aquella manipulada por los intereses políticos de la minoría gobernante. *Vid.* en MAIA-NETO, C. F., «Las alternativas a la abolición de la pena privativa de libertad», *op. cit.*, p. 36.

³⁶⁵ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas substitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 41.

³⁶⁶ MIR PUIG, S., «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal», *op. cit.*, p. 153. 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*, *op. cit.*, p. 291. Al respecto nos remitimos, en cualquiera de los casos, a lo dicho tanto en el apartado I.C. de este capítulo como en el apartado V del Capítulo II.

³⁶⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, Universidad de Granada, 1990, p. 189.

³⁶⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, pp. 464 y 465.

³⁶⁹ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», *op. cit.*, p. 22.

tada 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—³⁷⁰. 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, al mismo tiempo tan eficaces como menos onerosas para el Estado. 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 superpoblación carcelaria³⁷¹. La sanción penal, y especialmente la que implica una privación de libertad, por tener consecuencias dañosas tanto para el condenado, como para su grupo familiar, como para la sociedad en sí misma, debe aparecer, por tanto, como *extrema ratio*, «como la última trinchera contra los comportamientos antisociales» —sentencia PAGLIARO—³⁷². 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 gravosas³⁷³.

La privación de libertad 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, ya no se conforman con señalar su crisis como pena sino que, si bien no renuncian a ella, lo que si hacen es comenzar a abrirla y concretarle alternativas. Se empieza a elaborar un catálogo de «remedios» con el fin de evitar tanto la cárcel como las consecuencias negativas que ésta siempre lleva consigo³⁷⁴. Una serie de correctivos, en definitiva —escribe PADOVANI—, «que, si bien desde el interior del sistema, demuestran el esfuerzo de hacer compatible con una estructura social diferenciada un sistema normativo pensado en una dimensión igualitaria, pero crecido y utilizado como tutela y garantía de desigualdad»³⁷⁵.

Se persigue, en pocas palabras, la paulatina minimización del uso de la pena privativa de libertad, como pena reina a imponer a todos los casos, para dar entrada a un elenco de nuevas penas: las alternativas a la prisión, bien actúen como penas principales o bien como meros substitutivos de la cárcel. En este sentido se están impulsando, a considerable velocidad, los institutos de excarcelación, la condena condicional, la libertad condicional,

³⁷⁰ CHIRINO SÁNCHEZ, E. A., «Política criminal, criminalización, descriminalización y medios substitutivos a la prisión. Análisis concreto de la problemática contravencional», *RACPCR*, año I, n.º I, San José, p. 10.

³⁷¹ MAIA-NETO, C. F., «Las alternativas a la abolición de la pena privativa de libertad», *op. cit.*, p. 39.

³⁷² PAGLIARO, A., «Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale», en *La Giustizia Penale*, 1993, II, p. 170.

³⁷³ GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, *op. cit.*, p. 96.

³⁷⁴ COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 766.

³⁷⁵ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, *op. cit.*, p. 271.

la «*probation*» y demás medidas similares. Incluso se puede visualizar a corto plazo —escriben MORA y NAVARRO— la composición en detrimento de la inquisición, la participación de la víctima como protagonista del proceso; la legalización del principio de oportunidad, para que pueda inducirse más racionalmente la selectividad con que opera el sistema penal —permitiendo así la persecución y sanción de los delitos que causan un verdadero daño social y que por ello tienen prioridad en su jurisdiccionalidad—; y toda una gama de soluciones alternativas, para resolver los conflictos que, aunque asentados culturalmente, habían sido relegados y hasta reprimidos por la justicia imperante³⁷⁶.

El esquema final que, por tanto, habría de contemplar un sistema de sanciones que pretenda dar respuesta a todas las cuestiones planteadas, debe —en elocuentes palabras de MANTOVANI— «por una parte, reducir la pena privativa de libertad a los casos de «estricta necesidad», en cuanto es posible recabar un amplio consenso sobre la idea de que aquélla, aún siendo irrenunciable, ha de contenerse en los límites impuestos por la exigencia de la defensa de la sociedad, y, por otra, incorporar un amplio y flexible elenco de «medidas alternativas», que constituyan desde variantes de la misma privación de libertad, pero sin el carácter absoluto de la prisión, hasta sustitutivos o formas de suspensión de ésta»³⁷⁷.

La huida de la pena detentiva —una especie de punto intermedio entra *la huida al Derecho penal*, propia de épocas represoras, y *la huida del Derecho penal*, proclamada por las tendencias abolicionistas más radicales— se convierte, de este modo, en el *leitmotiv* de toda 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 figuras³⁷⁸. Esto es, la fe reduccionista —estamos con PAVARINI—³⁷⁹ encuentra en las alternativas legales a la pena privativa de libertad una estrategia ciertamente adecuada. Pero, ¿comparten esta opinión los ordenamientos jurídicos aquí sometidos a examen?

C) PREDISPOSICIÓN JURÍDICO-PENAL HACIA LA ALTERNATIVIDAD EN ESPAÑA Y CENTRO-AMÉRICA

Para comenzar, todas las constituciones aquí manejadas —excepto la costarricense, en cuyo caso es el art. 51 de su C.P. el encargado de cubrir tan notable vacío— hacen una proclamación expresa de la orientación resocializadora, bien de las penas privativas de libertad directamente —art. 25.2 Constitución española—, bien de los correspondientes

³⁷⁶ MORA MORA-NAVARRO SOLANO, *Constitución y Derecho penal*, op. cit., pp. 195 y 196.

³⁷⁷ MANTOVANI, F., *Pene e misure alternative nel sistema vigente*, op. cit., p. 20.

³⁷⁸ ASUA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», op. cit., p. 608.

³⁷⁹ PAVARINI, M., «¿Menos cárcel y más medidas alternativas? La vía italiana a la limitación de la cárcel, reconsiderada sobre la base de la experiencia histórica y comparada», *NFP*, n.º 56, abril-junio 1992, p. 197.

centros penitenciarios —art. 27.3 Constitución salvadoreña, art. 19 guatemalteca, art. 87 hondureña, art. 39 nicaragüense³⁸⁰ y art. 28 panameña—. Una orientación constitucional que, de acuerdo con GARCÍA ARÁN, lo que hace es evitar una concepción puramente segregacionista de la prisión, y que junto al principio de humanidad permite renunciar a la pura retribución, proporcionando, al mismo tiempo, fundamento constitucional a las instituciones, por las que se evita la prisión o se mitiga la dureza de su cumplimiento, como es el caso tanto de los sustitutivos como de los beneficios penitenciarios³⁸¹. Luego, razón más que suficiente hay en las palabras de MAQUEDA ABREU cuando habla de un imperativo constitucional a la previsión y aplicación de sustitutivos a la prisión. De una exigencia del correspondiente precepto constitucional que, a través de su proclamación resocializadora, prescribe la desaparición de una privación de libertad inútil³⁸².

Las constituciones española y centroamericanas —con la excepción costarricense que, consideramos, urge solucionar— ofertan, en definitiva, un marco bajo el que caben cobijarse todas las consideraciones político-criminales que al respecto de la alternatividad se mantienen hoy en día. En este sentido, son también de mencionar —de acuerdo con CASTILLO BARRANTES—³⁸³ los esfuerzos que, por parte de la doctrina penal internacional, se están llevando a cabo en aras a focalizar —o limar de defectos las ya existentes— nuevas formas de sanción penal que permitan flexibilizar y humanizar las penas privativas de libertad; sin embargo, ¿responden los correspondientes códigos penales a estas tendencias? Nos encontramos, ciertamente, y de nuevo, ante el eterno dilema habido entre lo que debería ser y lo que efectivamente es. Un tema que abordamos a continuación, puesto que al estudio de cada figura alternativa más elaborada desde la teoría y más utilizada desde la *praxis* le acompaña un análisis sobre su oportuno uso en España y Centroamérica.

³⁸⁰ Si bien el PCP nicaragüense, en su art. 46, hace una referencia clara al carácter reeducativo de las penas en general, y no sólo de las privativas de libertad. Una ampliación del término «resocialización» merecedora de un juicio altamente positivo.

³⁸¹ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, op. cit., p. 31.

³⁸² MAQUEDA ABREU, M. L., «Suspensión condicional de la pena y probation» en *Colección temas penales serie A*, n.º 2, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1985, p. 21.

³⁸³ CASTILLO BARRANTES, J. E., «Los sustitutos de la prisión: estado actual y tendencias en América Latina», op. cit., p. 40.

SEGUNDA PARTE

**LAS ALTERNATIVAS A LA PENA
PRIVATIVA DE LIBERTAD**

**(Análisis comparativo de la situación
en España y Centroamérica)**

El presente estudio tiene como objeto el análisis comparativo de la situación de las alternativas a la pena privativa de libertad en España y Centroamérica. El estudio se divide en dos partes: la primera trata de las alternativas a la pena privativa de libertad en España y la segunda de las alternativas a la pena privativa de libertad en Centroamérica. El estudio se divide en dos partes: la primera trata de las alternativas a la pena privativa de libertad en España y la segunda de las alternativas a la pena privativa de libertad en Centroamérica.

El presente estudio tiene como objeto el análisis comparativo de la situación de las alternativas a la pena privativa de libertad en España y Centroamérica. El estudio se divide en dos partes: la primera trata de las alternativas a la pena privativa de libertad en España y la segunda de las alternativas a la pena privativa de libertad en Centroamérica. El estudio se divide en dos partes: la primera trata de las alternativas a la pena privativa de libertad en España y la segunda de las alternativas a la pena privativa de libertad en Centroamérica.

CAPÍTULO IV

BASES TEÓRICAS DE LA ALTERNATIVIDAD

*«En un mundo superior puede ser de otra manera;
pero aquí abajo, vivir es cambiar,
y ser perfecto equivale a haber cambiado muchas veces.»*

John H. NEWMAN

I. LA PROBLEMÁTICA

A) ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA DISCUSIÓN. LA «ESTRATEGIA DIFERENCIADA» COMO POLÍTICA CRIMINAL

Si durante una gran parte del siglo XIX la cultura penal se caracteriza por el dominio absoluto de lo retributivo, es lógico que nada justifique la sustitución de la pena de prisión por otras sanciones diferentes; todos los que llegan al delito y a la prisión merecen, sin diferencias, el mismo trato. Sin embargo, cuando el siglo comienza a dar sus últimos coletazos se producen una serie de manifestaciones científicas que están llamadas a modificar desde sus bases esta situación ¹.

¹ Los antecedentes históricos más remotos de los sustitutivos caben remontarse a TOMÁS MORO (1478-1535) y el pensamiento utópico. MORO, con bases en el correccionalismo, criticó abiertamente la severidad del sistema penal de su época, por la dureza y desproporción de la que hacían gala sus castigos. Más tarde llegaría la filosofía del siglo de las Luces y el pensamiento ilustrado, que, con representantes como BECCARIA, inciden en una teoría utilitarista del castigo, por lo que «deberían ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo». Vid. en BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, op. cit., capítulo XXII. Los Ilustrados y Enciclopedistas —como MONTESQUIEU, VOLTAIRE y ROSSEAU— buscan penas proporcionadas y útiles, con LARDIZÁBAL como representante español. Posteriormente es la Escuela Clásica con su imagen del hombre como ser racional, igual y libre. Pero no es sino con FERRI con quien llega el exponente más claro. Este autor italiano, desde el seno de la Escuela Positiva, nos remite su Teoría de los sustitutivos penales, donde propone sustituir al Derecho penal por la sociología criminal, dado que la pena sola es claramente eficaz y por ello debe ser acompañada por otras medidas que ayuden a la resocialización del delincuente, contribuyendo a hacer desaparecer, o por lo menos atenuar, las causas que lo hayan inducido a de-

Tal y como vimos, a finales de siglo, con la observación criminológica empapada del pensamiento positivista, comienza la filosofía del «tratamiento», alimentada por las primeras construcciones etiológicas que se hacen de la criminalidad². Se diferencia entre delincuentes incorregibles y delincuentes ocasionales, y se busca la racionalidad de la pena en función de una finalidad práctica de recuperación social³. Es la adopción de la política criminal denominada como «estrategia diferenciada»⁴, según la cual la reacción contra el crimen debe diferenciarse. De una parte, se encuentran los grandes crímenes que amenazan a la misma esencia de la comunidad; y, de la otra, está la pequeña delincuencia, que puede reprimirse con medidas muchos más sencillas⁵. Mientras a los autores de los primeros —los catalogados como incorregibles— se les aplican largas penas, o medidas de seguridad, privativas de libertad; a los responsables de los segundos —delincuentes primarios u ocasionales— se les castiga con penas detentivas de corta duración. Sin embargo, llegados los setenta se comienza a advertir que la reinserción del delincuente ocasional era difícilmente alcanzable con una breve estancia en prisión. Se comprueba, en definitiva, como tal encomiable objetivo sólo era materializable si se sacaba al delincuente rápidamente de la cárcel, o, mejor aún, si se le evitaba su ingreso.

La discusión acerca de las alternativas a la cárcel, en consecuencia, deja de centrarse únicamente en la idea de acortar el tiempo de estancia —a efectos de evitar la masificación— para abordar también su función de evitar la entrada en prisión —por su claro contenido desocializador—⁶. Junto a la, ya tradicional, pena de prisión de larga duración, llamada a cumplir un riguroso fin retributivo e inocuidador, se comienzan a admitir fines preventivo-especiales respecto del resto de las penas, por lo cual la labor gira en torno a las propuestas de penas distintas a la cárcel en una dimensión propiamente legislativa. La tendencia es, por tanto, a la previsión de mecanismos e instituciones tendentes a evitar la aplicación de penas privativas de libertad cuando éstas no sean absolutamente necesarias⁷. Porque —como escribe BAUMANN— «el bien fundamental de la libertad personal puede ser mutilado sólo allí donde efectivamente no es posible algún otro medio de tutela y la defensa de la comunidad jurídica no puede ser garantizada de otro modo»⁸.

linquir. Es por ello que pretende sustituir las medidas represivas por puras medidas preventivas, a su juicio las únicas válidas. «Los legisladores enfrente a todos los fenómenos de patología social, no saben más que recurrir a la sangría, es decir, al encarcelamiento aplicado en dosis más o menos fuertes; y no observan que en la realidad este pretendido remedio no curará a nadie, ni a la sociedad ni a los individuos». Vid. en LÓPEZ CABRERO, G., «Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas», *PJ*, n.º 40, 1995, pp. 271 y ss.

² Vid. *supra*. Capítulo III, apartado II.A (A-3).

³ ASUA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», *op. cit.*, p. 608.

⁴ MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte generale*, *op. cit.*, p. 758.

⁵ MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, *op. cit.*, pp. 485 y ss.

⁶ CID MOLINÉ-LARRAURI PUOÁN, *Alternativas a la prisión*, *op. cit.*, p. 17.

⁷ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 708.

⁸ BAUMANN, «Besteh huete die Möglichkeit, die Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten zu beseitigen», in *Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform*, Bielefeld, 1969, p. 54 y ss. Vid. en GRASSO, G., «La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata», *op. cit.*, p. 1416.

Los justificaciones para la sustitución sobran entonces y sobran ahora. La cárcel ya no era simplemente una institución en sí y por sí considerada, sino —como denuncia PADOVANI—⁹ una de las expresiones más visibles y concretas de la función de la pena, como categoría jurídica en una de sus más «corpóreas» actuaciones. Las condiciones inhumanas de cumplimiento de las condenas, por la superpoblación y el envejecimiento del que, aún hoy en día, hacen gala los establecimientos penitenciarios, junto a los mayores costos que supone frente a otras sanciones, y las dudas, más que justificadas, en cuanto a su capacidad rehabilitadora, eran —y siguen siendo— razones más que suficientes para encomendarse a la tarea de buscar otra forma de reacción frente al delito¹⁰; y ese, sin duda, era el momento. El desarrollo de la investigación científica, unido a la creciente exigencia de un mayor respeto a la dignidad de la personal, y a unos tiempos de desarrollo económico y tecnológico que permitían el control de los ciudadanos por medios sofisticados, convertían a aquel momento en el ideal para llevar a cabo todas estas inquietudes¹¹. Sin embargo las cosas no ocurrieron como se esperaba y el descontento llegó rápidamente. Las alternativas no habían reemplazado como se pretendía a la prisión, sino que lo único que habían hecho era crecer a su lado. La población reclusa seguía aumentando.

B) LA CRISIS DEL DISCURSO. LA EXPANSIÓN DE LA RED DE CONTROL SOCIAL

Las alternativas, por su presunta benevolencia, eran aplicadas de forma más frecuente de lo que hubiera sido una condena a prisión. Al introducirse nuevos requisitos se habían introducido, al mismo tiempo, nuevos motivos de encarcelamiento, dado que su incumplimiento se sancionaba con la cárcel. Es decir, mientras ésta seguía repleta de los considerados como delincuentes más peligrosos, las alternativas se imponían normalmente sobre jóvenes, delincuentes primarios o de cuello blanco, sobre los cuales, tradicionalmente, no habría recaído una condena a prisión¹². Las alternativas, en base a ello, dejan de ser «alternativas a la pena privativa de libertad» para configurarse como «alternativas a la puesta en libertad»¹³. El postulado de «siempre menos cárcel» —denuncia PAVARINI—¹⁴ se desprecia progresivamente en «siempre más alternativas legales a la pena privativa de libertad», quedando de este modo fuera de cualquier perspectiva coherente de descriminalización y despenalización. Luego, contrariamente a lo que se buscaba, con las alterna-

⁹ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰ HUBER, B., «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», *ADPCP*, n.º 47, 1994, p. 162.

¹¹ ASUA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», *op. cit.*, p. 608.

¹² PAVARINI, M., «¿Menos cárcel y más medidas alternativas?», *op. cit.*, p. 198.

¹³ LARRAURI PUOÁN, E., «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español», *ADPCP*, n.º 44, 1991, pp. 46 y 47.

¹⁴ PAVARINI, M., «¿Menos cárcel y más medidas alternativas?», *op. cit.*, p. 198.

tivas sólo se expandía la red de control social —o *net-widening*—¹⁵. O lo que es lo mismo, en lugar de un elevado número de sujetos «agraciados» lo que realmente se consigue es una masa de sujetos expuestos a control social.

Esta realidad, sacada a la luz con la aparición de las obras de FOUCAULT, SCULL y COHEN¹⁶ entre 1984 y 1985, sitúa en un momento crítico a las alternativas, a las que también se les acusa de ineficaces, costosas, estigmativas e inhumanas¹⁷. Ante ello parecía que la solución sólo se encontraba recurriendo nuevamente a la cárcel, pero esto era negado con rotundidad. Consecuencia: llega el cansancio y el tema de la alternatividad a la prisión deja de ocupar un espacio en lo que LARRAURI denomina «agenda de la Criminología crítica», por estimarse que lo único evidente es que las alternativas aumentan el dispositivo punitivo del Estado. Sin embargo, y aquí radica el gran problema, deben defenderse como menos malo que la cárcel¹⁸.

El dilema estaba servido y aún se ofrece en bandeja de plata. Si bien la creación de alternativas no era sinónimo de descarceración, y no todas las penas distintas de la cárcel eran deseables como alternativas, éstas se seguían percibiendo como absolutamente necesarias. ¿Cuál era, entonces, la solución a semejante encrucijada?

C) EL CAMBIO DE PERSPECTIVA. LAS ACTUALES JUSTIFICACIONES PARA LA CONTINUACIÓN DEL DISCURSO

La discusión ahora deja fuera los extremos. Ni huida a la cárcel ni huida a las alternativas que se traduzca en una proliferación de éstas; que en vez de disminuir el número de personas encarceladas sólo se dedique a reproducir las estructuras carcelarias. La doctrina se aproxima a lo que LARRAURI —siguiendo a COHEN—¹⁹ califica de «reafirmación cautelosa» —de rehabilitación de las alternativas—, que relegando las tesis abolicionistas

¹⁵ «Sin embargo —escribe SARASA—, parecería aventurado pensar que las alternativas no eran sino una falacia que encubría la intención consciente de sus defensores por aumentar el control sobre esa «faja de ilegalidad», hasta ahora no cubierta por la cárcel, por lo que era más aceptable pensar que se trataba de un efecto perverso no buscado». Vid. en SARASA URDIOLA, S., «Los educadores en medio abierto. Posibilidades y límites de una alternativa a la prisión», *PDEF*, n.º especial, diciembre-1989, p. 119. De igual modo opina DUNKEL, F., «Alternativas a la pena privativa de libertad. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparadas otras sanciones», *PDEF*, n.º 2, 1987, p. 57.

¹⁶ Las obras a las que hacemos referencia son: FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, op. cit.; SCULL, A., *Descarceration*, 2ª edic. New York, Rutgers University Press, 1984; y, SOHEN, S., *Visions of social Control*, Cambridge, Polity Press, 1985 (Traducido al español por Larrauri, E., *Visiones de control social*, PPU, Barcelona, 1988).

¹⁷ LARRAURI PUJÓAN, E., «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español», op. cit., p. 47.

¹⁸ *Ibidem*, p. 55.

¹⁹ COHEN, S., «Taking decentralization seriously: values, visions and policies», en CONNAN, MENZIES, PALYS (eds): *Transcarceration: Essays in the sociology of social control*, Aldershot: Gowman, 1987, citado por LARRAURI PUJÓAN, «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español», op. cit., p. 54.

puras intentaba, desde una posición más realista, recuperar las ventajas de las alternativas reduciendo sus inconvenientes. Se llega a una postura intermedia que se lee en el sentido de que algunas alternativas son buenas para algunos grupos y en algunas condiciones, y en esta dirección son dos las perspectivas de las que actualmente se parte para responder a las cuestiones que, sin lugar a dudas, derivarían de tal afirmación. Esto es, ¿para qué casos una alternativa es buena? y ¿cuáles son esas condiciones? Nos estamos refiriendo a los puntos de vista *utilitarista o rehabilitador y proporcionalista*²⁰.

1. La perspectiva individualizadora o rehabilitadora

Esta posición parte de considerar a las alternativas como preferibles en todo caso a la cárcel, y, por ello, estiman que deben valorarse en comparación a ésta y no por sus propios medios. Las razones que conforman su base no se atienen a criterios de proporcionalidad sino que son únicamente utilitaristas, y si se quiere prescindir de la cárcel es, aparte de por su dañosidad, por su evidente inutilidad en aras a evitar la reincidencia. Su filosofía sería, por tanto —y así la ha descrito PAVARINI—, la de «si no es siempre posible emplear un proceso de tratamiento con fines especial-preventivos en ámbitos carcelarios se puede, en cambio, pensar en espacios extracarcelarios»²¹. Es el gran reflejo del movimiento correccionalista surgido de la cultura positivista, y que adoptado por la mayor parte de la doctrina se centra en la búsqueda de «algo mejor que la cárcel»²².

2. La postura proporcionalista

Esta posición, de su lado, parte de estimar que la prisión para nada resulta una sanción proporcionada para la mayoría de los delitos²³. Su punto de apoyo está, por tanto, en

²⁰ Hay un tercer modelo en discusión: *el restaurador o reparador*, según el cual la única reacción legítima a la criminalidad es la reparación a la víctima a través de un proceso de acuerdo entre las partes. Postura ésta muy distinta, como veremos, a la que en este trabajo se recoge, aceptando a la reparación como tercera vía de reacción penal posible ante la criminalidad, junto a la pena y a la medida de seguridad. Vid. *infra*, Capítulo VI, apartado VI.B (B-2).

²¹ PAVARINI, M., «¿Menos cárcel y más medidas alternativas?», op. cit., p. 199.

²² Visión rehabilitadora seguida por autores como DE SOLÁ DUEÑAS, A., «Formes substitutives de l'execució penal a l'Esborrany» d' Avantprojecte de Codi Penal de 1990», *PDEF*, n.º 7, 1991, pp. 32 y ss.; VALMAÑA OCHAÏTA, S., *Sustitutivos y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 197; GARCÍA VALDÉS, C., «Alternativas legales a la privación de libertad clásica», *PC*, n.º 0, 1986, p. 191; ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *Estudios de Deusto*, XXXII/2, 1984, p. 320; DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., pp. 7 y ss.; MAQUEDA ABREU, M. L., *Suspensión condicional de la pena y probation*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985, pp. 196 y 197; LUZÓN PEÑA, D. M., «La aplicación y sustitución de la pena en el futuro Código penal», *RFDUCM*, mográfico 5-6, 1992-93, pp. 416 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op. cit., p. 318.

²³ Perspectiva proporcionalista a su vez defendida por CID MOLINÉ-LARRAURI PUJÓAN, *Alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 17 y ss.; MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 2.º

la consideración de que la prisión sólo es adecuada para sancionar los comportamientos de mayor gravedad, mientras que los de menor y mediana entidad deben sancionarse con medidas alternativas, y cuya gravedad sancionatoria debe estar en proporción a la del delito cometido²⁴. Es el modelo que, propuesto por WASIK y Von HIRSCH²⁵, recomienda la pena de días-multa, sustituible por la *probation* o una pena de trabajo comunitario, para los delitos de gravedad media; y la multa leve o la amonestación para los de gravedad mínima. Objetivo final: la reducción progresiva de la intensidad de las reacciones penales, y sin existencia de topes que no puedan superarse en base a la clásica consideración de «pena justa»²⁶. Se da prioridad, en definitiva, a la idea de que las alternativas a la prisión deben servir, ante todo, como instrumento reduccionista de la cárcel como pena²⁷.

Estos son, si bien a grandes líneas, los delineamientos más generales de ambos modelos. Cada uno de ellos dispone, tal y como hemos visto, de sus propias estrategias de alternatidad a la cárcel. El optar por uno u otro es, en definitiva, optar por un juicio u otro respecto de la idoneidad o no de cada una de las estrategias reduccionistas en aras al fin último de abolir la pena privativa, o cuanto menos limitarla. Porque diferente es, en consecuencia, el grado de eficacia de cada una de ellas respecto de la finalidad común de emplear cada vez menos la cárcel. Es por todo ello que, llegados a este punto, lo que ahora nos compete es examinar si este objetivo es finalmente compatible o no respecto del concreto modelo asumido. De comprobar —nos compele PAVARINI—²⁸ si la existencia «latente» de otra función, como es la de conservar la medida privativa de libertad, no contradice la voluntad misma de prescindir de la cárcel. Se trataría, en pocas palabras, de aislar el modelo que sin contradicciones intrínsecas más se ajuste al objetivo final de una reducción progresiva del uso de la prisión.

edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 591; MIR PUIG, S., «Alternativas a la prisión en el borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990», en COBO DEL ROSAL, M., (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. 847; PADOVANI, T., «Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio», *RIDPP*, 1985, p. 985; *el mismo*, *L'utopia punitiva*, *op. cit.*, pp. 50 y ss.; PAGLIARO, A., «La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi», *RIDPP*, 1979, pp. 1191 y ss.; *el mismo*, «Le sanzioni sostitutive», *op. cit.*, pp. 1026 y ss.; ROXIN, C., «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», *CDJ*, CGPJ, 1991, p. 25; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992», en COBO DEL ROSAL, M., (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. 321; PAVARINI, M., «¿Menos cárcel y más medidas alternativas?», *op. cit.*, pp. 198 y ss.; PALAZZO, A., «Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?», *RIDPP*, 1983, pp. 819 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, p. 126; SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 29 y ss.

²⁴ CID MOLINÉ-LARRAURI PUOÁN, *Alternativas a la prisión*, *op. cit.*, pp. 24 y ss.

²⁵ WASIK, M., y VON HIRSCH, «Non Custodial Penalties and The Principles of Desert», en *The Criminal Law Review*, septiembre, 1988, p. 558 y ss.

²⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 413.

²⁷ CID MOLINÉ-LARRAURI PUOÁN, *Penas alternativas a la prisión*, *op. cit.*, p. 12.

²⁸ PAVARINI, M., «¿Menos cárcel y más medidas alternativas?», *op. cit.*, p. 200.

II. DESDE UNA ÓPTICA PROPORCIONALISTA DE ALTERNATIVIDAD

A) EL PORQUÉ DE LA ELECCIÓN. RAZONES PARA LA NO ADOPCIÓN DE LA ÓPTICA REHABILITADORA

La posición individualizadora, tal y como hemos visto, parte de considerar que las alternativas deben ser distribuidas en función de las necesidades de cada persona, y de sus posibilidades de verse rehabilitada por la alternativa concreta. Es decir, de que resulten idóneas para los fines que debe perseguir cualquier sanción, no reduciéndose, en consecuencia, a ser un simple sustituto de la prisión, por mucho que atenúen el carácter violento de ésta²⁹. A su tenor «aunque los sustitutivos penales supongan la renuncia a la ejecución de la pena de prisión —sentencia GARCÍA ARÁN— la orientación preventivo especial se encuentra presente como finalidad prioritaria en dichas previsiones, informando su interpretación y aplicación y resultando de vital importancia para el análisis de dicha regulación»³⁰. Luego el Juez, que es al que le toca decidir entre la cárcel y ese «algo distinto de la cárcel», debe apostar por lo segundo sólo si está convencido de que vale la pena arriesgar por ese algo distinto, que —ahorrando al mismo tiempo la traumática experiencia que siempre supone el paso por prisión— también es una pena con contenido disciplinario, si bien quizás más útil y ciertamente menos aflictiva; pero eso sí, manteniendo la reserva siempre de que cuando la prueba falle se acudirá a la prisión³¹. Una postura, en base a todo esto, que a nuestro juicio presenta serias dudas respecto al propósito último de reducir paulatinamente el uso de la prisión —aunque postula ciertas ideas, en particular sobre asistencia y ayuda al condenado, que merecen ser acogidas.

La problemática al respecto es diversa, si bien es dable recalcar —con CID y LARRAURI—³² sobre todo dos puntos: de un lado, el que de entrada no de cabida a aquellas alternativas a la prisión que no posean pretensiones rehabilitadoras, como es el caso de la multa o la reparación; y, del otro, si bien en el mismo sentido, el hecho de que al someter la alternatidad al requisito de su efectividad resocializadora pueda conllevar una limitación en su uso, si tal eficacia no estuviera contrastada con carácter general, o, incluso, la exclusión de su aplicación, tanto sobre los individuos que se entiende no están necesitados de rehabilitación —por estar suficientemente resocializados—, como sobre los que tuvieran una problemática difícilmente resoluble —y, en consecuencia, no se pudieran esperar efectos rehabilitadores—. Dos factores importantísimos que, sin embargo, no están solos, ya que —tal y como nos advierte PAVARINI—³³ una visión estrictamente rehabilitadora de la alternatidad también puede llegar a favorecer la posibilidad de cas-

²⁹ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

³⁰ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, *op. cit.*, p. 34.

³¹ PAVARINI, M., «¿Menos cárcel y más medidas alternativas?», *op. cit.*, p. 199.

³² CID MOLINÉ-LARRAURI PUOÁN, *Alternativas a la prisión*, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

³³ PAVARINI, M., «¿Menos cárcel y más medidas alternativas?», *op. cit.*, p. 201.

tigar «sea como fuere», cuando en ausencia de alternativas ciertas consideraciones de oportunidad hubieran aconsejado el no castigo. O, aún peor, llegar a tocar el campo de las penas corporales e infamantes, propias del *ancien régime*, «por su mayor idoneidad a la hora de expresar, desde una perspectiva rígidamente retributiva, un contenido de sufrimiento y castigo, sin asumir las connotaciones negativas inevitablemente conexas a la detención»—denuncia PADOVANI—³⁴.

A esta perspectiva doctrinal se le acusa, en definitiva, y resumiendo, de crear una circularidad entre cárcel y «algo distinto a ésta», con lo que se torna absolutamente funcional a la permanencia de la cárcel misma, puesto que en vez de liberarse de su necesidad se está afirmando su esencialidad. Con este modelo, en consecuencia, se hace muy difícil desentrañar si las alternativas serán aplicadas «en lugar de» o «junto a» la cárcel. Si son alternativas a la privación de libertad o alternativas a la libertad³⁵. En todo caso, lo que si es evidente es que nos situamos ante un visión de la alternatividad que muestra aún, de forma clara, la influencia de que el ámbito propio de las alternativas son las penas cortas de prisión, limitando por ello la alternatividad a éstas, por creer, paradójicamente, que las condenas largas si tienen efectos rehabilitadores.

B) EL MODELO PROPORCIONALISTA DE ALTERNATIVIDAD. TRAS LA PENA «JUSTA»

1. El punto de partida: la búsqueda de proporción entre el delito y la pena como límite retributivo a las necesidades preventivas

Porque a la igualdad necesaria —tan proclamada por los positivistas del setecientos— se une la desigualdad «objetiva» —científicamente puesta de relieve por el positivismo criminológico del XIX—, y porque, en palabras de PADOVANI, «el aparato normativo tras el velo de la igualdad formal, no puede esconder un rostro duramente discriminatorio»³⁶, surge —como vimos— la necesidad de analizar de forma diferenciada la criminalidad. Aparece la política criminal de la «estrategia diferenciada», con el objetivo de individualizar los límites de eficacia de la amenaza de pena, en relación con los distintos tipos de ofensa y de las variadas personalidades, dejando de irrigar el complejo fenómeno en un único canon general y absoluto. Consecuencia: la idea de prevención general así entendida no puede prescindir de una criterio de proporción sobre el plano de las consecuencias jurídicas³⁷. De un criterio retributivo de necesaria proporcionalidad entre la sanción a imponer y el hecho delictivo que le ha servido de desencadenante. De un visión retributiva de la pena que, en definitiva, abandona su naturaleza ontológica para asumir una axiológica, descendiente de los principios de materialidad y legalidad³⁸. Esto es, para prestarse a desempeñar una función de límite a las necesidades preventivas.

³⁴ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, op. cit., pp. 58 y 59.

³⁵ PAVARINI, M., «¿Menos cárcel y más medidas alternativas?», op. cit., p. 201.

³⁶ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, op. cit., p. 67.

³⁷ *Ibidem*, p. 262.

³⁸ PADOVANI, T., «Lectio «brevis» sulla sanzione», en (a la cura de BUSNELLI-SCALFI) *Le pene private*, Milano, 1985, p. 61.

Tal y como también vimos —y a lo que, en consecuencia, nos remitimos—³⁹, la retribución, no como justificación de la pena sino como vínculo de proporción entre la sanción y el delito, desarrolla una ineliminable función de límite tanto de la prevención-general en la fase conminatoria como de ambas prevenciones en la fase de individualización⁴⁰. Aquí el principio distributivo basado en la proporción corresponde a una exigencia primordial de Justicia y condiciona la persecución del objetivo general-preventivo, cualificando la forma en que éste está llamado a operar en términos de disuasión o persuasión, y estableciendo un límite que contrarresta el posible terrorismo punitivo⁴¹. Porque, en resumidas cuentas, una cosa es establecer el fin justificativo de la pena, y otra, muy distinta, definir el principio distributivo de ésta en relación con el hecho criminógeno, que es, exactamente, el punto de partida del modelo proporcionalista de alternatividad.

Con este modelo lo que se hace es focalizar las bases de la alternatividad en la búsqueda de una adecuación, tanto de la cantidad como de la calidad de las sanciones penales, al efectivo desvalor actual de los hechos⁴². La gravedad del delito sobre la que se establece la pena proporcionada no debe configurarse, por tanto, sobre el grado de necesidad preventiva, sino a partir de la importancia de que el concreto bien jurídico disfruta en ese momento. Y es que la proporcionalidad no se agota en el estado conminativo sino que, en su visión más restrictiva, también alcanza la etapa judicial, o de determinación de la pena, donde con bases en la componente democrática del Estado, y con ella en el principio de igualdad, se evidencia la necesidad de que a cada uno se le de según sus merecimientos y los desiguales sean tratados desigualmente⁴³. «Porque el principio de igualdad no supone otorgar un trato uniforme, sino un trato discriminatorio. Y la no discriminación

³⁹ *Vid. supra*, Capítulo I. Apartado X.A.

⁴⁰ Desde la prevención general la retribución constituye un límite razonable del nivel de severidad, ya que la función preventivo-general entraría en contradicción consigo misma, si la aplicación de la sanción provocase un daño común mayor del daño común que la norma jurídica quiere prevenir. De este modo, sólo cuando el nivel de severidad de la respuesta sancionatoria sea suficientemente, la sanción penal sustituirá a la venganza privada, evitándose, al mismo tiempo, la comisión de posteriores delitos. Si es superior al límite, la sanción se consideraría injusta y nacerían evidentes reacciones de simpatía respecto al delincuente; y si, por el contrario, es menor, se suprime la motivación desplegada con la amenaza penal. Desde la prevención especial, de su lado, la retribución operaría en el sentido de hacer posible la aceptación de la sanción penal por parte del sujeto destinatario. Porque sólo la sanción proporcionada al hecho cometido puede tener una esperanza de ser reconocida como justa y portar, con ello, a la enmienda moral del reo. *Vid. en* PAGLIARO, A., «La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi», op. cit., pp. 1191 y ss.

⁴¹ PADOVANI, T., «La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e la prospettive di riforma: il problema della conminatoria editale», *RIDPP*, 1992, pp. 445 y ss.

⁴² PAGLIARO, A., «Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale», op. cit., p. 170.

⁴³ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, op. cit., p. 78. En el mismo sentido ROXIN, para quien, si bien es cierta la imposibilidad de cuantificar de forma exacta la pena que le corresponde a la culpabilidad demostrada con un determinado hecho, tampoco es algo necesario porque en el fondo de lo que se trata es de que, determinando el grado máximo de la pena, se garantice el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. *Vid. en* ROXIN, C., «Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad», *CPC*, n.º 12, 1980, p. 149.

no es otra cosa que el trato desigual» — escribe al respecto y con toda rotundidad CARBONELL—⁴⁴.

La gravedad de la pena debe estar vinculada únicamente a su necesidad para la tutela de la sociedad, y no a la idea de merecimiento ni de retribución por el hecho —consideraciones, por tanto, de Justicia, y no criterios retributivos tal y como desde algún frente se le acusado—⁴⁵. Es la ofensa del delito la que debe corresponder al daño de la pena; la proporción entre dos entidades negativas. Proporción que, evidentemente, es relativa, y se encuentra en dependencia directa con la relación de gravedad establecida entre los delitos según el Ordenamiento de que se trate. Una proporción, en definitiva, «lo más conforme posible al sentir social y lo más adherida a la escala de valores propuesta por la concreta Constitución» —nos dice PAGLIARO—⁴⁶.

Y es que en un modelo de Estado social y democrático de Derecho como del que aquí se parte, el principio de proporcionalidad en su perspectiva más garantista, está obligado a ponderar tres entidades: la gravedad de la conducta, el bien jurídico a proteger y la consecuencia jurídica con la que se va a castigar. Con la puesta en la balanza de todas ellas de lo que trata es de no aplicar un precio excesivo para obtener un beneficio inferior. Por ello, y por su estrecho ligamen con el principio de intervención mínima, el principio de proporcionalidad comienza por exigir la valoración de si la intervención penal resulta rentable, a efectos de alcanzar la tutela perseguida por el concreto bien jurídico, si la materia es propia del Derecho penal, y si compensa la utilización del poder punitivo estatal; y una vez confirmada la necesidad de la actuación penal, exige una relación razonable entre los medios elegidos y el resultado perseguido⁴⁷.

2. Modelo proporcionalista y minimización del recurso a la cárcel. La ausencia de límites intrínsecos

En base a este delimitamiento, y siempre bajo las actuales concepciones, la prisión resulta evidentemente desproporcionada para la mayor parte de los delitos cometidos, y por ello debe reservarse únicamente para la punición de las conductas de máxima gravedad. Porque es aquí, precisamente, donde se apoya la visión proporcionalista de la alternati-

⁴⁴ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 103.

⁴⁵ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op. cit., pp. 203 y ss.

⁴⁶ PAGLIARO, A., «La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi», op. cit., p. 1197. «Porque cuanto más elevado es un bien —nos recuerda IHERING—, tanto más nos preocupamos en tutelarlos. No de otro modo funciona la sociedad en el cuidado de las condiciones para le propia existencia —que denominará bienes sociales— en lo que concierne a la tutela jurídica de que dispone para protegerlos. Cuanto más precioso es el bien, tanto más elevada es la pena. La cantidad de pena mide el valor de los bienes sociales [...]. Poniendo de un lado los bienes sociales y del otro las penas, se obtiene la escala de valores de una sociedad». Vid. en IHERING, V., *Lo scopo nel diritto*, edic. italiana a cura di M.G. Losano, Torino, 1972, p. 346.

⁴⁷ PERELLÓ DOMENECH, I., «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», *JPD*, n.º 28, marzo-1997, p. 70.

dad: en el carácter de *ultima ratio* de la pena privativa de libertad⁴⁸. Porque «sólo en un sistema en el que la sanción penal asuma un rol de *extrema ratio*, en el sentido expuesto —nos recuerda BRICOLA—, el discurso sobre las alternativas a la prisión adquiere contornos más razonables y se libera de todos esos lazos emotivos, ligados, en un sistema penal inflado, a la necesidad de atenuar, con medios alternativos, un tratamiento punitivo no correspondiente al limitado desvalor social del hecho»⁴⁹.

Los sustitutivos a la prisión aparecen, en consecuencia, como fórmula dirigida a minimizar progresivamente el uso de la prisión. Es más, el proporcionalista es el único modelo congruente con esta finalidad última de emplear cada vez menos la cárcel, porque mientras la postura individualizadora ve en las alternativas —aparte de un medio para limitar el uso de la prisión— su capacidad para conseguir los fines de prevención especial, la proporcionalista da prioridad a la idea de que las alternativas a la prisión deben servir como instrumento para reducir el uso de la prisión; esto es, para hacer efectivo el principio de «la prisión como último recurso»⁵⁰.

La novedad, por tanto, del enfoque proporcionalista respecto del rehabilitador es ir más allá de las penas cortas privativas de libertad, criticando también el carácter inhumano y desproporcional de las condenas largas, o lo que es lo mismo, de la prisión en sí misma⁵¹. Un modelo así concebido —nos recuerda GIUNTA—⁵², del mismo modo en que satisface la moderna exigencia de una respuesta sancionatoria cualitativamente «razonable», tiende hacia la humanización de la pena testimoniada a través de la evolución histórica del Derecho penal. Porque, si bien a lo largo de este trabajo nos centraremos en buscarle alternativas a la prisión en casos de mínima y, como mucho, mediana gravedad, esto no significa que la cárcel en sí misma quede fuera de la discusión. La búsqueda de alternativas a la prisión, tal y como vimos, no es más que una vía intermedia en el camino hacia la abolición, deseable algún día, de la propia pena privativa de libertad⁵³. Porque ésta y no otra —estamos con BARATTA—⁵⁴ es la única verdadera alternativa existente frente al mito burgués de la reeducación y de la reintegración del condenado.

Nos decantamos, pues, por un modelo proporcionalista, por considerarle la única óptica que está en condiciones de prescindir completamente de la cárcel misma. Por ser la sola hipótesis —tal y como escribe PAVARINI— «en que las alternativas a la pena privativa de libertad son, en absoluto, «algo distinto» de la cárcel»⁵⁵. Una visión, por todo ello, muy

⁴⁸ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, op. cit., p. 34.

⁴⁹ BRICOLA, F., «Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale», *RIDPP*, 1977, p. 15.

⁵⁰ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, op. cit., p. 34.

⁵¹ CID MOLINÉ-LARRAURI PUJÓAN, *Penas alternativas a la prisión*, op. cit., p. 17.

⁵² GIUNTA, F., «Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi», *RIDPP*, 1985, p. 510.

⁵³ Vid. *supra*, Capítulo III, apartados II.E y III.B.

⁵⁴ BARATTA, A., «Criminología crítica y política alternativa», op. cit., pp. 51 y 52.

⁵⁵ PAVARINI, M., «¿Menos cárcel y más medidas alternativas?», op. cit., p. 201.

cercana a las modernas tendencias político criminales⁵⁶. Un modelo proporcionalista que, sin embargo, de cabida a las ideas de ayuda del individualista, dado que razones de Justicia y de utilidad preventivo-especial, aunque inconciliables en su visión originaria de las relaciones entre autoridad y ciudadano —estamos de acuerdo con CID y LARRAURI—⁵⁷ terminan, finalmente, por convivir.

III. LAS PENAS CORTAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: SOLAMENTE UN PRIMER PASO

A) LA CÁRCEL COMO TEMA DE DISCUSIÓN EN SÍ MISMA. LA NECESIDAD DE QUE SIGA OCUPANDO EL CENTRO DE ATENCIÓN

La prisión sigue existiendo y eso no debemos olvidarlo. No debemos caer, en ningún caso, en lo que GREENBERG denominó «el espejismo de las cárceles semi-vacías»⁵⁸, y centrar de forma única los esfuerzos en buscarle alternativas. Porque, o bien éstas, como ha ocurrido hasta ahora, no contribuyen a disminuir el número de reclusos, o porque haciéndolo la cárcel sigue ahí para retener a los autores de delitos graves, y a ellos hay que dedicarles también nuestra atención. Porque las cárceles cada vez tienen más condenados a largos períodos de prisión. Porque cada vez están más llenas de los denominados «peligrosos», a quienes, paradójicamente, el éxito obtenido con los «liberados» a lo único que les ha llevado es a ser definidos en términos aún más graves y destructivos. Han dejado —nos recuerda COHEN— de ser los peligrosos para ser «los «duros», la escoria, los recalcitrantes, los incorregibles; aquellos por quienes no se puede hacer nada aparte de aislarlos en prisiones especiales o en sectores de máxima seguridad»⁵⁹.

La crítica a la institución carcelaria en nombre del «sistema penitenciario» encuentra, en efecto, uno de sus motivos recurrentes en la denuncia del carácter criminógeno asumido por la cárcel en su confronto con los delincuentes ocasionales y los autores de delitos de escasa gravedad, y, sin embargo, esta dañosidad no se diferencia de la que produce la pena detentiva en sí⁶⁰. Las alternativas en este contexto —nos dice CASAROLI— aparecen como las «hijas probeta» de un sistema ya de por sí estéril, en cuanto a energías reformadoras, y exhausto por una suerte de continuas «clonaciones» en leyes de asentamiento y reverdecimiento⁶¹. La polémica entorno a las penas de prisión de corta duración representa solamente la punta de un iceberg, cuya base está constituida por la crisis radical del sistema penal clásico en su conjunto. Antes de hablar de medidas alternativas de-

⁵⁶ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, op. cit., p. 34.

⁵⁷ CID MOLINÉ-LARRAURI PUJÓAN, *Alternativas a la prisión*, op. cit., p. 28. Del mismo modo, PAVARINI, M., «¿Menos cárcel y más medidas alternativas?», op. cit., p. 203.

⁵⁸ GREENBERG, D., «Problems in Community corrections», en *Issues in criminology*, vol. 10, n.º 1, 1975.

⁵⁹ COHEN, S., «Uno escenario per il sistema carcerario futuro», en (a cura de BASAGLIA e BASAGLIA ONGARO) *Crimini di pace*, 1975, p. 449.

⁶⁰ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, op. cit., pp. 47 y 48.

⁶¹ CASAROLI, G., «Misura alternativa alla detenzione», op. cit., p. 19.

bemos poseer, por tanto, una política criminal y penitenciaria bien definida, puesto que si no tenemos bien claro cuáles son los objetivos de la sanción penal, especialmente de la privativa de libertad, difícilmente podremos llegar a que aquéllas se hagan efectivas⁶².

La reducción de la población reclusa —como nos recuerda DÜNKEL—⁶³ no sólo se consigue ampliando el número de personas sometidas a sanciones alternativas, sino que en aras a tal objetivo también juegan sendas bazas, tanto el encontrarle una solución mas adecuada al problema de la prisión preventiva, como el reducir paulatinamente los períodos de internamiento. Porque, de una parte, es inútil sustituir o suspender una pena corta privativa de libertad a quien ha permanecido cinco o seis meses en prisión preventiva⁶⁴; y, de la otra, porque limitar la severidad de la prisión es, evidentemente, instrumento necesario para llevar cabo una política verdaderamente reduccionista de su uso, dado que la tasa de población reclusa de un país no depende sólo del número de entradas en prisión, sino también de la duración de su estancia en la misma⁶⁵. Por todo ello, y por todo lo que aún queda en nuestras conciencias, la cárcel —como sentencia LARRAURI— debe seguir en la agenda de la Criminología crítica⁶⁶.

B) LA ACTUAL BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS A LAS PENAS DE PRISIÓN DE CORTA DURACIÓN. LA PRIMERA ETAPA DE UNA CARRERA CON META PREFIJADA: LA DESAPARICIÓN DE LA CÁRCEL

El hecho de que el actual esquema sustitutorio se refiera fundamentalmente a las conocidas como penas cortas privativas de libertad, no se traduce en que por ello queden exentas de controversia las penas largas también privativas de libertad⁶⁷. La postura de fondo no deja de estar en la localización de soluciones para lo que ya se perfila como una crisis permanente de la institución penitenciaria y, al mismo tiempo, del sistema penal que sobre ella había asentado su propia eficacia. Las penas cortas privativas de libertad sólo son, por tanto —y en palabras de PADOVANI—⁶⁸, el motivo desencadenante. El punto de rotura que señala, al menos exteriormente, el paso desde la búsqueda de soluciones «internas» a la cárcel al tema de las alternativas a la prisión.

La crisis de la pena detentiva de corta duración —adoptamos las palabras de PALAZZO— sólo constituye «el epifenómeno de una crisis más general implicando a la pena de prisión en cuanto tal [...]. Porque el clima general en el que han visto la luz las nuevas penas

⁶² MAIA-NETO, C. F., «Las alternativas a la abolición de la pena privativa de libertad», op. cit., p. 41.

⁶³ DÜNKEL, F., «Alternativas a la pena privativa de libertad. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparadas otras sanciones», op. cit., p. 57.

⁶⁴ LORENZO SALGADO, M., «Penas privativas de libertad. Referencia especial al arresto de fin de semana», op. cit., p. 23.

⁶⁵ CID MOLINÉ-LARRAURI PUJÓAN, *Alternativas a la prisión*, op. cit., pp. 15 y 16.

⁶⁶ LARRAURI PUJÓAN, E., «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español», op. cit., p. 61.

⁶⁷ COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 764.

⁶⁸ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, op. cit., pp. 43 y 44.

parece estar lejos tanto de aquel optimismo férvido de esperanza reeducativa como de aquel pesimismo generosamente turbado por la conciencia de la insuprimibilidad de la cárcel. El fondo actual parece mas bien caracterizado por la duradera y relativa convicción del rol positivo de la cárcel como instrumento privilegiado de detención, como muestra la frecuencia con que el legislador en las recientes disposiciones recurre a la detención, y no sólo de larga duración, para reforzar el potencial intimidativo del sistema»⁶⁹. La huida de la pena de prisión es, en pocas palabras, la expresión de un proceso que, partiendo de la constatación de la imposibilidad de reformar la cárcel, tiende a su gradual supresión, y la eliminación de la pena corta en tal línea de tendencia no es más que el primer paso en el camino de la supresión continua⁷⁰. Porque una vez alcanzados ciertos progresos, y evaluados éstos científicamente, de forma paulatina podremos ir destruyendo nuevos mitos y aprendiendo a percibir la verdad —escribe con razón GONZÁLEZ BERENDIQUE—⁷¹.

La labor comienza, por tanto, con la sustitución de la pena de prisión para la pequeña y mediana criminalidad, porque — como dice KENT— «si se conceptúa que la relación que media entre la gravedad del delito y la duración de la reclusión es un enlace real, entonces no abrigo duda de que el objetivo al que deberían dirigirse los planes sustitutivos —por lo menos en su comienzo— deberían estar representados por aquellos individuos que purgan sanciones de escaso tiempo y cuyo tratamiento bien podría acometerse en la misma comunidad, en función de una gama de diversas alternativas»⁷². Porque, como todo camino, el de la alternatividad también se debe andar de menos a más. Porque hoy por hoy sólo se puede soñar con un Derecho penal con cuyas continuas reducciones se pueda alcanzar algún día, quizás no tan lejano, la abolición del sistema carcelario. Porque eso es, en definitiva, lo que cabe esperar si —de acuerdo con BECCARIA— «a medida que se suavizan los ánimos en el estado de sociedad crece la sensibilidad, y creciendo ésta se disminuye la fuerza de la pena, buscando mantener la necesaria relación constante entre el objeto y la sensación»⁷³.

En pocas palabras, y en lo que a la actualidad se refiere, cuando se formula la pregunta de si la cárcel tiene alternativas realmente se está pensando en dar una respuesta a un interrogativo mucho menos ambicioso; esto es, al de ¿qué sanciones pueden sustituir a la prisión de corta duración?⁷⁴.

⁶⁹ PALAZZO, F., «Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?», *op. cit.*, pp. 820 y 822.

⁷⁰ BRICOLA, F., «Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale», *op. cit.*, p. 15.

⁷¹ GONZÁLEZ BERENDIQUE, M. A., «Tras una mayor eficacia de la pena: prisión y alternativas, algunos indicadores», en *Doctrina y acción postpenitenciaria*, año I, n.º 1, 1987, Buenos Aires, p. 82.

⁷² KENT, J., *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, *op. cit.*, p. 40.

⁷³ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, *op. cit.*, p. 112.

⁷⁴ MARINUCCI, G., «Dalle pene detentive tradizionali ai moderni tipi di sanzione», *op. cit.*, p. 1.

IV. LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN. PROPUESTAS

A) INTRODUCCIÓN

Por todo lo hasta ahora dicho, cabría conceptuar a las penas alternativas del mismo modo en que lo hace FLORA cuando dice: «son las actuales consecuencias penales sucedáneas de la pena detentiva, como parte de los instrumentos de una «estrategia diferenciada» de lucha contra la criminalidad»⁷⁵. Buscarle alternativas a la prisión no es otra cosa, en definitiva, y al menos por el momento, que tratar de llenar el vacío que produzca la supresión de las penas cortas privativas de libertad. Alternativas, por tanto, como conjunto de mecanismos variados que —a juicio de DE LA CUESTA—⁷⁶ en modo alguno operan de la misma manera, ni con carácter general ni respecto de la propia pena privativa de libertad que tratan de sustituir o evitar.

El camino hacia la reducción del uso de la prisión empieza, no debemos olvidarlo, por emprender todas aquellas vías encaminadas a atenuar la pena de prisión, comenzando por los tratamientos en libertad —suspensión condicional, libertad condicional, régimen de prueba, etc.— y, cuando la prisión sea absolutamente necesaria, adoptando todas aquellas modalidades de prisión más favorables en aras el tratamiento —léase prisión abierta, arresto fin de semana, prisión discontinua, etc.—⁷⁷. Sin embargo, los verdaderos sustitutivos a la pena privativa de libertad no son éstos, sino aquellos que, de entrada, prevén otro tipo de mal distinto al de la privación de la libertad. Porque una vez desmitificada la correlación entre cárcel e igualdad, y corroborado más bien todo lo contrario, en la carrera hacia la alternatividad se debe evitar caer en el mismo error que la prisión, consagrando de forma efectiva las «desigualdades sustanciales» tan propias de ésta. Se debe evitar, de una vez por todas —advirtió BRICOLA—⁷⁸, que aquellos sujetos que poseen bienes distintos al de la libertad personal, a ofrecer al ritual sancionatorio, puedan disfrutar de sanciones privilegiadas respecto a los que disponen, pero sólo en apariencia, del solo bien de la libertad personal.

⁷⁵ FLORA, G., «Misure alternative alla pena detentiva», *NDI*, Apéndice V, 1980, p. 96.

⁷⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992», *op. cit.*, pp. 322 y ss.

⁷⁷ MANTOVANI, desde el punto de vista del contenido, hace la siguiente clasificación: *Medidas semiprivativas de libertad* —simplemente reductoras y no despojadoras del aludido bien jurídico, y entre las que es menester señalar los arrestos intermitentes—; *Medidas impositivas de prestaciones laborales o servicios civiles en beneficio de la comunidad*; *Medidas interdictivas de la capacidad de su destinatario para desarrollar determinadas funciones, profesiones o actividades relacionadas con la contravención punible realizada*; *Medidas patrimoniales* —englobantes tanto de los punitivos directamente recayentes sobre el peculio del sancionado, como de modalidades equiparadas tales como la confiscación de bienes o activos y la caución de buena conducta—; *Medidas restrictivas de la libertad de residencia*; y, finalmente, *Medidas morales* —entre las que cabe destacar la represión judicial y la amonestación—. *Vid.* en MANTOVANI, F., «Pene e misure alternative», *op. cit.*, p. 86 y ss.

⁷⁸ BRICOLA, F., «Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale», *op. cit.*, p. 18.

Para ello se debe partir del hecho de que, en la actualidad, existen una serie de bienes jurídicos de que también puede ser privado el individuo, aparte del de la libertad, y respecto de los cuales éste les concede una estimación al menos igual que la que concede a la libertad, «pues son estos bienes —revela SAINZ CANTERO— los que dan un significado y un valor práctico a ella»⁷⁹. Es sobre estos bienes, en consecuencia, hacia donde debe dirigirse la acción represiva del Estado, abandonando la diana de la libertad, que es la única que hasta ahora se ha tomado en consideración. Porque la libertad, como la vida —nos recuerda FERRAJOLI—⁸⁰, es en realidad un derecho personalísimo, inalienable e indisponible, mientras que todos los demás derechos, que son disponibles, permiten formas más variadas y tolerables de privación o delimitación⁸¹. Porque la privación de libertad, en resumidas cuentas —escribe BERGAMINI—⁸², no es «la pena» por antonomasia, sino tan sólo una forma de pena que, inadecuada siempre, si bien resulta inevitable en un cierto número de delinquentes no lo es para un gran número de ellos.

Las soluciones, en todo caso, no tienen porque estar necesariamente fuera del Derecho penal. Tanto éste como el sistema punitivo del Estado ya conocen otras especies de sanciones que, de acuerdo con MAIA-NETO, pueden producir mejores efectos a la disuasión y contención de la delincuencia⁸³. La solución, más bien, depende de lo que realmente se quiera conseguir. «Si el objetivo es descarcerar —resume LARRAURI—, ello puede conseguirse con los mecanismos ya existentes sin necesidad de introducir nuevos. Por el contrario, si se quiere la creación de múltiples nuevos organismos que trabajen, crezcan y se multipliquen, debemos favorecer más alternativas, aún cuando la descarceración que se produzca como consecuencia de ello sea altamente improbable»⁸⁴.

A nuestro juicio, y en consecuencia, las posibles vías de solución ya están previstas dentro del Derecho penal; no hay panacea ninguna por descubrir. La fantasía tiene también sus límites en el sector sancionatorio, por lo que es absolutamente lógico que la mayoría de las propuestas tengan como objeto modelos ya experimentados, si bien con poco éxito, en el pasado. Y es que una cosa debe quedar clara —y así lo expresa BRICOLA—, «una política criminal para ser «nueva» no debe, necesariamente, apoyarse en modelos nuevos, sino que puede utilizar instrumentos ya experimentados, pero atribuyéndolos una contenido y una función que corresponden a los objetivos de la «nueva» política criminal»⁸⁵.

⁷⁹ SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», *op. cit.*, p. 232.

⁸⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 420.

⁸¹ Al respecto, VIVES ANTÓN escribe: «El Estado democrático de Derecho —esto es, el sistema total de las libertades— ha de ser postulado como absolutamente válido frente a cualquier otro tipo de gobierno, aunque sólo sea porque es el único legítimo. En él la libertad resulta siempre incómoda, difícil, insegura; puede, a veces, exasperarnos y hasta hacernos desesperar; pero fuera de él, es decir, allí donde la libertad se acaba, la comunidad política desaparece y la vida social pierde todo valor». *Vid.* en VIVES ANTÓN, T. S., *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 413.

⁸² BERGAMINI MOTTTO, A., «Penas cumplidas en prisión y en la comunidad», *op. cit.*, p. 103.

⁸³ MAIA-NETO, C. F., «Las alternativas a la abolición de la pena privativa de libertad», *op. cit.*, p. 40.

⁸⁴ LARRAURI PUJOÁN, E., «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español», *op. cit.*, p. 58.

⁸⁵ BRICOLA, F., «Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale», *op. cit.*, p. 14.

B) LAS DIFERENTES VÍAS HACIA LA ALTERNATIVIDAD SEGÚN EL NIVEL DE AFECCIÓN A LA ESFERA INDIVIDUAL DEL SUJETO: *NONINTERVENTION*, SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN

En la actualidad la expresión de sustitutivos penales se hace desde dentro del sistema, es decir, proponiendo determinadas y concretas opciones en lugar de la ejecución de la pena privativa de libertad, y por lo general para determinados supuestos específicos⁸⁶. Opciones que, por su parte, disfrutan de una concreta nivelación, y que va desde la renuncia a la imposición de toda pena hasta su sustitución por otra, pasando por la vía intermedia de la suspensión condicionada de la ejecución. Porque una estrategia diferencia no se limita a diferenciar entre las conductas y delinquentes que deben ser sancionados con prisión, y los que, sin embargo, pueden verse beneficiados con una medida alternativa. Una estrategia punitiva diferenciada nos compele a individualizar razonablemente el tipo de delito, y de delinquentes, para cada concreta medida alternativa, en base a sus particulares características⁸⁷. Todos ellos, sin diferencia, son medios alternativos a la cárcel; lo que debe ser claramente diferenciado de las penas sustitutivas a la cárcel, que no son ni la suspensión ni la renuncia a la ejecución de la pena privativa de libertad, sino la sustitución de ésta pena por otra no detentiva. Lo cual, como veremos, es muy distinto.

Pasemos, en todo caso, a estudiar críticamente las diferentes propuestas que desde la teoría y la *praxis* se han manejado hasta el momento, y la regulación que, al respecto, oportunamente se haga de ellas en los códigos penales aquí analizados. Para ello seguiremos un orden ascendente según la afección que la vía acogida hacia la alternatividad pueda suponer en la esfera individual del sujeto. Comenzaremos, pues, por tratar a renglón seguido la vía de la renuncia a la ejecución —o *nonintervention*—, para seguir con la vía de la suspensión en un capítulo aparte, y concluir más tarde con otro que analice las posibles penas sustitutivas —esto es, la multa, el trabajo en beneficio de la comunidad, la privación de derechos y la reparación.

V. LA *NONINTERVENTION* (O DIVERSIÓN)

A) CONCEPTO Y MODALIDADES

Como su propio nombre indica, se trata de todas aquellas vías utilizadas en aras a no intervenir penalmente ante la comisión de un hecho delictivo. A renunciar a toda imposición de pena por estimarse que ésta no es necesaria ni a efectos de prevención general ni a efectos de prevención especial. Al respecto, son dos las grandes modalidades manejadas a nivel internacional: *el principio de oportunidad y la dispensa de pena*.

⁸⁶ COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 764.

⁸⁷ MANTOVANI, F., «Pene e misure alternative», *op. cit.*, pp. 85 y ss..

1. El principio de oportunidad

Es la variante que a la pena privativa de libertad han propuesto algunos países, como Estados Unidos y Suecia, ante el fracaso de los ensayos preventivo-especiales. Se trata de la renuncia a toda intervención penal, en caso de delitos de escasa o mediana gravedad, sustituyéndola por posibilidades de restitución como la logoterapia, terapia de grupo, indemnización, cura de deshabitación, búsqueda de vivienda y trabajo, etc. Una especie de anticipación procesal de los substitutivos penales, «de transacción entre el Ministerio Fiscal y el delincuente»⁸⁸ —tal y como la define CONDE-PUMPIDO—, muy usada frente a la delincuencia de poca importancia, y especialmente en caso de delincuencia primaria. JESCHECK, incluso, la califica de «desincriminación apenas advertida por el público»⁸⁹. Una posibilidad que, en todo caso, disfruta de dos versiones: *la reglada y la libre*.

Mientras en la versión norteamericana —o *principio de oportunidad libre*— el fiscal dispone de una enorme capacidad negociadora, puesto que no debe someterse a los supuestos taxativos enunciados por la ley para decidir o no iniciar el procedimiento; en la otra versión —la conocida como *principio de oportunidad reglada*— el fiscal encargado de la acusación, a la hora de decidir sobre la oportunidad o no de continuar adelante con el proceso penal, debe sujetarse a lo dispuesto al respecto por la ley, dado que ésta es la encargada de establecer claramente en qué supuestos puede aplicarse esta medida de renuncia.

2. La dispensa de pena

Esta figura surge como respuesta específica a determinados aspectos de la crisis del sistema penal a finales del XVIII, y más exactamente a dos principios fundamentales de la reforma del setecientos: el de la obligatoriedad de la sanción penal y el de la necesidad de su ejecución⁹⁰ —razón que, por otra parte, da lógica al hecho de que sea una perspectiva cuya utilización esté limitada al área de los ordenamientos continentales, si bien cada uno con su concreta denominación y peculiaridades—⁹¹. La esencia es, en todo caso, la misma, y consiste en la no sanción de un delito cuando su autor ya se haya visto suficientemente castigado por las consecuencias del mismo, o *poena naturalis* —como, por ejemplo, en los delitos imprudentes en los que el perjudicado ha sido el propio procesado o su familia—, de manera que toda aplicación de pena adicional superaría los límites de la proporcionalidad⁹². Su no penalización viene por tanto justificada desde las dos pers-

⁸⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Alternativas a la pena privativa de libertad y principio de oportunidad reglada en el proceso penal» en *Libro homenaje a Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, pp. 16 y ss.

⁸⁹ JESCHECK, H.H., «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal», en MIR PUIG, (ed.), *La Reforma del Derecho penal*, Bellaterra, 1980, p. 15.

⁹⁰ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, op. cit., p. 93.

⁹¹ Dispensa de pena alemana que equivale en el marco internacional al «*dispense de peine*» francesa, al «*perdonno giudiziale*» italiano, al «*perdón judicial*» español, etc.

⁹² ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, op. cit., p. 76.

pectivas preventivas: desde la especial, porque no existe el peligro de reincidencia y ese sujeto no está necesitado de resocialización; y, desde la general, porque las consecuencias del hecho ya han sido suficientemente intimidantes. En cualquier caso, si se llegase a pronunciar condena ésta no se inscribe en el registro, y por lo tanto el reo carece de antecedentes.

B) SU TÍMIDA ACOGIDA EN LOS PAÍSES DE NUESTRO INTERÉS

En lo que a el derecho español se refiere, no acoge esta figura a pesar de, como veremos, su gran utilidad a efectos de no intervención penal en los delitos de poca entidad. La única figura anexa a ésta es la del perdón del ofendido, recogida en el art. 130.4.º en los casos acordados en la ley⁹³.

En Centroamérica, de igual modo —y por evidente influencia española, a través del CPT—⁹⁴, el perdón del ofendido disfruta de gran popularidad dado que, salvo en el costarricense⁹⁵, se prevé en todos los códigos penales, si bien con márgenes de actuación distintos. Mientras en los arts. 107 del C.P. salvadoreño y 130 del PCP nicaragüense⁹⁶ se prevé la extinción de responsabilidad penal, previo perdón del ofendido, tanto para delitos de acción privada como para delitos de acción pública —siempre previa instancia particular y en los casos determinados en la ley—; en los restantes códigos el campo de actuación posible de esta figura se limita a los delitos de acción privada —del modo en que lo recoge el CPT—⁹⁷. En este sentido tanto el código penal guatemalteco (art. 106) como el hondureño (art. 96.5) limitan la posibilidad a los delitos perseguibles en virtud de querrela o denuncia⁹⁸, haciendo una referencia puntual a los efectos de dicha figura en los delitos de calumnia, injuria o difamación (art. 172 C.P. Guatemala y art. 169 C.P. Honduras). El art. 114.5 del C.P. nicaragüense habla de «los casos en que la ley sólo conceda una acción privada», y el C.P. panameño, por último, en su art. 92 reconoce la extinción de la acción penal ante el perdón del ofendido en los delitos de acción privada, si bien sólo considera posible el cese de la ejecución de la condena en los casos expresamente determinados por la ley.

⁹³ Respecto al estudio más pormenorizado de esta figura se recomienda la lectura del trabajo LIDÓN CORBI, J. M., «El perdón del ofendido», en *Estudios de Deusto*, Homenaje al Prof. Mañaricua, Enero-junio 1985, Bilbao, pp. 77 y ss.

⁹⁴ DE LA RÚA, J., *La codificación penal latinoamericana*, op. cit., p. 234.

⁹⁵ En virtud de la Ley n.º 7728, de 15 de diciembre de 1997, esta figura desaparece del Código penal, puesto que se derogan los arts. 80 y 81 donde se recogía, pasándose su regulación al art. 386 del Código de procedimientos penales.

⁹⁶ Pues al recoger expresamente al perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad «cuando la ley así lo prevea» no parece ceñirse a los delitos de acción privada, como si hace el C.P. en vigor.

⁹⁷ DE MIGUEL PÉREZ, I., «Código Penal Tipo para Latinoamérica», op. cit., p. 542.

⁹⁸ Si bien, como nos hacen notar DE LEÓN y DE MATA, respecto del C.P. guatemalteco, la práctica general es que se otorgue únicamente en delitos privados. Vid. DE LEÓN VELASCO-DE LA MATA VELA, *Derecho penal guatemalteco*, op. cit., p. 294.

Junto a la institución del perdón del ofendido cabría, en todo caso, hacer una referencia a la posible vía de extinción de la responsabilidad criminal por el *matrimonio celebrado entre el ofensor y la ofendida en delitos contra la honestidad* —puesto que a nuestro modo de ver disfrutan de numerosos puntos de contacto—, si bien tan sólo como nota anecdótica dado lo anacrónico, siempre a nuestro juicio, de tal disposición. Salvo en el código salvadoreño y en el PCP nicaragüense⁹⁹ esta figura se recoge en todos los demás textos penales centroamericanos: art. 92 Costa Rica, art. 200 Guatemala, art. 151 Honduras, art. 196 Nicaragua y art. 225 Panamá —donde, además, la extinción de la responsabilidad se mantiene cuando el matrimonio no se celebra por la oposición de los padres o representantes de la agraviada—. La gravedad de que en delitos como la violación o el estupro se prevea la extinción de la responsabilidad penal de alguna forma, es ya de por sí algo ciertamente insostenible, y al respecto creemos no necesario hacer más comentarios.

Finalmente, y ya no como figura anexa a la *nonintervention* sino como verdadera modalidad de ésta, cabe focalizar en algunos códigos centroamericanos al *perdón judicial*. Mientras tres de ellos —Honduras, Nicaragua¹⁰⁰ y Panamá— no lo contemplan como causa de extinción de la responsabilidad criminal, los otros tres si lo hacen si bien de forma muy diversa. El código penal costarricense admite el perdón judicial en el art. 93, previo informe del Instituto de Criminología y en un número tasado de casos, fuera de los cuales no cabría su aplicación; luego responde al esquema del principio de oportunidad reglada. El salvadoreño, por su parte, lo acoge en el art. 82 y basa su criterio en la *poena naturalis*, por lo que cabría enmarcarlo dentro de la modalidad de renuncia que conocimos como dispensa de pena. Y, finalmente, el guatemalteco lo adopta en su art. 83, si bien exige, entre otros varios requisitos, el que el condenado haya hecho gala de una conducta intachable durante la prisión, lo cual nos hace presuponer que indefectiblemente para su concesión debe haber sufrido ya parte de la pena; lo que, desde luego, no cabe leerse como renuncia a ésta —o *nonintervention*.

C) ANÁLISIS CRÍTICO. CONCLUSIONES

De acuerdo con HASSEMER, no cabe duda de que, allí donde desde el punto de vista preventivo especial puede sustituirse la pena privativa de libertad, debe regir la *Nonintervention*¹⁰¹. Sin embargo el camino no es nada fácil, porque para empezar es difícil saber si la alternativa a la pena de prisión siempre es menos molesta y gravosa para el condenado. El proceso formalizado que siempre implica la intervención penal no se puede abandonar así como así. Desformalizar —nos advierte este autor alemán— conlleva el peligro de que se puede ocasionar un daño espontáneo y descontrolado al sometido a tratamiento¹⁰². Pueden peligrar gravemente tanto el principio de legalidad como el de seguridad

⁹⁹ Un dato, sin lugar a dudas, a valorar positivamente frente al acogimiento de esta figura en el texto actual.

¹⁰⁰ Ni en el C.P. de 1974, actualmente en vigor, ni en el PCP de 1999 que aquí también analizamos.

¹⁰¹ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 377.

¹⁰² *Ibidem*.

jurídica, por lo que, al respecto —con RUIZ VADILLO—¹⁰³, creemos es preferible decantarse por fórmulas intermedias sometidas a determinados controles y cautelas que le doten de mayor eficacia.

La renuncia a la intervención penal en casos de poca importancia, en los que la pena resulte innecesaria, es, desde luego, una opción realista y beneficiosa. Pero una aplicación efectiva de la misma siempre implica: de un lado, una cuasi-perfección en conocimientos criminológicos; y, del otro, exige una administración de justicia especialmente sensible y habituada a un ejercicio responsable de la discrecionalidad. Por todo ello no es difícil de prever que se trate de una solución inaplicable a corto plazo, y sobre todo en legislaciones asentadas sobre un sistema jurídico-penal romano-germánico, caracterizado por los escasos márgenes que de arbitrariedad concede al juez —sistema base, por otro lado, tanto del sistema penal español como de sus homólogos centroamericanos—¹⁰⁴.

De cualquier modo, y desde la perspectiva que aquí nos ocupa —esto es, la de la alternatividad a la prisión—, es evidente el hecho de que nos situamos ante medidas escasamente efectivas por preverse para delitos de poca severidad. O lo que es lo mismo, su contribución a la finalidad última de reducir el uso de la cárcel es apenas apreciable —por no decir nula—, dado que los delitos a los que son aplicables son de tan mínima gravedad que, por lo general, no son sancionados con penas privativas de libertad; y, como nos recuerda VAN DER LAAN, no cabe hablarse de sanciones alternativas sino en casos en los que se habrían iniciado procedimientos penales de no haber existido éstas. Por ello, «las causas que habrían sido desestimadas por el fiscal —antes de la introducción de sanciones alternativas— no deberían ser objeto de una sanción alternativa»¹⁰⁵.

Sin embargo esto no quiere decir que abogemos por su desaparición, sino todo lo contrario. Apoyamos su previsión, si bien tasando perfectamente los criterios para su individualización, en aquellos casos en que la imposición de una pena resulte evidentemente desproporcionada e inadecuada desde ambas perspectivas preventivas, que lo que aconsejan es la no intervención del sistema punitivo. Porque, de este modo, y de acuerdo con SERRANO PASCUAL, oportunidad no sería sinónimo de discrecionalidad y los concretos criterios de oportunidad, al estar convenientemente reglados, actuarían a modo de conceptos jurídicos indeterminados¹⁰⁶.

¹⁰³ RUIZ VADILLO, E., «El futuro inmediato del Derecho penal, las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad», *PJ*, nº 7, 1987, p. 32.

¹⁰⁴ CARRANZA, E., *Criminalidad, ¿prevención o promoción?*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, 1995, p. 113.

¹⁰⁵ VAN DER LAAN, P., «Alternativas a la justicia penal», en CARRANZA, E., (Coord.), *Delito y seguridad de los habitantes*, Siglo Veintiuno editores, San José, 1997, p. 204.

¹⁰⁶ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, op. cit., p. 196.

CAPÍTULO V

EL CAMINO DE LA SUSPENSIÓN

I. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS. LAS DIFERENCIAS CON LA SUSTITUCIÓN

A) DEFINICIÓN Y VARIANTES

El partir de que la pena es un castigo proporcional al delito cometido, no significa que tal sanción haya de imponerse y ejecutarse siempre, sino que es factible renunciar a dicha ejecución si ésta no es indispensable desde el punto de vista preventivo-general y no está indicada desde la óptica preventivo-especial o resocializadora¹. Porque una pena de privación de libertad puede ser «especialmente» negativa —dado que negativa a nuestro juicio lo es siempre— cuando se trata de delincuentes primarios u ocasionales, es por esto que se ha hecho popular el que las legislaciones incorporen una especie de «régimen a prueba»², dando al responsable una «nueva oportunidad» para demostrar su voluntad de reinserción. «Algo similar a una advertencia llevada a cabo sobre el reo, reforzada por la amenaza de la revocación» —tal y como la describen DOLCINI y PALIERO—³.

Nos situamos ante una corriente de pensamiento que, presidida por la ideología utilitarista-humanitaria resocializadora tras la II Guerra Mundial, viaja por toda la Europa continental contagiando a su paso a buena parte de los países latinoamericanos⁴ —con el apoyo incuestionable de la Unión Internacional de Derecho penal, que contribuyó decisivamente a su difusión e implantación legislativa—⁵. Su buena acogida en la mayor parte de los países es, sin lugar a dudas, la mejor prueba de sus positivos resultados y, a su vez, el detonante que ha llevado a la experimentación de nuevos modelos, que si bien

¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 516.

² Acerca de la problemática inherente respecto de la naturaleza jurídica de la figura es de indiscutible valor la obra NÚÑEZ BARBERO, R., *Suspensión condicional de la pena y «probation» (Problemática acerca de su naturaleza jurídica)*, Universidad de Salamanca, 1970.

³ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, op. cit., p. 172.

⁴ MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la «suspensión del fallo»», op. cit., pp. 225 y ss.

⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *La evolución del Derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho Penal*, op. cit., pp. 33 y ss.

en esencia son suspensión de la pena en su concepción tradicional, presentan algunos matices caracterizadores determinados en gran parte por las estructuras legales globales de cada país⁶ —léase *probation* en los países anglosajones, *sursis* en el esquema franco-belga, o *suspensión condicional de la pena con puesta a prueba* en el código penal alemán—. En todo caso, el núcleo siempre es el mismo.

El objetivo principal perseguido con todas ellas es el de evitar los efectos desocializadores que, con total seguridad, supondría su ingreso en prisión. Ésta es la razón por la que no es dable acoger bajo el abrigo de la suspensión a todas aquellas figuras que, como el *Affidamento in prova al servizio sociale* y la semidetención italianas⁷, o la libertad condicional española, a pesar de incluir también en su estructura un «sometimiento a prueba» éste es, sin embargo, introducido en la última fase de la privación de libertad. Dichas figuras, junto a sus homólogas repartidas a lo largo y ancho del Derecho internacional, al implicar siempre un período inicial de detención no son sanciones *lato sensu* alternativas de la prisión, sino solamente modalidades de ejecución (parcialmente) «ambulantes» de la propia pena privativa de libertad⁸. Instituciones que, traduciéndose en un descuento de la pena a cumplir, cabrían calificarse —en palabras de CASAROLI— como «*squisitamente premiali*»⁹. Figuras que, en definitiva, y por ser ya parte de la ejecución penitenciaria de la pena, no serán objeto de análisis en este trabajo. Porque desde aquí sólo abordaremos las alternativas posibles y, lógicamente, anteriores a la prisión, por lo que si ésta ha comenzado a ejecutarse ese es un tema que claramente extralimita nuestro estudio.

Retomando el hilo de la discusión son tres los modelos de suspensión de la pena que, mayoritariamente, se han tomado como referencia a nivel mundial. Dos modelos imperantes, correspondientes a la perspectiva de alternatividad adoptada como base, y un tercer modelo híbrido, fruto del acercamiento de ambas posiciones. Es decir, mientras en los extremos tenemos a la *suspensión condicional de la condena*, propia del sistema continental —que da respuesta a la perspectiva proporcionalista—, y a la *probation*, o suspensión del fallo característica de los países anglosajones¹⁰ —reflejo claro de la postura rehabilitadora—, en una posición intermedia cabría situar a la *suspensión condicional de la*

⁶ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 72.

⁷ Para su particular estudio se recomienda la lectura, entre las muchas obras que sobre el tema hay, de: FLORA, G., «Misure alternative alla pena detentiva», op. cit., pp. 99 y ss.; CASAROLI, G., «Misure alternative alla detenzione», op. cit., pp. 10 y ss.; DOLCINI-PALIERO, «Sanzioni sostitutive», *Enc. dir.*, XLI, 1990, pp. 488 y ss.

⁸ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, op. cit., p. 164.

⁹ CASAROLI, G., «Misure alternative alla detenzione», op. cit., p. 17.

¹⁰ Son, en todo caso, figuras anexas a la suspensión: *el descargo absoluto o condicional* —omisión del pronunciamiento de la sanción respecto al inculpaado que reconoce su culpabilidad, y cuando el tribunal estima que no es necesaria. También puede ir acompañada de la condición de que no vuelva a delinquir en un plazo determinado—; *la binding over* —el declarado culpable no es condenado a una pena si promete mantener una buena conducta y si infringe la promesa deberá pagar una cantidad de dinero—; *las amonestaciones* —después de la declaración de culpabilidad se reprende o amonesta, pública o privadamente, al sujeto por parte del tribunal—; *la advertencia con reserva de pena* contenido en el § 59 del StGB —el tribunal podrá dictar una advertencia, reservando la aplicación de la pena individualizada hasta que concurra un período de prueba de un

pena con sometimiento a prueba, como modelo híbrido creado a partir de los dos anteriores. Analicemos, sin más dilación, cada uno de ellos.

1. El sistema continental basado en la *sursis* belga

Este sistema, apoyado en el modelo franco-belga de la *sursis* —y más exactamente en su variedad simple—, es la suspensión condicional de la pena propiamente dicha, y consiste en el dictamen de una sentencia en la que el Juez o Tribunal, necesariamente, y aparte del veredicto de culpabilidad, debe fijar la condena y la pena correspondiente pero cuya ejecución se deja en suspenso. Si el reo no delinque en el plazo fijado la pena queda remitida. Y si lo hace, deberá cumplir la pena que respecto del segundo delito se le imponga, junto a la que en su momento se le suspendió. En todo caso la condena queda provisionalmente registrada, a efectos de antecedentes penales, en el registro correspondiente. Ciertamente nos situamos ante un modelo afín a una posición proporcionalista de alternatividad, puesto que se parte de la idea de pena «justa» y, desde ella, del convencimiento de que en muchas ocasiones el ejecutar la pena resulta desproporcionado frente a la gravedad del delito cometido, buscándose, en consecuencia, su suspensión.

2. La especificidad de la *probation* —o suspensión del fallo— anglosajona

Si bien somos conscientes de que hoy en día la *probation* en el sistema anglosajón ha perdido su carácter de alternativa a una pena de prisión que aún no se ha impuesto, para pasar a ser una pena autónoma, ésta sigue condicionándose al cumplimiento de determinadas obligaciones, lo que aún permite su confronto con el sistema continental¹¹.

La característica especificadora del sistema inglés de *probation*, y en las que aún se inspiran numerosos sistemas penales de todo el mundo¹² —de ahí nuestro interés—, es que el Juez, una vez comprobada la responsabilidad penal del acusado, no se pronuncia en una sentencia, sino que le somete a una serie de condiciones de carácter educativo y rehabilitador —tratamiento de desintoxicación, control de asistentes sociales, prohibición de realizar determinadas conductas, de vivir o frecuentar determinados lugares, etc.—

año, cuando quepa esperar que en el futuro no se comportará de manera punible. En el período de prueba no deberán imponerse instrucciones ni prestaciones de ningún tipo, y una vez transcurrido el período sin cometer delitos el autor queda libre del antecedente penal—, etc.

¹¹ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y *probation*», en CID MOLINÉ-LARRAURI PUOÁN, *Penas alternativas a la prisión*, op. cit., p. 62.

¹² Sin ir más lejos, en él se inspiraban tanto el Proyecto de Código Penal de 1980 como la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 españolas. Únicos referentes válidos para el estudio de la figura en nuestro país, puesto que en el PCP de 26 de noviembre de 1994 ya no se incluye, de igual forma que en el texto definitivo de 1995. Al respecto de su regulación en los textos de 1980 y de 1983 se recomienda la lectura de VALMAÑA OCHAFTA, S., *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, op. cit., pp. 37 y ss.

que está obligado a cumplir durante un período determinado. Una vez transcurrido el plazo marcado el acusado comparece de nuevo ante el Juez, y éste, partiendo de la conducta llevada a cabo por el sujeto en el período de prueba, decidirá si le impone la condena o, por el contrario, deja sin efecto todo el procedimiento. Si opta por esta segunda posibilidad, el condenado ni siquiera tendrá sobre sí la carga de unos antecedentes penales, puesto que no se ha dictado condena en ningún momento y, en consecuencia, ésta no ha podido ser registrada. El fallo, en cualquier caso, sólo puede ser aplazado con el consentimiento del reo, y toda vez que el Tribunal tenga el convencimiento de que su ejercicio habrá de repercutir en beneficio de la Justicia¹³.

Es, en pocas palabras, una figura autónoma e independiente que va ligada a la idea de suspensión del pronunciamiento de la condena, de tal manera que ésta no se pronuncia sino cuando el delincuente ha incumplido las «condiciones» impuestas por el Tribunal durante el período fijado¹⁴. Una institución que, en definitiva —y en palabras de DE SOLA, GARCÍA ARÁN Y HORMAZÁBAL—, al mismo tiempo que da una respuesta concreta a la crisis de la privación de libertad, «cumple una función superadora de medidas que venían operando con una naturaleza meramente clemencial o de indulgencia»¹⁵.

La *probation* viene estructurada, por todo ello, como una medida individualizadora que trata de repartir la responsabilidad, en aras a la resocialización del sujeto, entre: *éste mismo*, al que le da una nueva oportunidad, motivándole para su alejamiento del delito, y *la comunidad*, a la que se implica a través de la asistencia y el seguimiento de aquél. Viene conformada, en definitiva, como una clara materialización del esquema rehabilitador de alternatividad, y cuya diferencia «suprema» respecto al sistema de suspensión condicional de la pena —o *sursis simple*— es evidente: aparte del no pronunciamiento de condena alguna, la *probation* prevé ayuda al condenado durante el período de prueba a través de los organismos asistenciales de instituciones penitenciarias. Diferencia, esta última, que inclina la balanza en su favor pero que tampoco da la solución definitiva al asunto. Tanto la versión anglosajona como la versión belga adolecen de serios problemas cuando son acogidas de forma absoluta.

El modelo continental es criticado sobre todo por carecer de un elemento esencial del tratamiento en libertad, al limitarse a confiar exclusivamente, y en todo caso, en el esfuerzo personal¹⁶. La prestación de ayuda se avista como necesaria, y no como forma de control sino como co-responsabilidad de la sociedad en la labor preventiva, ayudando al sujeto que lo quiere a superar los obstáculos que la propia convivencia social interpone a

¹³ DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 51.

¹⁴ NÚÑEZ PAZ, M. A., «Alternativas a la pena privativa de libertad: suspensión del fallo y suspensión condicional de la pena (La aplicación de la *probation* en el derecho positivo español)», en AA.VV., DIEGO DÍAZ-SANTOS-FABIÁN CAPARRÓS (Coord.), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 27.

¹⁵ DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., pp. 71 y 72.

¹⁶ NÚÑEZ BARBERO, R., *Suspensión condicional de la pena y «probation»*, op. cit., p. 39.

su compromiso de evitar la reincidencia¹⁷. Con ello, lo que se busca es lograr una mayor productividad, un mayor «beneficio» para el delincuente: su reinserción definitiva en la sociedad a través de la aceptación sin reservas del *status quo*¹⁸. Punto, como ya hemos dicho, a favor de la institución anglosajona que, sin embargo, tampoco acaba con la discusión.

La *probation*, por su parte, no sólo hace gala de virtudes sino que también adolece de ciertos defectos —muy importantes desde el punto de vista del respeto de legalidad y la estricta sumisión de los jueces a la ley—, como es la indeterminación que de las condiciones a imponer existe y el excesivo valor que tiene el juicio de la prueba por parte del delegado de *probation* (o *probation-officer*) —contrario esto a la división de poderes—¹⁹. Consecuencia: se hace necesario la creación de un tercer modelo mixto —o «tercera vía» como es calificada por NÚÑEZ BARBERO—²⁰, buscando el compatibilizar ambas posturas, para, de este modo, compensar con una las carencias de la otra. Este modelo es el de la *suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba*.

3. El modelo mixto, o de suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba

Esta es la forma predominante en que la suspensión ha penetrado en el Derecho continental europeo, y desde ahí —por la influencia que, como vimos, allí ejerce— en buena parte de los sistemas penales latinoamericanos, y no como medida autónoma —tal y como aún persiste en el Derecho inglés— sino como medida sustitutiva de la pena añadida a la *sursis* belga.

Lo que empezó siendo una simple ejecución de la pena, con la única condición de no delinquir durante un tiempo determinado —o *sursis simple*—, se convirtió, bajo la influencia de la *probation*, en la conocida actualmente como *sursis avec mise à l'épreuve*²¹. Una tercera versión suspensiva que, si bien coincide prácticamente con la presentada por la *sursis simple*, se diferencia de ésta en que, al igual que hace la *probation*, otorga la posibilidad a los jueces de someter al condenado, aparte de a la obligación de no delinquir, a cualquier otro tipo de deberes o control que el sujeto suspendido también deberá cumplir

¹⁷ DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 70.

¹⁸ MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la "suspensión del fallo"», op. cit., p. 230.

¹⁹ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la prueba y «probation»», op. cit., p. 63.

²⁰ Pues, a juicio de este autor, este modelo lo que hace es complementar, unirse a lo que, desde el punto de vista positivo, no deja de ser una pena cuya ejecución se suspende, pero, de todos modos, impuesta y cuya inscripción produce efectos posteriores. Una tercera especie de sanción análoga a las medidas preventivas pero que tiene algo que la relaciona con la pena. Vid. NÚÑEZ BARBERO, R., *Suspensión condicional de la pena y «probation»*, op. cit., pp. 105 y ss.

²¹ DOÑATE 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. 265.

si quiere ver finalmente remitida su pena, y siempre, eso sí, bajo la ayuda y control de personal especializado. En todo caso, y del mismo modo que la variante simple de la *sursis*, sigue a un pronunciamiento de condena que se registra a efectos de antecedentes penales.

B) FUNDAMENTO POLÍTICO CRIMINAL DE LA FÓRMULA HÍBRIDA DE SUSPENSIÓN. UNA PREDOMINANTE «RATIO» DE PENA JUSTA, ARROPADA POR CONSIDERACIONES REHABILITADORAS

El modelo de la suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba, al ser un modelo híbrido entre la *probation* y la *sursis*, es, en consecuencia, resultado de las dos perspectivas de alternatividad. La contraposición originaria habida entre la perspectiva proporcionalista y la resocializadora se ha visto indefectiblemente conducida a terminar cediendo el puesto a un modelo de medida suspensiva al menos tendencialmente único. Un modelo mixto, por otro lado, absolutamente lógico, dado que las contraposiciones históricas existentes entre las perspectivas del tratamiento —con estructura lógica en la *probation*— y la de la «pena justa» —con asentamiento en la *sursis* simple— no pueden, sin embargo, excluir su compatibilidad lógica y funcional²².

Desde la perspectiva de la búsqueda de la pena «justa», en que la alternativa a la pena breve se impone en términos de proporción en relación a la personalidad del reo —delincuente primario no peligroso— y la gravedad del delito —necesariamente pequeña—, la suspensión representa una respuesta sancionatoria por sí misma suficiente, ya sea sobre el plano retributivo ya sobre el plano de la prevención especial²³. Para la franja de criminalidad menor, a la que nos referimos siempre que hablamos de suspensión, el mero desarrollo del proceso y el pronunciamiento de la condena suspendida, junto a la amenaza latente de llevar adelante la ejecución de la pena de prisión, es pena proporcionalmente suficiente para cumplir con los fines preventivos. Supone una suerte de «advertencia»²⁴ que, a un tiempo, busca evitar tanto la recaída futura en el delito como los efectos nocivos de las penas cortas privativas de libertad. Luego, el fundamento proporcionalista justificativo de la suspensión está evaluado en una perspectiva funcionalista; en la inutilidad de la pena ante la presencia del corregimiento del condenado —nos resume GIUNTA—²⁵.

Y es que la no necesidad de ejecución de las penas a suspender se evidencia tanto desde el punto de vista preventivo-general como desde el especial. Desde el primero, porque al tratarse de delitos de escasa gravedad es generalmente aceptado el que sus autores no ingresen en prisión. Y desde el segundo, porque, correspondiente con una visión reduccionista de la pena, se desea evitar la entrada en prisión de estas personas y su consecuente contagio desocializador. Su fundamento es, por tanto —con ANTÓN ONECA—²⁶,

²² De igual modo concluye NÚÑEZ BARBERO, R., *Suspensión condicional de la pena y «probation»*, op. cit., pp. 114 y ss.

²³ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, op. cit., pp. 182 y ss.

²⁴ CEREZO MIR-DÍEZ RIPOLLÉS, «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas», op. cit., p. 205.

²⁵ GIUNTA, F., «Sospensione condizionale della pena», *Enc. dir.*, vol. XLIII, 1990, p. 92.

²⁶ ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 561.

esencialmente político-criminal, y se basa tanto en la limitación de la pena a lo absolutamente imprescindible —principio de intervención mínima—, como en la posibilidad de alcanzar la resocialización del delincuente sin acudir a la privación de libertad. Una simbiosis, en definitiva, de ambos modelos de alternatividad.

Las dos perspectivas —proporcionalista y rehabilitadora—, en consecuencia, si bien son dos terrenos de acción diversos tienen el mismo objetivo, de modo que, como ha mostrado la experiencia normativa, inmediatamente después a la introducción primera de una medida suspensiva concreta está será normalmente caracterizada por el progresivo afianzamiento de las dos técnicas, la del tratamiento y la de la pena justa. «De tal modo que la suspensión entendida como «pena justa» —advirtió PADOVANI— tenderá a asumir también los contornos de una tratamiento sancionatorio complejo, de por sí modulado exclusivamente sobre instrumentos de tipo represivo»²⁷. Sin embargo, la originaria contraposición entre las perspectivas del tratamiento y la de la pena justa aún influye en un aspecto fundamental: el del ámbito de aplicabilidad de la suspensión.

Mientras la idea de tratamiento circunscribe sus límites a la sola pena detentiva breve, la idea de la pena justa excluye en línea de principio cualquier posibilidad de discriminación. La perspectiva de partida, si de verdad se quiere reducir paulatinamente el uso de la prisión a través de la suspensión condicional de la condena, debe ser, por tanto, una proporcionalista; si bien arropada por las consideraciones asistenciales propias de una rehabilitadora. Porque ningún criterio basado en la prevención especial puede servir para recortar la posibilidad de evitar el ingreso en prisión de una persona que, de entrada, reúna los requisitos objetivos marcados. Porque, de acuerdo con GONZÁLEZ ZORRILLA, «si bien son razones basadas en la prevención especial las que sirven de fundamento a la suspensión de la pena, tales razones se asientan en la premisa previa de la falta de proporcionalidad y adecuación de la pena privativa de libertad para estos supuestos»²⁸. Y porque, en definitiva, no se trata de una muestra de automatismo o pereza mental, sino un ejercicio del más puro sentido común si partimos, como creemos así debe ser, de las condiciones reales de la situación penal y penitenciaria²⁹.

En todo caso, y antes de proseguir en el análisis de la suspensión como alternativa a la pena privativa de libertad, debemos dar un ineludible paso anterior. Es necesario esclarecer previamente las diferencias habidas entre esta figura y la de la sustitución, ambas como alternativas a la prisión. Una labor que, como veremos, posee una importancia vital, tanto para la comprensión teórica final de ambas instituciones como, y esto es lo verdaderamente importante, para que el barco de la alternatividad llegue, esperemos algún día, a buen puerto.

²⁷ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, op. cit., p. 188.

²⁸ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y probation», op. cit., pp. 65 y 66.

²⁹ *Ibidem*, p. 66.

C) SUSPENSIÓN *VERSUS* SUSTITUCIÓN. CARACTERÍSTICAS DIFERENCIALES

No solamente nos situamos ante dos instituciones distintas, sino ante dos figuras que pueden llegar a ser antinómicas en muchos aspectos, entre los que destaca, muy por encima, el plano aplicativo. Mientras la sustitución constituye la respuesta sancionatoria normal a la pequeña criminalidad, y una vía intermedia entre la despenalización y el traspaso de la pena detentiva a una posición de *ultima ratio*; la suspensión, por su parte, es de aplicación si no excepcional seguramente menos frecuente, en cuanto que está fundada sobre la valoración de la personalidad del culpable. Porque mientras la sustitución interviene sobre un plano objetivo, el de la gravedad del delito; la suspensión condicional opera sobre un plano subjetivo, respecto del cual la gravedad del delito sólo desarrolla un papel de límite externo³⁰. O lo que es lo mismo, mientras la primera se tomará como un elemento de garantía del precepto, la segunda funcionará como un instrumento de recuperación del culpable³¹. Y es que ambas, como acertadamente escribe PAGLIARO, son fruto de tendencias político-criminales diversas³².

En lo que se refiere a las relaciones que cada una de estas figuras tiene con su objeto —representado por la sanción que se suspende o sustituye— las diferencias también son evidentes. Mientras la medida suspensiva incide sobre la propia aplicabilidad de la sanción, y por ello sobre sus efectos; la sustitutiva incide sobre su misma existencia. La primera paraliza y la segunda subroga. Porque mientras con la suspensión los efectos de la pena suspendida siempre son posibles, si se verifican determinadas condiciones previstas en la ley —como puede ser la comisión de un delito y el incumplimiento de las cargas impuestas—, con la sustitución la pena originaria agota su relevancia al determinar los límites y la modalidad de la sustitución, la cual, desde el mismo momento de su pronunciamiento, da vida a una consecuencia jurídica estable y exclusiva del delito³³.

1. El carácter no sancionador de la suspensión

La suspensión —nos advierte GIUNTA— no es una pena, y las limitaciones que las obligaciones y cargas impuestas hagan de la libertad de movimientos del inculcado «se sitúan en una posición de accesoriedad y reforzamiento respecto de las prescripciones positivas»³⁴. Lo mismo ocurre con las situaciones que de desigualdad se den ante la aplicación de esta institución, las cuales no configuran ni mucho menos su objetivo, sino únicamente uno de sus efectos prácticos³⁵. La suspensión, por mucho que esté, o pueda estar,

³⁰ GIUNTA, F., «Sanzioni sostitutive», en (a cura di VASALLI) *Dizionario di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 826 y ss.

³¹ GIUNTA, F., «Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi», *op. cit.*, p. 531.

³² PAGLIARO, A., «Le sanzioni sostitutive», *op. cit.*, p. 1026.

³³ PADOVANI, T., «Sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena», *RIDPP*, 1982, p. 499.

³⁴ GIUNTA, F., «Sospensione condizionale della pena», *op. cit.*, p. 100.

³⁵ *Ibidem*, p. 90.

integrada de contenidos positivos, dirigidos a finalidades retributivas —como el pago de una suma de dinero— o especial preventivas —como las modalidad de asistencia y de control del *sursis avec mise à l'épreuve*—, «no por esto —aclara PADOVANI— se transforma en una medida sustitutiva si su disciplina está marcada de manera que la sanción originaria pueda siempre ser aplicada al verificarse determinadas condiciones»³⁶. Luego, a partir de todo esto —y respaldándonos, nuevamente en GIUNTA—³⁷, estimamos que solamente en sentido amplio cabría hablarse de «método de punición» o de «modalidad de punición»³⁸. Sólo de forma impropia cabría considerar a la suspensión como una sanción, cuando en lo que consiste es en una renuncia a ella. DOÑATE, incluso, hasta habla de cierta naturaleza contractual; de «una especie de respuesta no penal frente al delito»³⁹.

2. La suspensión no como sustitutivo de la pena, sino como renuncia condicionada a ésta

Sostituire es cambiar una cosa por otra y eso no ocurre en la suspensión, en la que se renuncia, si bien provisionalmente, a toda imposición de pena. Las medidas suspensivas no suplantán a la pena sino que, simplemente, la «eclipsan» durante todo el período de prueba, y sin ninguna proporción generalmente entre la duración de la pena suspendida y la detentiva⁴⁰. No se sustituye una pena por otra, sino que se renuncia de una manera condicionada a la punición⁴¹. Es una especie de «aplazamiento» en la aplicación de la pena, que se traduce —tal y como advierten COBO y VIVES—⁴² más en una especie de beneficios o paliativos de la pena que en auténticos sustitutivos de ésta. Un producto ecléctico —escribe CASTILLO BARRANTES—, dado que su contenido es de medida de seguridad de aplicación en medio libre, aunque legalmente constituya una forma derivada de aplicación de las penas privativas de libertad, y se vea por ello sometida al régimen legal de las penas⁴³.

³⁶ PADOVANI, T., «Sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena», *op. cit.*, pp. 499 y ss.

³⁷ GIUNTA, F., «Sospensione condizionale della pena», *op. cit.*, p. 96.

³⁸ NUÑEZ BARBERO, R., *Suspensión condicional de la pena y «probation»*, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

³⁹ La sociedad, a través de los Tribunales, pacta con el autor del delito la futura extinción de la pena a cambio del cumplimiento de una serie de condiciones, valoradas por órganos especializados en ciencias humanas como necesarias para conseguir que en el futuro el afectado vida sin infringir la ley penal. *Vid.* en DOÑATE MARTÍN, A., «La suspensión con puesta a prueba y el trabajo social al servicio de la comunidad», *op. cit.*, p. 261.

⁴⁰ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, *op. cit.*, p. 175.

⁴¹ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREE, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 69.

⁴² COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 766. De igual modo, RIVERA BEIRAS, I. (Coord.), *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, M. J. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 302 y 303.

⁴³ CASTILLO BARRANTES, E., «Los sustitutos de la prisión: estado actual y tendencias en América Latina», *op. cit.*, pp. 37 y ss.

Suspensión y sustitución son, en definitiva, dos entidades diferentes pero con un fin común: evitar en lo posible el ingreso en prisión. Y es precisamente por ello, en aras a alcanzar tal objetivo, que se deben eliminar las áreas concurrentes, que —de acuerdo con PADOVANI—⁴⁴ lo único que hacen es pervertir la función de ambas instituciones y, en consecuencia, en nada ayuda a llegar a cualquiera que sea la parte; más bien lo complica todo. Porque una gran diferencia habida entre ambas instituciones es la adoptada desde la perspectiva de sus efectos, y mientras, en base a éstos, la sustitución es una verdadera y propia alternativa judicial con efectos radicales, la suspensión es una alternativa a la ejecución de la pena detentiva dispuesta en fase judicial, y no destinada a permanecer de forma fija en tal condición⁴⁵. Una diferencia que, sea como sea, hay que respetar siempre.

3. Conclusiones

La suspensión, tal y como hemos visto, más que una alternativa a la pena privativa de libertad se presenta en realidad como una renuncia a ella, y sin embargo no es dable entenderla como una medida que simplemente se limite a suavizar la afflictividad de la prisión⁴⁶. 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 sancionatorio⁴⁷. 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 resiente⁴⁸. 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, hemos visto, sobran.

II. SU REGULACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICO-PENALES ESPAÑOL Y CENTROAMERICANOS

A) MODELOS DE SUSPENSIÓN CON UNA EVIDENTE INFLUENCIA CONTINENTAL

La fórmula introducida en el código penal español de 1995 es la mixta de suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba —introducida en nuestro Derecho con

⁴⁴ PADOVANI, T., «Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio», *op. cit.*, p. 992.

⁴⁵ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, *op. cit.*, pp. 102 y 103.

⁴⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 297.

⁴⁷ GIUNTA, F., «Sospensione condizionale della pena», *op. cit.*, p. 101.

⁴⁸ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 70.

el nombre de «condena condicional»⁴⁹ por Ley de 17 de marzo de 1908, e incorporada en su parte sustantiva al código penal con la reforma de 1932—. 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*⁵⁰. 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 (82). Si el sujeto no delinque en el plazo de prueba, el Juez acordará la remisión de la 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 (85.2)⁵¹.

De un modo muy similar se regula en los códigos penales de la Región centroamericana, si bien la denominación que se le otorga a la figura es diferente en cada uno de ellos. En Costa Rica se denomina *condena de ejecución condicional* (arts. 59 y ss.); se conoce como *suspensión condicional de la ejecución de la pena* en el Salvador (arts. 77 y ss.), en Guatemala (arts. 72 y ss.), en Honduras (arts. 70 y ss.) y Panamá (arts. 77 y ss.); y, finalmente, como *condena condicional* en Nicaragua (arts. 103 y ss.) —*suspensión de la ejecución de las penas* en el PCP, arts. 87 y ss.—. En cualquiera de los casos, su influencia es evidentemente continental —o de la *sursis* simple o de su modalidad compleja *avec mise à l'épreuve*—, puesto que la suspensión cuando se otorga siempre es con posterioridad al pronunciamiento de una sentencia —lo que ciertamente les distancia de la *probation* anglosajona—, y sólo cabe hablar de extinción de la condena una vez se hayan cumplido las condiciones —en los supuestos en que se hayan puesto— y el plazo de prueba haya llegado a su término sin la comisión de un nuevo delito. En todos ellos, de igual modo, y a diferencia de lo que exigiría un modelo de *probation*, no se prevé ningún tipo de ayuda para el cumplimiento deseable del beneficio con la configuración de un personaje similar al delegado de *probation* —o *probation-officer*—. Por lo que es dable afirmar, con CASTILLO BARRANTES, que en la práctica es bastante común el que la modalidad compleja de la *sursis* se convierta, finalmente, en una *sursis* simple, «por falta de los recursos necesarios para hacer eficaz el cumplimiento de las condiciones»⁵².

⁴⁹ Esta es una denominación que si bien ha desaparecido en el *iter legislativo*, la deseada coordinación sistemática muestra todavía algunas lagunas, dado que el art. 163 *in fine*, al tratar la cancelación de antecedentes delictivos, continúa refiriéndose a «condena condicional». *Vid.* en DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código penal*, *op. cit.*, p. 419.

⁵⁰ MOLINA BLÁZQUEZ, C., *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 63 y ss. Un estudio sobre su regulación en los proyectos de reforma, hasta llegar al actual código penal, cabe localizarse en DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma», *ADPCP*, 1994, pp. 115 y ss.

⁵¹ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte general, I. Introducción*, *op. cit.*, p. 32 y 33.

⁵² CASTILLO BARRANTES, J. E., «Los sustitutos de la prisión: estado actual y tendencias en América Latina», *op. cit.*, pp. 37 y ss.

B) REGULACIÓN LEGAL. PUNTOS DE INTERÉS

1. Penas suspendibles y plazos

La norma general parece estar en que la pena a suspender siempre es la de privación de libertad (art. 80.1 España⁵³, art. 77 El Salvador, art. 72 Guatemala, art. 70 Honduras⁵⁴ y art. 77 Panamá); sin embargo, el C.P. costarricense habla también del extrañamiento (art. 59), y el nicaragüense omite cualquier referencia a la clase de pena que puede suspenderse, entendiéndose con ello que cabe la suspensión de cualquier pena principal —es decir, tanto las privativas de libertad como las inhabilitaciones y la multa—⁵⁵. Las condenas para ser suspendibles deben ser, en todo caso, inferiores a 3 años, excepto en los casos de Panamá y España⁵⁶ —en que el límite se baja a los dos años⁵⁷ (art. 77 C.P. panameño y art. 80.1 C.P. español)— y del PCP para Nicaragua, que amplía tal posibilidad a las penas de hasta 5 años (art. 87.1)⁵⁸.

En lo que si coinciden todos los códigos, salvo el costarricense —que guarda absoluto silencio al respecto—, es en manifestar, claramente, la no extensión de la suspensión a la responsabilidad civil derivada del delito (art. 74 Guatemala, art. 72 Honduras, art. 107 Nicaragua —art. 87.3 PCP—, art. 80.3 España). El salvadoreño y el panameño, por su

⁵³ Que incluye tanto a la prisión, como a los arrestos de fin de semana y sustitutorio. Claramente permitido este último cuando, como vimos en su momento, en el art. 35 se le califica de pena privativa de libertad. Cuestión distinta es que se proponga a los tribunales que no se suspenda cuando ya es sustitutiva de otra. En todo caso, el C.P. simplemente «permite» la suspensión de la responsabilidad subsidiaria, no la «impone». Vid. GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, op. cit., p. 101. Del mismo modo interpreta como posible tal suspensión GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y «probation»», op. cit., p. 67. En signo contrario, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de multa», *La Ley*, 1996/II, pp. 4015 y ss; el mismo, «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», en *Estudios sobre el código penal de 1995 (Parte general)*, CDJ, CGPJ, Madrid, 1996, p. 290.

⁵⁴ Tanto Guatemala como Honduras tienen, sin embargo, una excepción: las medidas de seguridad. En el caso de Guatemala (art. 73) no cabe la suspensión cuando, además de la pena privativa de libertad se imponga en la sentencia alguna de las medidas de seguridad enumeradas en el art. 88; y en Honduras se prohíbe todo beneficio suspensivo a quienes, según las reglas de su código penal deba ser sometido a medidas de seguridad (art. 71).

⁵⁵ El Proyecto actualmente en discusión tampoco aporta ninguna claridad al respecto. Es más, contribuye a la confusión. Porque, mientras en sus arts. 87.1 y 88.2 parece dejar claro que la pena a suspender es siempre la privativa de libertad, en su art. 90 nos hace dudar de tal aseveración, cuando al hablar de la imposición de obligaciones y deberes —aparte del de no delinquir— considera esta posibilidad sólo «en el caso de que la pena suspendida fuere de prisión». ¿Con esto abre la puerta a la suspensión de otras penas no privativas de libertad? ¿O al hablar de prisión se refiere únicamente a ésta pena propiamente dicha, como pena principal, y no a las que también considera privativas de libertad, tales como la responsabilidad subsidiaria por impago de multa o la prisión por incumplimiento del trabajo en beneficio de la comunidad? Es de suponer la respuesta es la segunda, pero en lo que no hay duda es en lo deseable de una mayor claridad al respecto.

⁵⁶ Esta es la regla general, si bien en el art. 87.1 cabe la posibilidad de llegar a los 3 años en caso de personas con problemas de drogodependencia. Una excepción a la que haremos referencia más adelante.

⁵⁷ La recomendación hecha, por otra parte, por el CPT (art. 74).

⁵⁸ Sin duda, un importante avance respecto del C.P. en vigor y su límite fijado en los 3 años (art. 103).

parte, si bien no lo prohíben directamente tal prohibición cabe derivarse, precisamente, y como veremos, de la exigencia de su satisfacción previa para poder hablar de suspensión (art. 77 El Salvador y art. 78 Panamá).

Y en lo que a la extensión de la suspensión a las penas accesorias se refiere, mientras el código guatemalteco otorga la posibilidad de la extensión (art. 74), tanto el hondureño (art. 72) como el nicaragüense (art. 107)⁵⁹ lo prohíben explícitamente⁶⁰, y los demás no se decantan. Un silencio que, sin embargo, no puede interpretarse como una puerta abierta a tal posibilidad, sino más bien como una forma de evitar reiteraciones ya que en todos ellos de forma clara se dice que sólo pueden ser suspendidas las penas privativas de libertad —o prisión— (art. 80.1 España, art. 77 El Salvador, art. 50 Costa Rica, art. 87.1 PCP Nicaragua⁶¹ y art. 77 Panamá), y la pena de extrañamiento en el caso costarricense (art. 59). Parece, por tanto, denotarse su carácter no suspendible⁶², lo cual, mientras para unos tiene todo el sentido —pues se habilita de esta forma un nuevo campo de sustitución mediante la ejecución de las penas complementarias, del modo en que lo hace el C.P. francés—⁶³ para otros, sin embargo, carece de toda lógica⁶⁴.

2. Requisitos para el otorgamiento

a) La primariedad delictiva

Entre los requisitos a exigir para el otorgamiento del beneficio se encuentra casi siempre el de que el condenado sea un delincuente primario⁶⁵. De este modo, sea el delito doloso o culposo, lo exigen el art. 60 Costa Rica, el art. 70 Honduras y el art. 78 Panamá. Especificando que sólo no se admite la reincidencia en delitos dolosos —dejando fuera por tanto los culposos— se encuentran únicamente España (art. 81.1), Guatemala (art. 72.2) y Nicaragua (103) —art. 88.1 PCP.

⁵⁹ Si bien este hace referencia puntual a cuáles son las penas accesorias a las que no puede extenderse la suspensión. En este sentido, habla únicamente de las penas de suspensión de los derechos del ciudadano y de la inhabilitación para el ejercicio del cargo público, por lo que cabría interpretarse la posibilidad de extensión en todos los demás casos en que sean distintas a éstas las que aparezcan como accesorias.

⁶⁰ De igual forma que lo hace el CPT en su art. 74.

⁶¹ Que, en consecuencia, está suponiendo un paso atrás respecto del texto en vigor, pues reduce claramente el ámbito de aplicación de la suspensión.

⁶² GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, op. cit., pp. 102 y 103. También DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código penal*, op. cit., p. 424. Por el contrario, entre otros, estiman su carácter suspendible GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, op. cit., p. 250; DE SOLÁ 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*, n.º 6, UNED, 1996, p. 1208.

⁶³ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Código penal español*, op. cit., p. 310.

⁶⁴ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y «probation»», op. cit., p. 69.

⁶⁵ Del mismo modo en que lo exige el CPT en su art. 74.a.

La regulación más novedosa al respecto la presenta, sin lugar a dudas, el código penal salvadoreño. Éste no exige como requisito para su concesión el que sea la primera vez que el sujeto delinque, sino que funda la decisión, principalmente, en la corroboración de lo inconveniente e innecesario que sería el ejecutar la prisión, o cualquiera de las formas que pudieran reemplazar a ésta, puesto que solamente admite la suspensión «en defecto de las formas sustitutivas antes señaladas» (art. 77).

b) La satisfacción de las responsabilidades civiles

La reparación de las responsabilidades civiles en los casos de Guatemala, Honduras y Nicaragua⁶⁶, no conforma una consideración a tener en cuenta a la hora de decidir sobre la suspensión de la condena⁶⁷. En el supuesto de Costa Rica, sin embargo, es un hecho a valorar positivamente dentro de la personalidad del condenado (art. 60). Y, finalmente, tanto en España como en El Salvador, PCP nicaragüense⁶⁸ y Panamá, se conforma como una exigencia en la que se deberá fundar la decisión en favor de la elección, y por tanto de obligado cumplimiento (art. 81.3 España, art. 77 El Salvador, art. 88.3 PCP Nicaragua y art. 78 Panamá); si bien, y con intención de «parchear» la situación, vale con una garantía satisfactoria de su cumplimiento en el futuro, o de su imposibilidad, en El Salvador y en Panamá; una declaración sobre la imposibilidad total o parcial de hacerle frente en el caso español; o cualquiera de ellas en el proyecto nicaragüense.

c) La atención a la peligrosidad criminal del sujeto

En todos los códigos que aquí manejamos la suspensión es una medida alternativa de otorgamiento facultativo por parte del juez o tribunal⁶⁹, por lo que debe ser motivada, y al respecto el legislador otorga ciertos criterios sobre los que aquél debe basar su juicio. Un análisis previo tanto de las circunstancias del hecho como de aquéllas otras personales

⁶⁶ La única referencia que, en un sentido más o menos anexo a éste, se puede encontrar en el actual C.P. nicaragüense, es el requisito de oír a la persona ofendida, antes de decidir la remisión condicional de la condena, en los delitos únicamente perseguibles a instancia de parte (art. 106).

⁶⁷ En el CPT tampoco se configura como un requisito objetivo a cumplir para poder hablar de suspensión, si bien se conforma como una de las obligaciones a las que, indefectiblemente, quedará sujeto el suspendido, art. 75.f «[...] Dar cumplimiento al compromiso de reparar el daño, dentro de los plazos y formas que se le fijen».

⁶⁸ Lo que ha venido a empeorar la situación respecto del texto predecesor, que, a diferencia de éste, no parte del pago previo de las responsabilidades civiles como punto de referencia obligado para poder hablar de suspensión de la ejecución de la condena.

⁶⁹ El art. 80.1 C.P. español dice: «Los jueces o tribunales *podrán* [...]»; el art. 59 C.P. costarricense: «Al dictar sentencia el Juez *tendrá la facultad* [...]»; el art. 77 C.P. salvadoreño: «[...] el juez o tribunal *podrá* [...]»; el art. 72 C.P. guatemalteco: «Al dictar sentencia *podrán* los tribunales [...]»; el art. 70 C.P. hondureño: «En la sentencia condenatoria *podrán* los jueces [...]»; el art. 103 C.P. nicaragüense: «[...] *podrá* el Juez [...]»; el art. 87.1 PCP nicaragüense: «[...] los jueces o tribunales *podrán* [...]»; y, finalmente, el art. 77 C.P. panameño: «Se confiere a los tribunales *la facultad* de conceder [...]».

del condenado, correspondientes a un carácter evidentemente rehabilitador como el que sin duda tiene todas las legislaciones que aquí analizamos. Un rasgo individualizador influencia directa del CPT, cuya «neutralidad» político-criminal —denuncia BACIGALUPO—⁷⁰ tuvo como consecuencia el que el tan criticado «positivismo» continuara plenamente vigente⁷¹.

En este sentido, mientras algunos códigos penales se limitan a enumerar de forma abstracta tales requisitos, hablando en términos de «las circunstancias personales del condenado, hecho, y duración de la pena» (art. 80.1 España, art. 77 El Salvador y art. 87.2 PCP nicaragüense⁷²), o «la naturaleza o modalidades del hecho criminoso imputado, el carácter o los antecedentes del reo y los móviles que lo impulsaron a delinquir» (art. 70.3 Honduras); otros, más «puntillosos», hacen hincapié, dentro de las circunstancias personales del condenado, en lo que respecta a «su vida anterior al delito» (art. 60 Costa Rica), en términos de «observación de buena conducta» (art. 72 Guatemala y art. 103 Nicaragua)⁷³, «de trabajo constante, ejemplar» (art. 72 Guatemala, art. 78.1 Panamá) y «ejemplar cumplimiento de deberes» (art. 78.1 Panamá) y, en lo que respecta a su comportamiento posterior al hecho delictuoso, en «el arrepentimiento» (art. 60 Costa Rica y art. 78.1 Panamá) y «el deseo demostrado de reparar en lo posible las consecuencias del acto» (art. 60 Costa Rica).

En todo caso, tales circunstancias, mientras que en Panamá son de obligado cumplimiento para poder hablar de suspensión (art. 78); para otros países deben desembocar en la presunción de que el susodicho sujeto no cometerá un nuevo delito, por lo que no hay necesidad de ejecutar la pena y es factible suspenderla (art. 60 Costa Rica, art. 72 Guatemala, art. 70 Honduras y art. 103 Nicaragua)⁷⁴; o confluir en la conclusión de la innecesariedad e inconveniencia de ejecutar en ese caso, tanto la pena de prisión como las posibles penas que la reemplazasen (art. 77 El Salvador).

En España, por su parte, ni tan siquiera se dice que se debe entender por peligrosidad criminal —que, sin embargo, es a lo que debe atender fundamentalmente el juez a la hora de decidir sobre la suspensión o no de la condena, art. 80.1— por lo que, al respecto, cabe 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»⁷⁵. Algo simi-

⁷⁰ BACIGALUPO, E., «El sistema de reacciones penales en las recientes reformas y proyectos latinoamericanos», *op. cit.*, p. 7.

⁷¹ *Vid. supra*, Capítulo II. Apartado II.B (B-3).

⁷² Un avance cierto, frente a la actual, y poco esclarecedora fórmula, de atender a la «observación de buena conducta» (art. 103 C.P.).

⁷³ Es la dirección adoptada por el CPT en su art. 74.b

⁷⁴ El CPT en este sentido dice en su art. 74.c: «[...] Se presume que no volverá a delinquir, según un pronóstico basado en las circunstancias y modalidades del delito, los motivos determinantes y el estudio integral de su personalidad».

⁷⁵ Un pronóstico de peligrosidad que, a juicio del CGPJ, debería ser suministrado por los correspondientes «expertos integrados en Servicios Sociales Penitenciarios o Comisiones de Asistencia Social». *Vid. en El País*, lunes 3 de mayo de 1999, p. 32.

lar le ocurre al PCP nicaragüense. Éste, a la hora de optar o no por la suspensión, requiere la atención, fundamentalmente, «a la escasa peligrosidad criminal del sujeto y a la poca utilidad de la pena». Una nueva fórmula, a nuestro juicio, al mismo tiempo tan progresista como peligrosa, pues no se define que debe entenderse por escasa peligrosidad y poca utilidad. Para su interpretación cabría acudir al art. 98, que nos ofrece igual definición que la española de lo que cabe entender por peligrosidad criminal, pero sin olvidar el referente de la poca utilidad de la pena. Una indiscutible puerta abierta a una mayor y mejor aplicación de la institución de la suspensión, siempre, claro está, que de ella se haga la lectura alternativa correcta.

3. La imposición de condiciones

En la mayor parte de los textos penales objeto de estudio en este trabajo, aparte de la obligación de no delinquir durante el período de prueba, se hace una referencia más o menos velada a la imposición de condiciones tras la decisión de suspender la pena. Algo que mientras para unos es una posibilidad para otros se convierte en una obligación. En el primer grupo se encuentran Costa Rica, España, PCP Nicaragua⁷⁶ y Panamá y en el segundo El Salvador y Nicaragua.

En Costa Rica el art. 61 *posibilita* la imposición de condiciones, de acuerdo con el Informe del Instituto de Criminología, diciendo que pueden ser varias pero sin manifestar cuáles son las posibles. Del mismo modo actúa Panamá, puesto que en su art. 79 concede tal *posibilidad* al Juez dándole un solo ejemplo de lo que podría ser una condición —«la sujeción a la vigilancia de las autoridades, del Ministerio de Gobierno y Justicia»—, pero sin cerrar la puerta a otras posibilidades. Y, finalmente, el PCP nicaragüense (art. 90) y el C.P. español (art. 83.1), después de posibilitar al juez la imposición de condiciones *si lo estima necesario*, le ofrecen un elenco de posibilidades al respecto, pero dejando igualmente abierta la posibilidad a que sean otras distintas a las allí señaladas. En lo que respecta a C.P. El Salvador y al actual C.P. Nicaragua la imposición de condiciones deja de ser una posibilidad para ser una *exigencia* hecha a los jueces⁷⁷, enumerándose, del mismo modo, sólo algunas de las que son posibles (art. 79 y art. 104, respectivamente).

En los casos de Guatemala (art. 75) y Honduras (art. 73), aunque en vez de condiciones se obliga a hacer las advertencias oportunas sobre la naturaleza del beneficio y los motivos que pueden producir su revocación, esto no cabe, a nuestro juicio, interpretarse como una exigencia encubierta de imposición de condiciones, dado que al llegar a la lectura de los artículos relativos a la revocación del beneficio sólo se hace referencia a la comisión de un nuevo delito y al descubrimiento de antecedentes por delito doloso (art. 76 Guatemala), o la imposición de otra condena por delito o falta cometido con anterioridad

⁷⁶ Una imposición facultativa de las condiciones, que sin duda representa un gran avance frente al imperativo que, al respecto, contiene el art. 104 del C.P. en vigor.

⁷⁷ Influencia quizás del CPT, que en su art. 75 dice literalmente: «Concedida la suspensión, el beneficiario quedará sujeto a las siguientes obligaciones [...]».

(art. 74 Honduras). Si esto es así, ciertamente responden a un sistema de suspensión condicional reflejo de la *sursis* simple, mientras en los demás casos, por preverse la imposición de condiciones distintas a la no comisión de un nuevo delito, se tratan de verdaderos modelos de suspensión condicional con sometimiento a prueba, influencia cierta de la *sursis avec mise à l'épreuve*. En todo caso —y como ya hemos advertido—, la realidad es que la modalidad compleja generalmente se ha terminado por transformar en la simple, dada la falta de los recursos necesarios para hacer eficaz el cumplimiento de las condiciones impuestas⁷⁸.

4. Períodos de suspensión

Como ya sabemos, la pena se queda en suspenso por un determinado período de tiempo. Un período de prueba en el que el suspendido debe no reincidir y cumplir las oportunas condiciones si quiere ver, finalmente, remitida su pena. En este sentido, cada código penal establece unos extremos sobre los que el Juez debe moverse a la hora de fijar el plazo exacto, y durante el cual el sujeto estará, por decirlo de alguna forma, «sometido a prueba».

España y Honduras son los únicos países donde se distingue entre delito y falta a la hora de establecer los plazos. España los fija entre los 2 y los 5 años en caso de delitos y los 3 meses y un año para las faltas (art. 80.2). Honduras del mismo modo lo diferencia, pero en su caso sin dar un margen de actuación al juez, sino que señala cantidades exactas en 5 años para los delitos y 2 para las faltas (art. 70). El PCP nicaragüense también hace una distinción, pero no entre delito y falta sino entre penas graves y penas leves. Una distinción que sólo dicho texto se puede permitir, pues es el único que llega hasta los 5 años de privación de libertad —los demás se mueven únicamente entre penas leves—. En este sentido, señala un plazo de tres meses a dos años para las penas leves; y de 2 a 5 años para las penas graves. Los demás países —salvo Costa Rica, que lo fija entre 3 y 5 años— establecen un mismo margen, y éste es de los 2 a los 5 años (art. 77 C.P. El Salvador, art. 72 C.P. Guatemala, art. 103 C.P. Nicaragua y art. 77 Panamá)⁷⁹. De todos los textos penales los únicos que, sin embargo, requieren una previa audiencia a las partes, antes de fijar el plazo oportuno, es el español (art. 80.2) y el PCP nicaragüense (art. 87.2).

5. Revocación del beneficio y vuelta a prisión

Todos revocan el beneficio en caso de comisión de un nuevo delito. Un delito que sólo Costa Rica especifica debe «ser doloso y sancionado con una pena de prisión superior a

⁷⁸ CASTILLO BARRANTES, E., «Los sustitutos de la prisión: estado actual y tendencias en América Latina», *op. cit.*, pp. 37 y ss.

⁷⁹ El margen superior es, en todo caso, siempre más benévolo que el señalado en el Código Penal Tipo, pues este habla de un período de prueba entre dos y seis años (art. 76).

6 meses» (art. 63)⁸⁰; y es que los demás códigos —salvo el hondureño que habla literalmente de delito o falta, art. 74.2— no especifican si la naturaleza del delito ha de ser dolosa o culposa, por lo que se supone caben ambas.

En cuanto al incumplimiento de las condiciones impuestas, es causa de revocación en los códigos penales de España (art. 84.2), Costa Rica (art. 63.1), El Salvador (art. 81), Nicaragua (art. 105) —art. 91.2 PCP— y Panamá (art. 80)⁸¹. En un camino intermedio cabría situar a Guatemala y Honduras, pues en ambos se prevé la revocación, aparte de por la comisión de un nuevo delito, por el descubrimiento de antecedentes por delito doloso (art. 76 Guatemala), o por la imposición de una condena por un hecho delictivo doloso o culposo anterior (art. 74 Honduras).

En cualquier caso, la revocación en todos conduce indefectiblemente al cumplimiento de la pena, salvo en los casos de España, PCP Nicaragua y El Salvador. En ellos, previamente a la revocación, caben darse pasos intermedios, como la modificación de las reglas de conducta (art. 84.2 España y art. 81 El Salvador) o la prórroga del período de prueba —que limitan en 5 años— (art. 84.2 España, art. 91.2 PCP Nicaragua y art. 81 El Salvador), si bien con una diferencia esencial entre ellos. Mientras el español y el PCP nicaragüense sólo prevén estas posibilidades en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas, y no por comisión de un nuevo delito; El Salvador, de su parte, lo permite en ambos casos. Una revocación, la española, que llevará consigo la conversión de lo que antes era una inscripción «temporal» en una sección especial del registro, en una inscripción formal de la que se derivarán los antecedentes oportunos (art. 85.1)

6. Cumplimiento del plazo y extinción de la pena

Y es que, de todos los textos aquí estudiados, es el español el único que prevé la inscripción de la oportuna suspensión en una sección especial del registro, y de la que sólo pueden pedir informe los jueces (art. 82). Quizás por ello es el único que, del mismo modo, y ante el vencimiento del plazo sin revocación, prevé la cancelación de dicha inscripción, que tendrá como consecuencia el que dicho antecedente penal no se tenga en cuenta a ningún efecto (art. 85.2). Los demás códigos penales, por su parte —y salvo el PCP nicaragüense⁸² y el costarricense que en este punto no dicen nada—, se limitan a reconocer la extinción directa de la pena una vez pasado el período de prueba sin producirse la revocación (art. 83 El Salvador, art. 77 Guatemala, art. 106 Nicaragua y art. 81 Panamá)⁸³, siendo necesaria una resolución al respecto del tribunal sentenciador en Honduras (art. 75).

⁸⁰ La exigencia de que el delito sea doloso, se deriva de su homóloga en el CPT (art. 77).

⁸¹ En el CPT, sin embargo, no se trata de una revocación directa sino potestativa del Juez, a quien, al mismo tiempo, se le otorga la facultad de prolongar el período de prueba siempre que no exceda el máximo de los 6 años del que antes hablábamos (art. 77)

⁸² Un notabilísimo vacío legal, que preferimos pensar se debe a un «descuido» del legislador, pero que en todo caso es digno del mayor reproche, por la inseguridad jurídica que conlleva. Un olvido imperdonable a estas alturas, y más cuando su «predecesor», el C.P. en vigor, sí lo prevé en su art. 106.

⁸³ La misma extinción directa que la fijada en el art. 79 del CPT.

C) SUSPENSIÓN EXTRAORDINARIAS

Son cuatro las posibilidades de suspensión extraordinarias que se recogen en los códigos penales analizados, si bien, finalmente, todas confluyen en dos únicos países: España y El Salvador.

1. Suspensión en caso de enfermedad muy grave (art. 80.4 C.P. español)

El art. 80.4 del C.P. español ofrece a los jueces la posibilidad de otorgar la suspensión de cualquier pena, sin requisito de ninguna clase, si la persona sufre una enfermedad muy grave con padecimientos incurables⁸⁴. Una excepción a la norma: el que esa misma persona tuviera otra pena suspendida por el mismo motivo⁸⁵.

2. Suspensión especial en casos de drogodependencia (art. 87 C.P. español)

De igual modo que en el caso anterior, el código penal español asimila una suspensión específica para sujetos drogodependientes. En estos casos, aunque no concurren los requisitos de primariedad delictiva y de que las penas a suspender sean inferiores a los dos años (arts. 81.1 y 2), el legislador español, previa audiencia a las partes, otorga al juez la posibilidad de suspender la ejecución de penas privativas de libertad (por un plazo entre 3 y 5 años) inferiores a tres años, a quienes cometieron el delito a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el art. 20.2⁸⁶ del mismo código, y siempre y cuando se den unas determinadas circunstancias: una certificación suficiente de que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento y que no se trate de reos habituales (art. 87.1)

Si se trata de reincidentes aún así cabe la suspensión, si el juez o tribunal estima oportuno conceder el beneficio atendidas las circunstancias del hecho y del autor (art. 87.3). En

⁸⁴ Una excepcionalidad también recogida en el art. 88.4 del PCP nicaragüense, donde el único requisito para la suspensión es la presentación del dictamen médico pertinente.

⁸⁵ Lo que sin duda puede tener mucha aplicación en casos de enfermos en fases avanzadas del SIDA. Al respecto, es de interés la lectura de SÁNCHEZ YLLERA, en VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al código penal*, op. cit., pp. 469 y ss. Pero con la ironía, no obstante, de que aquí no se exija requisito alguno, mientras que para concederles la libertad condicional se requieran requisitos tales como la buena conducta o la clasificación en tercer grado penitenciario (art. 92). En todo caso, a juicio de GONZÁLEZ ZORRILLA, cuando habla de «cualquier clase de pena» se refiere únicamente a las contenidas en el Capítulo y Sección donde se ubica tal disposición; o sea, las penas privativas de libertad. Y cuando habla de «sin requisito alguno» lógicamente esto no incluye a la no comisión de un nuevo delito. Vid. en GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y «probation»», op. cit., pp. 76 y 77.

⁸⁶ Art. 20.2 C.P. español: «[...] El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos... o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión».

el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización (art. 87.4). Se revocará la suspensión si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas (art. 88.5). Transcurrido el plazo sin haber delinquido se remitirá la pena solamente si se acredita la deshabitación o la continuidad en el tratamiento del reo. Si no es así se ordenará su cumplimiento, salvo «que oídos los informes correspondientes se estime necesaria la continuación del tratamiento». En ese caso se podrá prorrogar el plazo de suspensión por un tiempo no superior a 2 años (art. 88.5, último párrafo).

3. Suspensión por hecho cometido entre parientes o análogos (art. 78 C.P. salvadoreño)

El Código penal salvadoreño, por su parte, acoge en su art. 78 la posibilidad de suspender la ejecución de la condena —a pesar de que ésta no proceda debido a las circunstancias personales del inculcado o su sometimiento a otro proceso— si el hecho determinante de la pena se cometió «entre cónyuges, compañeros de vida o convivientes, padre, madre o hijo adoptivo y parientes que se encuentren en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en el seno de grupos de convivencia y resulta claramente conveniente para la víctima o para el restablecimiento de la armonía en el grupo o para la prevención de otros delitos». En este sentido, y como el artículo no especifica más, suponemos le serán de aplicación todas las normas correspondientes a la suspensión general de la ejecución de la condena.

4. Las suspensiones extraordinarias del art. 84 C.P. El Salvador

El art. 84, del mismo modo, recoge dos supuestos en que cabe la suspensión total o parcial de la ejecución de las penas. El primer supuesto sería en penas inferiores a tres años, si hay razones fundadas de salud o cuando se trate de una mujer embarazada, y por un plazo no superior a un año. El segundo supuesto sería en caso de penas, de hasta 6 meses, «cuando su inmediato cumplimiento implique un daño de magnitud extraordinaria para el condenado o su familia o para las personas que de él dependan, siempre que de la suspensión no resulten consecuencias negativas para la víctima o sus familiares». En este caso no señala plazo de sometimiento a prueba, por lo que consideramos no existe ninguno (dado que la pena a suspender es inferior a 6 meses). De igual modo, al mantener absoluto silencio sobre las reglas a que someterse, y dada la ubicación de este precepto detrás de todo el desarrollo de la figura de la suspensión, estimamos que tales suspensiones no están sometidas a reglas de ningún tipo.

D) CONCLUSIONES VALORATIVAS. ¿EN QUÉ MEDIDA PUEDE HABLARSE DE ALTERNATIVIDAD?

Si bien tanto el legislador de 1995, en el caso español, como el de 1997, en el caso de El Salvador, y oportunamente el de 2000, en el nicaragüense —puntos referenciales por ser los textos penales de nuevo cuño—, han ampliado sobre todo el último, los márgenes

de concesión de este beneficio —lo cual es de agradecer—; y si bien el texto penal español ha exonerado de antecedentes penales a los beneficiados con esta medida, el salvadoreño ha eliminado el requisito objetivo de la reincidencia y el nicaragüense ha ampliado el campo de actuación, partiendo de la «poca utilidad de la pena» —lo que por supuesto también son certeras dianas—, realmente éstos han sido los únicos avances. Las dudas respecto a que esto suponga un logro en el camino hacia un Derecho penal moderno están más que justificadas, si por modernidad entendemos —como hace GONZÁLEZ ZORRILLA— «la búsqueda incansable para hallar nuevos espacios de tolerancia social, nuevas formas de respuesta a los comportamientos desviados y, en definitiva, una nueva concepción de la función social del castigo»⁸⁷.

La fórmula recogida, si no es en todos si en la mayoría de los códigos, es la mixta o de suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba. Una fórmula que, si bien por sus características difiere del modelo angloamericano de la *probation*, es, sin embargo, una de las manifestaciones más claras de la concepción individualizadora. Una concepción, por su parte, que porta todos los riesgos de convertir a las alternativas a la prisión en formas de control tan próximas como se pueda a la propia prisión, ampliando así las redes del sistema penal y construyendo un camino fácil de entrada a ésta sin necesidad de que se produzca un nuevo delito⁸⁸. En este sentido, los puntos débiles de que adolece la suspensión en nuestros países, en el camino a convertirse en una verdadera alternativa a la prisión, son todavía demasiados y exigen de una pronta superación.

III. PUNTOS CRÍTICOS A SUPERAR EN ARAS A CONVERTIRLA EN VERDADERA ALTERNATIVA A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

A) LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL, ENTRE LA ABSTRACTA PREVISIÓN DE PUNIBILIDAD Y LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

1. La estrechez legislativa en los márgenes de operatividad y la rigidez de requisitos. Su escasa contribución a la reducción del uso de la cárcel

Habitualmente son delitos de escasa gravedad, que por lo general no son sancionadas con prisión, los que pueden ser suspendidos. Penas, como hemos visto, normalmente entre 1 y 3 años de privación de libertad —con la notable excepción del PCP nicaragüense—, como requisito al que suelen unírsele otras exigencias que no sólo no ayudan sino que más bien dificultan la proliferación de la figura de la suspensión como alternativa a la cárcel. Entre éstas cabría destacar, junto a la exigencia de no reincidencia, por su claro «sinsentido» respecto del objetivo perseguido con esta medida; el pronóstico de no peli-

⁸⁷ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y «probation»», *op. cit.*, p. 89.

⁸⁸ LUZÓN PEÑA, D. M., «La aplicación y sustitución de la pena en el futuro código penal», *op. cit.*, p. 418. De igual modo opina 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/II, CGPJ*, Madrid, 1996, p. 219.

grosidad criminal, y de presunción de no recaída en el delito; y la satisfacción previa de las responsabilidades civiles derivadas del delito.

Respecto del requisito de no reincidencia, su alcance es en todo caso discutible por sus condiciones, y sobre todo por la de que el condenado haya delinquirido por primera vez. Es drástico el que por realizar un nuevo delito se vete la suspensión, pudiéndose haber establecido un sistema graduado como el acogido en el C.P. salvadoreño (art. 81). En este sentido, se ha mantenido —de acuerdo con LARRAURI— «una concepción estática de la suspensión en vez de una dinámica ligada a necesidades de prevención especial de la persona que ha delinquirido»⁸⁹.

Los problemas, en cuanto a los términos a tener en cuenta en aras a suspender o no condicionalmente la pena, aumentan, de otra parte, sobremanera, ante la exigencia de atención fundamental a la peligrosidad criminal del sujeto. En todos los artículos donde se recoge, y especialmente en el español (art. 80.1) y el PCP nicaragüense (art. 87.1), no se define que es lo que se ha de entender por tal peligrosidad. Las referencias que al respecto se hacen —la naturaleza del hecho, móviles, circunstancias personales del delincuente, etc.—, aparte de no ser para nada esclarecedoras, por lo general ya se deberían haber tenido en cuenta a la hora de dictar la condena sobre la que ahora se está decidiendo su suspensión⁹⁰. Luego —en completo acuerdo con la denuncia elevada por GONZÁLEZ ZORRILLA—⁹¹, esto no puede significar más que una cosa: el juzgador no sabe que circunstancias en concreto son las que se deben valorar en estos momentos. Una vaguedad terminológica que a lo único que conduce es a la más absoluta de las inseguridades, puesto que, finalmente, la concesión o no de la suspensión depende de una discrecionalidad judicial basada, en muchos casos, más en prejuicios y estereotipos que en verdaderas razones de justicia material.

Por su parte, y en lo que se refiere al hecho de que la no satisfacción de las responsabilidades civiles pueda llevar por sí sola a la no suspensión de la pena, basta una elemental consideración sobre las posibles desigualdades a darse entre sujetos solventes e insolventes para ir en contra de tal requisito objetivo⁹². El código penal español parece querer solucionar el tema en su art. 81.3 —de igual modo que el PCP nicaragüense en su art. 88.3—, al prever la audiencia de los interesados y del Ministerio Fiscal para declarar la imposibilidad total o parcial de hacer frente a tal responsabilidad, a efectos de evitar la

⁸⁹ LARRAURI PIJOÁN, E., «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal», *JPD*, n.º 25, marzo-1996, p. 54.

⁹⁰ Son variables a tener en cuenta, generalmente, en la individualización de la pena, y no en el momento de decisión sobre su suspensión o no. De este modo deben formar parte del criterio judicial a la hora de determinar la pena —que sólo en un momento posterior se verá si es suspendible o sustituible— en los arts. 66 y ss. C.P. español; arts. 63 y ss. El Salvador; arts. 65 y ss. Guatemala; arts. 68 y ss. Honduras; arts. 78 y ss. Nicaragua —mismos arts PCP—; y arts. 56 y ss. Panamá.

⁹¹ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y «probation»», *op. cit.*, p. 74.

⁹² En sentido contrario, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, *op. cit.*, pp. 40 y 41; DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código penal*, *op. cit.*, p. 431.

tan temida siempre «prisión por deudas». Al respecto —y de acuerdo con GARCÍA ARÁN—⁹³, cabe entender que en la posibilidad de aplazar el pago de la responsabilidad civil está implícito el mensaje de no vetar la decisión de suspender la ejecución de la privación de libertad en caso de sujetos parcialmente insolventes. Pero el problema sigue sin resolverse respecto de los insolventes, sobre los cuales sigue planeando la sombra de la prisión, por lo que es trasladable todo lo que en su momento se dirá sobre el arresto sustitutorio y su evidente quebrantamiento del principio constitucional de igualdad⁹⁴. Algo igualmente ampliable a los casos de Panamá y El Salvador, donde la satisfacción de tales responsabilidades civiles también configuran un requisito objetivo de la suspensión.

2. La desvirtualización de su sentido como «alternativa»

a) El automatismo judicial en su concesión

Los estrechos márgenes legislativos a que se ve sometida la suspensión hace, como hemos visto, que ésta se aplique en muy contadas ocasiones, y sin embargo este no es el mayor problema. El tema se recrudece ante la constatación empírica de que en todos los casos en que si es legalmente posible se concede casi automáticamente, lo que, lógicamente, ha desvirtuado su sentido.

Hoy por hoy, tanto el Juez como el condenado la interpretan mal y la llegan a percibir como un acto de gracia —ante la escasa culpabilidad y la precariedad de recursos del condenado—, evitando con ello la ejecución y quitándose de este modo el problema de encima, lo que evidentemente despoja a la figura de toda su eficacia intimidativa. La predisposición judicial a concederla hace que los tribunales al determinar la pena incluso fijen ésta por debajo del límite, para así poder suspenderla, cuando el legislador lo que quiere es que se valoren objetivamente las circunstancias para su concesión o no⁹⁵. El condenado, en todo caso, siente un falso sentimiento de libertad, que obliga a que muchas veces sea necesario que el Juez, y el propio defensor, le hagan entender que durante largo tiempo va a estar «sometido a prueba»⁹⁶. Y es que la sensación contraria, si bien «irreal», deviene problema, porque —como advierte HASSEMER—⁹⁷ priva a la suspensión de sus posibilidades preventivas individuales, pues el condenado no estima realizar una alternativa a la pena privativa de libertad sino un nada.

Se ha transformado, en definitiva, en una especie de indulto automático que está restando la eficacia intimidatoria de las penas de las que parte. En un indulgencianismo judicial caracterizado por una huida de la sanción, y debido sobre todo —advierde MANTO-

⁹³ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, *op. cit.*, pp. 108 y 109.

⁹⁴ *Vid. infra*, Capítulo VI. Apartado III.B (B-2).

⁹⁵ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 94.

⁹⁶ Del modo, quizás, en que lo exigen los códigos penales de Guatemala y Honduras (arts. 75 y 73, respectivamente).

⁹⁷ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 373.

VANI— «al sentimiento de culpa y de mala conciencia de una sociedad que a menudo defiende y enmascara la propia moralidad tolerando el crimen»⁹⁸. La dirección a la que apunta en nuestros días es, por ello, muy distinta a la deseada de alternativa a la pena privativa de libertad. Porque con la generalización del recurso a la medida lo único y real que se ha conseguido es —de acuerdo con PADOVANI— «expresar el grado de conciencia de la crisis del sistema penitenciario, sin aportar, por otra parte, contribución duradera alguna a su solución»⁹⁹.

b) Carencia de los conocimientos criminológicos indispensables por parte del juzgador

Los Tribunales, lógicamente, son los encargados de ir marcando con su jurisprudencia el alcance, tanto de la propia suspensión como de los criterios que delimitan la conveniencia de su aplicación. Para llevar a cabo semejante labor deben contar, aparte de con un margen legal más o menos amplio en el que ejercitar su arbitrio judicial, con una formación criminológica suficiente. Porque pocas son las consideraciones preventivo-especiales que el juzgador puede hacer, si carece de los conocimientos criminológicos oportunos que le aporten una información rigurosa de las necesidades resocializadoras del sujeto. Una ausencia de preparación criminológica que —tal y como denuncian MAPELLI y TERRADILLOS—¹⁰⁰ a lo que finalmente conduce es a que la solución judicial se alcance valorando las circunstancias desde sus propios prejuicios y fobias; y que es, precisamente, lo que está ocurriendo. Lo que los tribunales realmente hacen es otorgar la suspensión de una manera imprevisible, pues normalmente parten de criterios muy personales, y no se paran a individualizar la medida en concordancia con el sujeto que, en sus específicas circunstancias, tienen delante, desvirtuando en consecuencia, y nuevamente, la lógica intrínseca de la figura suspensiva. El único código que, en este sentido, intenta «arreglar» la situación es el costarricense, puesto que en su art. 60 exige un informe previo del Instituto de Criminología antes de tomar cualquier decisión a favor o en contra de la suspensión.

B) CONTROL Y ASISTENCIA EN EL CUMPLIMIENTO. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

1. El confusionismo legislativo respecto de las condiciones a imponer

Es tónica general en el derecho comparado la vaguedad y amplitud de los términos con que son demarcadas las áreas de responsabilidad a que debe sujetarse el condenado. Sin embargo, la necesidad de determinabilidad de las condiciones que se le deben imponer es aún más evidente, si cabe, que la necesidad de establecer de forma muy clara cuál debería ser el contenido de la sanción, porque —de acuerdo con CEREZO MIR y Díez

⁹⁸ MANTOVANI, F., «Diritto premiale e sistema penale», *op. cit.*, p. 201.

⁹⁹ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, *op. cit.*, p. 192.

¹⁰⁰ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 94.

RIPOLLÉS— «el modo en que las sanciones que impliquen tratamiento en libertad sean diseñadas es de importancia decisiva para el sistema de sanciones y para el intento de disminuir el uso de las privativas de libertad»¹⁰¹.

De todos los códigos aquí analizados que prevén la imposición de condiciones, dejando la puerta abierta a otras distintas de las señaladas en el texto penal, solamente España, El Salvador y el PCP para Nicaragua imponen ciertos límites a tales posibilidades. En este sentido, mientras el C.P. español y el PCP nicaragüense exigen la previa conformidad del reo, y el hecho de que no atenten a su dignidad como persona (art. 83.5 y art. 90 respectivamente)¹⁰²; el salvadoreño, de su parte, y haciendo gala de una mayor amplitud, dedica al respecto todo un precepto, el 80, que literalmente dice: «El juez o tribunal no podrá imponer las condiciones cuyo cumplimiento sea vejatorio para el condenado o susceptible de ofender su dignidad o estima. Las reglas de conducta no podrán afectar el ámbito de privacidad del condenado, ni contrariar sus creencias religiosas, políticas o sus normas de conducta no directamente relacionadas con el hecho cometido». La claridad, en todo caso, y como se puede comprobar, deja mucho que desear. Si bien puestos a elegir, desde luego, nos quedaríamos con la formulación salvadoreña por hacer gala de una mayor concreción.

2. La tergiversación de las prioridades. La preferente función de control, con la consiguiente expansión de la red de control social (o efecto *net-widening*)

Al lado del patente confusionismo en los términos en que son descritas las diversas condiciones a imponer, es tónica también general en el Derecho comparado el que en la *praxis*, finalmente, se haga prevalecer la función de control sobre la de asistencia. Consecuencia: la conducción hacia una expansión de la red de control —o *net-widening*—. La población controlada aumenta porque la práctica revela como el servicio social asume alternativamente funciones de control y de asistencia, prevaleciendo sobre todo la primera. Luego es lógico que BRICOLA asegure que este mecanismo del estado asistencial no está, entonces, dirigido a eliminar la marginación, «sino sólo a controlarla mejor desde una perspectiva que es la misma definida para la cárcel por FOUCAULT»¹⁰³.

Si bien la condición general a imponer es la de no delinquir durante el plazo de suspensión, junto a ella, tal y como hemos visto, normalmente se prevé la posibilidad de añadir como condiciones específicas el cumplimiento de determinadas reglas de conducta. Esta es una novedad que pretende acercar el sistema mixto de suspensión condicional a otras instituciones similares europeas —cercanas a la *probation*—, que suponen un ma-

¹⁰¹ CEREZO MIR-DÍEZ RIPOLLÉS, «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas», *op. cit.*, p. 214.

¹⁰² Dos requisitos, a juicio de SERRANO PASCUAL, que, sin embargo, en modo alguno vienen a solucionar la irrespetuosidad de que esta norma hace gala respecto del principio de legalidad. *Vid.* SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 340.

¹⁰³ BRICOLA, F., «Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminal», *op. cit.*, p. 66.

por seguimiento y control del suspendido, lo que sin duda es un claro endurecimiento del sistema ¹⁰⁴. Una de las manifestaciones más claras de la concepción individualizadora, seguida por la mayoría de los códigos penales que aquí manejamos —salvo Guatemala y Honduras que no prevén ninguna condición diferente a la de no delinquir—, con todos los riesgos que esto implica de convertir a la suspensión en formas de control tan próximas como se pueda a la propia prisión, ampliando en todo caso el número de caminos posibles de llegada a la cárcel sin necesidad de que se produzca un nuevo delito ¹⁰⁵. Reglas para comenzar excesivamente gravosas, pues por lo general son exclusivamente de control e implican una afcción a derechos civiles que, lógicamente, recortan la libertad. Reglas sobre todo asegurativas, y que parecen atender más a criterios de prevención general que de prevención especial; base, sin embargo, sobre la que se conforma el beneficio ¹⁰⁶.

La prohibición de acudir a determinados lugares (art. 83.1.1.º España, art. 79.2 El Salvador y art. 104 Nicaragua —art. 90 PCP—), la prohibición de ausentarse sin autorización del lugar donde resida (art. 83.1.2º España y art. 90 PCP nicaragüense), y la sujeción a la vigilancia de las autoridades (art. 79 Panamá) son, aparte de meros instrumentos de control, inútiles tanto para modificar las condiciones sociales o personales, supuestamente generadoras de la criminalidad, como para controlar el cumplimiento de la suspensión. Su eficacia preventiva es, por todo ello, prácticamente nula.

La de rendir fianza o garantía prendaria o hipotecaria de observar buena conducta y de que cumplirá las prescripciones [...] (art. 104 Nicaragua), aparte de transgredir el principio de personalidad de la pena nos traslada nuevamente al problema de la insolvencia y del arresto sustitutorio.

La de adoptar en el plazo que la sentencia determine, oficio, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistir (art. 104 Nicaragua), no manifiesta si el trabajo se lo procurará el Estado o debe hacerlo el mismo y, en cualquiera de los dos casos, es una condición de especial difícil cumplimiento dada la grave crisis en que se encuentra el país.

La de comparecencia ante el Juez, Tribunal o servicio de la Administración a efectos de informar y justificar su actividad (art. 83.1.3.º España), es de lo más extraña ya que no se deja claro que es lo que debe justificar. Lo único que cabe entenderse, al respecto, es su necesaria puesta en relación con el cumplimiento de otras reglas impuestas, particularmente la participación en programas formativos. Pues, de otro modo —estamos de acuerdo con SERRANO PASCUAL—, podría significar una inadmisibile intromisión en la vida privada del condenado, vulnerando su derecho a la intimidad ¹⁰⁷. Algo similar ocurre con la regla del art. 90 del PCP para Nicaragua «[...] sujeción a la vigilancia a la autoridad [...]», con el problema añadido de que éste ni tan siquiera habla de programas formativos.

¹⁰⁴ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, op. cit., p. 113.

¹⁰⁵ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y «probation»», op. cit., p. 79.

¹⁰⁶ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, op. cit., p. 337.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 339.

Las de participar en programas formativos, laborales, culturales [...] (art. 83.1.4.º España), abstenerse del consumo de cualquier droga o abuso de bebidas alcohólicas (arts. 79.3 El Salvador), abstenerse de concurrir a expendios de bebidas alcohólicas y casas de juegos (art. 104 Nicaragua), comenzar o finalizar la escolaridad primaria, aprender profesión u oficio [...] (art. 79.1 El Salvador), si bien tienen, de entrada, una lógica en la asistencia al suspendido, esto se queda en letra muerta si, como sucede en los países que aquí tratamos, no se prevé ningún organismo semejante al *probation-officer* para ayudar a su cumplimiento. Son, en todo caso, las únicas reglas, por su propia naturaleza, capaces de acercar nuestros sistemas suspensivos a la *probation*.

Y, finalmente, las de cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación del condenado (art. 83.1.5.º España y art. 90 PCP Nicaragua), cualquier otra que fuese aconsejable conforme a las particulares circunstancias del caso (art. 79.4 El Salvador), y las condiciones que determine, de acuerdo con el informe que al respecto vierta el Instituto de Criminología (art. 61 Costa Rica), desde luego no ganan ningún premio a la concreción, sino que más bien son merecedoras del mayor reproche por su evidente vulneración al principio de legalidad ¹⁰⁸. Exacerbada discrecionalidad que por si fuera poco no acaba aquí, ya que también existe en cuando a las personas a que se les va a imponer y las condiciones que se le van a infligir ¹⁰⁹, puesto que aparte de en El Salvador y en Nicaragua, donde es una obligación, en los demás textos es una facultad de que disfruta el juez (art. 83.1 España, art. 61 Costa Rica, art. 90 PCP Nicaragua y art. 79 Panamá).

3. La práctica inexistencia de infraestructura. La escasez de inversiones

Sea como fuere, lo que se evidencia con todo lo anterior es la necesidad de una infraestructura de «servicios sociales» en estrecha relación tanto con el órgano judicial como con la propia comunidad social a través de los entes locales. Una perspectiva de descentralización de las tareas de resocialización que facilite una práctica del control más genuinamente asistencial y menos limitada a la vigilancia ¹¹⁰. Sin embargo, el problema, como ocurre casi siempre, más que de ideas o fines es de medios. El problema es la escasez de recursos con los que se cuenta para traer a la *praxis* esa infraestructura ideal que se concibe en la teoría. Es necesario, por tanto, comenzar por llevar a acabo las inversiones adecuadas, si aún continuamos queriendo recorrer el camino de la alternatividad a través, entre otras, de la figura de la suspensión.

¹⁰⁸ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y «probation»», op. cit., p. 80. De igual modo, SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, op. cit., p. 340.

¹⁰⁹ LARRAURI PUOÁN, E., «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal», op. cit., p. 54

¹¹⁰ BRICOLA; F., *Il carcere «riformato»*, Bologna, 1977, pp. 400 y ss.

C) LA SOMBRA DE LA PRISIÓN TRAS LA REVOCACIÓN

Finalmente, uno de los puntos más criticables, y al mismo tiempo más incoherentes desde cualquier perspectiva que de la suspensión como alternativa a la prisión se tenga, es, precisamente, el hecho de que su revocación se sancione con la cárcel. El incumplimiento de la conducta puede llevar al cese de la suspensión, y con ello el regreso a la prisión, y, lo que es peor, ya no sólo por la comisión de un nuevo delito sino también por el no cumplimiento de las obligaciones impuestas. Este es, sin lugar a dudas, el más severo reproche que cabe hacersele¹¹¹. Una evidente desproporción que se incrementa, aún más si cabe, si se tiene en cuenta que ninguno de los códigos penales aquí analizados prevé el abono del tiempo de suspensión cumplido. Algo que, definitivamente, en poco ayuda al objetivo último de reducir progresivamente el uso de la prisión, sino que, por el contrario, conlleva a la paradoja de imponer una pena detentiva breve al mismo sujeto que en pasos anteriores se estimó no debería, bajo ningún concepto, tomar contacto con el ambiente carcelario.

D) EL TAN SÓLO «SUPUESTO» TRATO PRIVILEGIADO A LOS DROGODEPENDIENTES DEL ART. 87 DEL C.P. ESPAÑOL

Para empezar, nos vemos obligados a hacer una llamada de atención sobre el porqué de este trato supuestamente «privilegiado»¹¹². Para muchos autores es difícil de entender porqué la dependencia de las sustancias señaladas en el art. 20.2 reciben un trato más favorable que cualquier otra adición o circunstancia personal o social, cuya incidencia en la producción del delito, o en las posibilidades resocializadoras, puede ser aún mayor, tales como los ludópatas, obsesos sexuales, etc.¹¹³. La explicación, en palabras de GONZÁLEZ ZORRILLA, parece estar en que «se trata de una manifestación más de los estereotipos asociados a las drogas y que oscilan, sin racionalidad alguna, entre la idea del enemigo a combatir y el enfermo a proteger con consecuencias nefastas para la protección de la salud pública y personal»¹¹⁴. SERRANO PASCUAL, por su parte, y en favor de esta distinción, pone el acento en la gran escala a que se mueve todo el problema de la droga¹¹⁵, con la

¹¹¹ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y «probation»», *op. cit.*, p. 83.

¹¹² Hay quienes, sin embargo, consideran que nos situamos ante el avance de una línea pietista poco acorde con las necesidades de la prevención general y la defensa social, y para los cuales, en consecuencia, la elevación de la pena a los tres años no tiene sentido, sobre todo en tiempos, como los actuales, en que la delincuencia con origen en la drogadicción es preocupante. *Vid.* en MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», *op. cit.*, pp. 295 y ss.

¹¹³ GONZÁLEZ CASSO, J., «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», *La Ley*, 1996, 4174, pp. 1-7.

¹¹⁴ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y «probation»», *op. cit.*, p. 85.

¹¹⁵ Una opinión avalada por las estadísticas, que manifiestan como principal causa del ingreso en prisión las drogas. Según los últimos datos de Instituciones Penitenciarias, en los centros españoles cerca del 30% de los internos cumplen condena por delitos contra la salud pública, y son muchos, también, los que lo hacen por atracar o robar a causa de su adicción a las drogas. Es más, el Plan Nacional de Drogas asegura que el 50% de la población penitenciaria tiene problemas de toxicomanías cuando llega a la cárcel. *Vid.* en *El País Digital*, n.º 1460, martes 2 de mayo de 2000.

correspondiente implicación masiva de personas, «algo que, por fortuna, no ocurre con los psicópatas y obsesos sexuales» —escribe al respecto—¹¹⁶. Es ésta, en cualquiera de los casos, una regulación que es difícil asegurar se trate, verdaderamente, de un trato privilegiado, debido a la existencia de una suspensión agravada que posibilita someterles a condiciones específicas. Lo cual, de acuerdo con LARRAURI, «no es necesario y sólo porta inconvenientes para quienes se ven castigados por delinquir y no por drogarse»¹¹⁷.

El art. 87, si bien suscribe una fórmula más amplia que la del antiguo 93 *bis*, sigue acogiendo graves restricciones en clara contraposición con la primera imagen de benevolencia que presenta. Mientras, de un lado, suspende penas de hasta 3 años —donde la reincidencia no es una causa automática de no concesión de la suspensión sino una circunstancia más a valorar por el juez (art. 87.2)—; de otro, sólo cabe aplicarse a personas que estén efectivamente deshabitadas, o que se hallen en tratamiento de deshabitación, y siempre que no sean reos habituales. Lo cual —estamos con VALMAÑA—¹¹⁸, ciertamente, limita bastante la aplicación de este artículo, dadas las características criminológicas presentadas por este tipo de delinquentes y la gravedad de las penas con las que, por lo general, se sancionan estas conductas¹¹⁹.

Es de lamentar, también, el que una de las condiciones para la remisión definitiva de la pena sea, aparte de la no de no delinquir, la de no abandonar el tratamiento de deshabitación. Un abandono que, en todo caso, creemos debe interpretarse como definitivo, dado que los abandonos ocasionales y las recaídas esporádicas son demasiado frecuentes en los tratamientos de deshabitación¹²⁰. Y todo ello porque, además, tal incumplimiento conlleva a la revocación de la suspensión y el consiguiente cumplimiento de la pena suspendida (art. 87.5). La duración de la medida se puede ver, además, prolongada hasta siete años, según el art. 87.5, cuando cumplido el plazo de suspensión sin haber cometido delito alguno no se ha acreditado la deshabitación, pudiéndose prolongar el tratamiento dos años más.

Cabe denunciar, de igual modo, la inexistencia de topes temporales —contraviniendo todas las reglas del sistema vicarial—, puesto que no se dice nada de descontar el tiempo transcurrido en tratamiento del tiempo a cumplir en prisión a causa de la revocación. Porque el tratamiento obligatorio impuesto al toxicómano —de acuerdo con GARCÍA ARÁN— se encuentra claramente sometido a las mismas garantías que otras medidas de seguridad. El sistema vicarial ha de respetarse, por lo que, si finalmente se revoca la suspensión y se obliga a cumplir la pena de prisión, debe antes descontarse el tiempo de sumisión a la me-

¹¹⁶ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 348.

¹¹⁷ LARRAURI PUJÓAN, E., «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal», *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁸ VALMAÑA OCHAÏTA, S., *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, *op. cit.*, pp. 97 y ss. De igual modo, SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 351.

¹¹⁹ Y sino remitámonos a los hechos: según los datos de los planes autonómicos, sólo 801 personas se beneficiaron de la medida a lo largo del año 1998.

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 105 y 106.

dida (art. 99), pues de lo contrario la medida resultaría más gravosa que la pena misma. Del mismo modo, no tiene sentido que una vez transcurrido el plazo de suspensión, alcanzando la duración de la pena, no se dé por remitida la pena suspendida ¹²¹. Lo lógico —siguiendo ahora a MOLINA BLÁZQUEZ— ¹²² es que el legislador hubiera escogido una de las dos soluciones. O bien se remite la pena aunque no esté deshabitado, o bien se amplía el plazo de suspensión a la espera de que se alcance tal propósito. Nosotros, desde un punto de vista proporcional, nos inclinamos, evidentemente, por la primera opción.

Porque el objetivo de la deshabitación no puede hacer gala de un carácter tan absoluto que condicione de forma evidentemente desproporcionada la función de la suspensión. Lo contrario sería castigar al sujeto de que se trate por razones ajenas, normalmente, a su voluntad, con la consiguiente instrumentalización del Derecho penal que esto supondría. Obligaría al sujeto a curarse, convirtiendo de este modo a la salud en una obligación y no en lo que en realidad es: un derecho reconocido constitucionalmente. Encarcelar a alguien que puede haber pasado hasta siete años rehabilitándose por no haberlo conseguido, estamos con GONZÁLEZ ZORRILLA, no sólo es absolutamente desproporcional «sino que constituye un sarcasmo cruel, si se atiende a que el fundamento de la suspensión se basa en que la estancia en prisión dificulta el proceso de deshabitación» ¹²³.

Todos estos, en resumidas cuentas, no son sino algunos de los problemas que plantea la suspensión condicional de la ejecución de la condena, tal y como ésta viene regulada en los códigos penales centroamericanos y su homólogo español. Problemas que, inevitablemente, alejan a la figura de toda pretensión de alternatividad a la prisión que con ella se busque. Porque si lo que realmente queremos es que la figura de la suspensión colabore de forma decisiva en la idea final de minimizar el uso de la cárcel, se deben dar en su configuración ciertos, e ineludibles, esquemas anteriores, en cuyo diseño y materialización práctica estamos todos, sin excepción, compelidos a colaborar. Una serie de pasos específicos que analizamos a continuación.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 114 y 115.

¹²² MOLINA BLÁZQUEZ, C., *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 72.

¹²³ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y «probation»», *op. cit.*, p. 89. Y así parece entenderlo también el TS español, pues en Sentencia de la Sala Segunda de 1 de mayo de 2000 instiga a la Audiencia de Sevilla a estudiar y facilitar la rehabilitación de un drogodependiente, en lugar de enviarle a prisión, y pese a que el sujeto cuenta con una condena de siete años y seis meses. Una Sentencia sin precedentes, que puede configurarse como «vía de escape» a la estrechez de márgenes legislativos con que se cuenta para la aplicación efectiva de la figura suspensiva.

IV. LAS POSIBLES SOLUCIONES POR PARTE DE TODOS LOS IMPLICADOS EN EL PROCESO

A) EL MOMENTO DEL LEGISLADOR. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

1. Conversión de la suspensión en una verdadera alternativa de la prisión. Un «lavado de cara» que le infunda la seriedad de que carece

Una reforma realista de un sistema sancionatorio, con miras a realizarse tanto en coherencia como en eficacia, no podría por menos de incidir drásticamente sobre la disciplina de la suspensión condicional, en aras a impedir sus actuales distorsiones. Si —como advierte MAQUEDA ABREU— ¹²⁴ el vaciamiento de controles y cargas deviene, por sí mismo, un factor determinante de inquietud y recelo por parte de las instancias oficiales (magistratura, fiscales, policía..) e informales (opinión pública...), que van a condicionar su práctica efectividad, es por ello que, cuanto menos, consideramos debe establecerse un régimen de condiciones preliminares al otorgamiento, y de carácter estricto, que atemperen los ánimos para no llegar al otorgamiento automático. Se debe, en consecuencia, enriquecer la regulación de la suspensión, transformándola de medida indulgencial en verdadera sanción, porque la previsión de una serie de exclusiones subjetivas, si bien reduciría su área de operatividad e introduciría una cierta rigidez en su aplicación, esto siempre sería preferible, de acuerdo con GRASSO, a un desmesurado poder discrecional que le robe seriedad ¹²⁵.

En este sentido, 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 confusionismo, 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 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 ¹²⁶. «El delito quedaría reducido a un síntoma de personalidad y la represión recaería sobre esa personalidad» —denuncia al respecto ZAFFARONI— ¹²⁷.

¹²⁴ MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la «suspensión del fallo»», *op. cit.*, p. 244.

¹²⁵ GRASSO, G., «La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata», *op. cit.*, pp. 1423 y ss.

¹²⁶ Porque la peligrosidad requiere una clasificación *ex ante* de las personas, en que las superiores puedan juzgar a las inferiores, pues este es el único modo de considerarlas «peligrosas». Esta implicación denigra a la persona, le resta su carácter de tal y reduce al hombre a un ente, entre los cuales se distinguen entes «peligrosos» y «no peligrosos». Una idea de peligrosidad, evidentemente, incompatible con los Derechos Humanos. *Vid.* en ZAFFARONI, R., (Coord.), *Sistemas penales y Derechos humanos en América Latina*, *op. cit.*, p. 74.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 73.

La agravación de la pena del segundo delito es, en todo caso, difícilmente explicable en términos racionales, y la estigmatización que sufre la persona perjudica su incorporación a la vida libre.

En este sentido, y siempre a nuestro juicio, el texto penal que más se acerca a la postura desde aquí recomendada, y que por ello aconsejamos seguir su ejemplo, es el salvadoreño (art. 77.1) —y en alguna medida el PCP nicaragüense, art. 87.1—, como ejemplos más cercanos a la perspectiva proporcionalista que aquí nos sirve de base ¹²⁸.

2. Ampliación de los márgenes legislativos

El comienzo, para hacer de esta figura una importante alternativa a la pena privativa de libertad, se encuentra, lógicamente, en 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 marginado ¹²⁹. En este sentido, los márgenes de actuación en que opera la suspensión, en los códigos penales que desde aquí trabajamos, pueden considerarse «dignos» salvo en lo que respecta al panameño y al español, pues descienden el límite de los tres a los 2 años de prisión.

Si bien para algunos autores ha sido un error del legislador español el haber ampliado a los dos años el plazo dentro del cual la suspensión es posible —por el consiguiente grave menoscabo de las exigencias de la prevención general y de la reafirmación del Ordenamiento jurídico en aras de la prevención especial, ya que no hace referencia a las penas previstas en el código penal sino a las penas concretamente impuestas por lo que es dable aplicarse a delitos graves— ¹³⁰, nosotros, de acuerdo con LARRAURI ¹³¹, lo estimamos corto. 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 absurda ¹³². Una llamada de atención igualmente trasladable a los demás textos penales, excepto al nicaragüense —suponiendo que la omisión en este, respecto a la

¹²⁸ Pues el C.P. salvadoreño fundamenta su decisión en favor de la suspensión en «lo innecesario e inconveniente de la pena de prisión y de cualquiera de las que la reemplaza [...]»; y el PCP nicaragüense lo hace en «[...] la poca utilidad de la pena». Ambos, sin embargo, requieren también la atención a las circunstancias personales del condenado, las del hecho y la duración de la pena.

¹²⁹ DOÑATE MARTÍN, A., «La suspensión con puesta a prueba y el trabajo social al servicio de la comunidad», *op. cit.*, p. 269.

¹³⁰ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción, op. cit.*, p. 32 y 33.

¹³¹ LARRAURI PUÑOÁN, E., «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal», *op. cit.*, p. 54.

¹³² SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Código penal español, op. cit.*, pp. 302 y 303.

clase de pena susceptible de suspensión, no sea tan sólo un olvido del legislador sino una puerta abierta a una utilización más importante de la figura suspensiva— ¹³³.

En todo caso, si lo que en verdad se quiere es acabar algún día con el uso de la cárcel como pena, deberá comenzarse por irla sustituyendo con otras medidas en los delitos en que en principio se castigan con ella, y no en aquellos otros que de entrada no se penan con prisión —una anotación aplicable a cualquiera que sea la vía alternativa que se utilice—. Por todo ello, la propuesta del PCP nicaragüense, con su límite en los 5 años (art. 87.1), no nos parece tan descabellada, al igual que extender la suspensión a otras penas principales distintas a las privativas de libertad (art. 103 C.P. Nicaragua y art. 90 de su Proyecto) ¹³⁴.

3. Eliminación de la reincidencia y la satisfacción de las responsabilidades civiles como requisitos objetivos

La reincidencia, en todo caso, no debe establecerse legalmente como obstáculo formal y automático para la suspensión, si bien puede haber —de acuerdo con PADOVANI— ¹³⁵ 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 clasificación de las personas —semejante a la que otrora llevarán a cabo las marcas físicas— que no es tolerable en aras al principio de igualdad ¹³⁶. Constituye, por tanto, y de acuerdo con SERRANO PASCUAL, un requisito que, del mismo modo en que no sirve a la tendencia individualizadora con la que se

¹³³ Algo igualmente trasladable al Proyecto que ahora se discute, pues en él, si bien no se produce tal omisión, si se revela una enorme confusión entre los arts. 87, 88 y 90.

¹³⁴ VALMAÑA OCHAÏTA, S., *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español, op. cit.*, p. 83; CEREZO MIR, J., *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código penal de 1992*, Universidad de Zaragoza, Lección inaugural, Curso 93-94, p. 34; NUÑEZ Y PAZ, M. A., «La aplicación de la probation en el derecho positivo. (Suspensión del fallo y suspensión condicional de la pena)», *RDPC*, n.º 5, 1995, p. 734.

¹³⁵ PADOVANI, T., «La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle «modifiche al sistema penale»», en *RIDPP*, 1983, pp. 1267 y ss. Del mismo modo, DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba, op. cit.*, p. 171.

¹³⁶ Estas referencias a anteriores delitos conducen a un «plus» de punición, que, sin duda, tiene por causa un delito anterior ya juzgado, y porque, inevitablemente, aunque en diferente medida, las citadas referencias llevan a una clasificación de los hombres en «disciplinados» e «indisciplinados», que varía en su duración, pero que en cualquier caso se entiende por un término considerablemente superior al de la pena y que importa una estigmatización legal. *Vid.* en ZAFFARONI, R., (Coord.), *Sistemas penales y Derechos humanos en América Latina, op. cit.*, pp. 71 y ss.

configura la institución, en nada ayuda a potenciar un uso proporcionalista, de mínima intervención, de los sustitutivos penales¹³⁷.

El C.P. salvadoreño es, en este sentido y nuevamente, un ejemplo claro de lo que es una orientación político criminal moderna digna de ser seguida, y ya no sólo por los códigos penales de los países centroamericanos sino también por la mayoría de los códigos penales restantes, entre ellos el español, puesto que no exige como requisito el que la persona, sobre quien se discute la oportuna suspensión de la pena, no sea reincidente. De cualquier forma, en caso de que se crea conveniente mantener el requisito, convendría especificar que el delito sea doloso y no culposo para que se pueda hablar de reincidencia.

Respecto al requisito de la satisfacción previa de las responsabilidades civiles, tal y como denuncia GONZÁLEZ ZORRILLA¹³⁸, 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 entamadas 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—¹³⁹, 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 aquéllos que no lo son.

Nos parece acertada, por ello, la posición seguida por el C.P. costarricense (art. 78), dónde la satisfacción de dichas responsabilidades no es más que uno de tantos aspectos a tener en cuenta a la hora de decidir sobre la suspensión, y sin que, por tanto, sea vinculante (art. 60 C.P. Costa Rica); y más aún la adoptada por los códigos guatemalteco y hondureño (arts. 72 y 70, respectivamente) donde tal factor «simplemente» no se tiene en cuenta a ningún efecto.

4. Previsión taxativa de las posibles condiciones a imponer. Asistencia *versus* control

La suspensión condicional de la pena, en estos últimos tiempos, y tal y como hemos adelantado, sólo juega un papel de ampliación del control de los ciudadanos por parte del Estado. El temido efecto *net-widening*, o expansión de la red de control, que tanto desencanto produjo a los soñadores de la alternativa hace un par de décadas. Para evitarlo habría que jugar, de acuerdo con DOÑATE, en dos planos¹⁴⁰: uno *estructural* —o preemi-

nencia absoluta de las medidas de ayuda sobre las de control— y uno *externo* —con el establecimiento de mecanismos, de fácil acceso al justiciable, y que permitan el control judicial de las personas o instituciones encargados de los servicios de ayuda.

La primera palabra al respecto, y como no podía ser de otra manera, está en la pluma del legislador. Éste, en base al principio de legalidad, y buscando evitar toda dosis posible de inseguridad jurídica —sin por otro lado restarle discrecionalidad al Juez—, deberá establecer de forma separada los supuestos en que no procede la interposición de condición alguna; los que su imposición es facultativa para el tribunal; y los que necesariamente requieren alguna. Deberá fijar taxativamente las condiciones que hayan de operar en cuanto tales, así como las que, teniendo prioritariamente un carácter asistencial, pueden ser impuestas en su caso como condiciones específicas, quedando abiertas las modalidades de asistencia y ayuda a ofrecer a los sujetos¹⁴¹.

No se trata, en todo caso, de prever una lista interminable de posibles condiciones, sino —de acuerdo con RICO—¹⁴² de otorgar la posibilidad de encontrar la más adecuada a cada caso en particular y poderla aplicar efectivamente. LUZÓN, incluso, va más allá y opta por la no previsión de tareas ni reglas de conducta, que, a su juicio, lo único que pueden hacer, además de complicar la puesta en marcha de muchas de las alternativas por la falta de infraestructura y la indeterminación con que vienen previstas, es suponer en ocasiones una carga más gravosa para el sujeto que el cumplimiento de la propia pena. «Es una carga innecesaria y hasta contraproducente en todos los casos en los que hay un pronóstico favorable para el sujeto»¹⁴³ —sentencia, con rotundidad, este autor—. De igual modo, PAGLIARO¹⁴⁴, y en una línea muy similar, considera que para restituirle a la figura su originaria connotación de respuesta jurídica, no se le debería unir ningún tipo de tratamiento particular, o prescripciones cualesquiera, distinto a la obligación de no cometer posteriores delitos.

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, y de acuerdo con las características del caso concreto¹⁴⁵. En tal línea, 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 reinsertación social del puesto a prueba. Reinsertación, por otro lado —escribe BRICOLA—, «volcada sobre la lógica de un estado asistencial, y no como simple reutilización del su-

¹³⁷ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, op. cit., pp. 317 y 318.

¹³⁸ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y «probation»», op. cit., p. 75.

¹³⁹ LLORCA ORTEGA, J., «Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad», op. cit., p. 237.

¹⁴⁰ DOÑATE MARTÍN, A., «La suspensión con puesta a prueba y el trabajo social al servicio de la comunidad», op. cit., p. 272.

¹⁴¹ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 190.

¹⁴² RICO, J. M., «Medidas sustitutivas de la pena de prisión», *Anuario del Instituto de Ciencias penales y criminológicas*, Venezuela, 1968, p. 152.

¹⁴³ LUZÓN PEÑA, D.-M., «La aplicación y sustitución de la pena en el futuro Código penal», op. cit., p. 418.

¹⁴⁴ PAGLIARO, A., «Le sanzioni sostitutive», op. cit., p. 1030.

¹⁴⁵ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 188.

jeto en el ámbito productivo, sino como real y cierta reincorporación del mismo al texto social con todo lo que ello puede implicar»¹⁴⁶.

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 o deshabituación, 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 cuando éste sea necesario, pero —y así nos lo recuerdan DE SOLÁ, 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»¹⁴⁷.

El requisito de no volver a ser condenado en sentencia firme por hechos cometidos durante el plazo de suspensión, se debería interpretar, en todo caso, aparte de que la condena sea siempre por un delito y no por una falta, que no baste la mera imputación o el procesamiento de un nuevo delito, si es que se quiere ser respetuoso con el principio de presunción de inocencia¹⁴⁸. De igual modo, es incoherente, por no decir absurda, la inclusión de los delitos imprudentes, si se hace una interpretación amplia del término «no delinca» en vez de la teológica restrictiva que desde aquí recomendamos.

La claridad en nuestros textos penales, respecto del tema de las posibles condiciones a imponer, como hemos visto también brilla por su ausencia. Ni tan siquiera nuestro código a seguir por excelencia, esto es el salvadoreño, prescinde de una cláusula abierta a la arbitrariedad, aparte de no posibilitar sino exigir la imposición de condiciones. La fórmula ideal se acercaría en esta ocasión más a la línea seguida por Costa Rica, PCP Nicaragua o España, pues sus textos en vez de obligar *posibilitan* la imposición, si bien «olvidan» enumerar taxativamente las posibles condiciones a imponer, pues el primero no lo hace y los otros dos hacen gala de grandes carencias. O mejor aún la de Guatemala y Honduras, que simplemente hace una advertencia sobre la naturaleza del beneficio, para evitar todo tipo de consideración indulgencial del mismo, y sin prever ningún tipo de condición diferente a la de no delinquir. De cualquier forma, lo que no sobraría, en ninguno de los casos, es una referencia como la que hace el código penal salvadoreño, respecto de que la suspensión sólo se aplicará «en defecto de las formas sustitutivas». A raíz de lo cual no sorprendería la no imposición de condición alguna, porque, al fin y al cabo, se ha llegado a la decisión de suspensión «por lo inconveniente e innecesario tanto de la pena de prisión como de cualquiera de las que la reemplace» (art. 77 C.P.).

¹⁴⁶ BRICOLA, F., «Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminal», *op. cit.*, pp. 67 y 68.

¹⁴⁷ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁴⁸ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y «probation»», *op. cit.*, p. 79.

5. La previsión de otras medidas alternativas en caso de revocación

El acudir nuevamente a la prisión en caso de revocación de la suspensión —sobre todo cuando ésta es debida al incumplimiento de las condiciones impuestas— es absolutamente desproporcionado, y más aún cuando, como hemos visto, no se parte del abono del tiempo efectivamente cumplido en suspensión¹⁴⁹. En este sentido, la revocación es a la suspensión condicional como el arresto sustitutorio es a la pena de multa, pero con la diferencia de que en el primer caso se trata de un elemento irremplazable, porque la pena suspendida no es, en esencia, una alternativa a la pena privativa de libertad sino una renuncia a ella. Resulta, en todo caso, 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 como hemos visto, 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 del Código penal español en el que, como veíamos, se prevé la posibilidad de encarcelar a un drogodependiente por abandonar el tratamiento de deshabituación.

Entre la suspensión y la cárcel hay 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 PAGLIARO—¹⁵⁰.

Cuando se incumplan las condiciones impuestas con la suspensión cabría acudir a posibilidades tales como el aumento del plazo de prueba, el trabajo en beneficio de la comunidad, etc. 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 gravosidad superior a la necesaria para la obtención de su objetivo¹⁵¹. 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 estrictas¹⁵². Porque —secundando en esta ocasión a DOÑATE—¹⁵³ 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.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 83.

¹⁵⁰ PAGLIARO, A., «La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi», *op. cit.*, p. 1201.

¹⁵¹ CEREZO MIR-DÍEZ RIPOLLÉS, «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas», *op. cit.*, p. 209.

¹⁵² DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 192.

¹⁵³ DOÑATE MARTÍN, A., «La suspensión con puesta a prueba y el trabajo social al servicio de la comunidad», *op. cit.*, p. 269.

De nuevo, por todo ello, predicamos el ejemplo salvadoreño, dado que éste es el único que, tanto por la comisión de un nuevo delito como por el incumplimiento de las condiciones impuestas, posibilita la adopción de pasos anteriores al de revocar el beneficio (art. 81). Pasos tales como la modificación de las reglas de conducta impuestas o la prórroga del período de prueba —limitada a 5 años—. El C.P. español del mismo modo prevé tales medidas, pero únicamente en el caso de incumplimiento de las conductas (art. 84.2) —así el PCP nicaragüense, si bien éste no prevé la modificación de las reglas de conducta (art. 91.2)—. Soluciones intermedias, estas dos últimas, que entre las malas no son, desde luego, las peores.

B) LA PARTE DEL JUEZ. CAMBIOS EN LA FORMA DE JUZGAR

1. Necesidad de un otorgamiento reflexivo de la figura. El fin del automatismo

Estrechamente relacionado con ese «lavado de cara» legislativo de la suspensión, y al que antes hacíamos referencia, nos encontramos con la necesidad de evitar el automatismo en lo que a su otorgamiento judicial se refiere. «La suspensión condicional de la pena es una alternativa a la pena privativa de libertad; es peligroso concebirla como un acto de gracia» —nos dice claramente HASSEMER—¹⁵⁴. El tribunal debe, en base a ello, imponer esta pena en el convencimiento de que es la más adecuada y conveniente atendidas las circunstancias. Debe partir de la consideración de que la aplicación de la pena de prisión no es necesaria y que, por el contrario, basta con la advertencia que supone la suspensión condicional¹⁵⁵.

Porque, en definitiva, a la suspensión condicional sólo se le pueden devolver sus funciones preventivo generales y especiales si se le convierte de medida clemencial en pena alternativa. O lo que es lo mismo, si, de un lado, se refuerza su aspecto de pena a través de la imposiciones de cargas satisfactorias y de prescripciones precisas; y, del otro, su aspecto asistencial y resocializador respecto a los sujetos necesitados de asistencia social¹⁵⁶. Porque, en pocas palabras, la pena —nos recuerdan MÓNACO y PALIERO—¹⁵⁷ tampoco en su fase ejecutiva puede ser mutilada por un fetichístico privilegio de la prevención especial, de sus otras componentes teológicas (proporción y prevención general), quienes asumiendo funciones de límite acabarán con los flujos de clemencialismo irresponsable.

¹⁵⁴ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 374.

¹⁵⁵ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 163.

¹⁵⁶ MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, op. cit., p. 489.

¹⁵⁷ MÓNACO-PALIERO, «Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema *commisurativo*», *RIDPP*, 1994, p. 456.

2. Anteposición de las funciones asistenciales sobre las de puro control

El juez penalista, de una parte, tiene que cumplir una función de control, y, de otra, una función individual de ayuda. En su decisión debe combinar ambas, puesto que, mientras en su dimensión asistencial esta institución debe conceder al reo la posibilidad de dominar o de comprender los problemas personales y sociales ligados a su desviación, en su función de control del servicio de *probation*, tradicionalmente entregado al tribunal y a la Administración, tiene la tarea de supervisar la integración social y personal del sujeto en la comunidad —resumen DOLCINI y PALIERO—¹⁵⁸. La preferencia, en cualquier caso, debe inclinarse por el lado de aquellas condiciones que sirven básicamente de ayuda y en detrimento de aquellas otras que comporten formas de vigilancia burocratizadas, tanto por la escasa confianza en ellas depositadas como por su posible efecto contrario a la resocialización, «al ser experimentadas por el sujeto sólo como manifestación afflictiva, provocando en consecuencia, actitudes de resistencia» —nos dicen DE SOLÁ, GARCÍA ARÁN y HORMAZÁBAL—¹⁵⁹.

Necesario control, sea como fuere, del órgano encargado de la ejecución material del beneficio, a efectos de que se respeten los derechos legalmente reconocidos a todos los sometidos a cualquier clase de control. Un control del que normalmente se encarga un órgano de la Administración de justicia, puesto que el que ejecuta el beneficio generalmente es uno administrativo. Control, en definitiva, por un Juez que en la mayoría de los casos no tiene otra función principal que aquélla. En Francia es el Juez de Aplicación de Penas, en Italia el Magistrado de Vigilancia (con una Sección de Vigilancia en el Tribunal de Apelación), en Alemania el Juez de Ejecución de penas, en Inglaterra las Asociaciones de la Libertad a prueba y, finalmente, en España el Juez de Vigilancia Penitenciaria¹⁶⁰. En Centroamérica, sin embargo, el juez encargado de la supervisión es el mismo que en su momento sentenció en primera instancia, salvo en Guatemala¹⁶¹ y Costa Rica —donde existe un juez de ejecución penal autónomo, muy limitado, sin embargo, en su jurisdicción, alcance y operatividad—¹⁶². En todo caso, y sea cual sea el país y la figura que se adopte para ejercer las funciones de control, se hace preciso —como nos advierte DOÑATE— «que la ley delimite perfectamente las funciones tanto de los Jueces como de

¹⁵⁸ DOLCINI PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, op. cit., p. 161.

¹⁵⁹ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 184.

¹⁶⁰ Tales figuras se estudian, con rigor y profundidad, en la obra DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., pp. 197 y ss. También es de interés, en lo que al desarrollo funcional de la *probation* en Inglaterra se refiere, la obra de KENT, J., *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, op. cit., pp. 57 y ss.

¹⁶¹ Figura recogida en su código procesal penal (decreto n.º 51-92) como encargado de aplicar la política penitenciaria. Vid. DE LEÓN VELASCO-DE LA MATA VELA, *Derecho penal guatemalteco*, op. cit., p. 9.

¹⁶² Pues la única normatividad que al respecto existe, se limita al art. 55 del C.P. y a diversos pronunciamientos de la Procuraduría y sentencias de la Sala Cuarta. Una base demasiado débil para sostener con firmeza algo tan importante para un país como es el cumplimiento de las penas. Vid. en ISSA-ARIAS, *Derechos humanos en el sistema penal*, op. cit., p. 119.

los Servicios asistenciales de modo que sean complementarias y no entren en conflicto»¹⁶³.

De igual manera se debe evitar, en la medida de lo posible, que la prueba se configure de una manera uniforme y rígida, condicionando todo su desarrollo a la decisión adoptada en un principio. La flexibilidad en la ejecución de la suspensión es absolutamente necesaria porque, como nos advierten de nuevo DE SOLÁ, GARCÍA ARÁN y HORMAZÁBAL, «no cabe desconocer que una prolongación excesiva del período de prueba o del sometimiento a condiciones que suponen un control más intenso puede determinar un mayor riesgo de fracaso»¹⁶⁴. Debemos, por tanto, y porque así nos ha enseñado la experiencia, huir de falsos paternalismos que finalmente deriven en intromisiones en la vida privada del condenado. Si bien la suspensión, de eso no cabe duda, siempre significa un incremento del control, éste debe ser siempre racionalizado —por el evidente peligro de aumento de control social que conlleva—. Porque, tal y como ha ocurrido en demasiadas ocasiones, el incremento de control que siempre supone una pena sustitutiva o una suspensiva, de ser un simple complemento de la prestación de asistencia puede convertirse en una inaceptable intromisión en la esfera privada personal y familiar¹⁶⁵. Y eso es algo frontalmente opuesto a toda pretensión de alternatividad que se precie.

C) LA LABOR DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE LA SOCIEDAD. INFRAESTRUCTURA MATERIAL Y HUMANA

Desde una perspectiva proporcionalista, arropada por consideraciones asistenciales propias del modelo rehabilitador como de la que aquí se parte, se hace necesaria, en consecuencia, la inclusión de medidas complementarias que, por un lado, permitan superar los problemas personales situados normalmente en la base del delito; y, por el otro, reflejen el creciente interés de la sociedad en restringir el recurso a la prisión como concreción práctica del principio de resocialización¹⁶⁶.

Porque si lo que se pretende con la suspensión, como alternativa a la cárcel, es que se reduzca de forma notable el uso de ésta, y, sin embargo, resulta evidente que un número elevado de personas no son beneficiadas con ella precisamente por estimarse que éstos por sus propias fuerzas difícilmente son capaces de apartarse de la vía delictiva, hemos llegado a un enclave esencial: el de la ineludible previsión de ayuda al condenado en el cumplimiento de las condiciones impuestas. Al respecto, es obligada la existencia de un

¹⁶³ DOÑATE MARTÍN, A., «La suspensión con puesta a prueba y el trabajo social al servicio de la comunidad», *op. cit.*, p. 271.

¹⁶⁴ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 192.

¹⁶⁵ DOÑATE MARTÍN, A., «La suspensión con puesta a prueba y el trabajo social al servicio de la comunidad», *op. cit.*, p. 268.

¹⁶⁶ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 177.

funcionario encargado de ayudarlo durante ese período de prueba, y cuando así es aconsejable para apartarlo de la comisión de futuros delitos. De un órgano similar al *Probation-Officer*, encargado del seguimiento de los sujetos con condenas suspendidas, dado que los tribunales no pueden desempeñar esa función¹⁶⁷.

Ese funcionario —de acuerdo con ROXIN—¹⁶⁸ debe asistirlo ayudándolo y aconsejándolo y, en continuo contacto con el Tribunal, controlará el cumplimiento de las condiciones que se le han impuesto. Todo ello si en realidad se quiere llegar con éxito a la resocialización, lo cual está claro no se conseguiría si el recluso es liberado sin asistencia alguna «y sólo con sus propias fuerzas debe arrostrar las dificultades de la reinserción social» —recalca este ilustre profesor de la Universidad de Munich—¹⁶⁹. Un órgano que, de momento, no existe ni en nuestro país ni en ninguno de los que conforman Centroamérica, por lo que su creación es urgente y necesaria si —como asevera MOLINA BLÁZQUEZ—¹⁷⁰ no queremos que el contenido de sus correspondientes normas suspensivas queden en letra muerta.

Así entendido, el proceso de resocialización debe ser democráticamente gestionado, y no desde el centro sino desde la comunidad y los entes locales, quienes, desde el papel de interesados en la reeducación, deberían poder intervenir ya en el proceso penal, o por lo menos en aquella fase o momento en que se concernirá la valoración y elección del tratamiento más adecuado. El servicio social concebido de esta manera, como gestión directa del proceso reeducativo de parte de la comunidad local, estimularía la participación del sujeto concreto en la sociedad y no su extracción de la misma —asegura BRICOLA—¹⁷¹.

Cierto es que la materialización de una infraestructura de semejante calibre necesita de una fuerte desembolso económico, pero, si se llega a la conclusión de que esta institución está en clara alineación al objetivo de resolver conflictos sociales del modo más humano y eficaz, habría que instar de los poderes públicos su implantación, dotación y aplicación, y por mucho que tenga que hacerse una inversión mayor. Si, finalmente, todo esto tampoco convence y sale a relucir la escasez de presupuesto público, y demás cuestiones económicas, lo mejor es acudir a los datos, y al respecto DÜNKEL nos aclara que, desde la óptica de los costes, el mayor gasto en personal que supone esta figura se compensa mediante una mayor eficiencia de cara a evitar la revocación, o bien a ahorrar los costes de la prisión¹⁷² —sin olvidar, por supuesto, que una correcta planificación de las infraes-

¹⁶⁷ Una opinión compartida en nuestro país por el CGPJ según un reciente informe. *Vid.* en *El País*, lunes 3 de mayo de 1999, p. 32.

¹⁶⁸ ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 82.

¹⁷⁰ MOLINA BLÁZQUEZ, C., *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 66.

¹⁷¹ BRICOLA, F., «Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminal», *op. cit.*, pp. 67 y 68.

¹⁷² DÜNKEL, F., «Alternativas a la pena privativa de libertad. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparadas otras sanciones», *op. cit.*, pp. 67 y ss. De igual opinión, DOÑATE MARTÍN, A., «La "probation" como alternativa a la pena privativa de libertad», *PJ*, n.º 10, marzo-1984, p. 75; RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, *op. cit.*, p. 111.

estructuras ya existentes induciría a un mejor aprovechamiento de las mismas—¹⁷³. Ésta es una cuestión, en todo caso, que, por ser común a todas las alternativas, tratamos más adelante en mayor profundidad y allí nos remitimos¹⁷⁴.

La escasez de recursos tanto económicos como técnicos y humanos no es, de cualquier forma, disculpa suficiente para seguir evitando el que la suspensión se erija como eficaz sustituto de las penas privativas de libertad¹⁷⁵. Al respecto, hay que tener el valor de trabajar con voluntarios¹⁷⁶, y como ejemplo de lo que así se puede conseguir válganos el que KENT nos describe como «Programa Themis»¹⁷⁷, y que con razón califica de «modelo ajustado de lo que se puede lograrse aunando esfuerzos cuando los recursos propios del Estado no son bastantes para complacer necesidades tan trascendentes»¹⁷⁸. Porque la suspensión es, no podemos olvidarlo —y por todos RUIZ VADILLO—¹⁷⁹, una de las medidas más efectivas para conseguir la verdadera resocialización del delincuente, y de la propia víctima, y que por ello estamos compelidos a potenciar sea como fuere. Una vía hacia la alternatidad que, sin embargo y como vimos, no es única, sino que se ve acompañada por otra igual o más importante: la de la sustitución. Un sendero éste con grandes posibilidades de llegar también al final del camino: a la reducción tanto progresiva como real del uso de la prisión.

¹⁷³ DOÑATE MARTÍN, A., «La suspensión con puesta a prueba y el trabajo social al servicio de la comunidad», *op. cit.*, p. 273.

¹⁷⁴ *Vid. infra*, Capítulo VII, apartado II.C (C-2) y Apartado III.

¹⁷⁵ KENT, J., *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los sustitutos de la prisión*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁷⁷ Llevado a cabo en el Estado de Paraná, y con las oportunas colaboraciones entre la Coordinación del Sistema penitenciario y los Patronatos de liberados e instrumentado fundamentalmente por la Fundación de la Universidad Estadual de Londrina. Se trata de un núcleo de trabajo ejecutado básicamente por estudiantes universitarios, bajo la supervisión general de un promotor de justicia, de un coordinador local y de un profesor universitario, y cuyo cometido se realiza por estudiantes universitarios de los últimos años que, constreñidos por exigencias propias de sus respectivas carreras, satisfacen la faz práctica de los planes vigentes por medio del control y de la asistencia del liberado, preparando y elevando los informes ambientales y demás instrumentos a sus superiores docentes para alcanzar la aprobación. Simultáneamente con estas actividades, se concretan reuniones semanales de grupo, charlas informativas a nivel familiar e individual, y visitas domiciliarias periódicas, para estudiar y diagnosticar el tratamiento adecuado para cada caso en particular. Los estudiantes comprometidos con este programa de rehabilitación penal provienen, principalmente, de las áreas de derecho, servicio social, psicología, educación física, pedagogía, administración, orientación educacional y medicina, sin perjuicio de la participación de alumnos de otras disciplinas luego de recibir un oportuno entrenamiento. *Vid. en KENT, J., Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 69.

¹⁷⁹ RUIZ VADILLO, E., «¿Hacia dónde camina, hoy, el Derecho penal?», *PDEF*, n.º 8, marzo-1997, pp. 19 y 20.

CAPÍTULO VI

LA VÍA DE LA SUSTITUCIÓN

I. DELINEAMIENTOS GENERALES. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS

No debemos, de ninguna forma, y antes de comenzar a profundizar en el estudio de esta figura, confundir las penas sustitutivas con las penas alternativas. Mientras que las últimas en realidad son penas originarias —y por ello el Juez debe imponerlas desde el primer momento y de forma directa—, en el caso de las penas sustitutivas el Juez deberá imponer necesariamente la pena originaria establecida, y sólo en un segundo momento podrá adoptar o no la decisión de aplicar la pena sustitutiva en su lugar, con arreglo a los módulos de conversión legalmente establecidos¹. Las penas sustitutivas no son independientes de la pena de prisión, porque, si bien la sustituyen, la sombra de ésta permanece detrás de una posible revocación; luego, simplemente ocupan su puesto. Cosa muy distinta es abogar, como desde aquí se hace —y tal y como concluiremos en su momento—², por la conversión de las penas sustitutivas en penas principales, que de este modo pierden su carácter sustitutivo convirtiéndose en «verdaderas alternativas». En auténticas penas que al ser no privativas de libertad, y estar oportunamente respaldadas por una política legislativa y judicial adecuada, reducirían indefectiblemente el uso de la cárcel, objetivo último de este trabajo.

El fundamento de su previsión está, en todo caso, y al igual que sucediese con la suspensión, en la evitación de los efectos perniciosos inherentes a la cárcel. Al igual que en aquélla —en su versión franco-belga se entiende—, el Juez también se pronuncia sobre la culpabilidad del sujeto e impone y fija la pena que corresponda. La ejecución de ésta, sin embargo, y a diferencia de lo que ocurría con la suspensión, se lleva a cabo, si bien materializada en otra pena distinta a la impuesta en la sentencia. Una sanción diferente, pero sanción en cualquier caso, y que por ello debe tender a realizar los principios constitucionales. Debe respetar, en consecuencia, y de acuerdo con SERRANO PASCUAL³, los

¹ GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, *op. cit.*, p. 81.

² *Vid. infra*, Capítulo VII, apartado II.A (A-3)

³ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

mismos límites y garantías que la pena de prisión, y por extensión los límites del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho. O lo que es lo mismo, los límites que responden a un Derecho penal mínimo y garantista⁴.

El que la concreta pena adoptada como sustituta se manifieste como idónea o no para alcanzar el objetivo último de reducción progresiva del uso de la pena privativa de libertad, que es lo que aquí se está valorando, ese es un tema distinto. Un tema que tratamos a continuación, y de forma específica en cada una de las figuras que, bajo el esquema de la sustitución se vienen utilizando a nivel internacional. Pasemos, pues, a su análisis.

II. LAS DOS GRANDES POSIBILIDADES SUSTITUTIVAS

Dentro del elenco de medidas sustitutivas a la prisión, que por regla general se encuentra recogido en la mayor parte de las legislaciones, caben separarse dos grandes grupos, o familias, de penas sustitutivas, y cuyo criterio diferenciador, ciertamente importante, se centra en el hecho de que también priven de la libertad o por el contrario no lo hagan. O lo que es lo mismo, mientras las primeras mantienen inalterado el valor aflictivo propio de la pena de prisión —si bien operando con una cierta atenuación en las consecuencias de la medida—; las otras, de su parte, sustituyen la pena detentiva por otra de una clase distinta⁵. Analicemos cada una de ellas.

A) LA SUSTITUCIÓN POR OTRA MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD. CLASES

Este grupo de medidas —difícilmente catalogables, por su propia esencia, como sustitutivos y mucho menos como alternativas— se siguen basando en la pena de prisión, pero con un carácter diferenciador: el de suponer vías distintas dirigidas a limitar la permanencia de los condenados en los establecimientos carcelarios. Es decir, son medidas que sin perder su carácter sancionatorio y aflictivo aparecen como «sustitutivos» de la prisión convencional, y que en principio no están basadas en la exigencias de condiciones especiales al sujeto fuera de la privación de libertad en sí misma⁶. Las modalidades más importantes usadas a nivel comparado son esencialmente dos: el *arresto de fin de semana* y el *arresto domiciliario*⁷.

⁴ Vid. *supra*, Capítulo II, apartado IV.C.

⁵ MENCARELLI, F., «Sanzioni sostitutive», *Enc. Giur.*, XXVIII, pp. 1 y 2.

⁶ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 16.

⁷ Como fórmula intermedia cabría hablar, entre otras, de la *semi-detención*, recogida en el Código penal italiano, y consistente en permanecer al menos diez horas diarias en una institución penitenciaria próxima al lugar de residencia del condenado, teniendo en cuenta las condiciones de trabajo o estudio, y acompañándose de unas medidas complementarias de control —como pudiera ser la retirada del pasaporte—; el *arresto nocturno*; la *prisión abierta*; etc.

1. El arresto de fin de semana

a) ¿Alternativa o sólo prisión atenuada?

Tal y como se definió en su momento⁸, 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—⁹, porque de entrada el arresto de fin de semana es una pena corta privativa de libertad. Tampoco, y de 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 inherentes¹⁰.

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—¹¹. 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»¹². La posibilidad de configurar una pena como verdadera alternativa a la prisión depende, fundamentalmente, de

⁸ Vid. *supra*, Capítulo III, apartado III.A (A-3).

⁹ Así lo afirman, entre otros muchos, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Los medios sustitutivos de las penas cortas de prisión (Proyecto de Ley Orgánica del C.P. español)», *PJ*, n.º 7, 1983, pp. 66 y ss.; DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Sustitutivos penales: multa y arresto fin de semana. Últimas propuestas», *RJCM*, n.º 19, 1994, p. 259; VALMAÑA OCHAÏTA, S., *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 143.

¹⁰ De este modo lo califican DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992», *op. cit.*, p. 324; SAINZ CANTERO, J. A., «Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente», *REPen*, n.º 191, 1970, p. 1063; MIR PUIG, S., «Alternativas a la prisión en el borrador de Anteproyecto de Código 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», *op. cit.*, p. 156; DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, *op. cit.*, p. 174.

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

¹² CEREZO MIR, J., «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo código penal de 1995», *op. cit.*, p. 3.

que sea una sanción distinta a la prisión, y ello empieza, lógicamente, por el hecho de que su lugar de cumplimiento no sea la cárcel¹³. 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 cuyo origen también nos lleva a esta conclusión. Y es que el arresto fin de semana aparece en el sistema penal a través de la legislación penitenciaria, como una forma más atenuada de llevar a cabo su ejecución. Es decir, como un modo de hacerla más humana y menos desocializadora; un mecanismo parecido a otros beneficios penitenciarios, como pueda ser la libertad condicional, pero no como un modo de sustituirla.

Siendo así, mientras sea concebida como una pena autónoma —principal o sustituta—, y desde una óptica proporcionalista, cabría reservarla —de acuerdo con VARONA—¹⁴ 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 desear¹⁵. Sería precisa, de cualquier forma, 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 contraproducente¹⁶. 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, VARONA—¹⁷.

¹³ VARONA GÓMEZ, D., «El arresto de fin de semana: ¿Alternativa a la prisión o prisión atenuada?», *op. cit.*, p. 159.

¹⁴ *Ibidem*, p. 168.

¹⁵ 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 trabajo 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.

¹⁶ Esta medida «sustitutiva» —tal y como describe MAIA-NETO— puede hacer transformar al condenado en una especie de «paloma mensajera» en los fines de semana, llevando recados a los grupos mafiosos al interior del presidio, sirviendo de agente pasivo en las relaciones sexuales forzadas, introduciendo sustancias tóxicas prohibidas, etc.; y, sin embargo, lo peor de todo no es esto sino el hecho de que se lleve a cabo durante los fines de semana, que es cuando el condenado tiene tiempo de convivir con su familia. *Vid.* en MAIA-NETO, C. F., «Las alternativas a la abolición de la pena privativa de libertad», *op. cit.*, p. 40.

¹⁷ 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,

b) Su incipiente acogida en los códigos penales español y salvadoreño

Como ya adelantábamos en algún otro momento, el arresto de fin de semana es una pena que disfruta de poca «fama» en los códigos penales objeto de estudio. Solamente los textos penales español y salvadoreño recogen esta sanción, y tanto como pena principal (art. 33 España y art. 45 El Salvador) que como posible sustituta de la pena de prisión (art. 88.1 España, art. 74 El Salvador). La influencia española en el texto salvadoreño, por tanto, y nuevamente, se hace notar, y en esta ocasión de forma especialmente visible.

En todo caso, cuando el arresto de fin de semana actúa como sustituta —faceta que aquí nos interesa— lo hace para reemplazar las penas de prisión inferiores a un año —y excepcionalmente a dos—¹⁸ en España, y hasta de tres años en El Salvador. La equivalencia, de su parte, es más grave en el código español, pues la fija en dos arrestos por cada semana de prisión (art. 88.1) mientras que el salvadoreño lo señala en cuatro fines de semana por mes de prisión (art. 75). Ambos, sin embargo, carecen de límite máximo alguno.

Los dos textos penales, de igual forma, coinciden en el hecho de que cuando se incumple el arresto fin de semana —dos ausencias injustificadas en España, art. 37.3, y tres en El Salvador, art. 49—, siendo este sustitutivo de la prisión, se ejecuta la pena de prisión impuesta en un principio (art. 88.3 C.P. español y art. 49 C.P. salvadoreño) a razón de 2 días de prisión por cada arresto de fin de semana (art. 37 España y art. 49 El Salvador), lo que nos devuelve al eterno problema de las penas cortas privativas de libertad puesto que ambos textos prevén el descuento del tiempo efectivamente cumplido en arrestos de fin de semana (art. 49 El Salvador y art. 88.3 España).

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.

¹⁸ Una diferenciación ciertamente inútil, pues los supuestos de concesión en el supuesto «normal» —o prisión inferior a un año—, si bien son aparentemente distintos a los del supuesto «excepcional» —o prisión inferior a dos años— tienen, de acuerdo con PRATS CANUT, un mismo fundamento (y común al resto de los sustitutivos): evitar la desocialización inherente a la prisión. Carece por ello de lógica la distinción, y resultan de lo más incoherentes algunas de las condiciones que, como el esfuerzo por reparar el daño causado, se exigen en el primer caso y no en el segundo —que irónicamente amplía la posibilidad sustitutoria a los dos años de prisión—. Tal ambigüedad, en definitiva, lo único que hace es garantizar una aplicación generalizada de la sustitución excepcional con nada que concurran la habitualidad y el límite de las penas, ya que es evidente que sean cuales fueren las circunstancias la prisión siempre perjudica al proceso resocializador —tal y como exige el art. 88.1 para aplicar la excepcionalidad—. *Vid.* en QUINTERO OLIVARES, G. (coord), *Comentarios al código penal*, *op. cit.* p. 485. Del mismo modo, GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, *op. cit.*, p. 120.

c) Su contribución a la alternatividad

A nuestro juicio, y disintiendo en este sentido de algunos autores¹⁹, consideramos un acierto la previsión de sustituir tanto las penas que no excedan de un año como las que lleguen a los dos —y en mayor medida si llegan a tres como prevé el C.P. de El Salvador— por arresto de fin de semana. Sin embargo, no queremos permanecer ajenos al hecho de que sobre el arresto fin de semana aún planea un carácter marcadamente penitenciario²⁰, más ligado al propósito de humanizar las prisiones que a un afán decidido de encontrarle alternativas a la cárcel²¹.

Nos parece por ello lógica la prioridad en la práctica por la multa —ambos permiten la opción entre ésta y el arresto de fin de semana—²² o por el trabajo en beneficio de la comunidad —sólo en el caso de El Salvador—. Y es que no sólo nosotros, sino que también el propio legislador carece de la confianza necesaria en esta pena, lo cual, no nos llevemos a engaño, no se debe a su convencimiento de que no supone una verdadera alternativa a la prisión, sino a que —de acuerdo con VARONA— «sigue considerando a la condena carcelaria (continua) como el medio normal de lucha contra la delincuencia, aún de poca o media gravedad, por lo que otra posibilidad sancionatoria encuentra su reticencia»²³.

Se dificulta, en resumidas cuentas, la posibilidad de que esta nueva sanción contribuya realmente a una disminución en el uso de la prisión, o mejor dicho a la reducción de las condenas carcelarias, si tal y como ha ocurrido en su función de pena principal sigue suscitando tanta temura²⁴. Y más aún en el caso español, cuando se corrobora que el que sea pena principal o el que actúe como pena sustitutiva tiene importantes diferencias a

¹⁹ Autores que, como CEREZO MIR, rechazan la posibilidad de que el Juez pueda sustituir penas de prisión de hasta dos años por estimar excesivo el énfasis impuesto de este modo en la prevención especial, dado que al tratarse de las penas efectivamente impuestas —concretas— pueden llevar a aplicarse a delitos graves, con las consiguientes dudas preventivo-generales al respecto. Vid. en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción, op. cit.*, p. 32.

²⁰ Y ello a pesar de que ha sido introducido por los legisladores español y salvadoreño como una sanción penal autónoma, saltándose todas las tendencias que le atribuyen el carácter de modalidad ejecutiva atenuada de la prisión.

²¹ VARONA GÓMEZ, D., «El arresto de fin de semana: ¿Alternativa a la prisión o prisión atenuada?», *op. cit.*, p. 148.

²² Si bien en El Salvador sólo se otorga esta posibilidad respecto de las penas de hasta un año (art. 74) y no de hasta los tres años, que a nuestro juicio hubiera sido lo más razonable.

²³ VARONA GÓMEZ, D., «El arresto de fin de semana: ¿Alternativa a la prisión o prisión atenuada?», *op. cit.*, p. 152.

²⁴ En el C.P. salvadoreño sólo se recoge como pena principal y única en los arts. 209, 210 y 375, y acompañando a la pena de multa en las faltas sancionadas en los arts. 373, 379 y 380. En el español, de su parte, aparece como principal y única tan sólo en 7 preceptos, acompañando a la multa en otros 7, y, finalmente, se da la opción de elegir entre él y la multa en 13 ocasiones. En todo caso, y hasta finales de 1997, las condenas en España a arresto de fin de semana a duras penas llegaban al centenar ¡tras dos años en vigor del C.P.!

efectos de la duración total de la pena²⁵. Y es que, mientras que como pena principal no puede superar los 24 fines de semana (arts. 37.1 y 33 C.P.), como sustitutivo puede llegar hasta los 208 arrestos (correspondientes a los 2 años de prisión susceptibles de ser sustituidos con arreglo al art. 88)²⁶. La única explicación que al respecto de esto cabe posiblemente sea la de GARCÍA ARÁN²⁷ de que, al fin y al cabo, el condenado puede ver sustituidos dos años de prisión *continuada* por cuatro años sin disfrutar de *finés de semana*.

En todo caso, y puestos a elegir entre la regulación que del arresto como sustituto de la prisión hacen ambos códigos penales, nos quedaríamos con el salvadoreño pues permite que sustituya penas de prisión de hasta 3 años, fijando al mismo tiempo una equivalencia menos dura que el español —pudiendo rescatar de éste el hecho de poder elegir entre el arresto y la multa también en las penas de prisión de hasta dos años, puesto que el salvadoreño sólo lo permite respecto de las penas inferiores a un año—. En lo que a la regulación que como pena principal de ella se hace, optaríamos, sin embargo, por la llevada a cabo por el texto español pues fija su límite en 24 fines de semana —frente a los 150 de El Salvador—, y además la considera como pena privativa de libertad (art. 35) posibilitando su sustitución por multa o trabajo en beneficio de la comunidad (art. 88.2), aparte de todas las garantías que tal denominación lleva inherentes. Y es que el ordenamiento salvadoreño se empeña en considerarla no privativa de libertad, puesto que hasta su ejecución se regula en la Ley General Penitenciaria dentro del capítulo II titulado «de la ejecución de las penas no privativas de libertad». Una regulación, por otro lado, y al igual que sucede en España²⁸, de muy baja calidad. Una regulación confusa y dispersa que, mientras sea así —estamos con SERRANO PASCUAL—, lo único que hace es convertir al arresto de fin de semana en una pena draconiana, carente de todo criterio tanto propor-

²⁵ Algo que, sin embargo, no sucede en el caso salvadoreño, pues su art. 49.3 homologa ambas situaciones en este sentido.

²⁶ Por no hablar de la equivalencia, en comparación absolutamente desproporcionada, a que se llega cuando incumplido el arresto se regresa al cumplimiento continuado de la pena. La equivalencia viene señalada en el art. 37 y es de dos días de prisión por cada arresto fin de semana. La lógica, si cabe alguna, podría situarse en el hecho de que cuando se sustituye la prisión por arresto lo que se desea es favorecer al reo, y evitar las consecuencias negativas de una pena corta privativa de libertad —y por ello el módulo de conversión es mucho más benévolo—; y cuando es al contrario, lo que se trata es de castigar al condenado por defraudar la confianza que el sistema punitivo puso en él, al condenarlo a arresto de fin de semana y no a prisión —con la correspondiente agravación de la equivalencia.

²⁷ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995, op. cit.*, p. 49.

²⁸ En España, si bien existe un Real Decreto —el 690/1996, de 26 de abril— encargado de establecer las circunstancias de ejecución tanto de esta pena como de la de trabajo en beneficio de la comunidad, el C.P., de igual modo que en El Salvador, se remite para su ejecución a la LGP y a su propio Reglamento. A pesar de todo, y sin embargo, siguen quedando innumerables puntos oscuros y verdaderas lagunas, enmendadas tan sólo en parte por la Instrucción 8/96, de 12 de junio, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Vid. en SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español, op. cit.*, p. 241, nota 12.

cionalista como rehabilitador, y situada al margen de todos los principios penales y penitenciarios básicos²⁹.

2. El arresto domiciliario. Valoración crítica

Esta figura es definida por TAMPIERI como una medida alternativa a la pena privativa de libertad, «concedible a los condenados en particulares condiciones subjetivas, taxativamente indicadas en la ley, y consistente en la obligación de pasar el tiempo correspondiente a la pena a que ha sido condenado en la propia casa»³⁰. Su *ratio* se podría situar, en todo caso, en la exigencia de evitar desde el inicio la encarcelación, o su prolongación, a aquellos sujetos que se encuentran en condiciones tales de poder resentirse gravemente de la permanencia en prisión, y tanto sobre el plano físico como sobre el psicológico —mujer embarazada, mayor de 65 años, persona muy joven, etc.—³¹.

Desde una óptica preventiva se trata de una pena muy útil para delincuentes ocasionales o primarios, y entre sus ventajas está, ante todo, la de evitar el temido contagio criminal y la sobresaturación de las instituciones penitenciarias, que de este modo se verían liberadas del peso de una población numerosa y fluctuante. De otra parte, al conservar un adecuado carácter aflictivo no perdería eficacia desde el plano de la intimidación, dado que la pena que le va detrás es la amenaza de la cárcel³².

Esta pena, que aparecía prevista en el PCP español de 1980³³, no se incluyó, sin embargo, en el texto final debido a las críticas que sobre ella se plantearon tanto en la doctrina como en el Parlamento. Se le acusó de pena no creíble, de falta de seriedad —debido al elevado porcentaje de incumplimiento—, y de benignidad, lo que a tenor de sus detractores le restaba eficacia preventiva e intimidatoria³⁴. A nuestro juicio, sin embargo —y siguiendo a ROLDÁN—³⁵, no es tan alocado preverla como pena sustitutiva, sobre todo del arresto fin de semana, en campos como el de los impagos de multas impuestas por desgravación de la responsabilidad penal. Es decir, para la punición de delitos leves

²⁹ *Ibidem*, pp. 247 y ss.

³⁰ TAMPIERI, L., «La detenzione domiciliare», en (a cura de G. FLORA) *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*. L. 10 ottobre, 1986, n.º 663, Giuffrè, Milano, 1987, p. 207.

³¹ CASAROLI, G., «Misure alternative alla detenzione», *op. cit.*, p. 36.

³² PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, *op. cit.*, p. 105.

³³ Al respecto, es de sumo interés la consulta de MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Arresto menor en el domicilio», en COBO DEL ROSAL (edit.) *Comentarios a la Legislación Penal 51: La reforma del Código penal de 1983*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1983, pp. 495 y ss.

³⁴ Entre sus críticos CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Los medios sustitutivos de las penas cortas de prisión (Proyecto de Ley Orgánica del CP español)», *op. cit.*, pp. 67 y 68.

³⁵ ROLDÁN BARBERO, H., «Arresto sustitutorio y sanciones alternativas (A propósito de la STC de 18 de febrero de 1988)», *ADPCP*, n.º 42, 1989, p. 866. Del mismo modo, LANDROVE DÍAZ, G., «El arresto sustitutorio», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo V, Vol. I., Edersa, Madrid, 1985, pp. 512 y ss. MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, *op. cit.*, p. 499.

cometidos por jóvenes, y donde la pena de multa tiene escasa eficacia intimidatoria al ser pagada finalmente por los padres. Para MANZANARES incluso aparece como una pena mucho más adecuada, a la hora de dar solución a estos problemas, que la propia suspensión condicional de la condena³⁶.

El problema de la seriedad de su cumplimiento es una cuestión sobre todo de vigilancia; por lo que el asunto se reduciría a la configuración de los mecanismos apropiados³⁷. Contra la objeción de la pérdida de eficacia intimidatoria y de prevención general cabe, de un lado, volver a la efectividad de su cumplimiento, y, del otro, recordar que se prevendría para delitos no graves respecto de los que no se entiende tanto interés intimidativo³⁸. En todo caso, en comparación con la figura que previamente hemos entrado a valorar —esto es, el arresto de fin de semana— tiene evidentes efectos beneficiosos por desarrollarse en la propia vivienda sin las incomodidades, y sobre todo peligros, que encierra el deber acudir a un centro penitenciario aunque sólo sea dos días a la semana.

El arresto domiciliario, salvo en el problema del control y la revocación, goza de absoluta autonomía respecto a la organización penitenciaria, y por ello se manifiesta —de acuerdo con TAMPIERI—³⁹ como una auténtica «alternativa» a la cárcel. Al ahorrar al condenado todo contacto, aunque sea mínimo, con la realidad carcelaria, revela más una naturaleza de medida «sustitutiva» que meramente atenuatoria de la detención⁴⁰. Su importancia no puede ser por todo lo dicho infravalorada, si bien nunca podría incluirse en el elenco de medidas alternativas a la pena detentiva porque en su esencia, aunque más atenuada, también lo es⁴¹. De una parte, es una modalidad de ejecución extracarcelaria de la pena de prisión y, de otra, es completamente autónoma a ésta. «Una especie de caso límite entre la condición carcelaria y la medida alternativa» —escribe con acierto CASAROLI—⁴². Una modalidad alternativa a la ejecución de la pena detentiva en todo caso más favorable para el condenado y que, por ello, y en completo acuerdo con LARRAURI, se debe favorecer⁴³.

Una valoración positiva hacia la figura que, sin embargo, no se ve correspondida con la regulación que de ella se hace —o mejor dicho, no se hace— en el marco de nuestro ámbito de estudio. De los siete códigos aquí analizados tan sólo viene prevista —aparte

³⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Arresto menor en el domicilio», *op. cit.*, p. 495.

³⁷ Que podría ser con la utilización del «Electronic Monitoring» o mediante los agentes policiales. Vid. en VARONA GÓMEZ, D., «El arresto de fin de semana: ¿Alternativa a la prisión o prisión atenuada?», *op. cit.*, p. 157.

³⁸ *Ibidem*, p. 158. De igual modo, SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 254.

³⁹ TAMPIERI, L., «La detenzione domiciliare», *op. cit.*, p. 209. También PAGLIARO, A., «La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi», *op. cit.*, p. 1199.

⁴⁰ CASAROLI, G., «Misure alternative alla detenzione», *op. cit.*, p. 17.

⁴¹ MENCARELLI, F., «Sanzioni sostitutive», *op. cit.*, p. 4.

⁴² CASAROLI, G., «Misure alternative alla detenzione», *op. cit.*, p. 36.

⁴³ LARRAURI PUOÁN, E., «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal», *op. cit.*, pp. 55 y 56.

de en el PCP nicaragüense—⁴⁴ en los textos penales salvadoreño (arts. 45 y 50) y hondureño (arts. 42 y 45). De ninguno de ellos cabe, en todo caso, esperar mucha alternatividad a la prisión, puesto que mientras en El Salvador, si bien se recoge como pena principal susceptible de imponerse al culpable de un hecho delictivo (art. 45), únicamente se sanciona con ella la falta de amenazas leves del art. 376; en Honduras, de su parte, sólo se prevé como posible forma de cumplimiento de la pena de prisión inferior a 6 meses en caso de mujeres «de buena fama» y personas mayores de 70 años o valetudinarias (art. 42), y de la pena de prisión y prisión preventiva —ampliamente consideradas— de las mujeres en cinta hasta pasadas 6 semanas del parto, si las instalaciones penitenciarias no están acondicionadas al efecto (art. 45). Una contribución ciertamente escasa, por no decir nula, a la disminución progresiva de la cárcel; y más aún cuando, como ocurre en El Salvador, su incumplimiento conduce al cumplimiento ininterrumpido en un establecimiento penitenciario (art. 50 C.P.). La regulación de su ejecución —sólo existente en el caso salvadoreño— es, en todo caso, mediocre, y también se desarrolla bajo el capítulo II o «de la ejecución de las penas no privativas de libertad» de su LGP.

3. Reflexiones finales sobre la sustitución por otra pena detentiva

Para que estas penas también privativas de libertad lleven aparejada la reducción de la violencia que se busca, deben ser previstas, de acuerdo al principio de proporcionalidad, como sanciones principales, y no sustitutivas, de aquellos comportamientos de gravedad —en nuestra opinión media como mínimo— frente a los que no exista posibilidad de utilizar un medio de tutela distinto al de las sanciones afectantes a la libertad ambulatoria⁴⁵. En todo caso, pueden ayudar a disminuir la violencia penal pero no, y eso está claro, a reducir el uso de la privación de libertad como pena, puesto que lo único que hacen respecto de ésta es atenuar sus efectos lesivos.

En completo acuerdo con FERRAJOLI⁴⁶, las medidas alternativas privativas de libertad realmente no son «alternativas» puesto que no excluyen la privación de libertad, sino que, por el contrario, en el curso de la ejecución de ésta aquéllas pueden ser acordadas de forma arbitraria y, por ello, discriminatoria. Son, en definitiva, simples variaciones de la pena detentiva⁴⁷. Se presentan —en palabras de MENCARELLI— «más como expresión de una lógica de ejecución progresiva de la pena detentiva, en función instrumental respecto al tratamiento reeducativo, que como real alternativa a la prisión»⁴⁸. Algo ciertamente

⁴⁴ Donde, sin embargo, sólo viene recogida como una posible vía de cumplimiento de la responsabilidad penal subsidiaria por impago de la multa, en atención a las circunstancias personales del sujeto (art. 65.1).

⁴⁵ CID MOLINÉ, J., *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 294.

⁴⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 419.

⁴⁷ HUBER, B., «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», op. cit., p. 159.

⁴⁸ MENCARELLI, F., «Sanzioni sostitutive», op. cit., p. 1.

poco relevante en lo concerniente al objetivo último de reducción de la prisión —sobre todo si hablamos de arresto de fin de semana—. Y es que es científicamente erróneo —nos advierte con acierto PAVARINI—⁴⁹ querer tematizar la existencia de una relación causal entre vías alternativas a la pena privativa de libertad en fase ejecutiva y procesos de limitación de la cárcel. Sin embargo, tampoco carece de razón JESCHECK⁵⁰ cuando señala que cabría mencionarlas como algo parecido a unas «alternativas», en cuanto evitan en gran medida algunas de las consecuencias desestabilizadoras de la pena privativa de libertad.

Por todo ello, y a modo de conclusión, abogamos desde aquí por su previsión legal para la sanción de conductas de gravedad mínima —en lo que respecta al arresto domiciliario— y media —en lo concerniente al arresto de fin de semana—, y siempre que de otra forma su no acogida legal se tradujese, finalmente, en la ejecución de una pena de privativa de libertad —entendida, lógicamente, como ejecutable de forma continuada en un establecimiento penitenciario—⁵¹. Entre ambas, sin lugar a dudas, nos decantamos por el arresto domiciliario; y respecto de ambas, al mismo tiempo, solicitamos su catalogación como penas principales y con consideración de privativas de libertad, que de este modo pudieran ser tanto suspendidas como sustituidas una vez convergieran los requisitos objetivos solicitados. De igual forma, y por último, es dable solicitar la correspondiente ley ejecutoria, responsable tanto para con sus fines últimos como para con su carácter de penas no desocializadoras. Porque ese, al fin y al cabo, era su principio inspirador, ¿o no?

B) LA SUSTITUCIÓN POR OTRAS PENAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD. RASGOS GENERALES

Este segundo gran grupo, o familia, de sustitutivos a la prisión, lo comprenderían todas aquellas penas que, no suponiendo en ningún caso privación de libertad, buscan alcanzar las finalidades tanto preventivo-generales como especiales a cumplir por toda sanción que se precie. Es la renuncia a ejecutar las penas privativas de libertad —llámese prisión, arresto de fin de semana o responsabilidad subsidiaria por impago— mediante la imposición al condenado de otras penas o medidas más acordes a sus circunstancias concretas⁵². Estamos, ciertamente —y de acuerdo con HUBER—⁵³, ante las «auténticas» sustitutas de la prisión. Ante las penas que más cerca están de convertirse en verdaderas al-

⁴⁹ PAVARINI, M., «¿Menos cárcel y más medidas alternativas?», op. cit., p. 204.

⁵⁰ JESCHECK, H. H., «Tres conferencias de Derecho penal comparado. Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», EPC, n.º 8, 1985, p. 18.

⁵¹ Es por ello que nos llama poderosamente la atención la no previsión del arresto de fin de semana, y el acogimiento del arresto domiciliario sólo como «posible» forma de cumplimiento del arresto sustitutorio, en el PCP nicaragüense que en estos momentos se está discutiendo en la Asamblea Legislativa. Institución que esperamos lleve a cabo las oportunas enmiendas al respecto, encaminadas a cambiar la situación.

⁵² COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 774.

⁵³ HUBER, B., «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», op. cit., p. 159.

temativas a la cárcel, una vez se vean limadas en ciertos aspectos. Pasemos pues, y sin más dilaciones, a su análisis.

III. LA PENA DE MULTA COMO ALTERNATIVA A LA PRISIÓN

A) ORÍGENES Y FUNDAMENTO DE LA ALTERNATIVIDAD. FUNCIONES PREVENTIVAS

El origen de la multa se halla en el Derecho romano y responde a la idea de «multiplicación», en el sentido de aumento de los pagos a cumplir en función de las nuevas desobediencias⁵⁴. Por entonces era aplicada como pena básica pero con el tiempo fue sustituida por las penas corporales, para finalmente acabar ocupando su puesto de privilegio la pena privativa de libertad. Sin embargo, del mismo modo en que la pena de multa sufre en el siglo XIX su momento más crítico, debido a la fuerte influencia correccionalista —que situó en primera línea a la pena de prisión, como la más idónea para cumplir con las finalidades que cabía esperar de la sanción penal—, a partir de finales de dicho siglo, y gracias a las propuestas reformistas impulsadas por la Escuela Moderna y la Unión Internacional de Derecho penal —a cuyo análisis dedicó en su mayor parte el Congreso de Cristiania en 1891—⁵⁵, la multa cobra una cada vez mayor importancia, motivada principalmente por la crisis de esa misma pena privativa de libertad cuyos «supuestos» efectos correctores tanto se ensalzaban⁵⁶.

Comenzada la crisis de la prisión, el Movimiento Internacional de Reforma de la Legislación Penal se plantea la necesidad de revitalizar la pena de multa como auténtica alternativa a la prisión, y no sólo para los delitos de escasa importancia sino también para los de gravedad media. Para su puesta en práctica hubo que esperar, sin embargo, y como es lógico, a que se crearan las condiciones socioeconómicas oportunas; a que la colectividad alcanzara un cierto nivel de bienestar⁵⁷. Porque si bien la importancia actual de la pena de multa parte, precisamente, del hecho de que constituya una sanción esencialmente distinta a la detención, de no suponer contacto alguno con el mundo carcelario, representa en todo caso un mal sensible para el patrimonio del sujeto concreto, y para dañar un patrimonio, desde luego, primero hay que tenerlo⁵⁸. Porque la pena de multa, en definitiva, no es sino una obligación de Derecho público con carácter penal, y el recibimiento del dinero que supone la disminución del patrimonio del condenado por parte del Fisco, si bien

⁵⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de multa», *op. cit.*, p. 1535.

⁵⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *La evolución del Derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

⁵⁶ DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Sustitutivos penales: multa y arresto fin de semana. Últimas propuestas», *op. cit.*, pp. 245 y 246.

⁵⁷ GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo código penal español*, *op. cit.*, p. 145.

⁵⁸ JESCHECK, H. H., «Tres conferencias de Derecho penal comparado. Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», *op. cit.*, p. 28.

—y de acuerdo con ROLDÁN—⁵⁹ supone un efecto reflejo que nada tiene que ver con la naturaleza de la pena es, al fin y al cabo, el medio ineludible para alcanzar su verdadero fin: el mantenimiento del Orden Jurídico.

El menoscabo patrimonial experimentado por el penado con la multa, es el medio a través del que se busca imponer un mal idóneo con vistas a intervenir en su voluntad, de igual modo que la libertad del sujeto lo es para las penas privativas de libertad. Porque el dinero, de acuerdo con BAUMANN, es una especie de «libertad coagulada» y no cabe duda que la privación de una determinada cantidad de ingresos durante un período relativamente largo representa, en sociedades tan consumistas como las actuales, un sufrimiento comparable al de la privación de libertad⁶⁰. Porque, hoy por hoy, sólo el dinero nos permite disfrutar de una cierta calidad de vida y, en consecuencia, es lógico que su pérdida tenga una eficacia intimidatoria tan o más importante que la prisión —sin que dañe, eso sí, las relaciones sociales del condenado de modo tan sustancial como ésta—⁶¹. La pena pecuniaria sintoniza, en definitiva, con una sociedad de bienestar que, como la actual, y para bien o para mal, privilegia en la personalidad humana los valores del *homo oeconomicus* —como resumen DOLCINI y PALIERO—⁶². La satisfacción de exigencias preventivo-generales a través de ella es, por tanto, indudable en los ámbitos de criminalidad propios de personas socialmente integradas.

La pena de multa está especialmente indicada para la reafirmación del Ordenamiento jurídico frente a personas no necesitadas de resocialización, que cometen infracciones que se sitúan en la zona de la criminalidad leve y media, y con respecto a las cuales la pena de prisión se muestra inadecuada para cumplir esos fines. Una pena mucho más humanitaria —por no privar al condenado de sus contactos y relaciones familiares sociales y laborales—, que en caso de error judicial se repara fácilmente, y que, en todo caso, no sólo supone un ahorro para el Estado sino también una importante fuente de ingresos⁶³. El Estado, no cabe olvidarlo —y así nos lo recuerdan DOLCINI y PALIERO—⁶⁴, se ahorrará todos los gastos que supone la disposición de una estructura organizativa adecuada, causa a su vez de la mayor parte de los fracasos en que redundan los sustitutivos penales. Es lógico, por tanto, que la multa sea una alternativa cada vez más utilizada en los códigos penales de todo el mundo. La opción preferida en la actualidad a la hora de sustituir a la pena privativa de libertad en el ámbito de los delitos de poca o mediana gravedad. Porque para este tipo de delincuencia se estima desproporcionado una pena tan estigmatizante como lo es la prisión —y con más motivo en tiempos que, como los actuales, están marcados

⁵⁹ ROLDÁN BARBERO, H., *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, edit. Akal, Madrid, 1983, p. 31.

⁶⁰ Vid. en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el NCP español*, *op. cit.*, p. 162.

⁶¹ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 159.

⁶² DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, *op. cit.*, p. 158.

⁶³ GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el NCP español*, *op. cit.*, p. 147.

⁶⁴ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, *op. cit.*, p. 158.

por la sobrepoblación carcelaria—. HASSEMER, incluso, va más allá, y asevera que aunque en la teoría es la segunda pena en importancia en la práctica es la primera⁶⁵.

En vistas a tan favorable panorama, el legislador, desde principios de los años veinte, ha dirigido gran parte de sus esfuerzos a convertir a la multa en un instrumento que, aparte de ofrecer mayor eficacia, permita una mayor consideración de la persona concreta del condenado y, por ende, una mayor Justicia. Para ello, ha incrementado las cuantías, sustituido con ella la pena privativa de libertad de corta duración, ha tenido en cuenta las circunstancias económicas del condenado, el pago a plazos, etc., consiguiendo, en definitiva, que la evolución de la política penal actual vea en la pena de multa el gran sustitutivo de la privación de libertad; de la misma forma que ésta lo fue, en su momento, para la pena de muerte y las penas corporales. Sin embargo, no todo el espectáculo es de color rosa, sino que aún existen, y a pesar de todos los esfuerzos, ciertas trabas que dificultan su loable propósito de convertirse en verdadera alternativa de la prisión. Unas dificultades que previamente estamos llamados a superar si deseamos, como así es, que la multa no decaiga en su propósito de ir sustituyendo progresivamente a la cárcel.

B) PROBLEMAS CON QUE TROPIEZA EN SU PROPÓSITO. CUESTIONES PRIMORDIALES A RESOLVER

La pena de multa, como no podía ser de otra manera, también adolece de ciertos defectos en su estructuración, y que le retrotraen significativamente de la eficacia preventiva que de ella cabe esperar. Con ella, para empezar, es difícilmente evitable el que se pague por un tercero, por lo que pierde su carácter de pena personal —aunque, como advierte MIR, también las penas privativas de libertad despliegan efectos perjudiciales en terceros distintos al reo—⁶⁶; y, del mismo modo, y contrariamente a lo que se pretende, puede despertar en el condenado un efecto criminógeno en el afán por recuperar el importe⁶⁷. Sin embargo, entre todas las posibles son dos, concretamente, las cuestiones que por su mayor gravedad e importancia han ocupado el tiempo y los esfuerzos de la doctrina penal. Esto es, su patente desigualdad y el dilema sobre cómo actuar en caso de impago por insolvencia del condenado.

La pena de multa es una pena desigual dado que parte de un bien —el dinero— cuya distribución social también es desigual, por lo que es inevitable, en definitiva, el que la gravedad de la multa en el caso concreto dependa de lo alta que sea la renta del que debe pagarla, y de la forma en que la propia multa se imponga⁶⁸. Pero si este problema es grave, que evidentemente lo es, existe una segunda cuestión mucho más peligrosa: el

⁶⁵ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 368.

⁶⁶ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 728.

⁶⁷ Para el análisis específico de las ventajas y los inconvenientes de la pena de multa véase MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *La pena de multa*, Excma Mancomunidad de Cabildos, 1977, pp. 49 y ss.; el mismo, *Las penas patrimoniales en el Código penal español*, edit. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 7 y ss.; ROLDÁN BARBERO, H., *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, op. cit., p. 53.

⁶⁸ CEREZO MIR-DÍEZ RIPOLLÉS, «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas», op. cit., p. 199.

arresto sustitutorio por impago de multa —la también conocida como responsabilidad personal subsidiaria—; o lo que es lo mismo, el hecho de que en muchas legislaciones, por no decir la mayoría, el impago de la multa impuesta se castigue con la prisión. La penosa realidad de que la pobreza pueda llegar a sancionarse con la cárcel.

1. La adaptación de la cuantía al patrimonio del condenado. El sistema de días-multa

Para solucionar la primera cuestión —y como efecto reflejo buena parte de la segunda— a finales del siglo XIX se inicia un movimiento reformador de la multa, en el sentido de adaptar su cuantía a la concreta situación económica del condenado⁶⁹. A propuesta del profesor THYREN se introduce en el Proyecto Preliminar Sueco, en 1916, el llamado sistema de *días-multa*⁷⁰. Un método vanagloriado con razón, por portar consigo una consideración más precisa de la capacidad económica del condenado, y, con ello, mayor igualdad y justicia. Este sistema garantiza, o al menos así lo pretende, una mayor transparencia en la determinación de la pena, al tiempo que remedia la injusticia social como principal defecto de la pena de multa que afectaba más duramente a los pobres que a los ricos⁷¹. Porque, al fin y al cabo —aseveran acertadamente CRUZ y GONZÁLEZ—, «de la igualdad jurídica deriva la obligación de disponer un tratamiento igual a los iguales y un tratamiento diferenciado para los diversos, criterios que responden plenamente a la exigencia moderna de individualizar y personalizar la pena»⁷².

Para conseguir tal igualdad de trato en la respuesta punitiva, el sistema de días-multa lo que hace es determinar la pena de forma obligatoria en dos actos totalmente independientes entre sí. En el primero el Juez, según el grado de culpabilidad e injusto, fija el número de los días-multa como castigo de la infracción realizada, y en el segundo señala el importe a pagar por cada día-multa, que lo multiplica por los días a los que ha sido condenado constituyendo el resultado el total a pagar; y todo ello regido por la concreta capacidad financiera del individuo —con la posibilidad de que en una tercera fase, no obligatoria, el Juez conceda facilidades para el pago—. Una fórmula ésta con la que se consigue, a un tiempo, reflejar en la pena tanto la culpabilidad del autor como la gravedad del hecho provocado por éste, representando además una igualdad de sacrificio. Para ello en la segunda fase, la más importante a efectos de igualdad, el objetivo buscado debe ser doble: que la multa no suponga una afección a las necesidades básicas del infractor y que prive de un porcentaje igual de renta a las diversas personas⁷³.

⁶⁹ GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el NCP español*, op. cit., p. 149.

⁷⁰ Adoptado, entre otros muchos países, por: Finlandia —que fue el primer país en incorporarlo efectivamente a su Derecho positivo en 1921—, Suecia en 1931, Perú en 1924, Cuba en 1936, Dinamarca en 1939, Costa Rica en 1971, Bolivia en 1972, Alemania, en 1975, Austria en 1974, el CPT en 1971, España en 1995, Hungría, Portugal, Francia, etc.,

⁷¹ ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, op. cit., p. 87.

⁷² CRUZ-GONZÁLEZ, *La sanción penal*, op. cit., p. 112.

⁷³ CACHÓN-CID, «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», en CID MOLINÉ-LARRAURI PUJÓAN, *Penas alternativas a la prisión*, op. cit., p. 41.

En todo caso, junto a la gran dosis de justicia que supone este sistema al adaptar la pena a la situación económica del condenado, y la transparencia que lleva inherente al dividirse su determinación en dos fases, cabe también hablar —siguiendo a ROLDÁN—⁷⁴ de: un mayor efecto preventivo especial —puesto que la posible repercusión psicológica que la multa cause al culpable será tanto mayor cuando más proporcionada se encuentre a sus haberes— y de una disminución de las dificultades de exención de la multa —dado que la aproximación de la pena de multa a la realidad del condenado permite ciertas esperanzas sobre las posibilidades de un cumplimiento más real—⁷⁵. Sin embargo, y a pesar de que todo esto es muy cierto, aún queda algo en el tintero. Aún queda un grave problema que el sistema de días-multa no puede resolver. ¿Qué hacemos con aquéllos que, a pesar de todos los cálculos, son penados a pagar una cantidad a la que no pueden hacer frente? ¿Qué sucede cuando, pese a todos los esfuerzos, nos encontremos ante una persona cuya renta no supera lo necesario para satisfacer sus propias necesidades? Evidentemente esto —como nos advierte CACHÓN—⁷⁶ requiere plantearle una alternativa a la propia multa. ¿Tal alternativa está, de nuevo, en la cárcel? Si es así, ¿qué hacemos entonces hablando de la multa como una perfecta sustituta de la prisión?

2. Casos de impago. El arresto sustitutorio y su contrariedad con el principio de igualdad ante la ley

Por mucho que las legislaciones traten de proporcionar la pena a la fortuna, paliando la desigualdad, ésta no llega nunca a desaparecer del todo —afirman acertadamente COBO y VIVES—⁷⁷. Por más que las cuantías traten de ajustarse a las circunstancias económicas del reo, y no al delito, la presión punitiva será mayor en un caso que en otro, y la sustitución de la multa por prisión en caso de insolvencia significa, sin más tapujos —denuncian MAPELLI y TERRADILLOS—⁷⁸, una agravación de la pena por motivos de pobreza. Porque lo único cierto es que en el caso de que el condenado a pena de multa no efectúe el pago, normalmente, se le impone una responsabilidad personal subsidiaria consistente en un determinado tiempo de privación de libertad. Un tema objeto de fuerte polémica, porque, y evidentemente, lejos de erradicar la pena de prisión lo único que hace es mantener su inderogabilidad.

La conversión del número de días-multa insatisfechos en días de privación de libertad desvela la cruda realidad de valorar en dinero cada día de cárcel⁷⁹. «Un intolerable privilegio para las deudas en favor del Estado, y que resulta tan caprichosa y arbitraria

⁷⁴ ROLDÁN BARBERO, H., *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, op. cit., pp. 74 y ss.

⁷⁵ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 26.

⁷⁶ CACHÓN-CID, «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», op. cit., p. 43.

⁷⁷ COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 761.

⁷⁸ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 162.

⁷⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., et. alt., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 312.

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 LANDROVE—⁸⁰. La polémica, en todo caso, y no está de más recordarlo, no viene dada por el que maliciosamente oculta sus bienes y no quiere pagar, sino por el que, aún queriendo, no tiene medios para hacerle frente a la deuda.

Porque en lo que a los primeros respecta, son muchos los autores que —como CRUZ y GONZÁLEZ—⁸¹ consideran a la prisión como ideal para constituir la garantía (amenaza) para el cumplimiento de la pena de multa, ya que en estos casos la conversión no se fundamenta en la situación económica del condenado sino en la voluntariedad del incumplimiento. Sin embargo, el segundo grupo de casos, el constituido por todos aquellos condenados a pagar que no disponen de la liquidez necesaria para hacerlo, es el gran fracaso de la pena de multa. Porque aquí el arresto sustitutorio —denuncia HASSEMER—⁸² deja de ser amenaza para ser remedio, deja de ser la pena sustitutoria para los pobres para ser la pena principal con funciones específicas y más amplias. «La puerta falsa, en definitiva, por la que penetra la pena privativa de libertad de corta duración que con la propia multa se pretende sustituir» —sentencian con toda razón MUÑOZ CONDE y LUZÓN PEÑA—⁸³.

La sustitución de la multa por una pena de mayor contenido aflictivo, como es la privativa de libertad, cuando ésta no fue la pena señalada por el legislador para ese caso, no tiene razón de ser ni en la culpabilidad ni en la antijuridicidad del hecho —o naturaleza del bien jurídico protegido— sino en una condición o circunstancia personal del acusado: su insolvencia o incapacidad de hacer frente a la deuda. Es por ello —y de acuerdo con JAREÑO—⁸⁴ una sanción desproporcionada, discriminatoria, y en consecuencia inconstitucional, por su contrariedad con el principio de igualdad. Tema éste, el de la posible inconstitucionalidad, objeto de fuerte polémica y que, al respecto, ha vivido pronunciamientos de signo diverso.

Mientras el Tribunal Constitucional italiano, en sentencia n.º 131, de 21 de noviembre de 1979, ha declarado inconstitucional la pena privativa de libertad subsidiaria⁸⁵; el

⁸⁰ LANDROVE DÍAZ, G., «El arresto sustitutorio», op. cit., p. 503.

⁸¹ CRUZ-GONZÁLEZ, *La sanción penal*, op. cit., p. 132. De la misma opinión, GONZÁLEZ-GARITA, *La multa penal en los códigos penales latinoamericanos*, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 59 y ss.; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., «El sistema de días-multa», *RJ*, n.º 27, vol. VIII, 1983, San José, p. 27; ZAFFARONI, R. (COORD.), *Sistemas penales y Derechos humanos en América Latina*, op. cit., p. 78; VALMAÑA OCHAFTA, S., *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, op. cit., p. 157.

⁸² HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 369.

⁸³ Así lo aseveran MUÑOZ CONDE y LUZÓN PEÑA en las notas hechas a la obra de ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, op. cit., p. 94. Del mismo modo, LANDROVE DÍAZ, G., «El arresto sustitutorio», op. cit., p. 502.

⁸⁴ Porque, aunque el establecimiento de una responsabilidad subsidiaria por impago de multa pueda estar justificado por perseguir un fin lícito, la adopción de una medida desproporcionada para conseguir dicho fin convierte al precepto en inconstitucional al vulnerar el principio de igualdad. Vid. en JAREÑO REAL, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa*, op. cit., p. 214.

⁸⁵ Se declara la inconstitucionalidad del art. 136 del Código penal italiano, por contravenir los arts. 3 y 27 de la Constitución, al estimarse que la responsabilidad personal subsidiaria creaba una disparidad de tratamiento, sobre la base de una situación económica ajena a la gravedad del delito cometido y a la personalidad

Tribunal Constitucional español, de su parte, y en sentencia n.º 19, de 18 de febrero de 1988, la declara conforme a la Constitución, negando que supusiera en razón del poder económico del condenado un trato discriminatorio injustificado —si bien recomienda otras formas de responsabilidad subsidiarias menos rigurosas como el arresto fin de semana—⁸⁶. En lo que a los demás países se refiere, cabe observarse una tendencia legislativa general a relegarla a una especie de *ultima ratio legis*; en cuyo caso —y de acuerdo con lo que al respecto nos dice ROLDÁN BARBERO—⁸⁷ se debería dar lugar a la instrucción de una nueva causa penal.

Sea cual sea la postura adoptada, lo ciertamente evidente es que estamos ante un tema que se debe estudiar con mucho detenimiento, pudiendo llegar a acordarse su desaparición. Una abolición de la figura que, a juicio de HASSEMER, «podría no afectar en nada a la funcionalidad de la multa»⁸⁸, y de este modo hacer desaparecer la más importante con-

del autor, y porque «operaba una traslación de la pena patrimonial a la persona del condenado insolvente, residuo de concepciones arcaicas basadas en la fungibilidad entre libertad y patrimonio personal». Vid. en MAPPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 169. En base a ello se llevaron a cabo algunas soluciones que el legislador, o bien ha transformado en ley (como la prevención de la insolvencia mediante la división en cuotas, la valoración de las condiciones económicas del reo y la creación del delito de insolvencia dolosa), o bien no ha escuchado (como es el caso de la no automaticidad de la conversión en caso de insolvencia no culpable). Vid. en MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 779. Al respecto es de interesante lectura, entre la inmensa doctrina italiana en este sentido, CARACCIOLI, «Conversione della pena pecuniaria e principio d'egualianza», *Giuris. Costit.*, 1979, I, pp. 1205 y ss.; PADOVANI, T., «L'incostituzionalità dell'art. 136», *Cass. Pen.*, 1980, pp. 26 y ss.; el mismo en «Aspetti problematici della sospensione della pena pecuniaria», *Cass. Pen.*, 1980, pp. 382 y ss.; PITTARO, «L'inconvertibilità delle pene pecuniarie», *RIDPP*, 1980, pp. 1375 y ss.

⁸⁶ Según esta sentencia el arresto sustitutorio es legítimo y se justifica por el principio de inderogabilidad de la pena: o lo que es lo mismo, porque se trata de un instrumento orientado al fin legítimo de que ninguna transgresión del Ordenamiento jurídico penal quede sin pena. Siendo éste el fundamento del arresto sustitutorio, y no «la insolvencia determinante de la inejecutabilidad de la pena patrimonial», resulta que no puede estimarse que dicha sanción vulnere el principio de igualdad porque se aplique sólo a quienes carecen de medios económicos. En su fundamento jurídico n.º 10 esta sentencia lo resume así: «Cuando el legislador prevé una norma general sancionadora y prevé otra norma específica para asegurar una sanción en el supuesto de fracaso de aquélla, el objetivo del legislador, que responde a las necesidades de asegurar el ordenamiento sancionador, excluye cualesquiera otros objetivos, como crear discriminaciones o mantener la desigualdad económica y social de los ciudadanos». Elaboraciones realmente exhaustivas, y brillantes, al respecto de dicho pronunciamiento constitucional son las llevadas a cabo en los trabajos de: BUENO ARÚS, F., «La constitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de una pena de multa (STC 19/1988 de 16 de febrero)», *PJ*, n.º 9, 1988, pp. 63 y ss.; ROLDÁN BARBERO, H., «Arresto sustitutorio y sanciones alternativas (A propósito de la STC de 18 de febrero de 1988)», op. cit., pp. 839 y ss. Ambos autores concluyen criticando la extrema rigidez de argumentos con que ha trabajado el tribunal, desaprovechando la ocasión que se le brindaba para dar una solución político-criminalmente más adecuada, en atención tanto a aspectos económicos como de espacio (en las prisiones, se entiende), como, en definitiva, morales y sociales.

⁸⁷ ROLDÁN BARBERO, H., «Arresto sustitutorio y sanciones alternativas (a propósito de la STC de 18 de febrero de 1988)», op. cit., p. 870.

⁸⁸ La vía de superación la han ejemplarizado diversas legislaciones, que de una u otra forma han acordado la no aplicación de la pena de prisión frente a sujetos insolventes condenados a penas de multa. Así, por ejemplo, lo hacía el proyecto de Código penal argentino de 1941, creando una nueva figura delictiva cuando maliciosamente no quería pagar. Italia, que si bien prevé la conversión de la multa por prisión, posteriormente tam-

tradicción del sistema de la multa⁸⁹. Porque —en completo acuerdo con ROLDÁN BARBERO— «se ha inventado el sistema de los días-multa para conseguir, teóricamente, un ajustamiento preciso de la multa a la situación económica del condenado; para lograr, en suma, que en un Estado social de Derecho a nadie se le imponga una multa que no pueda pagar»⁹⁰. Y porque, en todo caso, si no se quiere infringir el principio de igualdad, la pena de multa deberá ser impuesta por los tribunales teniendo siempre en cuenta las exigencias de éste⁹¹.

Cierto es que todo sistema penal que pretenda hacer de la multa el centro del sistema punitivo, y un eficaz sustitutivo de la pena privativa de libertad, no puede prescindir de sanciones de apoyo cuando el sujeto rechaza su cumplimiento y ésta no pueda hacerse efectiva a través del correspondiente procedimiento ejecutivo —la vía de apremio—, «de lo contrario —asevera con razón QUINTERO— la pena pecuniaria no serviría de nada porque el Derecho penal debe evitar el recurso a la pena clásica, pero no sustituyéndola por el vacío»⁹². En este sentido, son muchos los autores que —como GRACIA MARTÍN⁹³— consideran al arresto sustitutorio como una institución de la que, por mucho que nos desagrada, no se puede prescindir. A su juicio, cuando la ley permite ajustar el importe a las posibilidades económicas del reo, el mayor argumento, que con base en la infracción del principio de igualdad se vierte contra el arresto domiciliario, decae. Nosotros, sin embargo, somos de la opinión de que, aún cuando tal sanción de apoyo opere como necesaria *ultima ratio*, esto no quiere decir que esté legitimado el uso a la prisión, puesto que entre ésta y la multa —como advierten CACHÓN y CID—⁹⁴ existen una serie de sanciones intermedias que pueden cumplir el *rol* generalmente atribuido a la prisión.

Al respecto, son diversas las propuestas: perdonar el pago, cuando la no satisfacción de la multa se deba a causas ajenas a la voluntad del condenado; embargar su salario o bienes hasta un cierto límite⁹⁵; imponer una pena de trabajo en beneficio de la comunidad⁹⁶;

bién prevé la suspensión de esa pena de prisión sustitutiva. En Austria y Suiza también se prevé la suspensión de la pena de prisión convertida, admitiéndose también, en el caso de Suiza, que el Juez prescinda de la conversión en prisión si el condenado demuestra encontrarse, sin culpa propia, en situación de insolvencia. En Alemania se prevé que tal prisión sustitutiva no se ejecute cuando pueda provocar en el condenado consecuencias negativas desproporcionadas respecto del fin perseguido con la pena impuesta. Vid. en CRUZ-GONZÁLEZ, *La sanción penal*, op. cit., p. 134, cita n.º 52.

⁸⁹ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 370. De igual forma opina JAREÑO REAL, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa*, op. cit., p. 226.

⁹⁰ ROLDÁN BARBERO, H., *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, op. cit., p. 89.

⁹¹ COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 788.

⁹² QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 523.

⁹³ GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el NCP español*, op. cit., p. 173. De la misma opinión, QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 523.

⁹⁴ CACHÓN-CID, «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», op. cit., p. 169.

⁹⁵ SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», op. cit., p. 239.

⁹⁶ 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)», op. cit., p. 868; BERISTAIN IPIÑA, A., «La multa en el Derecho penal español», *RGLJ*, n.º 240, 1976, p. 362; BOIX REIG, J., «Algunos aspectos de la responsabilidad penal subsidiaria», *CPC*, n.º 3,

la prohibición de acudir a determinados lugares⁹⁷; la amonestación, si se trata de un delincuente primario⁹⁸; un arresto domiciliario⁹⁹; una libertad controlada¹⁰⁰; e, incluso, se habla de reconvertir la oportuna prisión por el arresto de fin de semana¹⁰¹.

Hay quienes también han planteado la posibilidad de suspender condicionalmente la pena, con el fin de que el sujeto no deba sufrir privación de libertad alguna, pero ésta es una opción que gran parte de la doctrina, sobre todo la italiana, desecha abiertamente por estimar que —y aquí transcribimos las palabras de PADOVANI— «de esta forma la multa perdería su *rol* actual, casi emparejado al de la prisión, volviendo a convertirse en su hermana menor, gracias al endebolimiento que con la suspensión sufriría (por la amenaza constante que de prisión le subyace)»¹⁰². Otros, sin embargo, y en favor de tal posibilidad suspensiva, estiman que la solución quizás esté —como nos cuenta JAREÑO—¹⁰³ en el otro significado de esta institución: el de no aplicar la pena privativa de libertad cuando por determinadas circunstancias no exista necesidad de sanción, haciendo gala de este modo de una carácter alternativo a la prisión; algo que a nuestro juicio siempre se debería favorecer. Y es que hacer lo contrario, y no favorecer la suspensión de la multa, esta-

1977, p. 41; QUINTERO OLIVARES, G., «El arresto sustitutorio», *CPC*, n.º 2, 1977, p. 140; MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 169; JAREÑO REAL, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa*, op. cit., 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.

⁹⁷ GONZÁLEZ-GARITA, *La multa en los códigos penales latinoamericanos*, op. cit., p. 162.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 163.

⁹⁹ CACHÓN-CID, «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», op. cit., p. 44.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 27.

¹⁰² De este modo lo explica PADOVANI: «Bajo la perspectiva de un recurso a la sanción carcelaria según un principio de *extrema ratio*, la pena pecuniaria no es más concebida como una especie de «hermana menor» de la pena detentiva, sino como una sanción exclusiva para una larga lista de delitos menores, y alternativa para los delitos de mediana gravedad, remitiendo a la pena detentiva solamente el área de la criminalidad grave. En este sentido la pena pecuniaria tiende a asumir, dentro del sistema, un *rol* no menos «principal» que el desarrollado desde la pena detentiva. De otra parte, el que se trate de una sanción cualitativamente «menor» (en el contenido afflictivo y en la percepción ético-social), está claro como su gran utilización postula una rigurosa salvaguarda de su significado, que la suspensión podría debilitar excesivamente, si no es que la banaliza [...]. De este modo nuestro ordenamiento se arriesga a asistir, en vez de al desarrollo de la pena pecuniaria, según una línea de tendencia ya irreversible en todos los ordenamientos, a su progresiva debilitamiento, y a su paradójica transformación en doncella de la sanción administrativa». Vid. en PADOVANI, T., «La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle «modifiche al sistema penale»», op. cit., pp. 1271 y 1275; el mismo, «Aspetti problematici della sospensione della pena pecuniaria», *Cass. Pen. mass.*, 1980, pp. 419 y ss.; el mismo en «Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio», op. cit., pp. 993 y ss. De igual forma, GIUNTA, F., «Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi», op. cit., p. 485; el mismo, «Sospensione condizionale della pena», op. cit., p. 105.

¹⁰³ 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», op. cit., 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.

mos con MANZANARES¹⁰⁴, nos llevaría a aceptar un trato discriminatorio en lo que a antecedentes penales se refiere —pudiéndose verse privado de antecedentes el condenado a una pena de prisión de hasta 2 años de prisión (art. 81.2 C.P. español), o incluso 3 (art. 87 C.P. español), y no el penado a una multa de cinco días o al condenado a trabajar 16 horas para la comunidad—; y más aún cuando, al preverse normalmente junto a una pena privativa de libertad, el decantarse por una u otra es una decisión que al mismo tiempo lleva implícito un juicio de improcedencia sobre la suspensión —si opta por la multa no hay posibilidad, pero si lo hace por la privación de libertad si.

Lo lógico, de cualquier forma, si al final hay que imponer una media subsidiaria, es que la severidad de la sanción sustitutiva en ningún caso sea mayor que la de la sanción sustituida, por lo que habría que dejar fuera de toda posibilidad tanto a la prisión como al arresto fin de semana al suponer su imposición una vulneración del principio de igualdad; pues, finalmente, lo único cierto es que se impone una sanción más grave a las personas de más bajo nivel económico¹⁰⁵. Y porque —como advierte QUINTERO—¹⁰⁶ no sólo pesan aquí razones de constitucionalidad o no sino también de política criminal, en tanto que el arresto sustitutorio —para nosotros ya sea prisión o arresto de fin de semana— supone, en definitiva, una pena corta privativa de libertad, que es justamente lo que en un principio se ha querido evitar sustituyéndola con la multa.

C) LA MULTA EN ESPAÑA Y CENTROAMÉRICA

1. La multa como pena sustitutiva. Regulación legal

La sanción pecuniaria como posible sustituta de la pena de prisión se recoge en todos y cada uno de los textos penales que ahora nos ocupan¹⁰⁷. De este modo reza en el art. 88.1 España —donde además puede funcionar como sustituta del arresto de fin de semana, art. 88.2—, art. 69 Costa Rica, art. 74 El Salvador, art. 50 Guatemala, art. 61 Honduras, art. 78 Nicaragua —art. 94.1 PCP— y arts. 82 y ss. Panamá.; si bien, como es lógico, cada uno con sus concretas peculiaridades. Particularidades que comienzan con la propia duración de las penas privativas de libertad que la multa está llamada a sustituir.

a) Plazos entre los que cabe actuar

En este sentido, la situación es de lo más variada. Mientras los códigos costarricense (art. 69), salvadoreño (art. 74) y panameño (art. 82) sitúan el límite máximo para que pro-

¹⁰⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de multa», op. cit., p. 1537. De la misma forma asiente JAREÑO REAL, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa*, op. cit., pp. 281 y 282.

¹⁰⁵ CACHÓN-CID, «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», op. cit., p. 46.

¹⁰⁶ QUINTERO OLIVARES, G., «El arresto sustitutorio», *CPC*, 1977, pp. 138 y ss.

¹⁰⁷ Del mismo modo en que lo recoge el CPT en su art. 80.

ceda la sustitución en 1 año; los códigos guatemalteco (art. 50) y hondureño (art. 61) posibilitan la misma hasta los 5 años; y el nicaragüense, adoptando un punto intermedio, y al permitir únicamente la sustitución de la pena de arresto (art. 78), se queda en un campo máximo de hasta 2 años (art. 56), al igual que su Proyecto (art. 94.1) y el C.P. español (art. 88.1). Es, por otra parte, una medida opcional en los textos de Costa Rica, España, Nicaragua —también en su Proyecto— y Panamá, mientras que es de obligado cumplimiento por parte del Juez, y una vez dados los requisitos objetivos, en El Salvador, Guatemala y Honduras. Regulaciones todas ellas, en resumidas cuentas, y como es lógico, ciertamente dispares —si bien es de agradecer la ampliación general de plazos respecto a los 6 meses recomendados por el CPT en su art. 80—; y más aún cuando de la lectura de los distintos textos se comprueba que para el otorgamiento de la sustitución no basta con situarse entre el margen solicitado, sino que deben concurrir ciertas circunstancias añadidas.

b) Las excepciones

En este sentido, tanto el C.P. costarricense (art. 69) como el hondureño (art. 61) exigen la primariedad delictiva para poder dar paso a la sustitución¹⁰⁸. El español y el PCP nicaragüense requieren 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» (arts. 88.1 y 94.1 respectivamente)¹⁰⁹. El C.P. salvadoreño, de su lado, contiene una excepción en el art. 76, prohibiendo la sustitución cuando la susodicha pena privativa de libertad se encuentre sancionando el hecho como pena principal conjuntamente a una de multa. El C.P. nicaragüense en vigor exige la existencia de varias atenuantes (art. 78). El panameño, que no proceda la suspensión (art. 82). Y, finalmente, el guatemalteco, que la situación a discusión no se vea contenida en ninguna de las excepciones que recoge como inconmutables en su art. 51 —entre ellas, la reincidencia—. Circunstancias añadidas todas éstas que, evidentemente, a lo único que portan es a restringir, aún más si cabe, las posibilidades de sustitución, de cualquiera que sea la pena privativa de libertad, por la multa. Requisitos objetivos, de nuevo, más coherentes con una concepción individualizadora que proporcionalista de los substitutivos de la

¹⁰⁸ Influencia evidente, y de nuevo, del CPT.

¹⁰⁹ Esto para las penas de prisión inferiores a un año, puesto que ambos distinguen entre la sustitución «normal» de estas penas y la «excepcional» de aquéllas que pueden llegar hasta 2 años. Una diferenciación basada en criterios de prevención especial que —repetimos— no tiene sentido, pues la exigencia, de que para aplicar la sustitución a las penas de hasta dos años «se debe inferir de las circunstancias del hecho y del culpable que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social», es completamente trasladable al criterio para la decisión en favor de la sustitución de las inferiores a un año, donde «las circunstancias personales del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño lo deben aconsejar». En ambos casos, de cualquier forma, se veta de la sustitución a los reos habituales (art. 88.1 C.P. español y art. 94.1 PCP nicaragüense). De nuevo, en cualquier caso, se avista la determinante influencia española en la redacción del PCP para Nicaragua.

privación de libertad, y donde el legislador da preferencia cierta a criterios de prevención general¹¹⁰.

2. Sistemas de fijación del importe a pagar

a) Sistema de días-multa. Límites

Este sistema viene acogido en los códigos de España (art. 50.2)¹¹¹, Costa Rica (art. 53)¹¹², El Salvador (art. 51), PCP Nicaragua (art. 64.1)¹¹³ y Panamá (art. 46) —donde, de entrada, denomina como día-multa a la propia pena pecuniaria considerada en sentido amplio—¹¹⁴. En todos ellos es una figura de nueva planta; y mientras en los textos costarricense y panameño es por evidente influencia del CPT, en el caso salvadoreño y del Proyecto nicaragüense la influencia le viene directamente del actual código penal español de 1995.

a.1) Determinación del importe del día-multa. Máximos y mínimos

Si bien en todos los textos que acogen esta figura se incluye en la apreciación del importe los gastos al lado de los ingresos, las rentas, y demás circunstancias (art. 50.5 España, art. 53 C.P. Costa Rica, art. 64.3 PCP Nicaragua, art. 51 C.P. El Salvador y art. 48 Panamá)¹¹⁵, la efectividad final de la multa, sin embargo, y como ya hemos visto, dependerá únicamente de la indagación que se haya dispuesto durante el proceso para determinar la situación económica del penado. Una indagación que, por lo general, se apoya en las propias declaraciones del condenado¹¹⁶, pues brilla por su ausencia la existencia de un precepto similar al del PCP nicaragüense (art. 64.3) en el que se obligue al Juez o Tribunal correspondiente a hacer las investigaciones necesarias para determinar la verdadera situación económica del imputado.

¹¹⁰ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas substitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, op. cit., p. 374.

¹¹¹ Sólo como criterio mayoritario, pues su excepción se encuentra acogida en el mismo artículo para aquellos casos en que el propio tipo delictivo acoja una multa proporcional. Multa ésta que viene regulada en el art. 52.

¹¹² Un criterio no uniforme pues existen varios preceptos en que se sanciona con multa igual a la del salario mínimo (arts. 395, 403, 405, 407, 408 y 409).

¹¹³ Lo que, sin duda, supone una importantísima mejora con respecto a su actual regulación según el sistema global. Un sistema tan desigual como inútil en aras a toda intención alternativa que se precie.

¹¹⁴ Sistema de días-multa, en todo caso, sólo para delitos porque en faltas y contravenciones administrativas se aplican los sistemas porcentual y global (art. 1 C.P.).

¹¹⁵ Siguiendo las directrices del CPT, que en su art. 45 dice: «La multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero que será fijada en días-multa. El importe del día-multa será equivalente a la entrada diaria del sentenciado y se determinará de acuerdo con la situación económica del condenado, atendiendo especialmente su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos u otros elementos de juicio que el Juez considere apropiados [...]».

¹¹⁶ GONZÁLEZ-GARITA, *La multa en los códigos penales latinoamericanos*, op. cit., pp. 35 y ss.

En lo que respecta al límite máximo en que debe finalmente consistir el día-multa, éste varía ostensiblemente de uno a otro código. Mientras en el C.P. español se fija en dinero —50.000 pesetas, art. 50.4—¹¹⁷, en los demás se hace en proporción, o bien al ingreso real del condenado, o bien al salario mínimo legal. De este modo, en el C.P. panameño (art. 48) se hallaría en el 50 % del ingreso diario si sólo vive de su trabajo¹¹⁸; el C.P. de Costa Rica, en la misma situación, habla del monto total de lo ingresado (art. 53)¹¹⁹; el PCP para Nicaragua adopta como base para el cálculo 1/3 parte del ingreso diario; y el salvadoreño, aún mucho más duro, habla incluso de 5 veces el salario mínimo diario vigente en el lugar y tiempo de la sentencia (art. 51). Respecto al mínimo en que debe consistir el día-multa, los únicos que hace referencia a ello son el C.P. español, ubicándolo —también en dinero— en doscientas pesetas (art. 50.4), y el C.P. salvadoreño, fijándolo en 1/3 del salario diario mínimo vigente del que hablábamos (art. 51).

a.2) Límites en los días-multa a imponer

En lo que se refiere al número de días-multa que cabe imponer, el límite mínimo viene fijado en 5 días en el C.P. español (art. 50.3) y el C.P. salvadoreño (art. 45.4); 10 días en el PCP nicaragüense; el código panameño lo fija en 25 días (art. 48); y el C.P. costarricense guarda absoluto silencio al respecto. El límite máximo, por su parte, viene situado en 360 días por los códigos salvadoreño y costarricense (arts. 45.4 y 53 respectivamente), y en 365 por el texto penal panameño (art. 48). De forma mucho más dura el C.P. español lo fija en los dos años cuando actúa como pena principal, y no señala límite ninguno cuando la multa es sustitutiva de otra pena (art. 50.3)¹²⁰. Es, sin embargo, el único de todos que establece las reglas sobre la valoración que el juez debe hacer a la hora de determinar la cantidad de días-multa a imponer, pues reenvía para tal decisión a las normas generales para la aplicación de las penas con los límites señalados en cada tipo delictivo (art. 50.5).

¹¹⁷ Disposición, precisamente por ello, completamente criticable, dado que, como nos recuerdan GONZÁLEZ y GARITA, «no es posible predecir los ingresos del condenado, de modo que esos límites podrían no ajustarse a la real situación económica de un sujeto, lo cual obstaculiza una de las más importantes finalidades del sistema, como es el de la efectividad de la sanción pecuniaria. Además, en casos de inflación siempre sería necesario readecuar la legislación según el valor real de la moneda, lo cual se evita cuando no se utiliza límites fijados en dinero». Vid. en GONZÁLEZ-GARITA, *La multa penal en los códigos penales latinoamericanos*, op. cit., pp. 36 y 37.

¹¹⁸ Recomendación del CPT, si bien éste lo asume como mínimo a imponer si el condenado vive exclusivamente de su trabajo estableciendo el máximo en el tanto de ella (art. 45).

¹¹⁹ En ambos el problema está en que únicamente hacen referencia a los casos en que viva exclusivamente de su trabajo por lo que dejan una puerta abierta a que el límite máximo se supere en aquellos casos en que el condenado tenga otros ingresos (renta, dividendos, intereses, etc.) con la consiguiente inseguridad jurídica al respecto.

¹²⁰ De un modo muy similar se recoge en el PCP nicaragüense. En éste el límite máximo viene impuesto en 1000 días, cuando la multa se impone como pena principal (art. 64.1) y se mantiene un absoluto silencio al respecto, cuando actúa como sustituta de la prisión (art. 94).

b) Sistema global

Es el sistema de cuantificación del importe a pagar como sanción aún mantenido en los textos penales de Guatemala (art. 52), Honduras (art. 51) y Nicaragua (art. 68)¹²¹. Respecto de como ha de determinarse el monto exacto, el C.P. de Guatemala es el más rico en detalles hablando de «capacidad económica del reo, salario, sueldo o renta, aptitud para el trabajo o capacidad de producción, cargas familiares y demás circunstancias que indiquen su situación económica» (art. 53). Honduras y Nicaragua, sin embargo, poseen textos penales mucho más toscos en este sentido, puesto que mientras Honduras a la hora de fijar la cantidad exacta a pagar pide simplemente tener en cuenta «la capacidad económica del penado» (art. 51 Honduras), Nicaragua ni tan siquiera exige eso (art. 68). En cuanto a los límites la situación se invierte, dado que en esta ocasión, mientras Guatemala evita toda referencia al respecto, Honduras los sitúa en 100 a 5000 lempiras para delitos y hasta 90 para faltas (art. 51) y Nicaragua entre 50 y 75.000 córdobas —sin distinguir entre delitos y contravenciones— (art. 56).

3. Posibilidad de pagos aplazados o por cuotas. Demás facilidades para el pago

Todos, salvo Panamá, acogen la posibilidad de que el pago se haga por cuotas: art. 50.6 España¹²², art. 54 Costa Rica, art. 52 El Salvador, art. 54 Guatemala —fijando en un año el máximo para la amortización—, art. 52 Honduras y art. 68 Nicaragua —art. 64.5 PCP—; si bien solamente España y El Salvador no exigen previa garantía real o personal, y únicamente Costa Rica, el PCP Nicaragua¹²³ y Panamá —que no permite las cuotas pero si el señalamiento de un plazo para el pago— le dan la opción al juez de prescindir de ellas. En los demás casos son absolutamente obligatorias, perdiendo la multa su carácter personal, pues, de acuerdo con GONZÁLEZ y GARITA, se está legalizando la posibilidad de trasladar la sanción al fiador cuando la fianza es personal¹²⁴. Se prevé, en todo caso, la revocación de dicho beneficio si mejora de fortuna en Costa Rica (art. 54), PCP Nicaragua (art. 64.5) y en Panamá (art. 49)¹²⁵.

¹²¹ Si bien estos dos últimos no sólo acogen este sistema global sino también el sistema de igualdad, donde la cuantía de la multa se establece en proporción al monto del daño, y también tomando como base otros resultados del delito, ya sean producidos o pretendidos. Una dificultad añadida, sin duda, al proceso penal. Vid. en GONZÁLEZ-GARITA, *La multa penal en los códigos penales latinoamericanos*, op. cit., pp. 90 y ss.

¹²² No lo dice directamente pero cabe deducirse de la redacción del art. 50.6: «[...] El Tribunal determinará en la sentencia el tiempo y forma del pago de las cuotas».

¹²³ Este texto otorga al Juez la facultad de, sólo si el sujeto condenado tiene bienes propios, poder exigir que se otorgue garantía sobre ellos (art. 64.5).

¹²⁴ GONZÁLEZ-GARITA, *La multa en los códigos penales latinoamericanos*, op. cit., p. 51.

¹²⁵ Influencia cierta del CPT, pues éste en su art. 46 dice exactamente: «Al imponer la multa o por resolución posterior, el Juez podrá, atendida la situación económica del condenado, acordar un plazo o autorizar el pago de cuotas con cauciones reales o personales. El Juez tendrá la facultad para prescindir prudencialmente de éstas. Estos beneficios pueden ser revocados por incumplimiento en el pago o cuando mejore sensiblemente la condición económica del condenado».

Como otras facilidades para el pago cabe mencionar la hecha por el art. 55 C.P. Costa Rica y el art. 50 C.P. Panamá, o amortización de la multa por trabajo en favor de la administración pública con cuyo salario se satisfará total o parcialmente la cantidad requerida¹²⁶; la posible reducción de la multa impuesta si disminuye la capacidad de pago o renta (art. 51 C.P. español, art. 53 C.P. salvadoreño y art. 64.5 PCP Nicaragua); y el posible aplazamiento del pago o de las cuotas, e incluso la no imposición de pena de multa alguna si no tiene capacidad de pago, sustituyéndose por otras más adecuadas (arts. 53 y 54 C.P. salvadoreño).

4. Incumplimiento del pago. Consecuencias de la insolvencia

De igual modo que sucede ante la no satisfacción del pago exigido por la imposición de una multa como pena principal, y la imposibilidad de satisfacerlo en los bienes del condenado, sucede cuando la multa no es principal pero si sustituta de otra privativa de libertad: la solución general es la prisión. En aquel caso porque se convertía el dinero —o mejor dicho, el no dinero— en prisión, y aquí porque se revoca el beneficio, que en su momento se concedió, regresando a la prisión que se había transformado en dinero. En este sentido, procederá hacer efectiva la multa en los bienes del condenado en los códigos de España (art. 53.1), Costa Rica (art. 56), El Salvador (art. 52), Nicaragua (art. 69) —art. 65.1 PCP— y Panamá (art. 51); una opción que, sin embargo, es de muy poco uso¹²⁷. Si no existen tales bienes, o no alcanzan, se llega al arresto sustitutorio de forma directa en Guatemala (art. 55) —equivalencia de entre 5 y 100 quetzales por día de prisión,—; Honduras (art. 53) —1 lempira por día de prisión y 2 lempiras si es reclusión—; y Nicaragua (art. 69) —1 día de arresto por cada 5 córdobas—¹²⁸.

Costa Rica (art. 56) —con una proporción de un día de prisión por un día multa—¹²⁹ y Panamá (art. 51) —un día de prisión por cada dos días-multa—, si bien acuden igualmente a la prisión en último término, previamente admiten la posibilidad de que, antes de acudir a tan drástica medida, la multa se satisfaga mediante trabajo en favor de la Admi-

¹²⁶ Las diferencias entre ambos códigos son, no obstante, evidentes: mientras Costa Rica habla de una proporción de un día de trabajo por cada día-multa, Panamá no hace referencia a proporción alguna; y respecto a quien será el encargado de determinar el trabajo, solamente Panamá dice que serán las autoridades, siendo también este país el que hace mención al descuento en el salario del dinero necesario para la manutención tanto del condenado como de aquéllos que pueda tener a su cargo.

¹²⁷ GONZÁLEZ-GARITA, *La multa penal en los códigos penales latinoamericanos*, op. cit., p. 52.

¹²⁸ Una modalidad, ésta de fijar la proporción en dinero, que, al igual que sucedía con el código penal español al señalar los límites máximo y mínimo a no superar nunca por el día-multa en dinero —y tal y como denuncian GONZÁLEZ y GARITA—, «encubre una situación de desigualdad que se agrega a los inconvenientes de la sustitución de la multa por prisión, puesto que fijada la multa en proporción a la capacidad (o incapacidad) económica del sancionado, el convertirla en prisión según su cuantía hace que la duración de la pena de prisión sustitutiva esté basada en aspectos meramente económicos, además de los problemas inherentes a un período inflacionario». Vid. en GONZÁLEZ-GARITA, *La multa penal en los códigos penales latinoamericanos*, op. cit., pp. 57 y 58.

¹²⁹ La misma proporción que la recomendada por el CPT (art. 48).

nistración Pública de cuyo sueldo se extraería la cantidad requerida (art. 55 C.P. Costa Rica y art. 50 Panamá)¹³⁰. Una opción, sin embargo, con graves dificultades para su puesta en práctica, puesto que normalmente quien no paga no tiene ocupación y —como denuncian CRUZ y GONZÁLEZ— «la administración pública no siempre se halla en condiciones de ofrecer los respectivos empleos, sobre todo en épocas de crisis, o de restricciones derivadas de una difícil situación financiera, o de propósitos restrictivos en los cuadros burocráticos»¹³¹.

De un modo similar España, si bien reconduce directamente a la responsabilidad subsidiaria por impago —a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas—, en su art. 53.1¹³² posibilita su cumplimiento en régimen de arrestos de fin de semana¹³³ o, previa conformidad del penado, mediante trabajo en beneficio de la comu-

¹³⁰ Influencia directa del CPT, que en su art. 47 reza del siguiente modo: «Podrá autorizarse al condenado la amortización de la multa mediante trabajo libre sin remuneración, a favor de la administración pública. Las autoridades competentes determinarán los trabajos computables para estos efectos. Un día de trabajo equivale a un día-multa». La diferencia está en que mientras los códigos penales panameño y costarricense hablan de un oportuno sueldo con el que satisfacer la multa impuesta, el CPT, más cercano a la visión del trabajo en beneficio de la comunidad español, convalida directamente aquélla con la realización de éste.

¹³¹ CRUZ-GONZÁLEZ, *La sanción penal*, op. cit., p. 131. Del mismo modo opinan GONZÁLEZ-GARITA, *La multa penal en los códigos penales latinoamericanos*, op. cit., p. 48.

¹³² Así lo manifiesta el art. 53.1 cuando dice: «podrá cumplirse en régimen de arrestos de fin de semana» (y no que podrá ser sustituida por arrestos de fin de semana), por lo que no hay problema de doble sustitución (art. 88.4) cuando primero se sustituye la multa por arresto sustitutorio y éste se cumple mediante arresto de fin de semana o, como veremos, trabajo en beneficio de la comunidad. Vid. en GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, op. cit., p. 116. Sin embargo, cuando se trata de multa proporcional, según el art. 53.2 sólo podrá cumplirse por la segunda vía. En este sentido, ¿sería igualmente posible su cumplimiento también mediante arrestos de fin de semana? A nuestro juicio, y siguiendo a TAMARIT SUMALLA, es lógico que así sea si no se quiere caer en una «descomunal contradicción de todo el sistema sancionatorio». Vid. en TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., p. 369. En igual sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «La pena de multa», en *Estudios sobre el código penal de 1995 (Parte general)*, CDJ, 2/1, CGPJ, Madrid, 1996, p. 336; MOLINA BLÁZQUEZ, C., *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 34; LORENZO SALGADO, M., «Penas privativas de libertad. Referencia especial al arresto de fin de semana», op. cit., p. 82. En sentido contrario, sin embargo, hay quienes, como GRACIA MARTÍN, opinan que la única pena sustitutiva de la responsabilidad penal subsidiaria es el trabajo en beneficio de la comunidad por ser éste el único expresamente previsto. Vid. en GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, op. cit., p. 269.

¹³³ El art. 53.1, si bien señala que dos cuotas impagadas equivalen a un día de prisión, no dice nada, sin embargo, de cómo deben convertirse los días de privación de libertad en arrestos de fin de semana. Las posibilidades que al respecto cabrían son dos: la del art. 37.1 (según la cual cuatro cuotas equivaldrían a dos días y a un arresto de fin de semana), y la del art. 88, cuando el arresto de fin de semana se imponga como sustitutivo de una pena privativa de libertad, que sería nuestro caso, (y según el cual una semana de prisión equivale a dos arrestos de fin de semana). La desproporción es evidente ya que, mientras el art. 37.1 constituye una proporción más dura, finalmente es más favorable por sujetarse a un tope: el de 24 fines de semana. Por el contrario, el art. 88, si bien proporciona una conversión más blanda, no está sujeto a límite alguno, por lo que podría llegarse a 132 fines de semana (dos años de prisión). Lo apropiado por ello sería adoptar la vía del art. 37.1, y no sólo por ser más blanda, sino porque el arresto fin de semana, en el caso que nos ocupa, no vendría a sustituir a ninguna pena, sino que se conforma como un simple «régimen de cumplimiento de la responsabi-

idad, a razón de una jornada de trabajo por cada día de privación de libertad ¹³⁴ (art. 53.1). Opciones ante cuyo oportuno incumplimiento, evidentemente, se regresaría a prisión ¹³⁵.

En una línea muy parecida se sitúa el PCP nicaragüense, si bien con una importante divergencia respecto al español. Este texto, en su art. 65.1, obliga —no faculta— al juez a acordar el cumplimiento del arresto sustitutorio mediante trabajos en beneficio de la comunidad, y sólo una vez que el penado se niegue a ello convertir las cuotas impagadas en días de privación de libertad, a razón de un día de prisión por cada dos días-multa insatisfechos. Además, y como ya advertíamos, da la posibilidad de que el arresto sustitutorio, atendidas las circunstancias personales del sujeto, se cumpla en régimen de arresto domiciliario; lo cual, sin duda, es un aporte de indudable valor alternativo, y que por ello nos merece una consideración altamente positiva.

Finalmente, del C.P. de El Salvador a nuestro juicio caben sonsacarse dos interpretaciones: *primera*, exige al juez que reemplace la multa por trabajo de utilidad pública, a razón de dos horas de trabajo por cada día-multa (por reenvío del art. 52.2 al art. 54). Y *segunda*, estimar que cuando en el art. 74 permite al juez elegir entre el arresto de fin de semana, el trabajo de utilidad pública y la multa a la hora de reemplazar la prisión, le está pidiendo ya el que no aplique la multa en caso de insolvencia. Un texto, el salvadoreño, decidido sea como sea a no caer en el arresto sustitutorio, y, por ello, digno de ser calificado como ejemplo a seguir. De cualquier forma, y volviendo al análisis comparado, el impacto de la sustitución de la multa por prisión se ve atemperado con la imposición del límite máximo en un año en Costa Rica (art. 56), Nicaragua (art. 69) y Panamá (art. 49).

lidad personal subsidiaria». Además, no debemos olvidar que es una conversión de dinero en privación de libertad, planteada por lo general para insolventes, que debe evitar toda gratuidad de aflicción. De este modo opinan GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, op. cit., pp. 57 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, op. cit., p. 175 y ss.; MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, C., «Penas pecuniarias. El sistema de los días-multa», en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código penal*, CDJ, CGPJ, Madrid, 1996, p. 116; SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, op. cit., p. 261. En favor de la regla del art. 88 se ha apuntado, de un lado, que el art. 88 resuelve un supuesto «similar» al del art. 53, y que de hecho en ambos nos encontramos con la misma regla para convertir la multa en privación de libertad; y, de otro lado, que la regla del art. 88 es más favorable al condenado que la del art. 37. En este sentido MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 171.

¹³⁴ En este caso no hay contradicción alguna, ya que el art. 53 se corresponde perfectamente con el art. 88, que recoge al trabajo en beneficio de la comunidad como sustitutivo de la multa y del arresto de fin de semana. En ambos cuatro cuotas de multa equivalen a dos jornadas de trabajo; o lo que es lo mismo, un día de privación de libertad equivale a uno de multa. En todo caso, y siguiendo el criterio anterior, nosotros seguiríamos las prescripciones del art. 53 por estimar, en este caso en concreto, al trabajo en beneficio de la comunidad como modo de cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria y no como sustitutivo de multa o arresto.

¹³⁵ Si bien el código penal no lo dice expresamente, tras su incumplimiento vendría el correspondiente cumplimiento de la privación de libertad originaria. Porque ésta es, a juicio de PRATS CANUT, «una cierta imprevisión del legislador». Un vacío legal que cabe interpretar «entendiendo que el régimen de quebrantamiento del arresto sustitutorio carece de diferencias tanto de naturaleza como de cumplimiento con la pena de prisión por lo que debe acomodarse a las reglas de ésta; luego el incumplimiento de la pena sustitutoria debe llevar al cumplimiento de la pena originaria, en este caso la responsabilidad subsidiaria». *Vid.* en PRATS CANUT, *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 489.

5. Suspensión del arresto sustitutorio en el art. 80 del C.P. español. Problemas

En lo que a la posibilidad de suspensión del arresto sustitutorio se refiere, ésta únicamente viene prevista en el código penal español —y, en principio, en el PCP nicaragüense— ¹³⁶. Tal suspensión cabe sonsacarse de su art. 80, puesto que éste permite suspender toda pena privativa de libertad inferior a 2 años y el arresto sustitutorio en virtud del art. 35 también lo es. El problema, sin embargo, y de acuerdo con LÓPEZ BARJA, surge al someter dicha suspensión al régimen general de la suspensión de las penas privativas de libertad (art. 81.2), por considerarse excesivamente estrecho y no acomodarse, por ello, a las especificidades de la responsabilidad subsidiaria por impago ¹³⁷. La solución quizás estuviera en proporcionarle una suspensión «a medida», ampliando los plazos y reduciendo los requisitos objetivos, cuando la pena privativa de libertad de que se parta sea el arresto sustitutorio ¹³⁸; o, mejor aún, evitando simplemente el llegar a éste, buscando medidas intermedias entre la cárcel y la multa, entre las que estaría la suspensión directa de ésta ¹³⁹. Desde aquí abogamos, sin lugar a dudas, por la segunda opción, si bien no renunciamos a la posibilidad de suspender el arresto sustitutorio ya que si las legislaciones se siguen empecinando en su previsión siempre es mejor esto que nada.

6. Multa y alternatividad. Posibilidades reales en nuestros países

A nuestro juicio, es ciertamente poca la alternatividad que cabe esperar de la multa en los países aquí objeto de análisis. Aquellos que más la adoptan como pena principal —con la excepción de España— son, precisamente, los que no acogen un sistema de días-multa —por lo que no es arriesgado apostar por el no cumplimiento del pago, si nos paramos a pensar cual es la capacidad económica de los que llegan a prisión— y los mismos que ante el impago retoman directamente la prisión (esto es, Guatemala, Honduras y Nicaragua ¹⁴⁰).

¹³⁶ Y respecto del cual cabe hacerse idéntica interpretación que la que se hace en lo que a España se refiere. El art. 51 otorga claramente el carácter de pena privativa de libertad a la prisión surgida a causa de la falta de pago de multa, y el art. 87.1 habla de suspensión de las penas privativas de libertad inferiores a 5 años, y sin hacer ninguna alusión a la imposibilidad de suspender penas ya sustituidas. Luego en base a tal vacío legal, y partiendo de una interpretación favorable al reo, parece ser que este texto posibilita la suspensión de la responsabilidad personal subsidiaria. Algo, sin duda, elogiabile y digno de servir de referente.

¹³⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «La pena de multa», op. cit., p. 337.

¹³⁸ Algo no necesario en el caso nicaragüense, pues de entrada parte de la posibilidad de suspender penas de hasta 5 años de prisión.

¹³⁹ *Vid. supra*, apartado B.II.

¹⁴⁰ Una situación que no mejora, en la medida que cabría desear, con el Proyecto ahora en discusión. En la parte especial de éste la gran mayoría de los delitos siguen siendo sancionados con la prisión, y cuando aparece la multa generalmente es acompañando a aquélla, bien aplicándose junto a ella —la norma general—, bien permitiendo al juzgador elegir entre ambas —la excepción—. Una agravación de la pena que sólo viene a dificultar, aún más si cabe, las cosas.

Para que la pena de multa reemplace de forma efectiva a la prisión, debe estar prevista como pena principal, y única, en la mayor parte de los tipos penales, y sin embargo para nada es esto así¹⁴¹. 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, aún en aquellos países donde el sistema de cuantificación es el de días-multa¹⁴². De cualquier modo, 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 conductas¹⁴³. La ampliación del rigor con la previsión también de la multa no tiene, por tanto, sentido, y lo único que puede hacer —como efectivamente hace— es conducir a una aplicación discriminatoria según sea la capacidad económica del condenado¹⁴⁴. Aparte de que —como denuncia FERRAJOLI—¹⁴⁵ tal doble previsión es un claro atentado al principio de legalidad.

De igual modo, cabe descifrar la falta de interés por la alternatividad en todas las ocasiones en que el texto penal permite optar al juez entre la multa y una privativa de libertad, puesto que si se prevé posible sancionarla con una de las dos es porque se ve posible sancionarla con la multa sola¹⁴⁶. La explicación a todo esto nos la dan GONZÁLEZ y GARITA cuando aseguran que hasta ahora se ha vivido una fuerte tendencia reformista, si bien más dirigida a la búsqueda de mejores sistemas de cuantificación de la multa ante los procesos inflacionarios que a utilizarla como sustitutiva de la prisión¹⁴⁷.

¹⁴¹ España sólo prevé el castigo con multa, como pena principal —acompañada como mucho de una inhabilitación—, en 95 ocasiones; Costa Rica en 34 delitos y en todas las contravenciones (lo que constituye más o menos el 14 % de los delitos); El Salvador en 22 ocasiones de delito y 22 de faltas (3 junto al arresto de fin de semana y una junto al trabajo en beneficio de la comunidad); en Guatemala el legislador ha sido generoso al respecto pues la prevé en 67 conductas todas de delitos, si bien cabría también añadir a este número todas las faltas, por la obligada sustitución del arresto, con que se castigan todas las contravenciones, por la multa; Honduras la acoge en 28 delitos y ninguna falta; en Nicaragua se usa para 57 delitos y 3 faltas; y, finalmente, en Panamá, sin olvidar que para la sanción de las faltas se remite al código administrativo (art. 1.2 CP), se castiga con la multa en 35 delitos (el 16% del total).

¹⁴² El promedio en Latinoamérica es de que apenas el 8% de los delitos son sancionados con multa, en tanto que el 84% lo son con penas privativas de libertad. *Vid.* en GONZÁLEZ-GARITA, *La multa en los códigos penales latinoamericanos*, *op. cit.*, p. 136.

¹⁴³ De este modo en España se castigan con prisión y multa 104 conductas, y con arresto y multa otras 7. En Costa Rica se aplica en 7 ocasiones la prisión conjuntamente con la cárcel. En El Salvador 24 con la prisión y 3 con el arresto de fin de semana; en Guatemala son 70 los hechos delictivos que sufren de esta doble punición; en Honduras 20; en Nicaragua 74 delitos y 3 faltas; y en Panamá 49 (un 22%).

¹⁴⁴ CACHÓN-CID, «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», *op. cit.*, pp. 48 y ss.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 404.

¹⁴⁶ España lo permite en 28 ocasiones respecto de la prisión y 13 respecto del arresto de fin de semana. Costa Rica en 15 ocasiones con la prisión (sobre el 10 % de los delitos). El Salvador por su parte no recoge tal posibilidad, algo por otro lado de agradecer. Guatemala lo hace tan sólo en una ocasión. Honduras en 7 ocasiones de delito y 10 de contravenciones. Nicaragua en tan sólo 5 ocasiones. Y Panamá en 13 (un 5 % del total de los delitos recogidos).

¹⁴⁷ GONZÁLEZ-GARITA, *La multa en los códigos penales latinoamericanos*, *op. cit.*, pp. 133 y ss.

Porque es evidente que nuestros códigos penales, al contrario de lo que si hacen algunos textos penales de nuestro entorno legislativo-continental —tales como el alemán y el austríaco—, no caminan en la dirección de que la multa acabe replegando a la pena de prisión como reacción penal. En su papel de sustituta, tanto de la prisión como del arresto de fin de semana, la pena de multa cuenta con un estrecho margen y con el problema 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 o la parte cumplida en arresto de fin de semana o trabajo en beneficio de la comunidad¹⁴⁸.

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 —razón por la que recomendamos la opción al respecto del PCP nicaragüense, art. 65.3—, junto a la real inexistencia de posibilidades diferentes a la multa, la prisión se le presenta como inevitable¹⁴⁹. Algo especialmente curioso en países que, como éstos, prohíben constitucionalmente la prisión por deudas¹⁵⁰. En este sentido, el único texto penal que recomendamos como ejemplo, por los evidentes esfuerzos llevados a cabo desde su letra para evitar el tener que recurrir al injustificable arresto sustitutorio, es el salvadoreño. Un ejemplo que nos recuerda 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.

D) CONCLUSIONES VALORATIVAS. LAS APTITUDES DE LA MULTA COMO ALTERNATIVA

1. Superioridad de las ventajas y superabilidad de los inconvenientes

Como ventajas, entre otras muchas, la multa cuenta con: evita el efecto criminógeno de la prisión, con la que sin embargo comparte sus «virtudes» de graduabilidad e igualdad; permite al condenado permanecer en su entorno, por lo que no se obstaculizan las pretensiones resocializadoras; el Estado, para variar, no se encuentra con un gasto sino con un ingreso con el que puede atender a las víctimas del crimen —o mejorar la situación de los establecimientos penitenciarios, tal y como lo exige el art. 64.4 del PCP para Nicaragua—; el error judicial se repara fácilmente; y, además, es una pena idónea para los delitos cometidos con ánimo de lucro, presentando unos efectos que persisten pese a su aplicación repetida —puesto que, claro está, nadie se acostumbra nunca a pagar.

¹⁴⁸ LORENZO SALGADO, M., «Penas privativas de libertad. Referencia especial al arresto de fin de semana», *op. cit.*, p. 30.

¹⁴⁹ GONZÁLEZ-GARITA, *La multa penal en los códigos penales latinoamericanos*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁵⁰ De este modo lo proclaman las constituciones de Costa Rica (art. 38) —entre cuyas excepciones en el art. 39 no se encuentra desde luego la conversión de la multa en prisión—, El Salvador (art. 27), Guatemala (art. 17), Nicaragua (art. 41) y Panamá (art. 21).

Como inconvenientes se le adjudican, también entre otros, y como ya hemos podido comprobar: el que afecta con diversa intensidad al pobre que al rico, por muchos que sean los esfuerzos, que lo son, por proporcionar su cuantía al bolsillo del condenado —con el grave problema del arresto sustitutorio—; el que pueda tratarse de una pena destinada a ser percibida la mayor parte de las veces más como una tasa que como una pena, contribuyendo de forma decidida a la inflación del Derecho penal¹⁵¹ —por lo que precisa de sustitutivos más enérgicos que eviten la práctica impunidad que, de no haberlos, se produciría en los casos de insolvencia real o provocada—¹⁵²; y el que carezca de capacidad para motivar el comportamiento, tanto de las personas que no están en condiciones de pagarlas como de las que, por tener mucho dinero, no la estiman más que como «una pequeña molestia»¹⁵³ —aparte de inconvenientes como pueden ser el riesgo de su configuración cuasiconfiscatoria y la incidencia de las devaluaciones monetarias.

No obstante lo último, consideramos que las ventajas ganan sin duda a los inconvenientes, los cuales —de acuerdo con MANZANARES SAMANIEGO—¹⁵⁴ 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 dé y de como se desarrolle en la práctica. La suma de todos sus factores nos llevan a pensar el que esta sanción aparezca como adecuada para satisfacer funciones preventivas frente a la mayoría de los ciudadanos.

Ciertamente puede que intimide menos que la prisión, de lo que muchas veces se le acusa, pero aquí de lo que se trataría es de comprobar si ese *plus* de intimidación, aportado por la prisión, es necesario para la prevención de la mayoría de las infracciones penales¹⁵⁵. Una pregunta a la que nosotros, desde ya, respondemos en forma negativa. Estimamos que su efecto intimidatorio puede competir con el de las penas carcelarias de corta y mediana duración —campo donde se sitúa su verdadero reto—¹⁵⁶, y sin aumentar la reacción penal, por tratarse de una sanción no intrusiva y carente, en cualquier caso, de todo contenido de control ajeno al castigo mismo¹⁵⁷. De cualquier forma, lo que si parece generalizado es el acuerdo de que la asunción de los sistemas de días-multa puede ser un sustitutivo interesante cuando de delitos fiscales o de «cuello blanco» se trate¹⁵⁸.

¹⁵¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 417.

¹⁵² COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 761.

¹⁵³ MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 543.

¹⁵⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de multa», op. cit., p. 1536; *el mismo en Las penas patrimoniales en el Código penal español*, op. cit., p. 16.

¹⁵⁵ CACHÓN-CID, «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», op. cit., p. 45.

¹⁵⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de multa», op. cit., p. 1536. Del mismo modo, ZODER, I., «Las consecuencias jurídicas económicas del delito», en AA.VV., DIEGO DÍAZ-SANTOS-FABIÁN CAPARRÓS (coord.), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 165.

¹⁵⁷ CACHÓN-CID, «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», op. cit., p. 42; en el mismo sentido, MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 542.

¹⁵⁸ MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, op. cit., p. 497.

Los inconvenientes, en todo caso, están basados —de acuerdo con ROLDÁN— «más en una deficiente puesta en práctica del sistema, que en defectos intrínsecos del mismo»¹⁵⁹. 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 reo¹⁶⁰. Dificultades que, sin duda, pueden ser superadas con imaginación y celo por parte de la Administración —sentencia SAINZ CANTERO—¹⁶¹.

2. La importancia de la determinación de la cuota a pagar. La necesaria colaboración de la Administración

La determinación de la cuota a pagar en cada caso, no nos cansamos de repetirlo, 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 sujeto¹⁶². Al respecto, y para que no pierda su eficacia preventivo-general, tiene que asemejarse en gravedad a la pena privativa de libertad, pero sin llegar a la cuota «demasiado» elevada que —estamos de acuerdo con ZODER—¹⁶³ a lo único que conduciría es, indudablemente, a un proceso de desocialización tanto del condenado como de su familia. Es, por tanto, absolutamente necesario que el órgano que deba fijar las cantidades a pagar disponga de una información completa y actualizada¹⁶⁴. 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»¹⁶⁵. 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»¹⁶⁶.

Para ello, lógicamente, debe existir una estrecha colaboración entre la Administración y los Jueces, poniendo aquéllos a disposición de éstos un personal de trabajo social que ayude al sujeto a superar las dificultades que pudiera tener para el pago de la multa¹⁶⁷, y

¹⁵⁹ ROLDÁN BARBERO, H., *El dinero, objeto de la sanción penal*, op. cit., p. 74.

¹⁶⁰ GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el NCP español*, op. cit., p. 153.

¹⁶¹ SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», op. cit., p. 245.

¹⁶² GONZÁLEZ-GARITA, *La multa penal en los códigos penales latinoamericanos*, op. cit., p. 29.

¹⁶³ ZODER, I., «Las consecuencias jurídicas económicas del delito», op. cit., p. 168.

¹⁶⁴ 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.

¹⁶⁵ BERISTAIN IPIÑA, A., «La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad», *ADPCP*, n.º 28, 1975, p. 393.

¹⁶⁶ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., «El sistema de días-multa», op. cit., p. 21.

¹⁶⁷ CACHÓN-CID, «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», op. cit., p. 56.

permitiendo a los propios jueces el hacer las indagaciones oportunas —siempre que sean razonablemente necesarias— sin que puedan operar instituciones como el secreto bancario o la confidencialidad en las declaraciones sobre el impuesto de la renta ¹⁶⁸. Porque los jueces, y pese a todas las limitaciones, tienen ante sí la labor de aplicar esta sanción de modo que hagan efectivo el principio de igualdad de impacto que, consecuentemente, conllevará la efectividad real de la pena de multa. Y porque con ello estarán, además, en condiciones de conseguir, mediante un escalamiento de la responsabilidad personal subsidiaria, que el recurso a la pena de prisión sea verdaderamente una *ultima ratio* del sistema penal ¹⁶⁹.

3. Multa y realidad socioeconómica. La necesidad de aunar esfuerzos

Es cierto que el éxito o no de la multa como sustituta de la pena de prisión depende directamente del sistema económico general existente en el concreto país, de la existencia o no de desigualdades, y de las posibles insuficiencias económicas de los individuos, porque su difusión, en definitiva, y sobre eso no hay dudas, coincide con la difusión del bien en que debe ejercitarse su función represiva: el dinero. Es necesario, por ello, trasladar el tema de la pena de multa a las condiciones materiales de la sociedad en que debe actuar. Porque, evidentemente, si se quiere dar a la multa una posición preeminente en el sistema ésta siempre debe pagarse ¹⁷⁰.

Ciertamente, un eficaz sistema de ejecución pecuniaria de las multas conduce a mejores resultados en su cumplimiento que otro apoyado exclusivamente en la amenaza de la prisión en caso de impago ¹⁷¹. Es por ello que las posibilidades de utilización de la multa aumentan cuando el nivel económico general se eleva ¹⁷². Lo que explica la evolución favorable de ésta en los países avanzados —por ejemplo Alemania, donde la multa supone el 80 por ciento de las penas impuestas—. Y lo que también explica, como advierte ARROYO GUTIÉRREZ ¹⁷³, el que las probabilidades de éxito en Latinoamérica sean más bien escasas, dados los rasgos característicos de la clientela penal que ahora mismo llena sus prisiones. Apreciación ésta que, sin embargo, debe ser superada, puesto que la prisión, finalmente, castiga el patrimonio del condenado aún en mayor medida que la propia multa ¹⁷⁴.

¹⁶⁸ GONZÁLEZ-GARITA, *La multa en los códigos penales latinoamericanos*, op. cit., p. 152.

¹⁶⁹ CACHÓN-CID, «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», op. cit., p. 57.

¹⁷⁰ CEREZO MIR-DÍEZ RIPOLLÉS, «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas», op. cit., p. 214. En igual sentido, BACIGALUPO ZAPATER, E., «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal Europeo actual», *PJ*, 43-44, 1996/II, p. 136.

¹⁷¹ CACHÓN-CID, «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», op. cit., p. 44.

¹⁷² MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 729.

¹⁷³ ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, op. cit., p. 137, nota 185.

¹⁷⁴ Como nos recuerdan estos autores, si se recurre con mayor frecuencia a la prisión, ante la pobreza generalizada que impide recurrir a la multa, lo que se está haciendo es entrar en una fuerte contradicción, ya que la prisión en sí misma impide al condenado obtener los ingresos mínimos de subsistencia, al no permitirle trabajar (pese a los esfuerzos que los penitenciarios puedan hacer, y de hecho hacen), lo cual empeora radicalmente la situación de pobreza del interno y de su familia. Vid. en GONZÁLEZ-GARITA, *La multa penal en los códigos penales latinoamericanos*, op. cit., p. 4.

El diferente «golpe» que el desarrollo económico ha asestado en los distintos países no tiene, sin embargo, porque influir en la expansión de la pena pecuniaria, si todos los esfuerzos se centran en llevar a cabo las correcciones técnicas necesarias para rendir compatible la pena de multa con la distribución desigual de la riqueza. Porque el problema radica, precisamente, en no partir de la consideración de que las personas no tienen el mismo patrimonio, y por ello una misma multa puede provocar, y de hecho así lo hace, efectos ciertamente desiguales. Luego, la raíz del asunto está, en consecuencia, en buscar un adecuado sistema de multa que garantice una justa proporción entre su cuantía y las condiciones económicas del condenado, y éste parece encontrarse en el de los días-multa como único capaz de garantizar el principio constitucional de igualdad.

«Porque de la igualdad jurídica —escriben GONZÁLEZ y GARITA— deriva la obligación de disponer un tratamiento igual para los iguales y un tratamiento diferenciado para los diversos, criterio que responde en forma plena a la exigencia moderna de individualizar y personalizar la sanción» ¹⁷⁵. Y porque sólo con él se le podrá encontrar un verdadero alcance a la multa en países que, como los centroamericanos, sufren graves crisis económicas que afectan a la mayoría de la población ¹⁷⁶. Al respecto, y en consecuencia, urge su adopción en los textos penales que como el guatemalteco, el hondureño y el nicaragüense aún mantienen el sistema de márgenes fijos, que a lo único que porta es a aumentar, aún más si cabe, una desigualdad que ya de por sí se alza como triste característica de la zona.

Porque —de acuerdo con PADOVANI— si bien es cierto que «las disposiciones penales no pueden modificar las condiciones económicas de los condenados pueden, sin embargo, limitar su relevancia discriminatoria [...] mediante la disposición de dispositivos destinados a impedir que, para los que no tienen la condena a una pena pecuniaria representa, no obstante la adecuación a las condiciones económicas, únicamente la antesala de la prisión» ¹⁷⁷. Porque son harto conocidas las razones que aconsejan no reducir el gasto público en este punto, dado que hacerlo resultará seguramente más caro y el precio se pagará en términos de paz social. Y porque, en definitiva, la multa sigue siendo, pese a todo, la alternativa más adecuada «a una justicia penal que —de acuerdo con BACIGALUPO— está enferma de una utilización excesiva de la pena y un derroche sin sentido de la pena privativa de libertad en especial» ¹⁷⁸. La objeción de que no cabe aplicarse la pena de multa en países con graves crisis económicas no tiene, por tanto —y repetimos—, acogida.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

¹⁷⁶ «El sistema de días-multa —escribe GONZÁLEZ ÁLVAREZ— no es un instrumento capaz de extender por sí solo la aplicación de las penas pecuniarias, esto último permanece como problema de política criminal; pero constituye un buen incentivo para considerar esa ampliación precisamente porque atenúa los principales defectos de la multa, aunque no los elimina del todo». Vid. en GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., «El sistema de días-multa», op. cit., p. 19.

¹⁷⁷ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, op. cit., pp. 158 y 159.

¹⁷⁸ SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», op. cit., p. 247. BACIGALUPO ZAPATER, E., «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal Europeo actual», op. cit., pp. 134 y 135.

En resumidas cuentas, y acabando con este punto, sólo nos queda concluir que la multa es la sustituta ideal de la pena privativa de libertad, en cualquiera que sea el sistema normativo, y eso es algo frente a lo que no deben permanecer ajenos los textos penales centroamericanos. Al respecto, y para lograr su deseada efectividad en aras a reducir progresivamente el uso de la prisión como pena, son necesarios ciertos pasos previos. Sin lugar a dudas, habrá que comenzar por preverla como pena principal, y única, en la correspondiente 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. El sistema apropiado para la determinación de la cantidad final a pagar, y así evitar los casos de impago y el arresto sustitutorio, parece ser, en todo caso, el de días-multa. Un sistema que, sin embargo, y tal y como hemos visto, necesita para su realización efectiva de una estrecha relación con la Administración, a efectos de que le facilite los datos oportunos para llegar al conocimiento de la real situación económica del condenado. Si, a pesar de todo, la situación es de verdadera insolvencia, son múltiples las posibilidades existentes que sin acudir a la prisión resuelven el problema, y que, por ello, deben ser preferentemente acogidas.

IV. EL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

A) ORÍGENES Y FINALIDADES

Si bien al lado del esquema ofrecido por el *Community Service* —donde aparece como una sanción autónoma—¹⁷⁹ se encuentran otras dos grandes referencias, marcadas por el «trabajo libre»¹⁸⁰ —tomado en sentido estricto de la legislación suiza como instrumento alternativo de cumplimiento de la pena pecuniaria— y el «trabajo educativo»¹⁸¹ —propio de los países socialistas, gracias al control estatal de las industrias y de los sindicatos—, son mayoría los Estados que han partido del esquema inglés.

¹⁷⁹ La filosofía de esta pena, base como veremos de su concepción internacional, ha sufrido un giro importantísimo en los últimos años en Inglaterra. Actualmente se impone como una reacción punitiva con un número de horas de trabajo proporcional a la gravedad del hecho delictivo. El incumplimiento conduce a la imposición de otras acabando en un tercio de los casos cumpliendo pena de prisión. Se aplica a delitos de mediana gravedad, donde la pena de multa aparece como demasiado leve y la de privación de libertad como demasiado grave, por lo que los tribunales la utilizan como la más grave de las sanciones no privativas de libertad. *Vid.* en HUBER, B., «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», *op. cit.*, p. 164.

¹⁸⁰ Adoptado también por algunos países latinoamericanos, consiste en el servicio *retribuido* en favor del Estado y de los otros órganos públicos, y cuyo objetivo es que el condenado obtenga los medios necesarios para el pago de la pena de multa. *Vid.* en PALIERO, C., «Il «lavoro libero» nella prassi sanzionatoria italiana: cronaca di un fallimento annunciato», *RIDPP*, 1986, p. 92.

¹⁸¹ En estos países la realización de trabajos de utilidad social se contempla como pena autónoma, consistente en mantener al sujeto en su puesto de trabajo pero descontándole una parte del sueldo. En todo caso, este modelo, por sus especiales características, no cabe considerarse ni tan siquiera como una variante del trabajo en beneficio de la comunidad. *Vid.* en LÓPEZ CABRERO, G., «Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas», *op. cit.*, p. 279.

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 a propuesta del Informe WOOTTON¹⁸² —con voluntad de reducir el uso de la prisión por razones, en realidad, más económicas que humanitarias—¹⁸³, 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—¹⁸⁴, si bien cada uno con sus concretas peculiaridades.

Mientras en los códigos penales alemán y portugués aparece como sustitutivo de la pena de multa, y en el español de la de arresto de fin de semana, en el italiano sustituye a la responsabilidad subsidiaria por impago de multa, y en el francés aparece como pena correccional asociada a la comisión de delitos menos graves. Es común, no obstante, el que en todos los casos se asuma como un recurso preferentemente utilizado para delitos de gravedad baja o media, respecto de los que la prisión se percibe como pena excesiva y al mismo tiempo se considera no conveniente la remisión condicional de la pena o suspensión del fallo¹⁸⁵. Del mismo modo, es tónica general el que se excluya de su aplicación a personas con graves problemas de alcohol o drogas —por tratarse de personas con poca

¹⁸² Si bien existían otras alternativas en Inglaterra, tales como la multa o la *probation*, éstas aparecían como insuficientes para resolver el problema. La peculiaridad del trabajo en beneficio de la comunidad, según este autor, es que podría adecuarse a todas las filosofías penales por muy contradictorias que éstas fueran. En primer lugar, era una alternativa más severa que la multa o la *probation*, y por ello más capacitada para sustituir a la prisión en la prevención de la delincuencia. En segundo lugar, permitía dar respuesta a las necesidades de la víctima, que por aquel entonces empezaba a ocupar un papel importante en la discusión. Y, finalmente, se le veía como más eficaz en la rehabilitación que la *probation*, que descargaba finalmente todo el peso en el infractor, mientras que el trabajo en beneficio de la comunidad reforzaba los vínculos entre individuo y comunidad. En YOUNG, W., *Community Service Orders. The development and use of a new penal measure*, London, Heinemann, 1979, pp. 4 y ss. *Vid.* en CID MOLINÉ, J., «El trabajo en beneficio de la comunidad», en CID MOLINÉ-LARRAURI PUJOÁN, *Alternativas a la prisión*, *op. cit.*, p. 95 y ss.

¹⁸³ Para comenzar, la crisis económica de finales de los años 70, e inicios de los 80, paralizó notablemente la eficacia de la multa. Al tiempo, es lógico, aumentó el número de penas privativas de libertad sustitutivas que presionan fuertemente la estructura carcelaria. «La disminución de empleo que ha traído consigo la última hornada maquinista ha quedado así, parcial o, incluso, si se quiere, simbólicamente contrapesada en el orden penal por una recolocación especial, temporal y no onerosa del multado insolvente». *Vid.* ROLDÁN BARBERO, H., «Arresto sustitutorio y sanciones alternativas (A propósito de la STC de 18 de febrero de 1988)», *op. cit.*, p. 867. Para un conocimiento detallado del trasfondo político-criminal que llevó a la aparición del *Community Service Order* se recomienda la lectura de la obra HUBER, B., «*Community Service Order* como alternativa a la pena privativa de la libertad en Inglaterra», *ADPCP*, n.º 36, 1983, pp. 35 y ss.

¹⁸⁴ 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», *op. cit.*, p. 307.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 331.

costumbre al trabajo y mucho más necesitadas de tratamiento—, con problemas psiquiátricos, y delitos producidos a un nivel importante de violencia¹⁸⁶.

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 intereses públicos al tener que cooperar en actividades que tienen ese carácter¹⁸⁷. No consiste —resume ASÚA BATARRITA—¹⁸⁸ 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.

B) SU CONTENIDO. LA FUNDAMENTACIÓN PREVENTIVA QUE LO SUSTENTA

Se trata, sin más preámbulos, de que el individuo sacrifique en beneficio de la comunidad su tiempo libre¹⁸⁹. Es decir, esta sanción —como nos recuerda HUBER—¹⁹⁰ no tiene como objeto la prestación de un trabajo, sino la pérdida del tiempo libre de que pueda disponer el condenado. El sujeto concreto no recibe ningún tipo de sueldo, luego no se busca una satisfacción económica sino que es la propia actividad la que tiene el efecto rehabilitador buscado, para despertar en el individuo la responsabilidad social al tiempo que repara a la sociedad¹⁹¹. Se apoya, por tanto, en el convencimiento de que no es posible ninguna resocialización si al sujeto no se le integra también en el sistema productivo¹⁹².

Su ventajosidad radica, sobre todo, en su compatibilidad con el ejercicio de los derechos civiles y laborales del condenado. Consiste en la obligación de desempeñar una determinada actividad durante un período concreto. Una realización positiva, y no mera privación o restricción de derechos del modo en que ocurre con la mayoría de las penas

¹⁸⁶ CID MOLINÉ, J., «El trabajo en beneficio de la comunidad», *op. cit.*, pp. 98 y 99. Del mismo modo, HUBER, B., «Community Service Order como alternativa a la pena privativa de la libertad en Inglaterra», *op. cit.*, p. 43.

¹⁸⁷ GRACIA MARTÍN, L., (coord.) *Las consecuencias jurídicas del delito en el NCP español*, *op. cit.*, p. 132.

¹⁸⁸ ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 320.

¹⁸⁹ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁹⁰ HUBER, B., «Community Service Order como alternativa a la pena privativa de la libertad en Inglaterra», *op. cit.*, p. 40.

¹⁹¹ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁹² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La sanción de trabajo en provecho de la comunidad», en *La Ley*, 1194, 2, 1985, p. 1068.

tradicionales¹⁹³. El sujeto puede continuar su vida normal sin que la sanción pierda su carácter de pena, puesto que —transcribiendo a DOLCINI y PALIERO— «materializa su aflicción en la pérdida del tiempo libre y su valor pedagógico en la reconversión de este último en una actividad de gran significación social»¹⁹⁴. Y es que, como sabemos —y en esta ocasión es VALMAÑA quien nos lo recuerda—¹⁹⁵, toda sanción penal debe tener cierta trascendencia social para poder alcanzar los objetivos de prevención general a perseguir con toda pena, y el hecho de que tendencia actual consista en un intento de hacer menos oneroso el cumplimiento de las sanciones penales no implica dejar vacío de contenido el citado principio. Su fundamentación preventiva es, en consecuencia, tanto general como especial.

De una parte, satisface las exigencias de prevención general, porque al fin y al cabo supone la constricción de horas libres con virtualidad de servir como intimidación bastante para que no se cometan determinadas conductas delictivas menos graves, y la población en general admite al trabajo en beneficio de la comunidad como afirmación del Derecho —prevención general positiva— de modo más satisfactorio que la condena condicional o instituciones similares¹⁹⁶. A quienes le quepa alguna duda al respecto no habría más que preguntarles —como hace DOLCINI— qué tiene más eficacia disuasiva, ¿una pena detentiva, que a menudo, por no decir normalmente, no se ejecuta, o una pena de trabajo en beneficio de la comunidad también gravosa, sobre todo por desarrollarse con sacrificio de gran parte del tiempo libre, y donde la ejecución es cierta? ¹⁹⁷. Y es que con esta pena el Estado no sólo renuncia a la punición del culpable sino que, además, la sociedad se resarce en cierta forma del daño causado por el reo¹⁹⁸.

De otra parte, el solo hecho de que el trabajo sea socialmente positivo, en contacto con los ciudadanos de «bien» comprometidos con la vida comunitaria de forma libre y espontánea, es atractivo tanto por la disminución del aislamiento social del condenado como por sus claros efectos resocializadores —fundamentación prevención especial—¹⁹⁹. Efecto que, como sabemos, no se puede entender en términos de integración del condenado en la clase trabajadora, sino en términos de la naturaleza de la actividad impuesta al condenado. Una especie de «terapia ambiental» que, como más adelante veremos, será

¹⁹³ ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 331.

¹⁹⁴ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, *op. cit.*, p. 166.

¹⁹⁵ VALMAÑA OCHAFTA, S., *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 178.

¹⁹⁶ ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 331.

¹⁹⁷ DOLCINI, E., «Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politico-criminali», *RIDPP*, 1977, pp. 514 y 515.

¹⁹⁸ MAGGINI, A., «Il lavoro come misura alternativa», *RIDPP*, 1977, p. 710.

¹⁹⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La sanción de trabajo en provecho de la comunidad», *op. cit.*, p. 1069.

más eficaz cuanto mayores sean las posibilidades de asociar al condenado a organizaciones de voluntarios que ya desarrollen servicios en favor de la comunidad²⁰⁰.

C) EL CARÁCTER SUSTITUTIVO DE ESTA PENA. DIFICULTADES A SALVAR

1. El inexcusable consentimiento del condenado. La diferencia con los trabajos forzados

NUVOLONE no sólo tacha a esta figura de más estigmatizadora que la prisión sino que, llegando aún más lejos, la califica de trabajo forzado diciendo expresamente: «el trabajo forzoso incluso en tiempos muy lejanos, fue una primitiva forma de pena. El hecho de humanizarlo o de adornarlo con adjetivos socialmente adecuados, nada le quita a ese carácter originario y lógicamente irreductible»²⁰¹. Sin embargo, aquí nos vemos compelidos a quitarle la razón y puesto que se trata de una afirmación completamente ajena a la realidad. El trabajo en beneficio de la comunidad es una obligación siempre asumida voluntariamente por el condenado para prestar cooperación en determinadas actividades de utilidad pública²⁰². Porque la eficacia final de esta figura depende de la valoración positiva que del trabajo haga el condenado, es por ello que debe ser inicial y responsablemente aceptado por éste. La consideración de trabajo forzado es por tanto —y de acuerdo con VALMAÑA— una crítica gratuita²⁰³.

Esta sanción es impuesta como castigo y no para ser castigado —aclara ASHWORTH—²⁰⁴. Una pena de trabajos forzados es claramente contradictoria al modelo de Estado que aquí tomamos como base, y de ahí la necesidad de su aceptación por el penado²⁰⁵. Necesario consentimiento que, sin embargo, y de forma inexcusable le roba al trabajo en beneficio de la comunidad su posible carácter de pena principal, relegándolo a ser una perpetua sustituta de otra pena ya sea detentiva ya sea de otro tipo.

Es una figura, por todo esto, a caballo entre el «contrato» y la «pena». Contrato, por la esencialidad de la aceptación por parte del condenado, y pena, porque el sujeto tiene la

²⁰⁰ DOLCINI, E., «Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politico-criminali», *op. cit.*, p. 511.

²⁰¹ LÓPEZ CABRERO, G., «Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas», *op. cit.*, p. 280.

²⁰² GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el NCP español*, *op. cit.*, p. 134.

²⁰³ VALMAÑA OCHAÏTA, S., *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 178.

²⁰⁴ *Vid.* en CID MOLINÉ, J., «El trabajo en beneficio de la comunidad», *op. cit.*, p. 108.

²⁰⁵ Para la noción de trabajo forzado lo normal es acudir al Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo celebrado en Ginebra en 1930, y ratificado por España en 1932. Su artículo 8.1 define al trabajo forzado como «aquél exigido a un individuo bajo la amenaza de un pena y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente». Quedan, por tanto, excluidos del propio convenio los trabajos exigidos como consecuencia de condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que sea ejecutado bajo la vigilancia y el control de las autoridades públicas, y que no haya cesión a particulares por su propio lucro. *Vid.* en DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 63.

obligación de presentarse al organizador del trabajo y ejecutar éste puntualmente con la obligación de notificar cualquier cambio de residencia, so pena de cargar con las consecuencias del incumplimiento de las que se le debe advertir puntualmente²⁰⁶. No obstante, su naturaleza jurídica es sin duda —y de acuerdo con ASÚA BATARRITA—²⁰⁷ la de una pena, dado que con ella se alude a indicaciones «rehabilitadoras», configurándose como pena «alternativa» a una privativa de libertad, aunque a mayor abundamiento pueda tener un saludable efecto sobre la persona que la cumple. La funcionalidad de esta pena como sustitutiva de la prisión es, de cualquier forma, tan posible como deseable. Sin embargo, y como no podía ser de otra manera, tropieza con determinadas dificultades que de forma prioritaria debemos salvar si lo que queremos es contar con resultados positivos a medio y largo plazo.

2. La infraestructura. La necesaria coordinación judicial con la Administración y los cuerpos asistenciales

Para comenzar, y no es poco, nos situamos ante una pena que comporta una considerable complejidad al requerir de una eficaz coordinación con la Administración, como único ente capaz de proveer de puestos de trabajo. Sin tal previsión las posibilidades de éxito de esta pena como alternativa a la prisión serán realmente escasas por no decir nulas²⁰⁸. Para su buen funcionamiento es evidente que se necesita una infraestructura adecuada y una oferta suficiente de puestos de trabajo. Los Jueces deberán estar bien informados, tanto de esa disponibilidad como de las relaciones personales del inculcado, a la hora de tomar una decisión. Debe existir, en consecuencia, una perfecta relación entre la Administración y el Poder judicial, puesto que la carencia de información suficiente a lo único que llevaría es a que se equivocase su finalidad con la consiguiente situación de confusión²⁰⁹.

Se debe, por ello, y antes de iniciar cualquier experimentación, realizar un estudio previo de los medios personales y materiales necesarios, en función de la naturaleza de la nueva figura y del número de condenados que se prevea puedan optar a ella progresivamente, y en consecuencia dotar de tales medios²¹⁰. Porque, en pocas palabras —y de acuerdo con DE LA CUESTA—²¹¹, el trabajo en beneficio de la comunidad es una figura cuyo éxito, más que de una perfecta regulación normativa sin lagunas de ningún tipo, de

²⁰⁶ ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 313.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 318.

²⁰⁸ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 177.

²⁰⁹ HUBER, B., «Community Service Order como alternativa a la pena privativa de la libertad en Inglaterra», *op. cit.*, p. 41.

²¹⁰ ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 328.

²¹¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La sanción de trabajo en provecho de la comunidad», *op. cit.*, p. 1075.

lo que depende es de la adecuada estructuración de un servicio dedicado a la colaboración con el poder judicial. Del necesario apoyo por parte de la Administración, en orden a ejecutar la sanción y ofrecer ayuda y asistencia social al condenado; algo, por otro lado, efectivamente costoso e imposible de improvisar de un día para otro.

3. Tras el trabajo apropiado

a) Las dificultades inherentes a la búsqueda de trabajo en tiempos de graves problemas de desempleo

No es, desde luego —y a diferencia de lo que ocurría con las acusaciones de trabajo forzado—, una crítica gratuita la que se basa en la dificultad de que el trabajo pueda convertirse en una forma de pena en unos momentos en que se considera cada vez más como un privilegio. De un lado, habida cuenta de la crisis laboral que se está viviendo los trabajos a realizar no pueden significar la ocupación de colocaciones para gente en paro, por lo que la colaboración de los sindicatos se alza como absolutamente necesaria²¹². Y, de otro, al tratarse de un trabajo no remunerado hay que ser especialmente cuidadoso en la selección de las actividades a desarrollar, buscando el evitar explotaciones injustas y abusos. Todo ello, unido a la generalizada carencia de las necesarias especializaciones en los delincuentes, dificulta, aún más si cabe, el hallazgo del trabajo adecuado.

El terreno apropiado parece ser —de acuerdo con DE SOLÁ, GARCÍA ARÁN y HORMAZÁBAL—²¹³ el de las asociaciones con fines benéficos y sociales que cuentan con pocos ingresos y tienen serias dificultades de mantenimiento. Generalmente son trabajos manuales, como el mantenimiento y limpieza de calles, plazas y jardines, pero también pueden consistir en servicios a club de jóvenes, asistencia a minusválidos, a enfermos o a ancianos²¹⁴. En resumen, todas aquellas actividades que normalmente no se llevarían a cabo sino a través del voluntariado —entre las que podrían citarse la reconversión de centros abandonados en hogares del jubilado, reforestación, restauración de excavaciones arqueológicas o edificios históricos, acompañamiento a ancianos o impedidos a encuentros deportivos, a la universidad, etc.—. Pues todas ellas tienen en común el hecho de que no satisfacen intereses privados, o de un colectivo determinado, sino que, al menos potencialmente, pueden beneficiar a todos los ciudadanos²¹⁵. Las opciones pese a las dificultades iniciales —de acuerdo con ASÚA BATARRITA—²¹⁶ son inmensas, y dependen de

²¹² RODRÍGUEZ MANZANERA, L., «Panorama de las alternativas a la prisión en América Latina», en CARRANZA, E., *et. alt.*, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, *op. cit.*, p. 82. Igualmente, DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 49.

²¹³ *Ibidem*, p. 33.

²¹⁴ SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», *op. cit.*, p. 235.

²¹⁵ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Las penas privativas de derechos en la reforma penal», *AP*, n.º 8, 1997, p. 165.

²¹⁶ ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, pp. 311 y ss.

la agilidad y habilidad del funcionario encargado de seleccionarlas, adaptándolas a las características de la persona en concreto. En cualquier caso, no parece muy acertado excluir la posibilidad de que sea el propio condenado el que busque el trabajo, o elija uno entre todos los que se le puedan ofertar²¹⁷. Más bien esto sería lo ideal, dado que cuanto más motivado esté el sujeto en su trabajo mejores resultados cabrá esperar de la experiencia²¹⁸.

b) Asistencia y control del cumplimiento

Los problemas, sin embargo, tampoco acaban aquí. El sistema presupone, como hemos visto, aparte de la existencia de tareas adecuadas y significativas la existencia de un sistema de control²¹⁹; la disposición de una plantilla para la supervisión; y —no podemos olvidarlo— la necesidad de contar con ayuda voluntaria dispuesta a comprometerse con esta clase de actividad²²⁰. Es, en consecuencia, absolutamente necesaria una previa estructuración de los órganos del trabajo social y su correspondiente apoyo a través de instituciones de carácter socio-pedagógico y psicológico²²¹. Idea ésta que, si bien corresponde a un modelo rehabilitador, desde nuestra óptica proporcionalista, como vimos, no debe faltar.

La intervención penal, que al fin y al cabo siempre supone el trabajo en beneficio de la comunidad, debe incluir un nivel de ayuda a la persona que permita limitar sus efectos más nocivos. Esta sanción generalmente va dirigida a personas con múltiples problemas personales y sociales, quienes ahora se ven, además, en la obligación de cumplir una sanción penal. La intervención, precisamente por esto, deberá centrarse en ayudar a la persona a solucionar tales problemas, intentando evitar que esta modalidad punitiva empeore la situación. Esta es una ayuda que, aparte de justificarse en sí misma como limitación del castigo —advirtiendo MCIIVOR—²²², resulta también efectiva de cara a conseguir mejores niveles de cumplimiento. A ello, lógicamente, debe contribuir la colectividad como grupo humano.

²¹⁷ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 49. De la misma opinión es HUBER, B., «Community Service Order como alternativa a la pena privativa de la libertad en Inglaterra», *op. cit.*, p. 45.

²¹⁸ ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 315.

²¹⁹ Al respecto, es de sumo interés el estudio de como se lleva a cabo la organización y funcionamiento de esta figura en la práctica inglesa; un asunto oportuna y ampliamente desarrollado en la obra DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

²²⁰ CEREZO MIR-DÍEZ RIPOLLÉS, «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas», *op. cit.*, p. 218.

²²¹ HUBER, B., «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», *op. cit.*, pp. 165 y 166.

²²² CID MOLINÉ, J., «El trabajo en beneficio de la comunidad», *op. cit.*, p. 110.

4. La concienciación ciudadana

Porque no hay duda en que nos situamos ante una institución que hunde profundas raíces en la vida social del país, y que por ello requiere de una fuerte capa social de personas activas y comprometidas²²³. El éxito en la aplicación de esta medida —de acuerdo con LÓPEZ CABRERO—²²⁴ depende, esencialmente, del interés que despierte en la comunidad, puesto que un grave obstáculo, con el que indefectiblemente siempre tropieza, es el de la escasez de entidades dispuestas a ofrecer trabajo a los condenados por un delito. Una traba traducida en la negativa a dar una oportunidad de colaborar en trabajos de ayuda por los recelos o prejuicios —por otro lado comprensiblemente humanos— que existen comúnmente frente a los delincuentes. Se hace necesaria, por todo ello, y sin lugar a dudas, una campaña previa de información pública sobre el interés del sistema de los trabajos en beneficio de la comunidad y los detalles de su ejecución, a fin de evitar el rechazo no sólo de los centros que puedan ofrecer trabajos sino también de las organizaciones sindicales y del público en general²²⁵.

Cierto es que la situación del mercado de trabajo ha ejercitado históricamente una pesada influencia sobre las decisiones de política criminal en general, y sobre las clases de sanciones en particular —recuérdese lo dicho sobre el origen de la pena de prisión en el siglo XVII—. Sin embargo, la misma historia nos demuestra como algunas conquistas básicas en términos de humanidad y civilización, en lo que a las sanciones penales se refiere, también sobreviven en situaciones distintas, y quizás antinómicas, respecto a las que las habrían originado —sigamos con el ejemplo de la permanencia de la cárcel en nuestros días.

Hoy, ciertamente, existe un desfase entre la situación económica, la del mercado de trabajo, y las directrices de una evolución del sistema sancionatorio penal inspirado en la idea de resocialización. Esto, sin lugar a dudas, agudiza las dificultades y deficiencias en el camino de la reforma, pero no puede, sin embargo, llevarnos a negar algunos mínimos resultados ya obtenidos. No sólo la cárcel respecto al trabajo en beneficio de la comunidad —nos segura DOLCINI—²²⁶ implica unos gastos mucho más elevados, y por ello más difíciles de sobrellevar por la colectividad, sino que este último, concretado en la imposición de prestaciones a desarrollarse en el tiempo libre sin ser retribuidas, parece dirigido a producir sobre el mercado de trabajo contragolpes mucho menos sensibles que una pena detentiva en la que se den actuaciones realmente dirigidas al derecho al trabajo remunerado de los condenados.

²²³ HUBER, B., «Community Service Order como alternativa a la pena privativa de la libertad en Inglaterra», *op. cit.*, p. 40.

²²⁴ LÓPEZ CABRERO, G., «Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas», *op. cit.*, p. 281.

²²⁵ ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 330.

²²⁶ DOLCINI, E., «Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politico-criminali», *op. cit.*, p. 518.

5. Consecuencias del incumplimiento. ¿Vuelta a la prisión?

Si bien las conocidas como sanciones de apoyo están pensadas para estimular de alguna forma al cumplimiento de la concreta sanción, aquéllas, tal y como hemos dicho casi hasta la saciedad, no deben poseer una severidad superior a la de ésta. Se debe, en consecuencia, evitar también el uso de la prisión como sanción de apoyo al trabajo en beneficio de la comunidad, dado que, como ocurría con la pena de multa, entre ambas sanciones hay otras que pueden cumplir la misma función siendo menos gravosas. Entre otras, estarían el arresto domiciliario y la libertad vigilada²²⁷, y sólo en caso de incumplimiento de éstas cabría hablar de prisión, pero, nuevamente, como *ultima ratio*.

D) SU ESCASA PRESENCIA EN NUESTROS TEXTOS PENALES

1. Regulación legal

Esta figura únicamente viene prevista como pena principal, aplicable tanto para delitos como para faltas, en el código penal salvadoreño —donde se denomina *Trabajo de Utilidad pública*, art. 45— y en el PCP nicaragüense (art. 54)²²⁸. Y como pena sustitutiva, aparte de en éstos (arts. 74 y 94.1 respectivamente)²²⁹ se recoge también en el código español (art. 33)²³⁰ —conocida como *trabajo en beneficio de la comunidad*—, dónde solamente posee este carácter en consecuencia directa con la prohibición constitucional de toda pena consistente en trabajos forzados (art. 15 Constitución). Una coincidencia previsor de cualquier forma nada «casual» si se parte de la determinante influencia española de que hacen gala ambos textos centroamericanos²³¹.

En todo caso, y en lo que a su carácter de pena sustituta se refiere, mientras en España sólo aparece como sustitutoria de la pena de arresto fin de semana, cuando ésta aparece como pena principal (art. 88.2) —a razón de dos jornadas de trabajo por cada arresto (art. 49), con un mínimo de 16 y un máximo de 384 horas (art. 33.3.j)—; en El Salvador puede sustituir penas de hasta 3 años de prisión, los mismos años que constituirán su máximo

²²⁷ CID MOLINÉ, J., «El trabajo en beneficio de la comunidad», *op. cit.*, p. 109. En opinión contraria se sitúa ASÚA BATARRITA, que parte de considerar a la prisión como pena de apoyo adecuada en caso de incumplimiento tanto de la multa como del trabajo en beneficio de la comunidad. *Vid.* en ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 325.

²²⁸ Con un mínimo de 10 jornadas y un máximo de 90.

²²⁹ De momento, únicas posibilidades centroamericanas, pese a que el CPT la acoge como oportuna forma de convertir la prisión inferior a 6 meses (art. 80).

²³⁰ Una inclusión que representa una de las novedades más importantes de nuestro ya no tan «nuevo» código penal, y que por ello ha sido aplaudida por la doctrina, si bien es ilógica su ubicación como pena privativa de otros derechos, dado que, obviamente, y de acuerdo con MAZA, no parece esa su naturaleza correcta. *Vid.* en MAZA MARTÍN, J. M., «Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo código penal», en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, CDJ, CGPJ, Madrid, 1996, p. 16.

²³¹ *Vid. supra*, Capítulo II, apartado B.2 (2-b).

(arts. 45.5.º y 74), y con una conversión de 4 jornadas semanales de trabajo por cada mes de prisión (art. 75); y en el PCP nicaragüense penas de hasta 2 años de cárcel (art. 94.1), a razón de una jornada de trabajo por día de prisión.

La duración de la jornada en España nunca podrá ser superior a 8 horas diarias (art. 49) —de igual modo el PCP nicaragüense, art. 61.1—, mientras que el salvadoreño, mucho más suave al respecto, la sitúa en un máximo de 8 a 16 horas semanales (art. 55 C.P. El Salvador). Los tres coinciden, sin embargo, en la posibilidad de revocación del beneficio por incumplimiento y la consiguiente vuelta a prisión (art. 88.3 C.P. español, art. 56 C.P. salvadoreño y art. 62 PCP Nicaragua), señalando una proporción de dos días de privación de libertad por cada jornada de trabajo en el C.P. El Salvador (art. 56), un día de prisión por cada dos jornadas en el PCP Nicaragua (art. 62) y de 1 arresto por cada 2 jornadas en el C.P. España (art. 88.2 por remisión del 88.3).

2. Papel real como alternativa a la pena privativa de libertad. Problemas prácticos

En lo que respecta a la importancia de su papel como verdadera alternativa a la pena privativa de libertad, esto es cuando aparece como principal y ocupa el lugar de ésta en el correspondiente tipo delictivo, no se sabrá sino acudiendo a la correspondiente parte especial, donde se conocerá la real confianza que el legislador le tiene a esta pena. En este sentido, el código penal salvadoreño la acoge en nueve ocasiones²³², de las cuales tan sólo dos son delitos y siete faltas, y de éstas una viene acompañada de la pena de multa, por lo que no se debe esperar mucho de tal alternativa²³³.

En su papel como sustituta ni que decir tiene que, desde aquí, y de entrada, se aconseja la más pronta incorporación de esta figura, en aquellos textos penales que aún no la prevén —la mayoría por cierto—, junto a la oportuna reglamentación de su ejecución. En lo que respecta a quienes si la acogen, habrá que esperar todavía algún tiempo para saber si será éxito o fracaso lo que le siga a esta figura, puesto que los textos en que aparece son prácticamente nuevos —el de España de 1995, el de El Salvador de 1997, y en su caso el PCP nicaragüense—, y de ahí los temores. De cualquier forma, lo que si se puede adelantar es que mientras el texto salvadoreño le da un margen de actuación «aceptable» como sustituta de la prisión —3 años—, el nicaragüense y el español se quedan realmente escasos. Y sobre todo el español, pues sólo prevé tal posibilidad respecto del arresto de fin

²³² Salvo error u omisión dichos artículos son: art. 201 —incumplimiento de los deberes de asistencia económica—, art. 205 —explotación de la mendicidad—, art. 381 —falta de daños—, art. 387 —falta por adquisición de cosas de origen sospechoso—, art. 388 —falta por procurarse objetos de ilegítima procedencia—, art. 399 —falta por violación de sepulcros—, art. 400 —falta por profanación de sepulcros—, art. 401 —falta por menos precio de cadáveres—, y art. 403 —falta por sustracción o apoderamiento de cadáveres—.

²³³ Pocas intenciones alternativas que, de igual forma, muestra el PCP nicaragüense. Éste sólo sanciona 5 delitos y 1 falta con Trabajo en Beneficio de la Comunidad —y en ninguno como pena única, pues en 3 delitos acompaña a una pena de prisión, en 2 a una de multa, y en la falta permite optar entre él y la multa.

de semana cuando éste aparece como pena principal —que, como vimos, sólo ocurre en contadas ocasiones—²³⁴.

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»²³⁵. Posibilidades que sin embargo aumentarían si siguiese el ejemplo salvadoreño —o en el peor de los casos el nicaragüense— ampliando la sustitución a penas de prisión de hasta 3 años. En todo caso, y como hemos visto, 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 éste lo rechaza la solución inevitable es la del cumplimiento de la pena inicialmente impuesta. Un consentimiento, por otro lado, que nosotros juzgamos siempre necesario, por lo que nos llama poderosamente la atención el que los textos salvadoreño y nicaragüense no lo requieran. Máxime cuando en el art. 27 de la Constitución salvadoreña si bien no se habla de trabajo forzado si se prohíben «[...] las penas infamantes, proscriptivas y toda especie de tormento [...]»; y cuando, del mismo modo, el art. 36 de su homóloga nicaragüense proscribida toda pena o trato cruel, inhumano o degradante.

Sea como sea, el hecho de que el incumplimiento remita directamente a la prisión —o, en el caso español, al arresto— 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. 56 C.P. salvadoreño, art. 88.3 C.P. español y art. 62 PCP nicaragüense). Y, por último, aunque no por ello dando por acabado este punto, cabe destacar la deficiente regulación de su ejecución en todos los casos. En España se regula en un único artículo del C.P., el art. 49 —remitiéndose en otros aspectos a la LGP, lo que, lógicamente, es de lamentar— y el Reglamento que le sirve de desarrollo —R.D. 690/1996, de 20 de abril—²³⁶ deja mucho que desear. Por su parte, en el código penal de El Salvador ocupa los arts. 55, 56 y 57 y la regulación que de esta figura se hace en la LGP —arts. 56, 57 y 58— no soluciona en mucho los problemas²³⁷.

Y es que la remisión que en ellos se hace a la LGP es una remisión que —de acuerdo con GARCÍA ARÁN— cabe tachar 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 conse-

²³⁴ *Vid. supra*, apartado II.A.1.c).

²³⁵ CID MOLINÉ, J., «El trabajo en beneficio de la comunidad», *op. cit.*, p. 115

²³⁶ Al respecto es de interés la lectura de 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 20 de abril», *op. cit.*, pp. 485 y ss.

²³⁷ En lo que al PCP para Nicaragua se refiere, también se hace referencia a una legislación penitenciaria que de momento no existe, por lo que no podemos entrar en valoraciones, si bien esperamos que tal mandato no se quede en letra muerta que se traduzca en la consiguiente inaplicación de la institución.

cuencias»²³⁸. Las horas de trabajo impuestas por el código español y el proyecto nicaragüense son en todo caso excesivas, y si bien el contenido de las condiciones del trabajo es bueno²³⁹ carecen, sin embargo, y al igual que el salvadoreño, de toda previsión de ayuda a la persona que lo cumple. Una ayuda tendente a facilitar el cumplimiento y con la consiguiente evitación de que el quebrantamiento de la medida acentúe sus problemas de marginación social²⁴⁰. 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 Administración²⁴¹. El fin, desde luego, merece todos los medios.

E) CONCLUSIONES

1. Una figura simbiótica entre el proporcionalismo y la rehabilitación

El fin de las alternativas, como sabemos, debe ser la reducción del uso de la prisión, y desde este punto de vista debemos valorar su adecuación. En este sentido, nos situamos ante una figura apta, sin duda, tanto desde el esquema teórico proporcionalista como desde el rehabilitador. Porque «justicia» y resocialización encuentran en el trabajo en beneficio de la comunidad, y desde esta perspectiva, una perfecta apoyatura. Pues éste, al mismo tiempo que por su propio contenido tiene un claro efecto preventivo especial reeducador, de igual modo se configura como una «justa» compensación del mal aportado por el delito²⁴². Cada uno de los sentidos, sin embargo, impone lógicamente sus condiciones.

En el primer sentido —o rehabilitador— cabrá esperar una eficacia superior cuanto mayor sea el «contrapeso», por decirlo de alguna manera, que el trabajo a desarrollar tenga que ver con el tipo de delito cometido —como ejemplo sírvanos la prestación de un trabajo en hospitales o asistenciales para los autores de accidentes de tráfico culposos o de delitos menores contra la integridad física—²⁴³ El segundo sentido —o de justicia proporcional—, nos constriñe a utilizar esta figura, en principio, sólo respecto de delitos de escasa gravedad y poca alarma social, a fin de vencer las resistencias que su utilización

²³⁸ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, op. cit., p. 53.

²³⁹ Y aquí es de destacar la previsión literal del PCP nicaragüense sobre la posibilidad de que el trabajo sea físico o intelectual, y siempre adecuado a las concretas capacidades del condenado (art. 61.1).

²⁴⁰ CID MOLINÉ, J., «El trabajo en beneficio de la comunidad», op. cit., pp. 114 y 115.

²⁴¹ JESCHECK, H. H., «Tres conferencias de Derecho penal comparado. Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», op. cit., p. 35.

²⁴² DOLCINI, E., «Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politico-criminali», op. cit., pp. 511 y ss.

²⁴³ MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, op. cit., p. 500.

encontraría en la opinión pública, y de modo particular entre aquellos trabajadores con los cuales los condenados entrarían en contacto. En un segundo momento, y una vez salvas tales dificultades iniciales con la correspondiente obtención de resultados favorables, se podría extender su aplicación a hipótesis de mayor gravedad²⁴⁴.

Todo ello porque el trabajo en favor de la comunidad aparece, en comparación con la pena de prisión, como una sanción mucho más humana, que no impide el que la persona desarrolle sus planes de vida, y que al mismo tiempo —y en opinión de CID—²⁴⁵ cuenta con las virtudes que de la prisión proclamaron los ilustrados: su igualdad y su consecuente capacidad de operar como mecanismo de tutela frente a la mayoría de las personas. Como una figura, para parte de la doctrina, incluso más ventajosa en muchos casos que la suspensión condicional de la pena y la multa²⁴⁶. Sin embargo la realidad —como nos advierte DE LA CUESTA—²⁴⁷ es que en su calidad de «alternativa» lo es más de la *probation* que de la propia pena privativa de libertad —posibilidad, en todo caso, que cabe deducirse tanto del art. 83.5 C.P. español como del art. 79.4 C.P. salvadoreño y del art. 90.c) del PCP nicaragüense—, lo que seguramente no era la intención de sus ideólogos.

2. Una pena eterna sustituta. La ampliación de su campo de actuación a través de una cláusula general

El hecho de que sea necesario el consentimiento del ofensor (art. 49 C.P. español) hace, sin embargo, que sea muy difícil su configuración como sanción principal, porque sin tal consentimiento no sería más que uno de los considerados como tratos inhumanos o degradantes, y por ello moral y jurídicamente inadmisibles. La solución —a juicio de DOLCINI—²⁴⁸ tal vez esté en la inclusión de una cláusula general que consintiese al juez, ante las conductas de una determinada gravedad, sustituir la pena de prisión por el trabajo en beneficio de la comunidad indicando, en cualquier caso, los criterios a seguir por el juzgador en su aplicación. De este modo, esta figura se aplicaría todas las veces que, en relación a la causa del delito y la personalidad del delincuente, no solamente aparezca como no necesario privar al sujeto de su libertad personal sino que también se estime como particularmente oportuna una específica acción dirigida a sensibilizarlo respecto de obligaciones de solidaridad.

²⁴⁴ DOLCINI, E., «Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politico-criminali», op. cit., p. 534.

²⁴⁵ CID MOLINÉ, J., «El trabajo en beneficio de la comunidad», op. cit., p. 118.

²⁴⁶ ASUA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», op. cit., p. 320.

²⁴⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «La sanción de trabajo en provecho de la comunidad», op. cit., p. 1070.

²⁴⁸ DOLCINI, E., «Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politico-criminali», op. cit., p. 533. SERRANO PASCUAL, en una dirección similar, habla de su previsión en la parte especial como pena directa pero alternativa a otra. Vid. en SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, op. cit., p. 264.

En un sistema así pensado, en el que la cárcel venga circunscrita a los delitos de mayor gravedad, y en el que al mismo tiempo encuentren lugar también otras medidas de carácter más concretamente reeducativo, una sanción restrictiva del estilo de vida habitual del condenado tendría una vasta utilización adaptándose, tal y como se ha visto, a varias categorías de ilícitos, de carácter ocasional, en los que los autores en su mayoría no tienen necesidad de resocialización. La sanción tendrá también en ellos una indudable capacidad intimidativa porqué, siendo de fácil y simple actuación, podrá ser evitado en su lucha el recurso a medidas indulgenciales de discutible justificación. Sin olvidar que se evita la imposición de una pena privativa de libertad de breve duración que, al fin y al cabo, es contra lo que hemos luchado desde el inicio —resume con convicción MAGGINI—²⁴⁹.

Es, en cualquier caso, recomendable el que sirva de sustitutivo a la pena de multa para las infracciones de gravedad intermedia, en los casos en que el infractor no esté en condiciones de proceder al pago de la multa, y como sanción de apoyo cuando rechace pagar pudiendo hacerlo²⁵⁰ —si bien debe configurarse como el trabajo en favor de la comunidad aquí estudiado y no como el acogido en el código penal suizo; es decir, no retribuido—. Si en el transcurso de la ejecución encuentra un trabajo, mejorando su situación y acabando con su insolvencia, la ejecución se seguiría en la forma ordinaria de la pena de multa²⁵¹. Por último, y como observación final, cabe hablar del desacierto que supone la exclusión automática de los drogodependientes y alcohólicos de su ámbito de aplicación, puesto que las experiencias que al respecto se han llevado a cabo demuestran que en muchos de los casos el trabajo se desarrolla satisfactoriamente —principalmente porque éste fue cuidadosamente elegido en función de sus circunstancias personales—, por lo que es dable darles igualmente un voto de confianza²⁵². Éste es, en todo caso, un problema respecto del cual, y para variar, se ven bien librados los textos que aquí están siendo objeto de análisis.

3. Su puesta en marcha. La infraestructura adecuada

De acuerdo con ASÚA BATARRITA²⁵³, la infraestructura necesaria para su puesta en funcionamiento tampoco requiere de una gran complicación sino que basta con un sistema ágil de coordinación efectiva con los organismos de servicios sociales, municipales o locales y las entidades no lucrativas. El contacto de los condenados con organizaciones de voluntarios puede resultar particularmente prometedor, ya que en ese mismo ámbito podría realizarse una forma de asistencia del todo apropiada en aras al buen funciona-

²⁴⁹ MAGGINI, A., «Il lavoro come misura alternativa», *op. cit.*, p. 711.

²⁵⁰ CID MOLINÉ, J., «El trabajo en beneficio de la comunidad», *op. cit.*, pp. 106 y ss.

²⁵¹ DOLCINI, E., «Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politico-criminali», *op. cit.*, pp. 540 y 541. Del mismo modo, MAGGINI, A., «Il lavoro come misura alternativa», *op. cit.*, p. 705.

²⁵² En «Note du Home Office sur les Community Service Orders en Grande-Bretagne», de marzo de 1976. Vid. en ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 314.

²⁵³ *Ibidem*, p. 321.

miento de la figura y respetuosa de su lógica²⁵⁴. Ciertamente los costos iniciales son elevados, pero si nos paramos a comparar éstos con los de las instituciones penitenciarias, y tenemos presente su amortización a largo plazo, no serían gastos tan difíciles de aceptar²⁵⁵. En todo caso se trataría de configurar esta institución de manera muy similar a como lo está la prestación social sustitutoria del servicio militar ya experimentada en muchos países como el nuestro. En este sentido, la sola presencia, ya hoy, dentro de las organizaciones altruistas de personal «fluctuante», como es el conformado por los objetores de conciencia o los voluntarios, parece garantizar que la frecuente rotación de los condenados no tenga porque anular ningún efecto positivo producido desde su obra —sentencia, sin amargos, DOLCINI—²⁵⁶.

La solución respecto a los puestos de trabajo debe estar, en todo caso, en manos de las entidades públicas, y especialmente locales —siempre que con él no se propongan el ahorrar un determinado gasto público que crearía un puesto de trabajo—. Para ello deben otorgar la posibilidad de colaborar con los organismos de participación ciudadana, tales como las asociaciones de vecinos y todas aquellas otras entidades que, alejadas siempre de la obtención de beneficios, permitan la conexión del sometido a pena con la vida de la colectividad social a la que pertenece. Y esto deberá ser así porque —de acuerdo con DE SOLÁ, GARCÍA ARÁN y HORMAZÁBAL— «se trata de una ocasión de dar sentido a la ejecución penal demasiado importante como para no ser tomada en cuenta»²⁵⁷.

Las autoridades oficiales, las instituciones municipales y las entidades comunitarias son los órganos más adecuados para contribuir al otorgamiento de dichos trabajos, pues cierto es que serán, en última instancia, los directos beneficiarios de tales prestaciones sin tener que soportar gasto alguno²⁵⁸. Si bien parecería adecuado, aparte de establecer la duración del trabajo por horas de prestación, tal y como lo hace el código penal francés —dado que, de este modo, se permite adecuar la aplicación a los horarios laborales del condenado en el caso de que éste cuente ya con un trabajo fijo, al tiempo de graduar proporcionalmente las horas a la gravedad de las infracciones—²⁵⁹, la asignación de una dieta para comida y transporte, o bien de una prestación mínima de subsistencia, gestionada a través de los servicios de asistencia social locales²⁶⁰.

²⁵⁴ DOLCINI, E., «Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politico-criminali», *op. cit.*, p. 526.

²⁵⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La sanción de trabajo en provecho de la comunidad», *op. cit.*, p. 1072.

²⁵⁶ DOLCINI, E., «Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politico-criminali», *op. cit.*, p. 524.

²⁵⁷ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 64.

²⁵⁸ KENT, J., *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, *op. cit.*, p. 91.

²⁵⁹ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 63.

²⁶⁰ ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 323.

4. La necesaria experimentación. Valoración crítica final

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»²⁶¹. No obstante, y 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 general²⁶².

En este sentido, la organización operativa del servicio comunitario siempre presentará una menor complejidad que la de una institución penitenciaria de internamiento. En el sector del trabajo en beneficio de la comunidad la experiencia hasta ahora adquirida hace pensar —advierte GRASSO—²⁶³ que los problemas de recursos no se oponen con agudeza; por lo cual nosotros, desde aquí, no vemos impedimento alguno para su introducción en los códigos penales centroamericanos que aún no la han acogido. Y es que el problema, al fin y al cabo, e irónicamente, se reduce al sólo hecho de que seguimos teniendo mayor experiencia sobre el funcionamiento de las cárceles.

La adopción de una nueva pena o medida distinta a las tradicionales necesita siempre, y lógicamente, de una previa reglamentación —con el estudio de ventajas, inconvenientes y recursos necesarios— si lo que se quiere realmente es garantizar su aplicabilidad. El secreto al respecto se halla, a juicio de PALIERO, en una humilde meditación histórica —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»²⁶⁴. Luego sería razonable, en definitiva —y como nos resume ASÚA BATARRITA—, que en Centroamérica, al igual que se ha hecho en otros países, el trabajo en beneficio de la comunidad se comenzara a experimentar de forma provisional, «a fin de verificar las dificultades reales y lograr paulatinamente, si se

²⁶¹ *Ibidem*, p. 320.

²⁶² *Ibidem*, p. 309.

²⁶³ GRASSO, G., «La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata», *op. cit.*, p. 1445.

²⁶⁴ PALIERO, C., «Il «lavoro libero» nella prassi sanzionatoria italiana: cronaca di un fallimento annunciato», *op. cit.*, p. 117.

comprueba su conveniencia, la conformación de la estructura necesaria para su introducción definitiva en el catálogo de las sanciones penales»²⁶⁵.

V. PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS

A) CONCEPTO Y POSIBLES CONTENIDOS. LÍMITES

Tal y como las conceptuamos en su momento²⁶⁶, las penas privativas de derechos son sanciones que afectan al ejercicio o la titularidad de otros derechos diferentes al de la libertad y al del patrimonio. En principio, pero sólo en principio, no constriñen ni tan siquiera en una parte la libertad personal tomada en sentido estricto²⁶⁷. Entre ellas cabría hacer mención a la inhabilitación —ya sea especial, ya sea general— para el ejercicio de cargos públicos, profesiones u oficios, a la privación del derecho a conducir y a la privación del derecho a poseer y portar armas. Sanciones todas ellas que, sin embargo, ni ahora ni antes se han presentado en su formulación conminativa como penas que persigan el reducir el uso de la prisión, sino que, por el contrario, en la mayor de los casos en que aparecen como penas principales lo hacen acompañando a una pena de prisión —o multa— en carácter de accesoriedad²⁶⁸. Penas con las que hay que ser, en todo caso, sumamente cautelosos, puesto que no toda privación de derechos distintos a la libertad y al patrimonio es, sólo por este carácter negativo, legítima en un modelo de Derecho penal liberal.

En este sentido, nunca podrá privarse, a cual sea el sujeto por cual sea el motivo, de los derechos constitucionalmente reconocidos que no suponen para su ejercicio el de la libertad ambulatoria —como el derecho a la integridad física—; de los derechos que redundaran en una actuación catalogada como inhumana o degradante —como la pérdida del derecho a percibir el seguro de desempleo—; los que condujeran a un evidente efecto desocializador —como la privación *ad aeternum* de algún derecho—; y de todos aquellos otros que la concreta Constitución considere no privables —como es el caso de la nacionalidad o el derecho al sufragio activo en nuestra constitución española—²⁶⁹. Unas cautelas que debemos tener siempre presentes porque las penas privativas de derechos, pese a su aparente benignidad, pueden llegar a ser desbordadas en su sentido hasta el punto de manifestarse, en muchos casos, como enormemente desproporcionadas por exceso a la gravedad de los delitos para los que están previstas. Como penas claramente infamantes, que únicamente vengan a aumentar el aspecto negativo de las penas privativas de libertad y sin función preventiva alguna²⁷⁰.

²⁶⁵ ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 333.

²⁶⁶ *Vid. supra*, Capítulo III. Apartado I.B (b-4).

²⁶⁷ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, *op. cit.*, p. 160.

²⁶⁸ MATUS ACUÑA, J. P., «Penas privativas de derechos», en CID MOLINÉ-LARRAURI PÍOÁN, *Penas alternativas a la prisión*, *op. cit.*, p. 121.

²⁶⁹ MATUS ACUÑA, J. P., «Penas privativas de derechos», *op. cit.*, pp. 125 y ss.

²⁷⁰ ZAFFARONI, R. (Coord.), *Sistemas penales y Derechos humanos en América Latina*, *op. cit.*, pp. 79 y ss.

En sociedades como las actuales la capacidad de obrar, el acceso a la función pública, el ejercicio de una profesión o de una actividad artesanal o comercial, y hasta el uso del permiso de conducir, son condiciones elementales de trabajo y de supervivencia. Su privación, sobre todo cuando ésta es definitiva, resulta en gran parte de los casos más gravosa que la misma pena privativa de libertad, pudiendo también pecar de desigualdad por estar prevista sólo para ciertas clases de profesionales²⁷¹. Las penas privativas de derechos deben, por ello —y de acuerdo con FERRAJOLI—²⁷², estar sujetas al principio de jurisdiccionalidad de manera que sean infligidas por el Juez no de forma automática sino con conocimientos de causa; es decir, sobre la base de su exacta comprensión y connotación del hecho. Lo que hace evidentemente necesario, de otro lado, el que se eleven a la categoría de penas principales, de manera que puedan ser impuestas de forma exclusiva sólo para aquellos supuestos en que sean absolutamente necesarias, pudiendo extenderse en todo caso a todas las clases sociales y siempre y cuando su aplicación en concreto no contraste con el fin último de reinserción social del condenado —sentencia con rotundidad MANTOVANI—²⁷³.

B) LA PRIVACIÓN DE DERECHOS COMO ALTERNATIVA A LA PRISIÓN

1. Fundamentación

Si bien las penas privativas de derechos no fueron mencionadas por WASIK y Von HIRSCH, como oportunas sustitutas de las penas de prisión para delitos de mínima y mediana gravedad, de tal omisión no se puede concluir el que no sean aptas para reducir el uso de la cárcel. Al contrario, son las que se encuentran en mejores condiciones para sustituir a la prisión en el tratamiento penal de ciertas conductas de gravedad intermedia y baja²⁷⁴. En determinados casos, la amenaza de una prohibición de realizar ciertas conductas puede tener un apreciable efecto preventivo-general, y cuando se lleve a cabo de forma rigurosa también un indudable efecto de prevención especial ligado a la «incapacidad» de cumplir una actividad que en el pasado ha demostrado, respecto del sujeto, una ocasión de delito, facilitándole de este modo su reinserción²⁷⁵. Su previsión, en consecuencia —y estamos de acuerdo con PADOVANI—²⁷⁶, se justificaría más sobre el plano de la proporción cualitativa entre el ilícito y la sanción que sobre el de alternativas a la prisión, de cuyos efectos realmente no representa un sustitutivo.

²⁷¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 418. En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 563.

²⁷² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 418. De igual forma, SAINZ CANTERO, J. A., «El futuro de la pena privativa de libertad: la vía de la sustitución», op. cit., p. 85.

²⁷³ MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, op. cit., p. 501. De igual modo, PAGLIARO, A., «La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi», op. cit., p. 1201.

²⁷⁴ JESCHECK, H. H., «Tres conferencias de Derecho penal comparado. Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», op. cit., p. 15.

²⁷⁵ PAGLIARO, A., «La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi», op. cit., p. 1201.

²⁷⁶ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, op. cit., p. 119.

2. Posibles campos de actuación

En el sentido expuesto, son penas susceptibles de aparecer como principales en casos de²⁷⁷:

— Delitos de peligro o mero riesgo, siempre que el peligro sancionado tenga su origen en una conducta inapropiada en el ejercicio del derecho que se priva. Una conclusión también extensible a los casos en que dicho peligro haya provocado daños a las personas, o a las cosas, que puedan calificarse de imprudentes. Al respecto, que mayor efecto preventivo —tanto especial como general— que el conseguido a través de la prohibición a ejercer el derecho de que se trate y sobre el cual hay un dato cierto: el de constituyó el medio para poner en situación de riesgo el concreto bien, o en su caso llevar a la producción imprudente del correspondiente daño²⁷⁸.

— De igual modo, parece adecuada la sanción con la privación del ejercicio de un determinado derecho cuando se constata que dicha pena resulta suficiente para castigar ciertas conductas en que la calidad profesional o el oficio desempeñado, resulta jurídicamente relevante para la comisión del delito, y siempre que el daño generado por éste sea de poca o mediana gravedad²⁷⁹. Porque, al fin y al cabo —y en palabras de MATUS—, «el daño generado con sus actuaciones podría ser reparado por la vía civil y no necesitan de una especial sanción penal, pues, o bien no son intencionales por ser meramente imprudentes o, cuando lo son, son de poca o mediana intensidad y sólo pueden realizarse abusando del derecho o posición de que se priva. Privación que, de este modo, se convierte en sanción adecuada para estimarse principal y única»²⁸⁰.

²⁷⁷ MATUS ACUÑA, J. P., «Penas privativas de derechos», op. cit., pp. 128 y ss.

²⁷⁸ Por ello, la pena de privación del permiso a conducir resultaría apropiada para los supuestos de peligro que se producen en el tráfico motorizado, siempre y cuando el peligro o el daño imprudente sancionado se deriven de una conducta inapropiada en la conducción. Lo mismo sucedería con la privación del derecho a ejercer determinadas profesiones u oficios —típicos casos de negligencia médica o profesional—. Vid. en MATUS ACUÑA, J. P., «Penas privativas de derechos», op. cit., p. 129. En el mismo sentido, RICO, J. M., «Medidas sustitutivas de la pena de prisión», op. cit., p. 148.

²⁷⁹ En este sentido, se podría imponer una pena privativa del derecho a ejercer ciertas profesiones u oficios, si se constata que la pena es suficiente para castigar determinadas conductas en que la calidad profesional y el oficio desempeñado es jurídicamente relevante para la comisión del delito, y el daño generado es de poca o mediana intensidad. La pena de privación del derecho a ejercer cargos públicos, en este sentido, sería apropiada como pena principal para la gran mayoría de los delitos, en que la posición jurídica del funcionario resultara imprescindible para su realización, y siempre y cuando no genere un daño importante en las cosas o personas. De igual manera, aparecería como absolutamente indicada la privación de ciertos derechos civiles en el ámbito del derecho de familia y de los derechos relativos a la administración de bienes, para los delitos en que la infracción de ciertas obligaciones familiares asociadas con dichos derechos se elevase a la categoría de delito, en el primer caso, y respecto de albaceas, fiduciarios y curadores, cuando como consecuencia de administraciones dolosas o apropiaciones indebidas han producido la ruina o un grave menoscabo en los bienes encargados a la custodia del infractor, en el segundo. Vid. en MATUS ACUÑA, J. P., «Penas privativas de derechos», op. cit., p.p. 129 y 130.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 130.

— Cabría también hablar de privaciones de derechos a celebrar ciertos actos o contratos —en especial entre el Estado y sus organismos—, vinculando tales privaciones a delitos como el de cohecho activo y todos los que cabe englobar bajo el término corrupción. El efecto preventivo es sin lugar a dudas mayor por el ánimo de lucro que, al fin y al cabo, es lo que a éstas personas motiva.

— Y, por último, estaría la posibilidad de establecer penas privativas de derechos a la Seguridad Social en casos de fraude dirigidos a la obtención de tales derechos. Aquí, y de nuevo, el efecto preventivo es ciertamente evidente, y sobre todo por lo proporcionado o «adecuado» de la sanción con respecto a la conducta delictiva.

3. En favor de la alternatividad

Sus ventajas como posibles sustitutas de las penas de prisión, y siempre desde un punto de vista proporcional, cabría situarlas —siguiendo de nuevo las directrices de MATUS—²⁸¹ en: la ampliación que del margen de actuación supone el hecho de que, al igual que la multa, no obligan a entrar en consideraciones sobre la personalidad o la peligrosidad del ofensor ni sobre sus posibilidades de rehabilitación. El que su ejecución carezca del carácter intrusivo característico de las alternativas a la prisión, cuyo objeto es conseguir la resocialización del infractor —como por ejemplo la suspensión y el trabajo en beneficio de la comunidad, cuyo cumplimiento debe ser especialmente vigilado o supervisado—. Y el que no necesiten de una actitud activa por parte del ofensor, que en caso de no darse podría llevar a una revocación de la alternatividad, y con la amenaza de la vuelta a prisión que esto siempre supone. Porque a diferencia de las otras medidas, que necesitan de la garantía de la prisión para su cumplimiento, las privativas de derechos sólo necesitan de la eficacia de los correspondientes registros para que su cumplimiento se lleve a cabo. Luego son penas, en definitiva, que —como escribe QUINTERO—²⁸² cuando se imponen como principales pueden resultar útiles y coherentes, ya que el tiempo es el más indicado para demostrar que en su seno se puede encontrar un importante y progresivo abanico de sustituciones de las penas privativas de libertad.

C) LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS EN ESPAÑA Y CENTROAMÉRICA

1. Su general reducción a un papel puramente accesorio

Si bien algunas de las penas privativas de derechos²⁸³ —llamadas también inhabilitación o interdicción— se pueden imponer, a tenor de nuestros códigos penales, tanto

²⁸¹ *Ibidem*, pp. 131 y ss.

²⁸² QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 525.

²⁸³ Entre los derechos que pueden ser limitados o suspendidos, encontramos principalmente: a) *Derechos de familia (patria potestad, tutela, curatela)* —art. 39.b España, art. 57.5 Costa Rica, art. 59.3 El Salvador, art. 56.5 Guatemala, art. 54 Honduras art. 58 PCP Nicaragua y art. 54 Panamá—; b) *Limitación al ejercicio de pro-*

como penas principales que como accesorias, no está, en general, y sin embargo, prevista su función de sustitutiva de la prisión²⁸⁴ —con la salvedades oportunas que tratamos a continuación—. En cualquier caso, la mayoría de las veces que se imponen como penas principales poseen un carácter puramente adicional, y si están previstas como pena única y exclusiva²⁸⁵ no es, generalmente, como novedad, sino como traspaso de disposiciones ya existentes en el código penal anterior, arrastrando de este modo una normativa completamente obsoleta y confusa²⁸⁶. A lo que cabe añadir el hecho de que algunas de ellas se configuren, al mismo tiempo, como totalmente desocializadoras —y por ello inconstitucionales— aparte de degradantes e inhumanas —válganos al respecto como ejemplo la prevista en el art. 527 del C.P. español de inhabilitación absoluta de la capacidad para desempeñar cargos o empleos en empresas públicas, y para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo para los delitos contra la prestación social sustitutoria—²⁸⁷.

2. La excepción: la expulsión del territorio nacional o extrañamiento

a) Concepto y versiones en nuestros países

Esta medida, utilizada desde la antigüedad —principalmente para reos de orden político, pero sin descartarse para los de orden común—, es definida por RODRÍGUEZ MANZANERA como aquella que «aleja al criminal del suelo patrio, impidiéndole su regreso»²⁸⁸. Una figura, de otro lado, ampliamente acogida en los países de nuestro interés, si bien de forma heterogénea. Mientras en los actuales códigos penales nicaragüense y panameño no se acoge, en Costa Rica se conforma como pena principal (art. 50); en el Salvador y Guatemala tiene un carácter accesorio (arts. 46 y 42, respectivamente)²⁸⁹; en Honduras es una

fesión o empleo (art. 39.b y c España, art. 57.1, 2 y 4 Costa Rica, art. 58 y 59 El Salvador, art. 56.1 y 3 Guatemala, art. 48.1 Honduras, art. 65.1 Nicaragua —art. 55 PCP—, y art. 53 Panamá); c) *Derechos cívicos* (art. 39.b España, art. 57.3 Costa Rica, arts. 58.1 y 4 El Salvador, art. 56.4 Guatemala, art. 48.2 Honduras, art. 65.2 Nicaragua —art. 55 PCP— y art. 52 Panamá); d) *Privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores* (art. 39.c España, art. 46.4 El Salvador y art. 59.1 PCP Nicaragua); e) *privación del derecho a la tenencia y porte de armas* (art. 39.e España y art. 59 PCP Nicaragua); f) *Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos* (art. 39.f España, art. 52 Costa Rica, art. 46.3 El Salvador, art. 67 Nicaragua —art. 60 PCP—).

²⁸⁴ La mayor parte de los países siguen, por tanto, el camino adoptado por el CPT, el cual, en su art. 42, les otorga un único carácter accesorio.

²⁸⁵ Mientras en Costa Rica, Guatemala y Panamá esto no sucede en ninguna ocasión, en El Salvador sucede tan sólo en 1 —art. 254—; en Honduras en 3 —arts. 365, 366 y 380—; en Nicaragua en 8 —arts. 382, 403, 408, 502, 504, 505, 508 y 519—; y, finalmente, en España esto sucede en tan sólo 20 ocasiones —arts. 398, 404, 408, 447, 448, 449, 482, 483, 484, 499, 501, 512, 529, 531, 532, 533, 535, 536, 538 y 542.

²⁸⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Las inhabilitaciones y suspensiones en el proyecto del Código penal», *ADPCP*, 34/I, 1981, p. 37.

²⁸⁷ MATUS ACUÑA, J. P., «Penas privativas de derechos», op. cit., pp. 138 y 139.

²⁸⁸ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., «Panorama de las alternativas a la prisión en América Latina», en CARRANZA, E., et. alt., *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina*, op. cit., p. 63.

²⁸⁹ En Guatemala el C.P. sólo se limita a mencionarla, sin embargo DE LEÓN y DE MATA entienden que se aplicará a los extranjeros y deberá ejecutarse una vez cumplida la pena principal (prisión, arresto o multa). Vid. en DE LEÓN VELASCO-DE LA MATA VELA, *Derecho penal guatemalteco*, op. cit., pp. 23 y 264.

medida de seguridad (art. 83); y, finalmente, en España y en el PCP para Nicaragua es una medida sustitutiva (art. 89 y art. 95 respectivamente). En todas las regulaciones, sin embargo, se traduce en lo mismo: la expulsión del extranjero del territorio nacional. Una expulsión que, de otra parte, no viene siempre a sustituir a la correspondiente pena de prisión —que sería lo deseable—, sino que en ocasiones viene, incluso, acompañando a ésta.

b) *En su papel como sustitutiva*

En el sentido de venir a ocupar el puesto de la prisión tan solo cabe hacer referencia, en consecuencia, a la versión que de ella hacen los códigos de Costa Rica y España, y el PCP nicaragüense, puesto que los demás textos al preverla como accesoria sólo capacitan para su imposición una vez cumplida la pena principal (art. 60 C.P. El Salvador, art. 77 Ley de extranjería guatemalteca y art. 94 C.P. Honduras); lo cual a nuestro juicio no tiene lógica y solamente hace gala de una enorme discriminación, pues al extranjero, tan sólo por ser tal, se le pune doblemente.

En su art. 52 el C.P. costarricense posibilita el extrañamiento de extranjeros durante el tiempo de la condena con márgenes entre los 6 meses y los 10 años. Una posibilidad que, a nuestro juicio, necesita de unos límites más exactos respecto de los delitos que pueden ser reemplazados por esta pena —excluyendo los imprudentes—, y de la exigencia de su aceptación por parte del condenado. Por su parte, en la regulación que de ella hace el texto español, viene a sustituir la prisión de hasta 6 años para individuos extranjeros no residentes legalmente en nuestro país, y con la posibilidad, igualmente, de aplicarla si siendo la pena superior a dicha cantidad ya se han cumplido 3/4 partes de la misma (art. 89). No se menciona requisito alguno, por lo que se desprende que no es preciso valorar ni las circunstancias del hecho, ni del autor, ni la habitualidad. De un modo parecido actúa el PCP para Nicaragua, si bien se constriñe a penas inferiores a 5 años y, aquí viene lo malo, sin importar si son o no residentes en dicho Estado.

c) *Su discutible carácter alternativo. Una medida claramente xenófoba*

En el caso de España y Nicaragua, donde no se prevé como pena principal, la expulsión de extranjeros del territorio nacional más que una sustitución en sentido estricto es una combinación de suspensión de pena y aplicación de la medida de seguridad de expulsión del territorio nacional agravada (art. 96.3.5.ª y art. 100.2.c, respectivamente)²⁹⁰. En cualquier caso, su finalidad parece ser la de seleccionar la «calidad» de los extranjeros y, de paso, ayudar a paliar el grave problema de hacinamiento que se vive en nuestras

²⁹⁰ Cabría como mucho considerarla una de las que la doctrina denomina como «alternativas a la prisión» pero nunca una sustitución en sentido estricto, pues en realidad se están sustituyendo penas privativas de libertad por algo similar a una medida de seguridad. *Vid.* en DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código penal*, op. cit., p. 486.

prisiones²⁹¹. Su previsión —de acuerdo con GARCÍA ARÁN—²⁹² está evidentemente presidida por la voluntad de perder de vista al condenado, puesto que se amplía a penas de prisión de una cierta gravedad. Su lógica, en definitiva, no responde ni en una mínima parte a la de la alternatividad y, de acuerdo con MAPELLI, la estimamos de una severidad inusitada y de evidente desproporcionalidad respecto de la pena sustituida con claras connotaciones inconstitucionales²⁹³.

Del mismo modo, la segunda posibilidad recogida en el C.P. español es una especialidad en materia de libertad condicional verdaderamente sorprendente, puesto que mientras cualquier preso que haya cumplido las 3/4 partes de la condena debería obtener la libertad condicional, según el art. 92, el condenado extranjero no residente en las mismas condiciones podrá verse además expulsado del país. «Facultad ésta del tribunal sentenciador que, sin lugar a dudas, se superpone a las competencias del juez de vigilancia penitenciaria en materia de libertad condicional» —nos recuerda GARCÍA ARÁN—²⁹⁴. Constitucionalidad, en todo caso, más que dudosa, ya que infringe el art. 13 de la CE donde se reconocen las libertades públicas de los extranjeros entre las que se cuenta el derecho a la igualdad²⁹⁵.

Sus consecuencias, de cualquier forma, y con arreglo tanto al art. 52 del C.P. costarricense como a los art. 89.2 y art. 95.2 de su homólogos español y nicaragüense —su proyecto ahora en discusión, no lo olvidemos—, son evidentemente gravosas ya que el extranjero no podrá regresar al país en un plazo de 6 meses a 10 años en el caso de Costa Rica, de 3 a 10 años en el de España, y ¡nunca! en el de Nicaragua²⁹⁶. Si regresare antes de dicho término cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas —así lo dice expresa-

²⁹¹ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, op. cit., pp. 388 y 389.

²⁹² GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, op. cit., p. 125.

²⁹³ MAPELLI CAFFARENA, B., «Normas penitenciarias en el Anteproyecto de Código penal 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, pp. 798 y ss. De igual modo, CID MOLINÉ-LARRAURI PIJOÁN, *Alternativas a la prisión*, op. cit., p. 29, nota 32; RODRÍGUEZ CANDELA, J. L., «La expulsión del extranjero en el nuevo código penal», *JPD*, n.º 33, 1998, pp. 59 y ss. Algunos autores, sin embargo, consideran que tiene muchas ventajas, y que debería revisarse su efectividad, pues, a su juicio, es ideal para ciertos delincuentes no permeables a otro tratamiento, por lo que sería cruel tenerlos encerrados. De esta opinión es, por ejemplo, RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Panorama de las alternativas a la prisión en los países de América Latina*, Documento presentado al VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990, p. 144.

²⁹⁴ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, op. cit., p. 125.

²⁹⁵ Art. 13.1 CE: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Y dentro de este título se recoge el art. 14 que literalmente dice: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

²⁹⁶ Así al menos cabe interpretar el art. 95.2, pues se limita a señalar la prohibición de regresar a Nicaragua a partir de la fecha de expulsión sin fijar plazo máximo alguno.

mente el texto español (art. 89.2), el nicaragüense (art. 95.2) y cabe deducirlo del costarricense—; algo especialmente grave si el extranjero en cuestión reside en el país con toda su familia —motivo por el cual en el código penal español se exige que el extranjero tenga su residencia en el exterior, pero que, sin embargo, no se pide en el costarricense ni en el nicaragüense—. En cualquier caso, y en lo que al código penal costarricense se refiere no debemos preocuparnos, puesto que para su aplicación sea efectiva es necesario se prevea como pena principal, en cualsea el tipo delictivo, cosa que sin embargo no sucede en ninguno precepto de la parte especial, por lo que es imposible que un juez penal haga uso de ella²⁹⁷.

D) CONCLUSIONES VALORATIVAS

Cuando hablamos de penas privativas de derechos nos situamos ante sanciones que, no cabe olvidarlo, cuando actúan como penas accesorias pueden conllevar graves peligros, pero que sin embargo tienen grandes posibilidades como penas principales, porque sus objeciones no son, ni mucho menos, insuperables. De una parte, su afflictividad puede atemperarse —de acuerdo con MANTOVANI—²⁹⁸ con una doble limitación: una limitación en el tiempo y una limitación en las conductas criminales, funcionalmente conexas a las concretas actividades profesionales a que cabe aplicarse; y, de otra, su carácter discriminatorio sería atenuado con la previsión de una serie de medidas alternativas, que también sustraigan de las penas detentivas a los delitos cometidos por otras clases o grupos sociales. En cualquier caso —y en esta ocasión con PAGLIARO—²⁹⁹, toda razón de oportunidad y cualquier sospecha de ilegitimidad constitucional de la normativa vigente, en relación con el principio de que las penas deben tender a la reeducación del condenado, debe traducirse en una revisión de su mecanismo, de modo que éstas no sean aplicables cuando se pueda dar un empeoramiento del nivel de socialización del sujeto.

La condición para su aplicación debe estar, de cualquier modo, en el nexo de condicionamiento habido entre la actividad desarrollada por el sujeto —y que será el contenido de la medida alternativa— y la comisión del delito³⁰⁰. Porque sólo siguiendo tales límites y condiciones estas sanciones —escribe GRASSO—³⁰¹ serían finalmente miradas con favor, puesto que al mismo tiempo que su componente afflictivo garantizaría la eficacia intimidatoria, subsistirían los efectos positivos preventivo-especiales en virtud de su componente neutralizadora —para realizar la actividad que lo llevó a delinquir, se entiende—, y, lo que es más importante, ¡prescindiendo de la cárcel!

²⁹⁷ ISSA-ARIAS, *Derechos humanos en el sistema penal*, op. cit., p. 106.

²⁹⁸ MANTOVANI, F., «Pene e misure alternative», op. cit., p. 88.

²⁹⁹ PAGLIARO, A., «La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi», op. cit., p. 1202.

³⁰⁰ GRASSO, G., «La riforma del disistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata», op. cit., p. 1446.

³⁰¹ *Ibidem*.

E) UN EXCURSUS A LA AMONESTACIÓN O REPRENSIÓN COMO MEDIDA SUSTITUTIVA

Si bien somos conscientes de que, posiblemente, no sea éste el lugar más apropiado para abordar este tema, tan sólo pretendemos dejar constancia de su existencia como sanción sustitutiva de la prisión en uno de los textos que aquí sirven de referencia; esto es, el texto panameño.

Esta figura de rancio abolengo —con antecedentes en las penas infamantes, cuya característica principal era humillar al reo, avergonzándolo y exponiéndolo a la burla pública—³⁰² tan sólo se recoge en el C.P. panameño, como pena sustitutiva y bajo la denominación de *reprensión pública o privada* (art. 82). Su aplicación se admite sobre penas de prisión inferiores a 6 meses, con la advertencia de que si delinque en el plazo de un año se le hará cumplir ambas penas (art. 83). El juicio que nos merece tal previsión legislativa es, en general, muy positivo; sobre todo, y lógicamente, porque supone la evitación de la cárcel, y ese es el fin último de este trabajo.

Es por ello que recomendamos desde aquí su más amplia utilización, si bien aconsejaríamos no castigar su incumplimiento directamente con prisión y, por el contrario, prever una serie de figuras intermedias. En todo caso, sería también recomendable ampliar los márgenes de actuación, puesto que si debajo de su lógica está la no necesidad de pena, a tal consideración se puede llegar aún tratándose de sanciones de gravedad superior.

VI. LA REPARACIÓN A LA VÍCTIMA: ¿HACIA UNA REPRIVATIZACIÓN DEL CONTROL SOCIAL?

A) INTRODUCCIÓN

La discusión clásica sobre los objetivos de la sentencia, mantenida hasta ahora en la antinomia entre represión-retribución-control, de una parte, y tratamiento-rehabilitación-integración social, de la otra, se ha ampliado en la actualidad —advierte PETERS—³⁰³ a cuestiones como la restitución, la restauración y la compensación. Nos situamos ante la conocida como tercera vía penal, o vía reparatoria, para cuyo estudio como posible alternativa a la pena de prisión se debe comenzar por prescindir: de un lado, de su *perspectiva victimológica* —con lo que nos alejamos de la mediación o justicia reparadora, desentendiéndonos por ello de todas las críticas que dirigidas contra la reparación realmente están dirigidas a los procesos de mediación entre el delincuente y la víctima—³⁰⁴, porque lo

³⁰² RODRÍGUEZ MANZANERA, L., «Panorama de las alternativas a la prisión», op. cit., p. 59.

³⁰³ PETERS, T., «Mediación para la reparación: la presentación y discusión de un proyecto de investigación y de acción», EPC, XVIII, 1995, pp. 201 y ss.

³⁰⁴ El modelo de la mediación-reparación está vigente en Noruega desde la Ley de 15 de marzo de 1991 y el RD de 13 de agosto de 1992. Con este sistema, la reparación se prevé como el punto final de un proceso de mediación que se realiza como alternativa al proceso penal. Este es un modelo que también se acoge en España, pero únicamente para el ámbito de la justicia civil (Ley 4/1992, de 5 de junio). En todo caso, lo característico de este modelo es que el acuerdo de reparación implica una mediación con la víctima, con lo cual se

que nosotros buscamos es reducir el uso de la prisión compensando a la víctima, lo cual favorece tanto al ofensor como al ofendido; y del otro, de concebir a la *reparación como un consecuencia civil de todo delito*, dado que no se puede partir sino de considerarla como una sanción penal autónoma, principal y única. Esto es, de percibirla como otra consecuencia jurídica del delito junto a la pena propiamente dicha y a las medidas de seguridad³⁰⁵. Una aseveración, sin embargo, para nada exenta de problemas, y donde la doctrina al respecto se encuentra completamente dividida.

B) LA REPARACIÓN COMO PENA

1. Orígenes de la discusión. Redescubrimiento de la víctima e ideal resocializador

La víctima ocupó en los orígenes del Derecho penal un papel central. Con la ayuda de sus familiares monopolizó el derecho de ejercitar la venganza privada —o de decidir su dejación mediante una prestación en dinero o bienes—, negociada entre el ofendido y el delincuente o las familias respectivas. La evolución del Derecho penal, sin embargo, desplaza a la víctima de tal posición hegemónica convirtiéndola en un personaje casi olvidado en el ámbito penal, en «el gran convidado de piedra en el proceso penal y en el Derecho penal mismo» —como describe gráficamente RUIZ VADILLO—³⁰⁶. Es lo que se ha dado en conocer como la «expropiación» del conflicto de las manos de sus verdaderos propietarios³⁰⁷.

El Estado moderno, con su irrenunciable soberanía, aparece como titular de la potestad punitiva, y el contenido cada vez más abstracto que se le asigna al bien jurídico desplaza el interés del legislador del perjuicio ocasionado a la víctima al hecho delictivo, entendido como puesta en peligro o lesión de determinados bienes esenciales para el funcionamiento equilibrado de la sociedad. La Ilustración, por su parte, y en boca de los correccionalistas, construye un Derecho penal y procesal enfocado a la protección pre-

permite al ofensor confrontar el daño, y a la víctima expresar sus sentimientos y comprender, en la medida de lo posible, los del otro, los de su agresor. Las diferencias, por tanto, son evidentes respecto de la reparación como pena, o tercera vía posible en el Derecho penal, por lo que no son de admisión, tal y como ya hemos dicho, todas aquellas críticas que, dirigidas contra la reparación como pena, vayan realmente dirigidas a una visión de la misma como justicia reparadora; esto es, como mediación entre delincuente y víctima. *Vid.* en LARRAURI, E., «La reparación», en CID MOLINÉ-LARRAURI PUOÁN, *Alternativas a la prisión*, *op. cit.*, pp. 183 y ss.

³⁰⁵ El modelo de la reparación como pena —impuesta por un juez en un proceso penal—, o modelo anglosajón, se encuentra en Inglaterra, donde existe la «compensation order» —introducida en la Criminal Justice Act de 1972— y la posibilidad del Juez penal de condenar exclusivamente a la reparación, con prioridad sobre la multa, cuando el ofensor no tiene medios para hacer frente a ambas —en la Criminal Justice Act de 1982—. En Estados Unidos, de igual modo, en la *Victim and Witness Protection Act* de 1982 se introduce la «restitution order», que da la posibilidad a los tribunales federales de que condenen por delitos federales exclusivamente a la reparación. *Vid.* en LARRAURI PUOÁN, E., «La reparación», *op. cit.*, pp. 181 y ss.

³⁰⁶ RUIZ VADILLO, E., «¿Hacia dónde camina, hoy, el Derecho penal?», *op. cit.*, p. 15.

³⁰⁷ CARRANZA, E., *Criminalidad, ¿prevención o promoción?*, *op. cit.*, p. 89.

ponderante de los derechos del inculcado, en el principio de resocialización y todas las construcciones teóricas y prácticas que le son inherentes. La víctima, en consecuencia, pasa a ser «el sujeto pasivo»³⁰⁸. Se convierte en un simple elemento del tipo para una dogmática excesivamente preocupada en la teoría del delito, una situación ésta que llega hasta nuestro tiempo.

Tal vez sea —como dice GARCÍA-PABLOS³⁰⁹— porque nadie quiere identificarse con el perdedor que a éste se le obliga a soportar los efectos del crimen; además de la insensibilidad del sistema judicial y el rechazo e insolidaridad de la comunidad, sin otro papel en el proceso —en «su» proceso— que el puramente testifical. Cometido el delito todas las miradas se dirigen al delincuente, a su castigo y, al mismo tiempo, su resocialización. Mientras el proceso penal garantiza de forma escrupulosa la vigencia de todos los derechos del procesado, la víctima, irónicamente, ve como su inocencia se transforma a menudo en desconfianza, recelo y sospechas³¹⁰. ¿Quizás porque aceptamos, al menos teóricamente, la posibilidad de que algún día podamos llegar a ser delincuentes, y no la de ser víctimas, cuando imaginarnos un puesto en el segundo grupo, dadas las circunstancias, es mucho más fácil?³¹¹.

La discusión comenzó, no obstante, a dar un giro hace unos 20 años; en la década de los ochenta para ser más exactos. Se asiste a un creciente redescubrimiento de la víctima por las ciencias penales —sobre todo gracias a la labor de la Criminología—. Se acrecienta el interés por aspectos relacionados con ella, tales como su seguridad, la prestación a ésta de asistencia material, médica, psicológica y social, y se comienza a reclamar sus intereses como persona perjudicada por el delito, buscándose su satisfacción por el proceso penal; es decir, la reparación del daño causado. Una serie de impulsos político criminales que comienzan a mostrar su consecuencia en las legislaciones nacionales, si bien el germen legislativo de la reparación como tercera vía cabe focalizarlo un poco antes; esto es, en el § 41.2 del Proyecto Alternativo Alemán de 1966³¹².

No fue, en todo caso, sólo el surgimiento de la victimología lo que provoca el impulso de la reparación a la víctima, sino también el ideal resocializador —que encuentra en la reparación una sanción alternativa a la cárcel, que para variar permite la resocialización del infractor, dado que lo confronta al daño y la víctima—; la corriente abolicionista —con su énfasis porque la víctima recupere el delito—; y la creencia de que la reparación incorpora los valores de la Justicia reparadora —porque *compensa*, en vez de castigar; *reintegra*, en vez de excluir; y *media*, en vez de imponer—³¹³. Nos situamos, en pocas

³⁰⁸ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Victimología. Estudio de la víctima*, Editorial Porrúa, México, 1996, p. 299.

³⁰⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «El derecho penal y la víctima», *PDEF*, n.º 8, marzo 1992, p. 239.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 251.

³¹¹ DRAPKIN, S., I., «El derecho de las víctimas», *ADPCP*, n.º 33, 1980, p. 380.

³¹² Que, entre las prestaciones a imponer por el tribunal al condenado, consideraba el «reparar dentro de sus posibilidades los daños causados por el hecho». *Vid.* en BACIGALUPO ZAPATER, E., «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal Europeo actual», *op. cit.*, p. 122.

³¹³ LARRAURI PUOÁN, E., «La reparación», *op. cit.*, pp. 172 y ss.

palabras, ante un nuevo paradigma de la justicia social que pretende sustituir al fracasado modelo retributivo³¹⁴. Ante una nueva perspectiva que, sin embargo, no ha tenido el éxito que cupiera esperar de ella como alternativa a la prisión; y ni hay muchas expectativas en que así sea dada la falta de apoyo de que sufre, por parte de la corriente garantista, y la innegable evidencia de que todavía son mayoría los que no la conciben como tercera vía posible.

2. Las diversas posturas doctrinales respecto de la reparación como tercera vía

a) La postura negativa. Críticas

Los argumentos más cotejados por la doctrina, para renunciar al carácter de la reparación como sanción penal autónoma³¹⁵, comienzan, como no podía ser de otra manera, por afirmar el no cumplimiento de los fines preventivos —tanto especiales como generales— que toda pena debe perseguir. A juicio de HIRSCH, la reparación desde una óptica preventivo-general no alcanzaría a satisfacer plenamente el fin de la ejemplaridad debido a que su eficacia intimidante es inferior a la de la pena. A criterio de esta postura negativa, la gran parte de los ciudadanos pueden confiar en que la primera vez que delincan, de una forma más o menos no grave, se les remitirá o sustituirá la pena, y sólo les quedará la amenaza de que para evitar definitivamente toda imposición de pena tengan que devolver la cosa o restituir su valor³¹⁶; una amenaza, a su juicio, evidentemente ineficaz e insuficiente³¹⁷. De igual modo, los ataques se extienden en lo que a la prevención especial se refiere, pues son grandes las dudas sobre que la reparación pueda demostrar alguna eficacia en este sentido.

A tenor de sus dictados, poca en enmienda del autor, o de dosis de buena voluntad que le retire de otra futura transgresión del Ordenamiento jurídico, cabe esperar si ésta sólo ve en la reparación la materialización del riesgo de devolución de la cosa hurtada, o apropiada, que ya tenía presente al realizar el hecho³¹⁸. Es decir, estiman que poco intimidado

³¹⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «El derecho penal y la víctima», *op. cit.*, p. 253.

³¹⁵ Al respecto puede hablarse de JESCHECK, H. H., «Tres conferencias de Derecho penal comparado. Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», *op. cit.*, p. 37; GRACIA MARTÍN, L. (COORD.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, *op. cit.*, p. 42; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, *op. cit.*, pp. 40 y ss.; MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 237; MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 629; HIRSCH, H. J., «La posición del ofendido en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal con especial referencia a la reparación», *CPC*, n.º 42, 1990, pp. 565 y ss.; TAMARIT SUMALLA, J., *Curso de Derecho penitenciario*, *op. cit.*, p. 153 y ss.

³¹⁶ GRACIA MARTÍN, L. (COORD.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, *op. cit.*, p. 49.

³¹⁷ HIRSCH, H. J., «La posición del ofendido en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal con especial referencia a la reparación», *op. cit.*, p. 575.

³¹⁸ GRACIA MARTÍN, L. (COORD.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, *op. cit.*, p. 49.

se puede ver el concreto sujeto para no volver a recaer en el delito, cuando él ya contaba desde un principio con verse obligado a satisfacer, en todo caso, la responsabilidad civil. A la víctima no se le concede nada complementario —escribe de nuevo HIRSCH—³¹⁹, sino que más bien se le perjudica al desmontarse la prevención general que surgiría regularmente de la pena a costa de las víctimas futuras. A su juicio, y en consecuencia, lo único que le sobreviene con todo esto es un grave deterioro. Pero las críticas tampoco terminan aquí.

Junto a las dudas sobre su posible efecto preventivo hay que añadir una serie de temores y susceptibilidades, que también se oponen frontalmente a una posible tercera vía sancionatoria abierta por la reparación. Existe el temor a que, ante la presencia de insolvencia, se acuda a la pena de prisión, con la consecuente aparición, de nuevo, de la prisión por deudas; el miedo a que esto suponga una privatización del sistema penal, cuando se parte de que éste es público, puesto que el delito afecta a toda la sociedad en general; y la consideración de que todo esto, finalmente, implique una renuncia a la pena, dado que la reparación civil es una consecuencia ya prevista para todo delito³²⁰.

De igual modo se estima el que si el comportamiento puede ser reparado es porque puede ser descriminalizado. Lo que hay detrás de todo esto —escribe en tal sentido GRACIA MARTÍN—³²¹ es una propuesta despenalizadora, luego lo único que procedería en estos casos es despenalizar tales conductas remitiéndolas al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. «Si el caso de la pena ajustada a la culpabilidad no está indicada es porque la pena no es necesaria desde el punto de vista preventivo-especial, y cuando así ocurre las legislaciones disponen de todo un arsenal de instrumentos para reemplazar la inaplicación de dicha pena, sin que todo esto exima al sujeto de su obligación de reparar el daño causado que, en todo caso, le podrá ser exigido incluso por medios coactivos» —nos dice con rotundidad este profesor maño—³²².

El pretender buscar otro fin independiente de la pena a la reparación civil sería, en pocas palabras, y como resumen de los dictados de esta postura negativa, integrar el Derecho civil en tales fines, cuando —como señala HIRSCH— «el que la víctima obtenga resarcimiento constituye por el contrario un *aliud* que está fuera de esos fines»³²³. Y es que la reparación no debe afectar por principio ni a la existencia ni a la realización de la pretensión penal. Porque según las palabras de este mismo autor, «pena y resarcimiento civil son cosas diferentes y no manipulables a través de un cambio de etiquetas»³²⁴. Como

³¹⁹ HIRSCH, H. J., «Acercas de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales», *RGCP*, año 2, n.º 2, octubre de 1992, p. 30.

³²⁰ JESCHECK, H. H., «Tres conferencias de Derecho penal comparado. Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», *op. cit.*, p. 37.

³²¹ GRACIA MARTÍN, L. (COORD.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, *op. cit.*, p. 46.

³²² *Ibidem*, p. 50.

³²³ HIRSCH, H. J., «La posición del ofendido en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal con especial referencia a la reparación», *op. cit.*, p. 568.

³²⁴ HIRSCH, H. J., «Acercas de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales», *op. cit.*, p. 14.

mucho puede, en determinadas condiciones, atenuar la pena, pero no sustituirla por no cumplir totalmente los fines anexos a ésta —sentencia CEREZO MIR—³²⁵. Para ellos, en definitiva, no es más que una medida de «pacificación social»³²⁶ que debe, en cualquier caso, fomentarse.

b) La postura afirmativa. Contracríticas

b.1) Sus fines preventivos. Desde una óptica proporcionalista

Otros autores, sin embargo, parten de considerar a la reparación como pena, puesto que arrancan de su imposición coactiva como consecuencia de un delito y de su trascendencia a la mera restitución del daño a la víctima³²⁷. Su fundamento lo sitúan, en todo caso, en el principio de subsidiariedad y en una redefinición del conflicto social que genera el delito. Ya no se trata simplemente de un conflicto entre el autor y la sociedad sino de algo más complejo: una oposición de intereses entre el autor, la víctima y la sociedad. La renuncia a la pena, en su concepción más amplia, en los casos de reparación tiene, por tanto, su base en el *actus contrarius* del autor de la infracción jurídica que, en primer lugar, permite compensar la culpabilidad por la ilicitud cometida. Y es que la denuncia del escaso poder preventivo de un Derecho penal fundado en el «pago del daño» —porque el riesgo corrido por el autor, a lo sumo, es igual al provecho— no responde sino a una concepción en el fondo retributiva, basada en la concepción del Derecho penal como un plus

³²⁵ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pp. 40 y 41. En este sentido HIRSCH escribe literalmente: «La reparación no presenta ni una sanción ni una consecuencia jurídico-penal independiente o algo similar. Antes bien, ella es tenida en cuenta como un factor importante, referido al autor, para la modificación de la determinación o ejecución de la pena, que produce sólo un efecto mediato a favor del ofendido y se puede aprovechar de él». Vid. en HIRSCH, H. J., «Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales», op. cit., p. 19.

³²⁶ ZAFFARONI, E. R. (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, op. cit., pp. 95 y ss.

³²⁷ Este es el caso de GARÓFALO, FERRI y BENTHAM, y con una importante discusión en España descrita exhaustivamente por ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de las prisiones en España*, PPU, Barcelona, 1988, pp. 179 y 180. En todo caso, y en lo que a la doctrina moderna se refiere, son partidarios de la postura afirmativa, entre otros: MIR PUIG, S., *Manual de Derecho. Parte general*, op. cit., p. 13; QUINTERO OLIVARES, G., «La autotutela, los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del derecho penal», *BIMJ*, septiembre de 1991, pp. 4217 y ss.; LARRAURI PUJOÁN, E., «La reparación», op. cit., pp. 172 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Medios no judiciales de reparación a la víctima», en ROMEO CASABONA (edit.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, La Laguna, Centro de Estudios Criminológicos, 1993, p. 352; el mismo, en «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de «reparación»», *PJ*, n.º 45, 1997, p. 194. —éste último si bien solo para comportamientos al límite de la despenalización—; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal», *PDEF*, n.º 8, marzo-1992, p. 92; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «El Derecho penal y la víctima», op. cit., p. 261; HUBER, B., «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», op. cit., p. 155 y ss.

de castigo para el autor añadido al que le corresponde por reglas de Derecho Privado —tal y como denuncia MAIER—³²⁸.

La renuncia a la pena a través de la reparación del daño es compatible tanto con la prevención especial que con la general. Lo es con la prevención especial en la medida en que representa el esfuerzo del autor por retomar a la comunidad jurídica, lo que permite descartar el peligro de nuevas infracciones. Y con la general —en este caso positiva—, por ser la reparación una manifestación del reconocimiento de la vigencia de la norma que contribuye a estabilizar la confianza en la misma³²⁹. En este sentido ROXIN, si bien niega el carácter de pena de la reparación, considera que su inclusión es factible en el catálogo de las consecuencias jurídicas del delito, como sanción independiente desde el punto de vista preventivo. Como una tercera vía que reemplaza a la pena o la atenúa complementariamente³³⁰. Como expresión, en definitiva —y de acuerdo con SILVA—, «de un desarrollo continuador de la teoría de los fines del Derecho penal, en la medida en que integra nuevas perspectivas o necesidades en un concepto global»³³¹.

En todo caso, y desde una óptica proporcionalista como la que en este trabajo se adopta, una pena no debe defenderse exclusivamente en base a consideraciones preventivas sino que debe buscarse también el que la pena sea justa y no desocializadora. «Porque si las consideraciones fueran exclusivamente preventivas no habría ningún argumento para establecer como límite la pena de prisión. Si se acepta actualmente la cárcel es porque se considera que dentro de los límites de justicia, además previene; si, por el contrario, juzgamos que para determinados delitos la cárcel es inhumana y desproporcional el argumento preventivo, no debería jugar ningún rol» —asevera con determinación LARRAURI—³³². En este sentido, es ciertamente evidente la desproporcionalidad habida entre la cárcel como castigo y las conductas delictivas de que aquí partimos a la hora de considerar su posible sustitución por una medida reparatoria —conductas, por lo general, de muy escasa gravedad—, aparte de la mayor justicia y el claro carácter no desocializador de ésta en comparación con aquélla.

b.2) El no retorno a prisión por insolvencia. La entrada en escena del Estado social

Respecto a las dudas alzadas sobre el posible retorno al arresto sustitutorio en caso de insolvencia, es factible recordar que, al igual de lo que sucede con la multa, la reparación deberá acordarse en función de la capacidad financiera del sujeto, pudiendo otorgarse pla-

³²⁸ MAIER, J., «La víctima y el sistema penal», en *Congreso regional sobre reforma de la justicia penal*, ILANUD, Guatemala, 1991, pp. 73 y ss.

³²⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E., «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal Europeo actual», op. cit., p. 132 y 133.

³³⁰ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 108 y ss. De igual modo, SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, op. cit., pp. 231 y ss.

³³¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de «reparación»», op. cit., pp. 195 y 196.

³³² LARRAURI PUJOÁN, E., «La reparación», op. cit., p. 189.

zos, facilidades, etc. —aparte de la existencia de otras sanciones penales con las que asegurar el cumplimiento distintas a la cárcel—. De cualquier modo, esta objeción permanece anclada, de acuerdo con LARRAURI³³³, en una determinada imagen de delincuencia —el típico pobre protagonista de las películas del mediodía— cuando, y sin embargo, uno de los ámbitos más fructíferos para la reparación en Estados Unidos está siendo el delito ecológico —no propio, precisamente, de personas de bajas posibilidades económicas—. Sea como sea, y en aras a una adecuada eficacia de la figura, lo que debe procurarse —y así nos lo recuerda RUIZ VADILLO—³³⁴ es que el Estado, en supuestos de real insolvencia de los condenados, satisfaga dentro de unas ciertas limitaciones, en cuanto a la naturaleza de la lesión sufrida y la cuantía, la correspondiente indemnización. Porque, al fin y al cabo, un Estado social que se precie —escribe GARCÍA-PABLOS— «está llamado a asumir como propios los costes del delito y la justa reparación de la víctima de éste por Justicia y solidaridad, y no por piedad o compasión»³³⁵.

b.3) Respecto al temor a una privatización del Derecho penal

El que la reparación pueda conducir a una privatización del Derecho penal, es un argumento que parte, normalmente, de una rígida distinción entre éste y el derecho civil, que es precisamente la base de toda la discusión. El que el destinatario sea la víctima no niega su naturaleza de pena, debido a que un castigo es una medida coactiva impuesta a la persona que infringe una ley e independientemente de quien sea el beneficiario de la misma —asegura LARRAURI—³³⁶. Una nueva postura en torno a la atención a la víctima y a su papel actual no significa necesariamente una vuelta a la justicia privada. Que el autor sea consciente en muchos casos de que ha producido un daño concreto a una persona, que también representa a la sociedad, no es un asunto privado, no es volver a la venganza, es aceptar y conocer que es un daño concreto. No es —como nos dice GIMÉNEZ SALINAS—³³⁷ una privatización del sistema, sólo es una tercera vía: la de la reparación como necesaria en el Derecho penal moderno; en el Derecho penal preventivo y no retributivo como forma importante de contribuir a una mejora del clima social.

Desde la perspectiva del Derecho penal, la reparación tiene más que ver con el autor y con la norma (la colectividad) que con la víctima en sí misma; luego está más estrechamente ligado a la resocialización y a la prevención de integración que a la indemniza-

³³³ *Ibidem*, p. 191.

³³⁴ RUIZ VADILLO, E., «¿Hacia dónde camina, hoy, el Derecho penal?», *op. cit.*, p. 16. En el mismo sentido, DÜNKEL, F., «La víctima en el Derecho penal, ¿en vías de una justicia criminal hacia el autor a una orientada hacia la víctima?», *PDEF*, n.º 8, marzo-1992, p. 84.

³³⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal», *DP*, año 13, 1990, p. 178.

³³⁶ LARRAURI PUOÁN, E., «La reparación», *op. cit.*, p. 178.

³³⁷ GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal», *op. cit.*, pp. 91 y 92.

ción en sí considerada³³⁸. Al respecto, por consiguiente, «no hay que exigir un cambio de paradigmas de la perspectiva del autor a la de la víctima —escribe DÜNKEL— sino, simplemente, una orientación hacia el autor y la víctima que mantenga la idea de la prevención y las garantías jurídicas elementales relacionadas con un procedimiento formalizado»³³⁹. En cualquier caso, quizás lo más razonable para evitar equívocos sea —de acuerdo con SILVA—³⁴⁰ empezar por prescindir de la propia expresión «reparación penal» y sustituirla por la de «restablecimiento del *status quo*» o «de la paz jurídica», «reconciliación con el Derecho», etc.

c) Conclusiones al respecto. Nuestra postura

A nuestro juicio, y secundando a la postura afirmativa, la reparación es una pena que puede hacer gala de la gravedad suficiente como para hacer frente a determinados delitos; superando la asunción, hasta ahora indiscutida, de imponer una pena y una responsabilidad civil a todo delito en aras a alcanzar una pena que simultáneamente atienda al resarcimiento de la víctima³⁴¹. Ciertamente es que si el comportamiento puede ser reparado es porque, del mismo modo, puede ser descriminalizado. Sin embargo, la previsión de la reparación como sanción permite —como escribe ASHWORTH— «mantener que el comportamiento es grave, y por ello reprochable socialmente; acudir al proceso penal en los casos en que no se pueda hacerlo por el civil; someter a la persona a un proceso penal y a una declaración de culpabilidad que le harán percibir el carácter punitivo de la respuesta —o valor intimidatorio inherente al propio proceso—; atribuirle las características de una pena con los mecanismos de ejecución y garantía correspondientes; y, lo que es más importante, comenzar a divisar un sistema reparador o, como poco, reconocer que nuestro sistema debería ser multi-funcional en lugar de limitarse a respuestas punitivas»³⁴².

Si bien es cierto que la Justicia necesita nuevos caminos, ello no significa abandonar el camino del Derecho penal, el principio de legalidad o el de garantías³⁴³. «En este marco —escribe SILVA—, y por mucho que su auge actual se deba a los movimientos en favor del reforzamiento del papel de la víctima en el Derecho y en el proceso penal, la reparación puede contribuir substancialmente a la realización de fines del Derecho penal, desde

³³⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de «reparación»», *op. cit.*, p. 201.

³³⁹ DÜNKEL, F., «La víctima en el Derecho penal, ¿en vías de una justicia criminal hacia el autor a una orientada hacia la víctima?», *op. cit.*, pp. 86 y 87. De igual modo, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de «reparación»», *op. cit.*, p. 194.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 202.

³⁴¹ LARRAURI PUOÁN, E., «La reparación», *op. cit.*, p. 180; del mismo modo PADOVANI, T., «Lectio «brevis» sulla sanzione», *op. cit.*, pp. 68 y ss.

³⁴² ASHWORTH, A., «Punishment and compensation: victims, offenders and the state», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 6/1, 1986, pp. 117 y ss. Vid. en LARRAURI PUOÁN, E., «La reparación», *op. cit.*, p. 180.

³⁴³ GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal», *op. cit.*, p. 89.

perspectivas de subsidiariedad»³⁴⁴. Porque la victimología, con sus aportaciones científicas, al mismo tiempo que puede enriquecer a la sociedad —y especialmente al Derecho penal y a la Criminología— «puede provocar pasados ciertos límites —advierte BERISTAIN— neurosis individuales y/o colectivas funestas para la convivencia»³⁴⁵. La reparación entendida como tercera vía puede, sin embargo, integrar los intereses legítimos de la víctima sin necesidad de recurrir otra vez —como dice TRENCEK— al innombrable y represivo «vamos a ponernos duros» de las voces neoclásicas del «ley y orden»³⁴⁶. Si, a pesar de todo, no se pudiera llegar a una avenencia sobre este tema, lo que sí cabe decir es que la naturaleza pública del Derecho penal ya está de por sí bastante oscurecida. La convivencia al lado de los delitos públicos de otros delitos con una naturaleza privada o semi-privada, nos hace preguntarnos si en muchos casos la realidad no es que la víctima prefiera la reparación a la imposición de una pena de prisión que lo único que hace es, precisamente, dificultarla³⁴⁷.

Bajo esta discusión —estamos de acuerdo con LARRAURI—³⁴⁸ lo que late es, más bien, un gran escepticismo acerca de que la reparación deba pasar a formar parte del sistema de penal como sanción autónoma. Quizás es el miedo a que su puesta en práctica sea un tarea tediosa y difícil de llevar a la práctica, pero ¿qué pena no lo es? ¿Alguien arguye la crítica a la cárcel basándose en la falta de terrenos para construirla o los costes que supone para los contribuyentes? «Si los argumentos pragmáticos no son utilizados para denostar una pena tampoco deberían serlo para criticar otra» —sentencia con acierto esta brillante profesora catalana—³⁴⁹.

C) LA REPARACIÓN COMO ALTERNATIVA A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

1. Concepto y contenidos

Reparación supone compensación de las consecuencias del hecho con el fin de restituir la paz jurídica, por lo cual son igual de apropiadas las prestaciones monetarias como los regalos, las disculpas, los encuentros de reconciliación o la prestación de servicios al igual que las cargas simbólicas³⁵⁰. Junto a todo ello son posibles también las contribu-

³⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación"», *op. cit.*, p. 200.

³⁴⁵ BERISTAIN IPIÑA, A., «La victimología en un momento clave (Notas del III Simposio Internacional sobre Victimología)», *ADPCP*, n.º 33, 1980, p. 97.

³⁴⁶ TRENCEK, T., «¿Hacia una reprivatización del control social? "Una evaluación de víctima-delincente-reconciliación"», *PDIF*, n.º 8, marzo-1992, p. 23.

³⁴⁷ LARRAURI PUOÁN, E., «La reparación», *op. cit.*, pp. 191 y 192.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 179.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 190.

³⁵⁰ La primera experiencia de reparación simbólica fue realizada en Alemania por el Juez Holzschuck, llamado desde entonces el «juez de chocolate», por condenar a una sirvienta autora de un robo para satisfacer su glotonería, a emplear parte de su sueldo en la compra de chocolate para los pensionarios de un orfanato. Otro ejemplo puede ser el de la condena, también en Alemania, a un grupo de jóvenes adolescentes culpables de incendiar imprudentemente un bosque, a repoblarlo. *Vid.* en RICO, J. M., «Medidas sustitutivas de la pena de prisión», *op. cit.*, p. 139.

ciones monetarias a fondos de compensación de víctimas —especialmente aplicable a casos en que el hecho ha quedado en grado de tentativa y no se han producido daños—, los servicios en centros hospitalarios y asilos, etc. Es, en pocas palabras, una figura que presume de la elasticidad suficiente como para permitir su utilización sea cual sea el delito y sean cuales sean las características del autor³⁵¹.

Para nada es, en consecuencia —y así nos lo aclara HUBER—³⁵², ni solamente una compensación económica del daño ni un privilegio de ricos. Más bien, y de acuerdo con BACIGALUPO³⁵³, la vía de la reparación aparece como una de las soluciones más idóneas al problema de falta de trabajo que dificulta enormemente la mayoría de las medidas sustitutorias de la pena de prisión. En todo caso, los resultados en cuanto al cumplimiento de la sanción han sido mejores, y tal y como nos ha mostrado la experiencia, cuando ésta se ha impuesto de forma única que cuando acompañaba a otra pena (como la libertad vigilada o similares)³⁵⁴.

2. Fundamentos para su acogida. Los efectos inherentes a la alternatividad

Su fundamentación —nos dice RICO—³⁵⁵ se puede servir con la sola corroboración de que ciertas infracciones no suponen un atentado grave al orden público, sino más bien a la persona o derechos de la víctima, estando suficientemente castigadas con la imposición de una condena al culpable consistente en entregar una indemnización a su víctima. Porque, en definitiva, la víctima de un delito poco grave generalmente no experimenta la necesidad de una pena como castigo y, sin embargo, si está interesada en la reparación de «su» daño³⁵⁶ —algo que, por otro lado, y de acuerdo con REYNOSO, si incidiría de forma marcadamente positiva en la tasa de denuncia de delitos—³⁵⁷.

La reparación, de este modo, se presenta como un medio apto para atenuar, modificar o sustituir la pena sin duda más humano y razonable. De entrada, significaría un paso importante el que, con ella, se consiguiera dar una nueva forma a la gran cantidad de proce-

³⁵¹ HUBER, B., «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», *op. cit.*, p. 171.

³⁵² *Ibidem*, p. 170.

³⁵³ BACIGALUPO ZAPATER, E., «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal Europeo actual», *op. cit.*, p. 134.

³⁵⁴ DÖNKEL, F., «Alternativas a la pena privativa de libertad. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparadas otras sanciones», *op. cit.*, p. 66.

³⁵⁵ RICO, J. M., «Medidas sustitutivas de la pena de prisión», *op. cit.*, p. 138.

³⁵⁶ HUBER, B., «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», *op. cit.*, p. 167. De la misma opinión RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, *op. cit.*, p. 77.

³⁵⁷ Puesto que el desamparo en que se encuentra generalmente la víctima conduce a que sólo se denuncie el 50% de los delitos cometidos, lo cual a su vez genera una escasa información y pocas probabilidades de elaborar programas de prevención. Por ello, cuando la víctima presenta la denuncia se convierte en un medio de control social puesto que contribuye al esclarecimiento del delito. *Vid.* en REYNOSO, V. E., «El rol de la víctima», Ponencia del I Congreso Iberoamericano y IX Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, 4, 5, 6 y 7 de septiembre de 1997, Universidad de Buenos Aires, p. 88.

sos que en la actualidad se sobreesen en el ámbito de la criminalidad leve, o que concluyen con una imposición de multa, ya que con la reparación se conseguirían resultados más útiles para el propio autor, la víctima y la sociedad, y, en todo caso, sería una vía que por lo menos garantizaría una auténtica ayuda a la víctima³⁵⁸.

Y es que esta figura no sólo satisface mucho más los intereses y objetivos de la víctima que las indemnizaciones estatales o los seguros, sino que permite, a un tiempo, que el infractor se conciencie y compruebe los males ocasionados por su delito, lo cual indudablemente es una perspectiva muy positiva en aras a su resocialización³⁵⁹. Porque con ella —nos resume MADLENER—³⁶⁰ no sólo se busca la satisfacción de la víctima sino que, de igual modo, se vislumbra como un medio adecuado tanto para el tratamiento del delincuente, en aras a que acepte su responsabilidad de reparar el daño que ha causado, como para reducir, si bien de forma indirecta, la carga de trabajo a la que se ven sometidos actualmente los sistemas judicial y penitenciario. Es, en consecuencia, una importante baza que no debemos dejar de utilizar en el ya de por sí complicado juego de las alternativas a la cárcel.

3. Su no previsión en nuestros códigos penales

Tanto el código español³⁶¹ como los códigos centroamericanos ignoran la propuesta de adoptar la reparación en el sentido de una tercera vía sancionatoria. En ninguno de ellos viene regulada como sanción principal autónoma y tampoco se le concede la posibilidad de sustituir a la pena privativa de libertad. Generalmente, sólo es tomada en consideración como requisito para obtener algún beneficio, como la suspensión condicional de la pena —y a cuyo tratamiento nos remitimos—³⁶², o como prueba de arrepentimiento. Nuestros códigos, en definitiva, y en lo que a este aspecto se refiere, se han limitado a ofrecer pequeñas muestras reparativas, que —de acuerdo con las palabras de LARRAURI— tan sólo constituyen «atisbos de reparación que podrían haber encontrado una plasmación legislativa más amplia y haber sido dotados de mayores efectos»³⁶³. Y es que, también aquí,

³⁵⁸ HUBER, B., «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», *op. cit.*, pp. 172 y 173.

³⁵⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «El Derecho penal y la víctima», *op. cit.*, p. 252.

³⁶⁰ MADLENER, K., «La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho penal», *EDPCr*, Tomo II, Madrid, 1989, pp. 21 y ss.

³⁶¹ Nuestro Ordenamiento jurídico-penal se ha limitado a introducir una circunstancia atenuante de reparación del daño ocasionado a la víctima —o de disminución de sus efectos, que podría aplicarse en su caso como muy cualificada y dar lugar a una disminución de la pena en uno o dos grados (66.4) e, incluso, llevar en la práctica al sobreseimiento y archivo del procedimiento por parte de los tribunales cuando de ciertos delitos patrimoniales se trata (arts 80.2, 81.3, 84.2, 87.1)—, también como una de las condiciones necesarias a cumplirse para suspender la ejecución de la condena —o previa satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito (81.3)— y para sustituir la pena de prisión inferior a un año por arresto fin de semana o multa (art. 88.1).

³⁶² *Vid. supra*, Capítulo V. Apartado II.B (B-2.b).

³⁶³ LARRAURI PUJÓAN, E., «La reparación», *op. cit.*, p. 195.

nos hemos dejado pasar la ocasión. Una ocasión que debemos, sin embargo, intentar recuperar.

D) CONCLUSIONES VALORATIVAS. EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La reparación no es sino otra muestra más de la desconfianza que respecto a un Derecho penal preventivo aún sigue latente. Una crisis que dificulta cada vez más la justificación de penas tan severas como la cárcel³⁶⁴, y sin embargo la perspectiva de solución al respecto en el derecho comparado no es, como hemos visto, todo lo buena que cabría esperar al menos hasta el momento. Son realmente muy pocos los casos en que la reparación se usa como alternativa a la prisión, y cuando se impone es, o para castigar un delito que hubiese sido castigado con pena de multa, o se le suma a la suspensión normalmente como condición para su otorgamiento, en cuyo caso se evidencia un grave riesgo: el de que se supedite los objetivos resocializadores a los de reparación a la víctima. Un tema especialmente agudizado en el caso de insolvencia del suspendido, por lo que, al respecto, sería recomendable —de acuerdo con LARRAURI— el poder otorgarse la suspensión una vez que se den el resto de los requisitos, e imponer el pago de la reparación como obligación a cumplir durante el plazo de suspensión. Porque aquí de lo que se trata no es de conceder un beneficio al condenado para que repare el daño, sino de que se le brinde la oportunidad de evitar la condena si lo hace³⁶⁵. Porque en estos momentos de lo que se habla, en definitiva, es de la reparación como alternativa de la prisión³⁶⁶.

Su futuro, en este sentido —escribe HUBER—³⁶⁷, se encuentra, sin embargo, minado por la Política criminal y por el aumento incesante de la criminalidad, razón por la que hoy tiene pocas posibilidades; si bien —advierte de igual modo esta autora británica— quizá no esté lejano el momento en que la Justicia criminal se derrumbe en algunos temas, como el del tráfico automovilístico, bajo el peso de la ineficacia y la saturación, y con ello haya llegado la oportunidad para recobrar los modelos alternativos y, ¿por qué no?, el modelo de reparación. DÜNKEL³⁶⁸, más optimista, estima que en la evolución internacional actual ya se pone de manifiesto la creciente aceptación y fomentación de la reparación. En el mismo sentido, MADLENER considera que, si bien en un modo no lineal, «pa-

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ LARRAURI PUJÓAN, E., «La reparación», *op. cit.*, pp. 193 y 194. Sin embargo, y como vimos, es clara la tendencia de la doctrina española en favor de la subsistencia de este requisito. Entre otros: MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la «suspensión del fallo»», *op. cit.*, pp. 241 y ss.; FERNÁNDEZ ALBOR, A., «La ejecución de las penas privativas de libertad en la reciente legislación española», *EPC*, III, 1979, Santiago de Compostela, p. 116; MADLENER, K., «La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho penal», *op. cit.*, p. 24.

³⁶⁶ *Vid. supra*, Capítulo V. Apartado IV.A (A-3).

³⁶⁷ HUBER, B., «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», *op. cit.*, p. 176.

³⁶⁸ DÜNKEL, F., «La víctima en el Derecho penal, ¿en vías de una justicia criminal hacia el autor a una orientada hacia la víctima?», *op. cit.*, p. 82.

rece que se busca, cada vez más, el equilibrio entre los intereses del Estado y de la víctima al menos en lo que se refiere a la persecución del delito y a la reparación del daño sufrido por ésta última»³⁶⁹. Y es que si somos conscientes de la necesidad de promover sistemas de justicia penal que contribuyan a reducir los niveles de violencia, y no a incrementarlos, ésta es, como dijimos, una gran baza. Este es un sistema que se debe impulsar en la mayor medida posible³⁷⁰.

Porque, ciertamente, resulta muy utópico pretender resocializar al infractor cuando el propio sistema legal radicaliza el enfrentamiento de éste con la víctima y cierra el paso a toda posibilidad de diálogo. Y porque difícilmente cabe hablar de resocialización de un delincuente ajeno por completo a la suerte de «su» víctima³⁷¹. En todo caso, el abandono que siente ésta en el proceso penal lo único que hace es crearle nuevos daños y, lo que es más peligroso, incrementar su sentido de venganza, su necesidad de una justicia individual, que es precisamente lo que se quiso evitar con la acaparación por parte del Estado del sistema punitivo³⁷². Por todo ello hay que terminar con los extremismos absurdos que pretenden solucionar en forma simplista una problemática tan grave como es la criminalidad actual y abogar, en consecuencia, por la reparación como posible vía alternativa. Porque la reparación nos conviene a todos y, en tal sentido, la justicia penal no debe constituir obstáculo alguno para el reencuentro del delincuente y de la víctima en aquellos supuestos donde éste sea viable y positivo³⁷³. Porque sólo de este modo, en definitiva —nos dice BERISTAIN—, la víctima por fin alcanzaría lo que pretendía: «conquistar el corazón de sus enemigos, que cambiaron sus pitadas por una salva de aplausos amicales»³⁷⁴.

Y es que la reparación constituye la mejor forma de servir los intereses tanto de la justicia como de la piedad³⁷⁵. Responde mejor que ninguna otra figura a los postulados de la solidaridad que la naturaleza del crimen reclama y, además, devuelve al sistema legal la faz humana que nunca debió perder, pero que perdió al despersonalizar el conflicto entre autor y víctima y someterlo a una intervención formalista y burocratizada³⁷⁶. Para algunos puede parecer aún demasiado temprano y para otros demasiado tarde, para la pacificación y reconciliación dentro del marco del Derecho penal, pero —como en completo

³⁶⁹ MADLENER, K., «La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho penal», *op. cit.*, pp. 14 y ss.

³⁷⁰ CARRANZA, E., *Criminalidad, ¿prevención o promoción?*, *op. cit.*, p. 115.

³⁷¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal», *op. cit.*, p. 177.

³⁷² GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal», *op. cit.*, p. 94.

³⁷³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «El Derecho penal y la víctima», *op. cit.*, p. 261.

³⁷⁴ BERISTAIN IPIÑA, A., «La victimología en un momento clave (Notas del III Simposio Internacional sobre Victimología)», *op. cit.*, p. 100.

³⁷⁵ DRAPKIN, S., I., «El derecho de las víctimas», *op. cit.*, p. 386.

³⁷⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal», *op. cit.*, p. 179.

acuerdo con la aseveración de TRENCEK— «¿en qué quedaría, en definitiva, la justicia si perdiésemos estos elementos cruciales?»³⁷⁷.

VII. ESPAÑA, CENTROAMÉRICA Y ALTERNATIVIDAD. PUNTOS CRÍTICOS

A) INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

Por todo lo visto, es ciertamente evidente el hecho de que un detallado elenco de alternativas a la prisión brilla por su ausencia en cualquiera que sea el código penal abordado de todos los que aquí estudiados. Un problema lógicamente agudizado en aquéllos que se encuentran en vigor desde hace más de 15 años, por limitarse a reproducir modelos europeos claramente represivos, y sin lugar a dudas ya desfasados, pues fueron «esculpidos» para hacer frente a unas directrices tanto políticas como socio-económicas que poco o nada tienen que ver con la actual realidad centroamericana³⁷⁸.

En este sentido se siente una especial urgencia en la reforma de los códigos de Costa Rica, Nicaragua³⁷⁹ —ambos del año 1970—, Guatemala (1973), Panamá (1982) y Honduras (1983). Una reforma que, entre otras cuestiones —que, ciertamente, también están necesitadas de una solución acabada—, reserve una importante baza a la alternatividad. Una remodelación, en todo caso —y no está de más el recordarlo—, ajustada a las nuevas orientaciones político-criminales, como la que cabía esperarse de los otros dos textos penales: el ya no tan nuevo C.P. español de 1995 y el más «joven» de los siete, el salvadoreño de 1997.

En ambos textos la introducción de alternativas a la cárcel debe ser saludada, sin lugar a dudas, como un gran avance, puesto que se acercan, al menos en la letra de la ley, a los sistemas penales político-criminalmente más avanzados. Sin embargo el estudio debe dejar la superficie de la ley y ser mucha más profundo. De lo que se trata, estamos con LARRAURI, no es de valorar si son mejores o peores 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 ya hemos visto. Es decir, desentrañando si la traducción última de todo ello no ha tenido como objeto el incremento del número de personas sometidas a control —ampliación de las redes penales (o *net widening*)—; concluyendo sobre si, finalmente, implican o no una condena de cárcel, buscando métodos de aseguramiento de las alternativas distintas a ésta; y cuestionando las que por sus condiciones, gravosidad, efectos

³⁷⁷ TRENCEK, T., «¿Hacia una reprivatización del control social? "Una evaluación de víctima-delincuente-reconciliación"», *op. cit.*, p. 38.

³⁷⁸ *Vid. supra*, Capítulo II, apartado II.B.

³⁷⁹ Una reforma que va, como sabemos, va ciertamente encaminada con el PCP que ahora se discute en la Asamblea Legislativa, y que esperamos llegue a buen puerto con las enmiendas oportunas para que realmente pueda hablarse de un nuevo código penal ajustado a la realidad político-criminal nicaragüense. Un texto penal de nueva planta que aporte soluciones efectivas y no que se limite a agravar la situación de quienes tienen la mala fortuna de necesitar de sus «servicios».

estigmatizadores o grado de intromisión impliquen un aumento excesivo del control ³⁸⁰. En este sentido, tanto ambos códigos penales —a los que podríamos unir el PCP nicaragüense que hoy en día se está discutiendo— como los enumerados previamente siguen 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. Unos obstáculos a salvar que resumimos a grandes líneas, pues en el capítulo que sigue les damos un tratamiento más pormenorizado.

B) LOS GRANDES PUNTOS DÉBILES

1. La falta de valentía legislativa. La práctica inexistencia de penas principales no privativas de libertad

Sea cual sea el código penal que tomemos como referencia, el hecho siempre es el mismo: en muy pocas ocasiones prescinde de la pena de prisión en favor, ya sea de la pena de multa, ya sea de la de arresto de fin de semana o trabajo en beneficio de la comunidad. Casos ciertamente contados, y que cuando se trata de arresto de fin de semana, evidentemente, en poco ayuda al propósito minimalista del uso de la prisión. El legislador, en resumidas cuentas, ha hecho caso omiso de todo modelo proporcionalista de asignar penas distintas a la prisión como sanción principal en función de la gravedad del delito ³⁸¹.

Por lo general se ha dejado en el tintero propuestas tan novedosas como el arresto domiciliario, la reparación a la víctima y la penas privativas de derechos —en su vertiente rehabilitadora principalmente—. Las esperanzas que nos quedan se limitan, por tanto, o bien únicamente a la pena de multa, o, como en el caso de El Salvador, también alcanza al trabajo en beneficio de la comunidad. De cualquier forma, no parece que con ellas tampoco vaya a solucionarse gran cosa dadas las trabas legales de las que parten y, entre ellas, y sobre todo, el poco reflejo que finalmente tienen en la correspondiente parte especial.

2. Limitación de la alternatividad a los delitos de mínima gravedad

Del mismo modo, y como probable herencia de la perspectiva rehabilitadora, el legislador ha posibilitado la alternatividad únicamente respecto de las penas cortas privativas de libertad, manteniéndose ajeno a la dimensión actual de la discusión en tal sentido. Esto es, al hecho de que hoy el centro de la crítica no sólo lo conforman las dichas penas sino también las de larga duración ³⁸². El legislador, en definitiva, ha seguido partiendo de la consideración de que la prisión es adecuada (proporcional) a todos los delitos, sea cual

³⁸⁰ LARRAURI PUJÓAN, E., «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal», *op. cit.*, p. 53.

³⁸¹ CID MOLINÉ-LARRAURI PUJÓAN, *Alternativas a la prisión*, *op. cit.*, p. 29.

³⁸² *Ibidem*.

sea su tipología, delegando en el juez la responsabilidad de optar por la suspensión o la sustitución en base a un juicio claramente individualizado de la persona.

3. La no ampliación de márgenes legales al arbitrio judicial

Evidentemente, y siguiendo la actual orientación político criminal, se está apostando por una nueva mentalidad judicial que asuma el difícil papel de elegir, entre todas las posibilidades, la más adecuada para el caso concreto ³⁸³. El Juez se encuentra con un marco penal, más o menos grande, dentro del que deberá moverse utilizando su arbitrio ³⁸⁴. Se pasa de la dosimetría penal a la racionalidad del juzgador, cuyo arbitrio se ha visto ampliado en aras a las posibilidades suspensivas y sustitutivas previstas. No obstante, hay que subrayar —como así lo hace BELLO LANDROVE, si bien respecto de la legislación española— ³⁸⁵ que las líneas maestras de la aplicación de las penas en nuestros códigos penales se mantienen, lo cual se traduce en la pérdida de la oportunidad ideal para reemplazar el rígido entramado de reglas matemáticas por una regulación más abierta al arbitrio judicial. Éste, en resumidas cuentas, aún se ve frenado por reglas cuasi-matemáticas, cuyo devastador efecto pretende ser atenuado estableciéndose limitaciones a una ciega y matemática acumulación de penas.

4. La paradoja de poder suspender pero no sustituir. Las escasas posibilidades sustitutivas

El que las márgenes de suspensión de las penas privativas de libertad sea superior, por lo general, al fijado respecto de la sustitución, tan sólo puede computarse —en completo acuerdo con MÓNACO— «entre los misterios de la actual política criminal» ³⁸⁶. Mientras la suspensión, generalmente, hace gala de un amplio campo de actuación, la sustitución, muy al contrario, cuenta con un margen aplicativo demasiado estrecho. Algo de difícil comprensión cuando, sin lugar a dudas, la primera a efectos de prevención general se admite como más benévola. En todo caso, y como consecuencia de esta escasez de imaginación punitiva, a lo único que se ha llegado, nuevamente, es a que sea imposible graduar

³⁸³ *Vid. infra*, Capítulo VII, apartado II.B.

³⁸⁴ Un arbitrio que, recordemos, no debe confundirse, ni mucho menos, con arbitrariedad. No es un cheque en blanco puesto en manos del Juez. Este debe dirigir su decisión apoyándose en los criterios señalados por la ley, y en los fines atribuibles a la pena —y con ella del propio Derecho penal— acogidos por la correspondiente Constitución. Su función no es, pues, libre, sino que está igualmente acotada por el principio de legalidad y su exigencia de motivación de las sentencias, que no sólo cabe aducir respecto de la determinación de la pena en sentido estricto, sino también frente a la opción o no por formas sustitutivas de la privación de libertad, o individualización de la pena en sentido amplio. *Vid. supra*, Capítulo V, apartado IV.B.

³⁸⁵ BELLO LANDROVE, F., en su ponencia sobre «Determinación de la pena» en el curso *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código penal*, CGPJ, Madrid, del 21 al 23 de octubre de 1996, pp. 3 y ss.

³⁸⁶ MÓNACO, L., «Las penas sustitutivas entre sistema penal «legal» y sistema «real» (Particularmente, discrecionalidad y prognosis judicial en el art. 58, Ley 689/1981)», *CPC*, n.º 29, 1986, p. 409

la severidad de la sanción con la severidad del delito de un modo auténticamente proporcionado.

5. Excesiva severidad y falta de regulación taxativa. La violación del principio de legalidad

Y es que las posibilidades alternativas, en un afán desmesurado porque sean creíbles sustitutos de la prisión, generalmente acaban siendo configuradas en comparación a ésta y no en función de una escala de gravedad propia (ej. n.º de horas para el trabajo en beneficio de la comunidad, los casos que permiten al juez optar entre arresto y multa, etc.), cuando —en completo acuerdo con CID y LARRAURI— el efecto finalmente conseguido es el diametralmente opuesto, dado que la «la adición de requisitos a la suspensión y sustitución de la condena de prisión y el incremento global de la severidad de las alternativas conlleva un mayor riesgo de su vulneración y en consecuencia un mayor peligro de que resurja la condena de prisión»³⁸⁷. O lo que es lo mismo, se reduzcan a constituir un nuevo motivo para revocar la sustitución y volver a prisión. Del mismo modo sucede con el hecho de que, aparte de la pena, se establezcan otras cargas, con lo cual «cada vez más las alternativas a la cárcel van endureciendo sus condiciones y con ello perdiendo el carácter de alternativa»³⁸⁸. De nuevo claros matices individualizadores de nuestros códigos penales y que en muchas ocasiones se traducen en verdaderas trabas.

No son pocos, en todo caso, los aspectos del principio de legalidad que son vulnerados con la regulación de las alternativas en nuestros textos penales. Para comenzar, es más que evidente la ausencia de una determinación taxativa y la falta de criterios que guíen la aplicación concreta de las alternativas, y que convierten en imprevisible el uso que se pueda hacer de esta amplia discrecionalidad judicial³⁸⁹. Para ello bástenos como ejemplos: la ausencia de criterios a lo que atenerse a la hora de optar por la sustitución o la suspensión de la pena; la posibilidad de que el juez pueda imponer reglas de conducta «si lo estima necesario», tanto en la suspensión como en la sustitución; el que «atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad del reo» sea, generalmente, el criterio principal a la hora de suspender o no la condena; el que el juez pueda imponer aquellos deberes «que estime convenientes para la rehabilitación social del penado», etc.

6. Las dificultades prácticas en su realización. Una regulación ejecutiva claramente insuficiente

Es, en todo caso, ciertamente comprensible el escepticismo existente acerca de la aplicabilidad tanto de la multa, como del trabajo en beneficio de la comunidad, como de cualquiera que sea la pena de que se trate, si ésta es diferente a la prisión. La primera, por los

³⁸⁷ CID MOLINÉ-LARRAURI PUJÓAN, *Alternativas a la prisión*, op. cit., p. 32.

³⁸⁸ *Ibidem*.

³⁸⁹ *Ibidem*, pp. 32 y 33

insuficientes mecanismos procesales de los que dispone el juez para indagar la renta y patrimonio de la persona; el segundo, por la escasez de trabajo y de su control³⁹⁰; y todos, por la carencia de una ley de ejecución que les regule.

La regulación que en nuestros países se ha hecho de los sustitutos a la pena de prisión es, de acuerdo con BACIGALUPO —si bien el se refiere únicamente al caso español, pero que para nosotros es perfectamente trasladable—, «sumamente restrictiva y no ha recogido los principios de la política criminal moderna»³⁹¹. La fuerza centrípeta que aún ejerce la pena de prisión, se refleja en la práctica inexistencia de normativa de ejecución distinta a la Leyes y Reglamentos penitenciarios, si es que se tiene la fortuna de contar con ellos³⁹². Una regulación, en todo caso, tan confusa como deficiente, y que lógicamente, despierta el recelo de Jueces y Tribunales³⁹³. Un recelo que se traduce, finalmente, en un importante retrotraimiento en su aplicación.

Del mismo modo, y tal y como venimos repitiendo a lo largo de toda esta elaboración, uno de los grandes problemas con que se encuentran gran parte, por no decir todas las medidas alternativas —y en especial el cumplimiento de algunas de las condiciones impuestas con la suspensión, y la ejecución en sí misma del trabajo en beneficio de la comunidad—³⁹⁴, es la falta de la correspondiente infraestructura tanto humana como material para llevarse a cabo. Hoy, ni en España, ni en mayor medida en Centroamérica, se dispone de los medios estructurales básicos para su puesta en marcha, dada la práctica inexistencia de previsión de ayuda y asistencia en su ejecución. La escasa implantación del trabajo social y la reducida experiencia en este campo son algunos de los factores que están, en definitiva, retrasando la aplicación masiva de las alternativas a la prisión. La necesidad de renovación e imaginación de nuestros sistemas penales es, pues, y al respecto, evidente.

7. La omnipresente posibilidad de regresar finalmente a prisión

Finalmente, y como creemos no podía ser de otra manera, queremos llamar la atención sobre el hecho de que tras la correspondiente alternativa a la pena de prisión, generalmente, se esconda la posibilidad de su regreso a ella —que por esta vía puede ser una pena de corta duración—, con el consiguiente fracaso de todas las expectativas en su superación. Porque, no sobra el repetirlo, el objetivo de las alternativas no es establecer más control sobre más gente sino conseguir que entre menos gente en la cárcel, y esta es una meta, desde luego, difícilmente alcanzable por este camino. El legislador, y de nuevo cla-

³⁹⁰ *Ibidem*, pp. 33 y 34.

³⁹¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal europeo actual», op. cit., p. 131.

³⁹² *Vid. supra*, Capítulo III. Apartado II.D (D-3.b).

³⁹³ SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, op. cit., p. 266.

³⁹⁴ *Vid. supra*, Capítulo V. Apartado III.B (B-3) y Capítulo VI, apartado IV.C (C-2).

ramente orientado por una perspectiva rehabilitadora, lo único que está haciendo, con tal desmesurado afán por mantener siempre detrás la sombra de la prisión, es crear una circularidad entre las alternativas y la propia cárcel, en el sentido de hacer funcionales a aquéllas sólo respecto de ésta y no por sus propios medios. En vez de abogar por su desaparición lo que en realidad hace —tal y como vimos—³⁹⁵ es afirmar su esencialidad; algo ciertamente opuesto a toda orientación reduccionista del uso de la prisión que se precie, y por la que desde aquí abogamos.

³⁹⁵ Vid. *supra*, Capítulo IV. Apartado II.A.

CAPÍTULO VII

CONSIDERACIONES CRÍTICAS RESPECTO DE LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de las medidas alternativas y de las sanciones sustitutivas —como novedades más representativas de este siglo en materia de penas— es, sin duda, un síntoma claro de la crisis de la pena privativa de libertad, pero también, y al mismo tiempo, un signo cierto de la enorme resistencia supuesta por el paradigma carcelario. El problema actual de las alternativas a la cárcel se centra, principalmente, en el hecho cierto de que no han llegado a sustituirla como penas o sanciones autónomas —denuncia FERRAJOLI—¹, sino que se han limitado a sumarse a ella como su eventual correctivo, terminando así por dar lugar a espacios incontrolables de discrecionalidad judicial o ejecutiva. Porque si bien las penas alternativas, en principio, aparecen más aptas en aras a una labor positiva y no meramente represiva, lo cierto es que ello dependerá no tanto de su adopción por la ley cuanto de los criterios que determinen su aplicación práctica, porque, no debemos olvidarlo, «se presentan como alternativas a la prisión y su fracaso, tanto en general como en el caso particular —nos recuerdan DE SOLÁ, GARCÍA ARÁN y HORMAZÁBAL—, comporta la vuelta al imperio de aquélla»².

Lógica es, en consecuencia, la advertencia de MAQUEDA sobre las reticencias a tener con cualesquiera alternativas, considerando que éstas nunca deben sobrestimarse «porque pueden acabar siendo un invento disciplinario más que pretende, mediante el empleo de técnicas progresivamente más sofisticadas, legitimar una vez más, y como siempre, el ejercicio del poder estatal de castigo cuyo objetivo sigue siendo el deber de obtener obediencia y sometimiento para la preservación de un orden que debe permanecer a toda hora incuestionado»³. Para evitar, por tanto, que también en materia de penas alternativas al entusiasmo le siga la omnipresente desilusión, el principio de realidad nos sugiere

¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 411.

² DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 14

³ MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la "suspensión del fallo"», op. cit., p. 249.

no olvidar que, contra todo proyecto optimista, también en la política penal diferenciada existe una variación entre teoría y realidad, en el mismo instante en que la capacidad realizadora de la práctica supera a la capacidad creativa de las ciencias penales⁴. Sin embargo —y de acuerdo con RUIZ VADILLO—⁵, el hecho de que existan dificultades, cuyo conocimiento anticipado siempre es bueno para que nadie se lleve a engaño, no significa que el propósito sea inviable.

Un sistema sancionatorio diferenciado, seriamente concebido y llevado a la práctica, todavía puede constituir una importante instrumento de política criminal capaz, al mismo tiempo, de reducir el ya tradicional ámbito de la pena detentiva y las medidas clemenciales, y de reforzar la función general-preventiva, la seriedad y la credibilidad del sistema penal⁶. Se debe para ello comenzar por salvar ciertos obstáculos si se desea, como desde este trabajo se hace, una creciente eficacia por parte de las medidas alternativas en el camino hacia la reducción del uso de la prisión, hasta llegar a la meta, esperemos no muy lejana, de su desaparición definitiva como elemento opresivo. El principio de funcionalidad, por tanto —y en completo acuerdo con MALINVERNI—⁷, no debe cejar de inspirar el Derecho penal, puesto que sin él el legislador no dejaría de escribir sueños en lugar de posibles realidades, y el juez se limitaría a mutilar la ley en vez de interpretarla.

En este sentido, y si bien somos conscientes de que la naturaleza de las diversas medidas alternativas a la prisión aquí consignadas es de lo más heterogénea, se pueden destacar algunos problemas específicos, comunes a casi todas ellas, que son los que estamos compelidos a resolver de forma previa si lo que queremos es eficacia y positividad en los resultados. Porque para la efectiva realización de las alternativas no basta con un programa de buenas intenciones, sino que es necesario algo más. Se precisa —escribe BONA I PUIGUERT— «de una seria voluntad política al respecto, de la promulgación de la legislación correspondiente, de la puesta en marcha de servicios de seguimiento y apoyo, y los medios materiales y humanos»⁸. Porque sería injusto pensar —estamos con RODRÍGUEZ MANZANERA— que todo el mal reside en la prisión; «la realidad es que toda la justicia penal está en crisis»⁹. Hay que puntualizar, en consecuencia, los límites de la prisión para

⁴ MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, op. cit., pp. 505 y ss.

⁵ RUIZ VADILLO, E., «El futuro inmediato del Derecho penal, las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad», op. cit., pp. 33 y 34.

⁶ MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 771.

⁷ MALINVERNI, A., «Le misure alternative nel quadro delle sanzioni penali», *Ras. Pen. Crim.*, 1979, n.º 3-4, p. 36. En este sentido, JAKOBS escribe: «Es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad; el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva, al igual que sobre la base de otras partes de la sociedad cabe derivar conclusiones bastante fiables sobre el Derecho penal [...]. Ni el sistema social ni el sistema jurídico saltan por encima de su propia sombra». Vid. en JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho funcional*. Cívitas, Madrid, 1996, pp. 22 y ss.

⁸ BONA I PUIGUERT, R., «La función rehabilitadora de la pena de privación de libertad: entre el discurso teórico y el fracaso», op. cit., p. 44.

⁹ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, op. cit., p. 9.

que sea evaluada en su justa medida; esto es, como parte de un sistema de justicia penal, de la que tan sólo es el último eslabón¹⁰.

El análisis de la crisis de la prisión debe hacerse por tanto en todos los niveles, y no únicamente en el ejecutivo. Nos situamos ante una tarea que debemos afrontar todos porque nos afecta a todos. 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, aún diferentes, todas son esenciales.

II. PASOS ESENCIALES A DAR. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

A) NUEVA ORDENACIÓN DEL SISTEMA DE SANCIONES POR PARTE DEL LEGISLATIVO

Las medidas alternativas, como hemos visto, están sobre todo dirigidas a satisfacer exigencias preventivo-especiales, en cuanto están encaminadas a mejorar, o al menos no empeorar, las condiciones de adaptación del condenado a la vida social; y sin perder por todo ello la componente aflictiva típica de la sanción penal en mayor o menor medida, o bajo diversos aspectos. Sin embargo, no es extraño comprobar como los límites de la más plena actuación de la instancia reeducativa puedan ser sobrepasados, en favor de reales o presuntas ventajas, bajo las líneas de la prevención general o del acallamiento de la alarma social. Porque —tal y como nos recuerda CASAROLI—¹¹ cuanto más tienda la medida alternativa hacia la sustitución integral de la detención, más fácilmente se legitiman y pueden producirse interferencias de la prevención general; y, por contra, cuando menos incida la medida alternativa sobre la compleja sustancia de la pena detentiva, menos se justifican cautelas y limitaciones inspiradas en exigencias preventivo-generales, ya adecuadamente satisfechas con la permanencia del régimen custodial.

Este es, sin lugar a dudas, uno de los problemas de principio más delicados que se oponen en temas de medidas alternativas¹². Un grave problema en el que se está sumergiendo el legislador, el cual, en los últimos tiempos, lo que en realidad hace es desnaturalizar la categoría de las medidas alternativas desatendiendo su concreta peculiaridad funcional. De forma contraria a ésta, no hace sino que prever de una serie siempre más y más numerosa de excepciones indiscriminadas en todas las medidas —dictadas desde eventos y razones de alarma social—, e introducir, contemporáneamente, unas «contra-excepciones» y excepcionales facilidades respecto a la disciplina normal, inspirada en una exclusiva *ratio* premial-clemencial¹³. Todo esto, evidentemente, en poco o nada ayuda a un asentamiento responsable de la alternatividad, cuando ésta es una labor que inexcusablemente comienza en las instancias legislativas, puesto que éste y no otro es el órgano

¹⁰ VÍQUEZ JIMÉNEZ, M. A., «Alcances y limitaciones del tratamiento penitenciario en Costa Rica», op. cit., p. 95.

¹¹ CASAROLI, G., «Misure alternative alla detenzione», op. cit., p. 21.

¹² FLORA, G., «Misure alternative alla pena detentiva», op. cit., p. 99.

¹³ CASAROLI, G., «Misure alternative alla detenzione», op. cit., p. 21.

encargado de crear las leyes, y aquí lógicamente también hablamos de leyes. En este sentido, la tarea a desarrollar por el legislativo en el juego de las alternativas cabría resumirse en los siguientes puntos:

1. Primer paso indiscutible: una previa y rotunda política, tanto despenalizadora como social, que evite el recurso a la maquinaria punitiva del Estado

Es cierto, como así lo advierte COHEN, que «aún estamos lejos de entender las formas en las que las diferencias culturales, nacionales y políticas configuran las estructuras e ideologías de control social, y, con ello, del Derecho penal»¹⁴. También es indiscutible, por notorio, que hasta ahora el estudio se ha centrado en estados de capitalismo liberal, con sistemas de control imbuidos en políticas asistenciales e ideologías más o menos sofisticadas acerca del tratamiento¹⁵. Pero también es evidente que nota común, ya no sólo a toda la zona Latinoamericana sino al resto del planeta, es la necesidad tanto del acercamiento de sus sistemas penales a las ciencias empíricas como de la adopción —recordando de nuevo a Von LISZT— de una política social como mejor política criminal. Una política criminal que, en todo caso, y de acuerdo con GARCÍA MÉNDEZ, no se agote en darle una forma más o menos «moderna» y circunscrita al ámbito tradicional de la desviación, sino en prestarle un tratamiento riguroso y, al mismo tiempo, respetuoso de las garantías individuales, y sin tratamientos diferenciales ni de hecho ni de Derecho. Una actitud, en definitiva, de autocrítica permanente que aprenda de los errores cometidos para que penas de hecho como la «pena de desaparición», tan utilizada durante los conflictos latinoamericanos en la década de los 70 y de los 80, dejen de ser puntos centrales de la política de control social¹⁶.

Para ello, para planificar una política realista de prevención del delito en la región, es muy importante partir de un panorama claro y veraz de la situación del desarrollo, y de sus perspectivas futuras, pues —estamos con SALOMÓN— «es muy previsible que las actuales condiciones de criminalidad, en tanto tengan relación con la presente estructura socioeconómica, se mantengan o agraven si dicha situación socioeconómica se agrava, a menos que cambien las condiciones de base y se alcance una mejor justicia distributiva dentro de un nuevo orden económico internacional»¹⁷. Y es que antes de plantearse el buscar alternativas a la cárcel habría que ofrecer, ciertamente, alternativas a la delincuencia, a la marginación y a la inadaptación¹⁸. Porque no cabe duda de que la alternativa más efectiva a la pena de prisión está en manos del gobierno, y se traduce en llevar a cabo una política social más amplia que evite la comisión de los delitos más frecuentes, relacionados generalmente con ataques a la propiedad privada, mediante medios no penales.

¹⁴ COHEN, S., *Visiones de control social*, op. cit., p. V de la introducción a la versión española.

¹⁵ *Ibidem*, p. 19.

¹⁶ GARCÍA MÉNDEZ, E., «Del control como delito, al control del delito: notas para una política criminal en la Argentina democrática», *DP*, n.º 8, 1985, pp. 379 y ss.

¹⁷ SALOMÓN JIMÉNEZ, F., «La administración de justicia en Honduras», op. cit., p. 42.

¹⁸ PAÍNO-RODRÍGUEZ-CUEVAS-ORDÓÑEZ, «Cárcel hoy. Alternativa mañana: un análisis para la comunidad de inserción», op. cit., p. 314.

«La política de la justicia social —escribe BARATTA—, la realización de los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades reales de los individuos, representan mucho más que un política criminal alternativa: constituyen la verdadera alternativa democrática a la política criminal»¹⁹. Porque quien no desee castigar la pobreza —muy bien dice MIR— ha de esforzarse, pues, en eliminarla progresivamente mediante una política social igualitaria; es decir, auténticamente democrática²⁰. Pero este es un sueño, sin duda, bastante más lejano si cabe que el de prescindir algún día de la cárcel. La delincuencia nos guste o no existirá siempre, y por ello el legislador es el llamado, sino a solucionar las cosas, al menos a no agravarlas.

La alternativa a la cárcel, en este sentido, se sitúa en primer término en una despenalización de todas aquellas conductas que bajo el sentir social no son penalmente relevantes —léase divorcio, adulterio, delitos de bagatela, o todas las faltas en el modo en que ha hecho el código penal panameño—. Porque, y partiendo lógicamente de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, no es admisible ninguna intervención punitiva que no esté justificada por la trascendencia que, para los demás, tiene la conducta que se quiere regular, y por la afcción que a la esfera de la libertad ajena supone. La conducta debe, por consiguiente, poseer una importancia fundamental, puesto que el Derecho penal en una concepción de Estado como ésta no está compelido a ocuparse —de acuerdo con MIR—²¹ en respaldar mandatos, valores o intereses que no comprometan seriamente el funcionamiento del sistema social. Y es que si partimos, como así lo hacemos, de que la consecuencia «pena» es más grave que la venida por otros sectores del Ordenamiento, es lógico —como así lo aprecia SILVA—²² que la dañosidad social que fundamenta su aplicación sea también más cualificada.

El principio de ofensividad o lesividad del hecho punible, como derivación de la exigencia constitucional de proporcionalidad, reclama, en definitiva, una afectación real de intereses con relevancia constitucional para justificar la limitación de derechos fundamentales que es propia de la sanción punitiva²³. Porque si el sistema penal está vinculado a la protección de intereses relevantes, por exigencia constitucional, es lógico que dichos intereses tengan, necesariamente, un reconocimiento —más o menos explícito— en la

¹⁹ BARATTA, A., «Principios del Derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», op. cit., p. 646.

²⁰ MIR PUIG, S., «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», op. cit., p. 126.

²¹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 92. En las sabias palabras de HOMMEL, «hay que dejarse de palabras moralistas y entontecedoras, para buscar la magnitud del delito única y exclusivamente en el daño social producido. A nosotros no nos interesa si el hecho cometido o la palabra pronunciada [...] es un delito moral o teológico; lo único que les preocupa son las infracciones de la vida ciudadana. Nuestra regla es ésta: cuando más lamentable es el resultado que produce un hecho en la comunidad, tanto más merecedor de pena es ese hecho. Por el contrario, si el hecho no produce ningún resultado perjudicial para la comunidad, entonces es indiferente o por lo menos carce de importancia desde el punto de vista legal positivo». Vid. en ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, op. cit., p. 26.

²² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 273.

²³ MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte Generale*, 2.ª edic., Padua, 1988, pp. 200 y ss.

Constitución²⁴. El legislador no deberá, por tanto, prohibir el que se realicen determinadas conductas —ni en contrapartida, obligar a su realización positiva— si no es porque resultan lesivas para un bien jurídico constitucionalmente protegido, el cual al mismo tiempo debe poseer un valor asumido socialmente y ser susceptible de ser lesionado o puesto gravemente en peligro, y por ello necesitado de tutela penal²⁵. Porque la cualidad de «merecedor de protección» depende, evidentemente, del valor que una determinada cultura le atribuya a ese bien²⁶. En todo caso, y sea cual sea la cultura jurídico-penal sobre la que se asiente, se le pide que sirva de límite o garantía, de tal forma que la lesión de un bien sea siempre condición necesaria —si bien no suficiente— para justificar su prohibición y punición como delito²⁷.

Y es que de poco, o nada, sirve —afirma con razón OCTAVIO DE TOLEDO—²⁸ proclamar la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos si se incumple el principio de subsidiariedad penal, y de este modo se altera la unidad y coherencia del Ordenamiento y se vacía de contenido la estimulación del Derecho penal como instru-

²⁴ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 48

²⁵ Y es que nosotros estimamos necesaria la confluencia de las dos grandes posturas doctrinales que respecto del bien jurídico se han barajado: la sociológica y la constitucionalista. A nuestro juicio, si bien, de un lado, el Derecho penal que pretenda servir al ciudadano no puede permanecer ajeno a la realidad en la que ese individuo se desenvuelve, puesto que su función es atender a sus necesidades en búsqueda de una convivencia social pacífica mediante la protección de los bienes jurídicos necesarios para ello —versión, por tanto, sociológica—. De otro lado, el legislador, en un sistema normativo como el que aquí nos sirve de base, en que la Constitución se alza como norma jurídico-positiva vinculante, nunca podrá elaborar una norma penal sin adoptar las líneas marcadas por la *Charta Magna*, siendo el Tribunal Constitucional quien, en última instancia, valorará si dicha norma puede o no formar parte integrante del Ordenamiento. A nuestro criterio —y siguiendo en este punto la versión restrictiva del constitucionalismo de BRICOLA, seguida en nuestro país por GONZÁLEZ RUS—, la Constitución recoge en sus preceptos los concretos objetos que deben ser protegidos por el Derecho penal. Contiene un catálogo de bienes jurídicos que no cabe ni mucho menos conceptuarse de cerrado, ni identificarse con el listado constitucional de Derechos fundamentales. Consideramos, más bien, que el constituyente se ha limitado a darles un soporte real. Una naturaleza empírica sobre la que se produce la valoración, primero, del propio constituyente y, luego, del legislador ordinario. Porque sólo así, en definitiva, el contenido de los Derechos fundamentales puede cambiar al tiempo que lo hace la propia sociedad, adaptándose completamente a ésta. Porque la Constitución se alimenta de preceptos lo suficientemente indeterminados y abstractos como para darle al oportuno legislador la libertad indispensable para bucear por sus contenidos, adecuándose al concreto momento histórico, y a las concretas necesidades sociales de ese momento, sin miedo a rebasar su literalidad. Y porque, de este modo, no hay temor de dejar fuera de la tutela penal a aquellos bienes que no se reconozcan expresamente en algún precepto del Texto Fundamental, porque también pueden ser bienes jurídico penales aquellos que —en palabras de GONZÁLEZ RUS—, «aún careciendo de una plasmación concreta sean susceptibles de integración, homologación o asimilación a los si recogidos de forma expresa, al estar relacionados con estos últimos de tal manera que el menoscabo de los primeros suponga la necesaria lesión o puesta en peligro de los segundos». Vid. en GONZÁLEZ RUS, J. J., *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1983, pp. 26 y ss. siguiendo a BRICOLA, «Teoría Generale del Reato», *NDI*, UTET, Turín, 1973, *passim*.

²⁶ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 261

²⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 471.

²⁸ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *ADPCP*, n.º 43, enero-abril, 1990, p. 23.

mento último de entre los que dispone. Y es que sólo con la necesaria observación a un tiempo de ambos principios, «las prohibiciones y sus correspondientes penas pueden configurarse como verdaderos instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes en el marco de una concepción más general del derecho penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos» —sentencia con razón FERRAJOLI—²⁹.

Nos referimos, en resumidas cuentas, al proceso de retirada del Derecho penal, del que hablamos en su momento, como invocación del Derecho penal mínimo que responde al lema de «menos delito y menos cárcel»³⁰. A la materialización efectiva, ya desde la letra de la ley, de esa *ultima ratio* del Derecho penal de la que tanto se habla pero tan poco uso se hace, reservándose la pena de prisión única y exclusivamente para aquellos delitos graves frente a los cuales aún no se dispone de otro medio de lucha. Sólo en ellos, hoy por hoy, parece justificado el acudimiento a la cárcel como pena, pero también, y por supuesto, con reticencias: las que parten de considerar a la prisión como un medio en todo caso desocializador, y por ello necesariamente sujeto a límites.

2. La reducción legal del uso de la prisión, con la eliminación de las penas de prisión breves y el acortamiento posible en las largas. La previsión de un elenco suficiente de medidas sustitutivas

El Derecho penal mundial, que duda cabe, está enfermo de prisión³¹, y esto se materializa de forma muy especial en Centroamérica. Sin embargo, dados los efectos claramente negativos que ésta tiene sobre todas las personas en general, y especialmente sobre los responsables de delitos de pequeña y mediana gravedad (en su caso sancionadas con penas cortas privativas de libertad), lleva a reclamar una reducción importantísima de su utilización, y no a través de mecanismos indirectos durante la fase de individualización de la pena o ejecución —inevitadamente tendentes a crear espacios de una discrecionalidad judicial ciertamente incontrolable— sino de forma directa, en la misma configuración típica; en el momento de la concreción abstracta de la amenaza penal³². Porque los sustitutivos no pueden concebirse en la actualidad más que como un «complemento» —todo lo importante y eficaz que se quiera— de un sistema sancionatorio que permita, antes de recurrir a aquéllos, reducir el recurso a la prisión a sus justos límites; es decir, eliminando su naturaleza de sanción omnipresente frente a la delincuencia.

En este sentido, y en lo que al tema de las penas cortas privativas de libertad se refiere, el indudable punto de partida —de acuerdo con LUZÓN—³³ se situaría en su supresión general del código penal concreto, siendo sustituidas por otras penas pero no por los

²⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 466.

³⁰ Vid. *supra*, Capítulo III, apartado III.B (B-2).

³¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, op. cit., p. 1.

³² GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Suspensión de la pena y "probation"», op. cit., p. 64.

³³ LUZÓN PEÑA, D. M., «La aplicación y sustitución de la pena en el futuro Código penal», op. cit., p. 417.

sustitutivos que aquí tratamos —que como ya hemos dicho sólo son mecanismos indirectos—. Porque, si lo que se quiere es iniciar el camino para acabar de forma paulatina con la prisión, no se trata de posibilitar su sustitución con sanciones menos pesadas, pues su defecto no está en su excesiva dureza sino en su dañosidad. No es el caso de proponer una gama de medidas alternativas dirigidas simplemente a ampliar la discrecionalidad judicial, y destinadas por tanto a no eliminar de raíz el fenómeno detentivo, «sino de proceder, sin embargo, a su radical y definitiva supresión» —sentencia sin ambages PADOVANI—³⁴.

Pero la discusión —como ya sabemos— no acaba aquí. Tal y como en su momento vimos —y venimos repitiendo a lo largo de esta elaboración—³⁵, la reducción de la población reclusa no sólo se consigue evitando la entrada en la cárcel del mayor número posible de personas, sino también reduciendo los períodos de internamiento en la medida de lo posible y dando una solución efectiva al problema de la prisión preventiva³⁶. «Porque el proceso despenalizador —nos recuerda BUENO ARÚS— también comporta la reducción del peso específico de la sanción penal, bien disminuyendo el número y cuantías de las penas con que la ley conmina la realización de determinados delitos, bien suavizando las reglas de aplicación judicial de las penas para que la sanción individualizada resultante en cada caso concreto sea más humana y tolerable»³⁷. En este sentido, hablamos de la libertad condicional, la *parole*³⁸, la libertad bajo fianza³⁹, la libertad juratoria⁴⁰, la libertad vigilada, la prisión abierta⁴¹, la colonia penal⁴², el arresto nocturno, etc., y cualesquiera otra formas de evitar el pasar una parte del tiempo en prisión. Porque limitar su severidad es, ciertamente, instrumento necesario para cualquier política reduccionista que se precie,

³⁴ PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, op. cit., p. 56.

³⁵ Vid. supra, Capítulo IV. Apartado III.

³⁶ Al respecto, son de sumo interés los trabajos de: CARRANZA-HOUJED-MORA, «Derechos humanos en la justicia penal. Proyecto de investigación y asistencia técnica para reducir el número de presos sin condena en América Latina», en *ILANUD al día*, año 4, n.º 11-12, agosto y diciembre de 1991, San José, pp. 72 y ss; y AA.VV., *Justicia penal: el reto de la sobrepoblación carcelaria*, ILANUD, material en proceso de edición, San José, Costa Rica.

³⁷ BUENO ARÚS, F., «La despenalización en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal», op. cit., p. 154.

³⁸ Es semejante a la libertad condicional, con la diferencia de que se otorga en cualquier momento en la época de la condena. El liberado bajo palabra queda sometido a la vigilancia y asistencia de personal especializado, generalmente trabajadores sociales y criminólogos.

³⁹ Es la libertad otorgada tras el depósito de un dinero o de bienes suficientes, como garantía de que se presentará en prisión siempre que se lo soliciten.

⁴⁰ También denominada libertad bajo protesta, se diferencia de la libertad bajo fianza en el hecho de que no exige garantía económica, sino que basta la promesa de que se presentará ante el juez todas las veces que sea requerido.

⁴¹ Se caracteriza, tanto por la ausencia de medidas materiales físicas contra la evasión, como por un régimen fundado en la disciplina aceptada y en el sentimiento de la responsabilidad del recluso respecto de la comunidad en que vive. Un régimen que alienta al recluso a hacer uso de las libertades que se le ofrecen, sin abusar de ellas. Una obra exhaustiva al respecto es la de NEUMAM, E., *Prisión abierta. Una nueva experiencia penológica*, 2.ª edic, Depalma, Buenos Aires, 1984.

⁴² Núcleos de población en los que la vida sea lo más similar posible a la de un pueblo cualquiera, y en que se pueda producir y tratar sin que el criminal sufra la separación de la familia.

pues el carácter desocializador intrínseco a su propia esencia así nos lo exige. ¿O no se derivaba de él, precisamente, todo el entramado de la alternatividad?

Es urgente, por tanto, comenzar por crear nuevas sanciones que desplacen las penas cortas y eviten las de larga duración —acortando éstas todo lo posible—⁴³. Si a pesar de todo éstas subsisten, deben preverse legislativamente tanto las medidas sustitutivas como los casos generales de su aplicación. Un arsenal lo suficientemente amplio, si lo que se desea realmente es que no siga imperando la prisión, y para lo cual el legislador debe conocer los medios materiales y humanos con los que cuenta y las posibilidades reales de sustitución⁴⁴.

3. Su conversión en verdaderas alternativas mediante su elevación a penas principales. Los límites al *ius puniendi*

En los sistemas jurídicos continentales —en los que es la ley la que determina la pena a imponer— la adaptación de un esquema proporcionalista, como del que aquí partimos, requiere que las medidas alternativas se conciban como sanciones principales, proporcionales a la gravedad de los delitos, y con el correspondiente desarrollo de principios que guiarán su aplicación en función de su propia severidad y no en comparación a la de la cárcel⁴⁵. Se trata —con FERRAJOLI—⁴⁶ de buscar alternativas a las penas vigentes. De buscarle penas alternativas —no medidas alternativas— aptas para satisfacer como penas principales el doble fin racionalizador y minimizador del sistema penal. Porque es evidente que —como advierten CID y LARRAURI— «la falta de aplicabilidad de las alternativas puede ser cierta, no únicamente debido a la ausencia de medios, sino principalmente por la escasez de sanciones distintas a la cárcel configuradas como penas principales»⁴⁷. Y es ésta una consideración que atañe, lógicamente, al legislador.

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 detentivo⁴⁸. Estas penas, una vez insertadas en el catálogo de penas principales en la parte general del correspondiente código penal, dejan de ser penas sustitutivas para ser penas alternativas. O lo que es lo mismo, para erigirse como penas sustitutivas autónomas que, disfrutando de una total independencia respecto de la pena de prisión en el momento conminativo, abandonarían su catalogación como penas sustitutivas para llamarse simplemente penas, a la par de las otras por muy diversas que fueran⁴⁹.

⁴³ SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», op. cit., p. 246.

⁴⁴ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, op. cit., p. 37.

⁴⁵ CID MOLINÉ-LARRAURI PUOÁN, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, op. cit., p. 26 y ss.

⁴⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 419.

⁴⁷ CID MOLINÉ-LARRAURI PUOÁN, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, op. cit., p. 34.

⁴⁸ GIUNTA, F., «Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi», op. cit., p. 481.

⁴⁹ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, op. cit., p. 177.

Debe tratarse, en todo caso, de verdaderas medidas alternativas y funcionar como tales; o sea, ser utilizadas *en lugar* de la privación de libertad. Para ello es obligado comenzar por la revisión de la parte especial del código penal concreto y conminar cada delito con las penas más adecuadas, a efectos de que el Juez pueda elegir la más conveniente al caso concreto⁵⁰. La más adecuada en base a la escala de valores fijados por la correspondiente Constitución⁵¹, «porque solamente de este modo —sentencia MAGGINI— podrá ser puesta en marcha una política criminal razonable, en armonía con las transformaciones de la conciencia social en la que las medidas sustitutivas puedan, verdaderamente, ser usadas con la finalidad preventiva detalladas en la Constitución y no como remedios técnicos que permitan reducir la pena o no hacerlo»⁵².

Y es que —como nos recuerda CONTENTO— el problema de la adecuación de las sanciones, y todos los problemas que ahora mismo aparecen en aras a la elección entre sanciones sustitutivas, detentivas o no, pecuniarias, etc., derivan en realidad del hecho de que tal elección no está prevista ya respecto de las concretas figuras criminológicas. Algo que, sin embargo, se solucionaría —escribe este profesor italiano— «en el mismo momento en que lográramos concebir un sistema articulado de sanciones que después, en la parte especial, encontrase su justa, razonable, políticamente inteligible y autosuficiente justificación, sobre el plano de la aplicación a la entidad y al hecho concreto»⁵³. Lo cual, al mismo tiempo y como consecuencia, provocaría —tal y como escribe MANTOVANI— «una caída vertical del número de penas privativas de libertad cortas y una revolución del sistema sancionatorio parecida a aquélla que hace más de un siglo siguió a la sustitución de la pena de muerte y las penas corporales con la pena de prisión»⁵⁴. Una difícil encomienda al legislador que, sin embargo, no termina ni mucho menos aquí.

Las alternativas a la prisión son, en todo caso, y no debemos nunca olvidarlo, sanciones que contienen graves restricciones y elementos coactivos, y que por ello deben estar sujetas a determinados controles. A determinados principios rectores que nos den la certeza de su efectivo anclaje como sustitutivos reales, y no meramente formales o enmascaradores, del instituto carcelario⁵⁵. Su contenido sancionatorio es ciertamente menos afflictivo que el de la pena de prisión, pero esta «benevolencia» no es —nos advierte PALAZZO— un resultado «querido» por el legislador, como instrumento necesario en la per-

⁵⁰ SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», *op. cit.*, p. 246.

⁵¹ LÓPEZ CABALLERO, J. C., «La gravedad relativa de las penas en el código penal», *PJ*, n.º 19, 1990, pp. 33 y ss.

⁵² MAGGINI, A., «Il lavoro come misura alternativa», *op. cit.*, p. 711.

⁵³ CONTENTO, G., «Sospensione condizionale, sanzioni sostitutive e pene accessorie», *RIDPP*, 1985, pp. 1097 y 1098.

⁵⁴ MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte generale*, *op. cit.*, p. 768.

⁵⁵ HUBER, B., «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», *op. cit.*, p. 173. Del mismo modo, FERNÁNDEZ-ESPINAR, G., ««Probation» y medidas alternativas a las penas privativas de libertad: delimitación y singularidades a la luz del Derecho comparado», *RFDUCM*, n.º 84, año 93-94, p. 97.

secución de determinados objetivos, sino «una especie de precio a pagar por una más razonable política de abatimiento de las penas cortas de prisión»⁵⁶.

Cada pena sustitutiva a la prisión posee un efecto sancionatorio, y por ello un correlativo efecto intimidativo, que ya se muestra en el propio proceso⁵⁷. Toda pena sustitutiva, de igual modo que cualquier otra sanción, está prevista — como nos recuerdan DOLCINI y PALIERO— «de precisos contenidos afflictivos que reflejan su decisiva orientación hacia la prevención general, en el momento de la amenaza, y hacia la prevención especial mediante la intimidación-advertencia, en los momentos aplicativo y ejecutivo en que la ley invita al juez a elegir la pena sustitutiva más idónea en aras al reinsertamiento social del condenado»⁵⁸. Un carácter sancionatorio que es, en todo caso, recordado por el legislador en el mismo momento en que tras la oportuna revocación declara la posibilidad de volver a la pena detentiva, descontando de ésta el tiempo efectivamente pasado en cumplimiento de la pena sustitutiva «considerando así del todo homogéneas, también bajo el perfil afflictivo, las dos clases de sanciones» —tal y como aseveran estos ilustres profesores italianos—⁵⁹. El sistema penal, en definitiva, tampoco trata aquí con oferta de servicios sociales sino con imposición de castigos, y que por ello debe estar sometido a todas las garantías tradicionales: mínima intervención, legalidad, proporcionalidad, determinación, etc.⁶⁰.

Porque los problemas que conciernen a estas penas son comunes a los que rodean a las otras penas, sean criminales o no, y derivan, esencialmente, de la necesidad de respetar los conocidos principios de legalidad, jurisdiccionales, y aquel organizativo de actualabilidad o funcionalidad, así como la coordinación de todos⁶¹. Les son de aplicación, pues, todos los principios político criminales de un Estado de Derecho, tales como el principio de humanidad, libertad, presunción de inocencia, igualdad, al igual que todos los derivados del Estado social; esto es, los principios de culpabilidad y proporcionalidad⁶².

⁵⁶ PALAZZO, F., «Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?», *op. cit.*, pp. 832 y 833.

⁵⁷ Porque una buena parte de la dimensión preventiva del Derecho penal —estamos, de nuevo, con SILVA— radica en su significado comunicativo. La dimensión pública del Derecho penal, la sacralidad que se le asocia, la distancia que generan las formas rígidas (lenguaje, vestuario, escenario) con respecto a la cotidianeidad, constituyen, ya en sí mismas, un importante factor de prevención. *Vid.* en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 58 y ss.

⁵⁸ DOLCINI-PALIERO, «Sanzioni sostitutive», *op. cit.*, p. 492.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ LARRAURI PUJÓAN, E., «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español», *op. cit.*, p. 60.

⁶¹ MALINVERNI, A., «Le misure alternative nel quadro delle sanzioni penali», *op. cit.*, p. 29.

⁶² *Vid. supra*, Capítulo II, apartado IV.C.

4. La fijación de criterios-guía de los que partir el Juez al hacer uso de su discrecionalidad

El Juez, como consecuencia aparejada a todo el entramado inherente a las penas alternativas que aquí se están tratando, y como efecto de la correspondiente ampliación del listado de penas, se ve obligado a individualizar la sanción dentro de márgenes mucho más grandes, y sin dejar, claro está, de respetar el principio de legalidad⁶³. Hasta aquí perfecto, sin embargo el problema está en que la actual tendencia a la extensión —a veces con desmesura— de su discrecionalidad no se está viendo, por lo general, acompañada por el desglose oportuno de referentes válidos y significativos en los que orientarse.

Hasta ahora el legislador se ha limitado a transferir, de un modo casi sistemático, funciones sobre la espalda del Juez extrañándose así mismo. Renunciando a madurar, en materias delictivas y conflictuales, líneas coherentes y seguras de política criminal, sin las cuales a lo único a que cabría llegarse es a la aplicación, por parte del juzgador, de valoraciones de incierta consistencia y de dudable fundamento, y no de penas en concreto —sentencia PADOVANI—⁶⁴. Luego, el legislador también está llamado a dar una cobertura legal a esta necesidad. Esto es, está compelido a fijar legalmente una serie de criterios que orienten la actuación del juzgador, de forma que se le facilite, e incluso se le dirija, en el camino hacia la reducción del uso de la cárcel como pena. Una simplificación notabilísima de los trámites a seguir para la sustitución; requisito con especial significación para ciertas regiones centroamericanas donde los jueces no son letrados⁶⁵.

a) *Esclarecimiento de las concretas posiciones a ocupar por la suspensión y la sustitución. Una solución al problema de las áreas concurrentes*

Si lo que se quiere conseguir, a través de las penas alternativas, es revigorar el sistema sancionatorio frente a las distorsionadas aplicaciones de las medidas clemenciales, se necesita —de acuerdo con GRASSO—⁶⁶ claridad sobre las relaciones habidas entre penas sustitutivas y suspensivas. De otro modo, y 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 sancionatorio⁶⁷.

⁶³ SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», *op. cit.*, p. 246.

⁶⁴ PADOVANI, T., «La disintegrazione attuale del sistema sanzionario e la prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale», *op. cit.*, pp. 424 y ss.

⁶⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁶ GRASSO, G., «La riforma del sistema sanzionario: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata», *op. cit.*, p. 1446.

⁶⁷ PALAZZO, F., «Analisi empiriche ed indicazioni di riforma in materia di sanzioni sostitutive *ex officio*», *op. cit.*, p. 685.

El legislador está compelido a mejorar el coordinamiento funcional de las «nuevas penas»⁶⁸ con la suspensión condicional, acabando, de una vez por todas, con los actuales aspectos mas lagunosos, que lo único que hacen es arriesgar —ahora en palabras de FIORAVANTI— «el buen éxito del primer y verdadero intento de enriquecer y fortalecer el sistema sancionatorio»⁶⁹. Es necesaria, por ello, una labor legislativa coherente que evite el hibrismo, o al menos la íntima contradicción que se deriva de su convivencia en el mismo ordenamiento, cuando ambas, como normalmente ocurre, tienen el mismo contenido⁷⁰. Y es que al respecto son muchas las dudas, y entre todas ellas sobre todo una: ¿cabe suspender una pena previamente sustituida?

De acuerdo con el criterio de gran parte de la doctrina, sobre todo italiana —tal y como vimos al tratar la posibilidad de suspensión del arresto sustitutorio—⁷¹, hay que evitar la suspendibilidad en general de las sanciones sustitutivas, por estimarlo absolutamente inoportuno en aras a querer revigorar el sistema sancionatorio frente a las medidas indulgenciales⁷². Porque si bien las dos figuras son —como las ha dado en llamar PADOVANI—⁷³ «almas» de las alternativas a la prisión, el someter las sanciones sustitutivas a una medida suspensiva no sólo frustra la función de respuesta «intermedia» entre suspensión y ejecución detentiva, despojándoles además de su fisonomía sancionatoria, sino que ayuda incluso a banalizar la propia suspensión condicional.

La suspensión, a nuestro juicio, debe comenzar por recuperar su *rol* de seriedad en el sistema, a lo cual deben contribuir indirectamente las sanciones sustitutivas, ofreciéndose al Juez como instrumento sancionatorio sustitutivo a la ejecución de las penas de prisión breves, y en concurrencia con la propia suspensión condicional. Área de concurrencia en el que —nos resume PALAZZO— es obligada la reconquista de un mayor espacio por parte de las sanciones sustitutivas y, al mismo tiempo y de forma indirecta, la introducción de un mayor peso sancionatorio de la suspensión⁷⁴. Luego la elección no es entre pena de-

⁶⁸ Siempre que utilicemos este término lo haremos como sinónimo de penas sustitutivas. Penas que se utilizan «en lugar» de la pena de prisión y no que aplazan su ejecución como ocurre con la suspensión.

⁶⁹ FIORAVANTI, L., «Sospensione condizionale della pena e sanzioni sostitutive», *RIDPP*, 1983, p. 111.

⁷⁰ GIUNTA, F., «Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi», *op. cit.*, p. 532.

⁷¹ *Vid. supra*, Capítulo VI, apartado III. B (B-2).

⁷² Porque, a juicio de PALAZZO, esto lo único que haría es ampliar la ya, de por sí, dilatada esfera de discrecionalidad judicial, que hacen presagiar una posterior ola de clemencialismo, donde podrían naufragar los buenos propósitos del legislador y las mismas penas sustitutivas sumergirse en un aluvión de suspensiones condicionales. *Vid. en* PALAZZO, F., «Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionario?», *op. cit.*, p. 840. De la misma opinión, PADOVANI, T., «La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle "modifiche al sistema penale"», *op. cit.*, pp. 1259 y ss.; DOLCINI-PALIERO, «Sanzioni sostitutive», *op. cit.*, p. 523; GRASSO, G., «La riforma del sistema sanzionario: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata», *op. cit.*, p. 1447. FIORAVANTI, L., «Sospensione condizionale della pena e sanzioni sostitutive», *op. cit.*, p. 117.

⁷³ PADOVANI, T., «La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle "modifiche al sistema penale"», *op. cit.*, pp. 1252 y ss.

⁷⁴ PALAZZO, F., «Analisi empiriche ed indicazioni di riforma in materia di sanzioni sostitutive *ex officio*», *op. cit.*, p. 682 y ss.

tentiva y sanción sustitutiva, y después entre la pena preelegida y la suspensión condicional, sino «entre suspensión condicional de la pena de un lado y pena detentiva o sustitutiva del otro» —sentencia MANTOVANI—⁷⁵. En todo caso, coincidimos también con MAPELLI y TERRADILLOS en que, ante la no prohibición legal de la combinación suspensión-suspensión, «cualquier otra interpretación para evitar este supuesto no previsto es analógica y en contra de los intereses del condenado, y en consecuencia, inaceptable»⁷⁶.

Se hace urgente, por todo ello, la elaboración de un esquema político criminal en el que ambas figuras deban no sólo coexistir sino también —parcialmente— concurrir, de forma que se racionalice el sistema en aras a utilizar mejor ambos medios. Se trataría, en definitiva, de otorgar una elección judicial razonable y caracterizada por una concepción escalonada de las dos instituciones, que de esta forma se situarían en una relación de continuidad lógica y funcional y en vías de transición —tal y como nos recuerda GIUNTA—⁷⁷.

En este sentido, y desde una concepción minimizadora de las consecuencias penales, y a la vez proporcionalista de las alternativas a la prisión⁷⁸ como la aquí mantenida, «en igualdad de condiciones —escribe SERRANO PASCUAL—, el Juez o Tribunal deberá decidirse por la suspensión de la ejecución de la pena y no por su sustitución». Y todo porque, a juicio de este autor, aquélla está en mejores condiciones que ésta de llegar al objetivo último de evitar el ingreso en prisión. La razón: mientras el incumplimiento de la pena sustitutiva lleva, generalmente, aparejada la revocación, y por tanto el ingreso en prisión, por mucho que el pena no hubiera reincidido; para la revocación de la suspensión, por su parte, y normalmente, se necesita la comisión de un nuevo delito —y sólo eventualmente el incumplimiento reiterado de las oportunas obligaciones impuestas—⁷⁹.

La solución final estaría, en todo caso, en elaborar al mismo tiempo un área de aplicación exclusiva para cada una de ellas y tejer otra concurrente para que las sanciones sustitutivas, de este modo, puedan ser aplicadas a sujetos en que no cabría aplicar la sus-

⁷⁵ MANTOVANI, F., «Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale», *op. cit.*, p. 95. Del mismo modo, GRASSO, G., «La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata», *op. cit.*, pp. 1447 y 1448.

⁷⁶ MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 105.

⁷⁷ GIUNTA, F., «Sanzioni sostitutive», *op. cit.*, p. 880.

⁷⁸ Desde una individualizadora, por su parte, serán razones de prevención-especial las que indicarán lo conveniente o no de ejecutar una determinada pena privativa de libertad, eligiendo la pena más oportuna a los efectos. Sólo éstas deberán vislumbrar como necesaria la ejecución de una pena —aunque ésta sea distinta de la establecida en el concreto tipo legal—. La prevención general, en este sentido, no debe constituir criterio determinante alguno, pues sus criterios ya han sido tenidos en cuenta por el legislador. Ya se partió de ellos a la hora de establecer los requisitos objetivos tanto de la suspensión como de la sustitución. De igual modo, esta prevención se verá satisfecha, por propia definición, con la aplicación y ejecución de las normas jurídicas. Una satisfacción, en resumidas cuentas, *a priori*, tanto se aplique una como otra alternativa. Pero ¿qué significa atender a criterios preventivo-especiales? ¿Qué efectos han de buscarse al aplicar dichos criterios? ¿Con qué datos, observaciones y estudios cuenta al Juez al respecto? Nos situamos, de acuerdo con SERRANO PASCUAL, ante una perspectiva, por todo ello, que rebasa lo lícitamente exigible al Derecho penal, y, por ello, desecharle. *Vid.* SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, *op. cit.*, pp. 381 y 382.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 382 y 383.

pensión condicional; y de igual forma sea dable suspender condicionalmente la pena en aquellos casos de sustitución en que esta respuesta resulte absolutamente desproporcionada a fin de evitar el ingreso en la cárcel —opción por la que expresamente se decanta el C.P. salvadoreño y en cierta medida el PCP nicaragüense—⁸⁰. En resumidas cuentas, y fuere como fuere, dando prioridad en todo caso a las sanciones alternativas y mostrando a la prisión como verdadera última razón.

b) *Prioridad de las sanciones alternativas y cláusula de prisión como ultima ratio*

Porque si hablar de alternativas a la prisión supone quedarse dentro del estrecho marco que distingue entre penas principales y penas accesorias, lo que se está haciendo es seguir otorgándole a la prisión un *rol* protagonista, a partir del que se define y sistematiza toda la política penal de un determinado contexto jurídico. Superar esa estrecha visualización significa reordenar el sistema de sanciones, de forma que la prisión quede reducida verdaderamente a la *ultima ratio*, dentro de un elenco de posibilidades mucho más rico y amplio y sin dejar de buscar, en todo caso, todos los mecanismos posibles que eviten el ingreso en la maquinaria penal del mayor número posible de casos⁸¹. Porque éste, y no otro, es —de acuerdo con GRASSO— «el medio de dar vida a un sistema sancionatorio más rico y diferenciado capaz de reducir el área de incidencia de la encarcelación breve»⁸².

El esquema de sanciones se debería, por tanto, completar con el añadido en la parte general de los códigos de lo que se ha llamado *la cláusula ultima ratio de la pena de prisión de corta duración*, y según la cual la pena corta privativa de libertad sólo se impondrá con carácter excepcional⁸³. Es decir, establecerá la excepcionalidad de la penas cortas al mismo tiempo que fijará la normal sustitución con penas alternativas. El conjunto, de este modo, estaría presidido por el principio de prioridad de las sanciones sustitutivas, donde la privación de libertad sólo será utilizada como último recurso. Porque si bien son los tribunales los que, finalmente, deben evitar la imposición de la pena de privación de libertad, esa es una influencia que hay que ejercer desde la Ley, facilitando al máximo que opten por las medidas sustitutivas —nos dice SAINZ CANTERO—⁸⁴. Una influencia marcada hasta el punto de que la opción por la prisión sólo se pueda fundar con

⁸⁰ Pues el art. 77 del C.P. salvadoreño fundamenta la decisión sobre la suspensión o no de la ejecución de la pena, entre otras variables, «en lo innecesario o inconveniente de la pena de prisión y de cualquiera de las que la reemplaza [...]»; y el art. 87 del PCP para Nicaragua «en la poca utilidad de la pena».

⁸¹ ARROYO GUTIÉRREZ, J.M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, *op. cit.*, p. 96.

⁸² GRASSO, G., «La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata», en *RIDPP*, 1981, p. 1448.

⁸³ MÓNACO, L., «Las penas sustitutivas entre sistema penal «legal» y sistema «real»», *op. cit.*, p. 436. En el mismo sentido, SAINZ CANTERO, J. A., «El futuro de la pena privativa de libertad: la vía de la sustitución», *op. cit.*, p. 85; MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte generale*, *op. cit.*, p. 768; GRASSO, G., «La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata», *op. cit.*, p. 1439.

⁸⁴ SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», *op. cit.*, p. 247.

la previa exclusión de la viabilidad de las otras medidas menos aflictivas —sentencia ASÚA BATARRITA—⁸⁵.

Porque ésta es, sin lugar a dudas —estamos con PALAZZO—, la única perspectiva posible de unas penas sustitutivas, concebidas realmente como instrumentos destinados a «ocupar el puesto» de las penas detentivas breves, abatiendo radicalmente el primado sin ningún «complejo de inferioridad»⁸⁶. Y porque sólo de este modo podrían conformarse —de acuerdo con DOLCINI y PALIERO—⁸⁷ las sanciones sustitutivas de la cárcel en sentido estricto. Sanciones sustitutivas y no medidas alternativas *strictu sensu*, si finalmente no son independientes, pues su sombra permanece detrás de la posible revocación. Una amenaza latente que, ¿resulta aceptable?

5. Acabar con la equivalencia: quebrantamiento de la pena sustitutoria = vuelta a prisión

Evidentemente, y por mucho que se haga un esfuerzo de adaptación de la alternativa a las características del penado, siempre hay un riesgo de incumplimiento voluntario, y para evitarlo se recurre, general y equivocadamente, a la prisión como sanción de garantía. Sin embargo, si nuestro objetivo es, como hemos repetido en innumerables ocasiones a lo largo de esta elaboración, que la institución de la alternatividad funcione, y la prisión deje, aunque sea poco a poco, de ser la protagonista, hay que dejar de una vez por todas de acudir a ella cada vez que se quiera dar seriedad a una medida —bien sea sustitutiva, bien sea suspensiva—; cada vez que se quebrante el cumplimiento de alguna de éstas.

Hoy por hoy, el retorno a la pena sustituida, más que responder a una lógica precisa y coherente es más bien producto de una general aptitud de cautela innovadora, «distintivo de las vivas preocupaciones por un debilitamiento del sistema sancionatorio ante la creciente criminalidad»⁸⁸ —resume PALAZZO—. No obstante, si bien es lógico que quien parte de premisas resocializadoras opte por la revocación no es menos evidente el que, para quienes partimos de la naturaleza proporcionada, y por ello rigurosamente sancionatoria de las penas sustitutivas, no tiene mucho sentido un posterior momento de discrecionalidad judicial. A nuestro juicio, con la revocación de la medida por incumplimiento —tanto de las condiciones impuestas como de la obligación de no delinquir— lo único que realmente se estaría valorando son factores completamente distintos a los del delito que se sancionó con una pena sustitutiva o, en su caso, suspensiva. Algo que, desde luego, responde a una lógica completamente ajena a la de la alternatividad, y que por ello no es admisible.

⁸⁵ ASÚA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», *op. cit.*, p. 621.

⁸⁶ PALAZZO, F., «Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?», *op. cit.*, p. 841.

⁸⁷ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, *op. cit.*, pp. 175 y 176.

⁸⁸ PALAZZO, F., «Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?», *op. cit.*, p. 827.

Si el legislador, y posteriormente el juez, acordaron la imposición de otra medida distinta a la privativa de libertad, como suficiente para ese sujeto dado en ese caso concreto —evitando de este modo acudir a la cárcel y sus efectos desocializadores—, resulta paradójico que ante el incumplimiento de esa medida no privativa de libertad se posibilite, en última instancia, acudir a ella. A nuestro criterio, no son más que simples excusas para retomar la prisión, y que lo único que muestran es la poca, o nula, voluntad que el legislador tenía de evitarla desde un principio. Un claro testimonio —escribe GIUNTA—⁸⁹ de la escasa «autonomía» de la sanción sustitutiva respecto al modelo detentivo, en el sentido de que la sustitución no es algo definitivo siendo siempre posible regresar a la pena detentiva.

La prisión, como hemos visto a lo largo de toda la elaboración —y en cada figura alternativa en concreto, a las cuáles nos remitimos—, no sólo se puede sino que se debe evitar con la previsión legal de pasos sancionatorios intermedios, tales como el aumento de la duración de los plazos de las medidas alternativas, la sustitución de la medida no cumplida por otra, recurrir a un sistema exclusivamente civil de garantía de las multas, etc., hasta llegar a la aplicación de la pena de prisión como verdadera *ultima ratio*⁹⁰. Porque éste es el único camino viable para acabar algún día con la cárcel, y por ello el único legítimo en un sistema orientado político-criminalmente hacia la alternatividad.

6. Legislar en materia de ejecución de penas, tanto privativas como no privativas de libertad

Si ciertamente es importante que los códigos penales prevean en el seno de sus preceptos toda una serie de posibles alternativas, no lo es menos el que existan las correspondientes leyes que desarrollen su ejecución una vez que son impuestas. Es necesario legislar en materia de ejecución de penas, y ya no sólo de la pena de prisión sino de todo el arsenal punitivo —multa, trabajo en beneficio de la comunidad, arresto de fin de semana, inhabilitaciones, etc.—. Porque nada se consigue con imponer determinadas penas si a la hora de su cumplimiento no se prevén todos los puntos ejecutivos necesarios. Porque esto, o bien lleva al desencanto, y la correspondiente no imposición por parte de los jueces; o bien porta al abuso, con la consiguiente infracción de derechos fundamentales.

La legislación en materia de ejecución de penas es, por tanto, otra de las responsabilidades inexcusables del legislador. Porque él, y ningún otro, es el encargado de materializar en forma de ley todos los sueños minimalistas que respecto de la prisión —tanto en

⁸⁹ GIUNTA, F., «Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi», *op. cit.*, p. 504.

⁹⁰ MANTOVANI, F., «Pene e misure alternative», *op. cit.*, p. 109. De igual modo, SAINZ CANTERO, J. A., «El futuro de la pena privativa de libertad: la vía de la sustitución», *op. cit.*, p. 87; CID MOLINÉ-LARRAURI PUOÁN, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, *op. cit.*, p. 26 y ss. Entre las opiniones contrarias se encuentran ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 325, respecto de la multa y el trabajo en beneficio de la comunidad, y GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el NCP español*, *op. cit.*, p. 173, respecto de la multa.

su etapa conminativa, como aplicativa y ejecutiva— puedan evocarse. Su labor es, sin lugar a dudas, tan esencial como determinante en el proceso de relegación a un segundo plano de la pena detentiva, pero con ella no basta. La alternatividad es un edificio en el que tienen que trabajar muchas personas. Del mismo modo en que de poco sirven los inmejorables planos de un arquitecto sin unos albañiles decididos a materializarlos; de poca utilidad serían las magníficas leyes de un legislador sin unos jueces comprometidos con ellas. Unos juzgadores vinculados aún más con su sentido que con su letra. Unos jueces, en definitiva, con igual o mayor voluntad minimalista de la que se pueda despojar de los tipos legales; puesto que sin ellos la ley no pasaría de ser letra muerta.

B) UN INELUDIBLE CAMBIO EN EL HACER DE JUECES Y TRIBUNALES

Cerrado el libro de los sueños —nos advierte MÓNACO—⁹¹ las penas sustitutivas se insertan sobre una realidad muy diferente. Se ponen al servicio de una política-criminal que poco o nada tiene que ver con la codificada; una política-criminal casi completamente «autogestionada» en sede judicial⁹². El tema de los sustitutivos a la pena privativa de libertad se sitúa cada vez con mayor evidencia en el momento de la decisión judicial, por lo que a éste es dable concederle una gran importancia. Un relieve mayor incluso —asegura GARCÍA ARÁN— al otorgado a las propias medidas penitenciarias, dirigidas a mitigar o acortar el cumplimiento de la pena de prisión⁹³.

1. Principio de legalidad y discrecionalidad judicial. Una orientación hacia las consecuencias del delito

Toda la labor legislativa hasta ahora estudiada tiene, lógicamente, como consecuencia una importante ampliación del arbitrio judicial, respecto de los límites que tradicionalmente se le han impuesto. La decisión es ciertamente mucho más comprometida, motivo por el cual debe ser mucho más responsable⁹⁴. La discrecionalidad del juez ahora no se reduce a decidir sobre la cantidad de pena a imponer —partiendo siempre de la pena concreta con que se sanciona el concreto delito en su respectivo precepto— sino que va más allá: llega a decidir sobre la clase de pena a imponer. Una decisión ésta que, por tanto, debe estar apoyada en una consideración estricta del sujeto concreto en su particular situación social y personal⁹⁵. O lo que es lo mismo, la medición judicial de la pena debe

⁹¹ MÓNACO, L., «Las penas sustitutivas entre sistema penal «legal» y sistema «real» (Particularmente, discrecionalidad y prognosis judicial en el art. 58, Ley 689/1981)», *op. cit.*, pp. 414.

⁹² DOLCINI, E., «Potere discrezionale del giudice», *Enc. Dir.*, 1983, pp. 26 y ss.

⁹³ GARCÍA ARÁN, M., «Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad», *RFDUCM*, 1986, monográfico 10-11, p. 314.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 315.

⁹⁵ ASÚA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», *op. cit.*, p. 614.

también dirigirse hacia las consecuencias que, se prevé, pueda tener la pena en el caso particular de que se trate⁹⁶.

Porque no tiene ningún sentido ampliar el elenco de penas posibles a imponer en un caso, sin unos juzgadores dispuestos a asumir que la aplicación del Derecho penal consiste en la solución de conflictos, y la imposición de sanciones a individuos que forman parte de la sociedad concreta y tienen unos problemas determinados. «La ampliación de las medidas penales exige su concreción razonada en cada caso y para ello son necesarios unos tribunales conscientes de su importancia»⁹⁷ —nos dice GARCÍA ARÁN—. El éxito de todas las instituciones hasta ahora estudiadas depende, en consecuencia, sobre todo de la atracción que los órganos judiciales experimenten hacia su ejercicio, y sin que ello signifique, no obstante, un debilitamiento de la legalidad⁹⁸.

Porque si bien es cierto que la práctica judicial no debe acartonarse al lado del principio del vínculo a la ley, eso no quiere decir que al menos se vea fuertemente comprometida sobre el significado ideológico y los contenidos de garantía que en dicho vínculo se expresan⁹⁹. «Porque tantos inconvenientes plantea la rigidez de la aritmética penal como su extremo opuesto, esto es, la renuncia a la seguridad jurídica por atribución de excesivos márgenes al arbitrio judicial» —asevera esta autora catalana—¹⁰⁰. Porque, en definitiva, el buscar alternativas a la prisión nunca debe pagarse con la coexistencia de dos políticas criminales, una codificada y otra judicial.

La decisión judicial deberá, en todo caso, apoyarse en una serie de criterios que dependerán, ciertamente, del modelo de alternatividad que se adopte. Evidentemente, si se parte de una perspectiva individualista o rehabilitadora, los criterios en los que se tiene que asentar la decisión judicial deben ser de clara índole preventivo-especial, tomándose siempre en consideración las características personales del imputado «en orden a calibrar la pertinencia del sustitutivo presidida por el criterio de la no desocialización»¹⁰¹. Unos juicios de pronóstico que, de otra parte, no pueden sino desarrollarse por aproximaciones, dadas las reducidas posibilidades que el Juez tiene de conocer personalmente al condenado, tal y como están hoy en día estructurados a nivel general los procesos penales, limitándose por ello a extraer su juicio normalmente de dos únicas fuentes: la existencia o no de antecedentes penales y el *status* social del condenado¹⁰². Unos datos éstos a todas luces insuficientes, pero que en el caso de partir de consideraciones proporcionalistas si

⁹⁶ MÓNACO, L., «Las penas sustitutivas entre sistema penal «legal» y sistema «real»», *op. cit.*, p. 420.

⁹⁷ GARCÍA ARÁN, M., «Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad», *op. cit.*, pp. 321 y 322.

⁹⁸ MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la «suspensión del fallo»», *op. cit.*, p. 240.

⁹⁹ MÓNACO, L., «Las penas sustitutivas entre sistema penal «legal» y sistema «real»», *op. cit.*, p. 406.

¹⁰⁰ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰¹ GARCÍA ARÁN, M., «Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad», *op. cit.*, p. 315.

¹⁰² MÓNACO, L., «Las penas sustitutivas entre sistema penal «legal» y sistema «real»», *op. cit.*, p. 423.

bien son importantes no son, sin embargo, decisivos. En todo caso, se adopte la perspectiva que se quiera, en lo que si coinciden ambas es en elevar, a partir de aquí, una duda común: ¿se requiere un nuevo tipo de juzgador? ¿No hay que comenzar por superar la vieja imagen que MONTESQUIEU hacía del Juez como «la boca que pronuncia las palabras de la ley»?

2. Del rígido legalismo a la interpretación de la ley. La necesaria formación criminológica del Poder Judicial

Es ciertamente inevitable comenzar por este punto. Para que la sustitución o suspensión deseable se lleve a cabo, hay que empezar por confiar en el Poder Judicial; por devolver a los jueces la confianza que se le ha retirado desde la Ilustración¹⁰³. La imagen de la función jurisdiccional debe, en consecuencia, cambiar. Debe abandonarse una perspectiva estrictamente legalista para ceder ante las necesidades de flexibilidad, dada la evidente incapacidad de las normas abstractas para medir con el mismo rasero todas las situaciones. Porque si bien los recelos frente a la actividad decisoria de los tribunales pueden estar en muchos casos justificados, coincidimos con GARCÍA ARÁN en que lo lógico, en consecuencia, será comenzar por plantearse la modificación de su funcionamiento «antes que seguir confiando ciegamente en la «seguridad» proporcionada por preceptos legales casuísticos y encorsetadores»¹⁰⁴.

Hoy es cierta la posibilidad de interpretación de las leyes que, superando el viejo formalismo, las ponga en relación con el ámbito social en el que deben ser aplicadas, y así hacer coincidir, de una vez por todas, el concepto de «aplicar la ley» con el de «hacer justicia»¹⁰⁵. «El juez debe dejar de ser tanta «boca de la ley» y ser un poco más intérprete de ella» —escribe GRECO—¹⁰⁶. Porque ahora de lo que se trata es de proporcionar soluciones a problemas relativos al comportamiento humano, y por ello la labor de los juzgadores nunca podrá ser aséptica sino que, por el contrario, deberá estar fuertemente marcada por las directrices de las ciencias del comportamiento. Sin embargo, las cosas en la realidad están siendo muy diferentes. Hoy por hoy —y así lo denuncia SALOMÓN—¹⁰⁷ los jueces siguen instruidos casi exclusivamente de forma jurídica, con escasos, o nulos, conocimientos de las ciencias del hombre, y, en consecuencia, cuando deben evaluar variables como «la capacidad de delinquir» o la «peligrosidad» del reo están compelidos a pronunciarse sobre algo para lo que no están «profesionalmente» preparados.

¹⁰³ SAINZ CANTERO, J. A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», *op. cit.*, p. 244.

¹⁰⁴ GARCÍA ARÁN, M., «Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad», *op. cit.*, p. 317.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 318.

¹⁰⁶ GRECO, D., «La professionalità del giudice: formazione e responsabilità», en *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, I, Roma, Riuniti, 1977, p. 146.

¹⁰⁷ SALOMÓN JIMÉNEZ, F., «La Administración de Justicia en Honduras», *op. cit.*, p. 43.

El juez está llamado a juzgar una persona concreta en sus concretas circunstancias y de ahí, solo de ahí, deben partir sus consideraciones. Se hace necesaria, en este sentido, una formación más integral de los jueces y magistrados, con unos conocimientos criminológicos mínimos que —de acuerdo con DE SOLÁ, GARCÍA ARÁN y HORMAZÁBAL— «les permita afrontar decisiones de este tipo sin necesidad de acudir en todo caso a un informe pericial»¹⁰⁸. Porque mucha razón hay en las palabras de CARRANZA cuando asevera que «pocas personas pueden estar más mediatizadas 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»¹⁰⁹.

Los jueces, por todo ello, están necesitados de las aportaciones previas de otras disciplinas. De las directrices de ciencias humanas como la Psicología, Pedagogía, Sociología, Criminología, etc.; las cuales deberían jugar un papel decisivo en la elección judicial para tener más garantías en el acierto, tanto en la decisión primera como en la valoración de los informes durante el plazo de prueba o al final del mismo¹¹⁰. La Administración, y más señaladamente el Ministerio de Justicia del concreto Estado, debe por tanto, y al igual que hace a otros niveles, formar personal con una válida y específica preparación en estos sectores, si lo que de verdad quiere es una orientación hacia las consecuencias de la consiguiente decisión judicial¹¹¹. Si lo que en realidad busca es una individualización responsable de la pena por parte de los jueces, «evitando, en la medida de lo posible —sentencia KENT—, el que se juzguen expedientes y no personas, el que se sancionen categorías legales y no seres humanos»¹¹².

Al respecto son en todo caso de resaltar los esfuerzos que, en este sentido, se están llevando a cabo en Centroamérica, a través de programas internacionales como el PNUD (o Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo). La formación de jueces, fiscales y defensores públicos¹¹³ es una de las grandes tareas emprendidas en aras a la reforma penal en la Región; y, entre otras honrosas finalidades, la creación de Escuelas Judiciales —que formen a los operadores judiciales tanto en conocimientos criminológicos como, y sobre todo, en la vigencia de la legalidad en tanto expresión de los principios democráticos— se conforma como objetivo último de la colaboración material y humana, hacia allí orientada, de países como Estados Unidos y España¹¹⁴.

¹⁰⁸ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 167.

¹⁰⁹ CARRANZA, E., «Política criminal y humanismo en la reforma de justicia penal», *RACPCR*, año 4, n.º 6, diciembre de 1992, San José, p. 23.

¹¹⁰ DOÑATE MARTÍN, A., «La suspensión con puesta a prueba y el trabajo social al servicio de la comunidad», *op. cit.*, p. 271.

¹¹¹ MALINVERNI, A., «Le misure alternative nel quadro delle sanzioni penali», *op. cit.*, p. 46.

¹¹² KENT, J., *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, *op. cit.*, p. 97.

¹¹³ Un programa formativo, éste último, que en una parte importante se desarrolló en la Universidad de Salamanca, a lo largo de los años 1997 y 1998, y en cuya coordinación colaboré de forma activa.

¹¹⁴ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., «La reforma penal en Centroamérica», *op. cit.*, p. 14.

3. La individualización de la alternativa. La huida del automatismo en su concesión

Las alternativas, a diferencia de la pena de prisión, tienen su cumplimiento subordinado a una actitud activa por parte del ofensor, que en caso de no darse podría llevar a una revocación de la alternativa. Para evitarlo, se debe comenzar por considerar las características individuales del ofensor, puesto que éste es el único modo de que las alternativas efectivamente reduzcan el índice de personas encarceladas¹¹⁵. Los jueces, por todo ello, deberán saber juzgar a cada hombre en toda su ambigüedad, en toda su íntima individualidad, de las que el delito no es sino un síntoma o una manifestación externa¹¹⁶. «La sustitución o no de las penas de prisión debe ser objeto de reflexión judicial y no de un mero automatismo, valorándose todo el contexto del autor en orden a su procedencia o no» —nos recuerdan COBO y VIVES—¹¹⁷. Porque de ahí, precisamente, deriva la importancia de proporcionar al Juez la posibilidad de renunciar a la prisión, mediante el establecimiento de una serie de alternativas, de modo que la determinación de la pena concreta no se reduzca a una operación de aritmética penal que dé como resultado el tiempo a pasar en prisión¹¹⁸.

Se deben, en consecuencia, evitar los automatismos porque, como ha ocurrido con la condena condicional¹¹⁹, sólo crean la imagen equivocada de que determinadas infracciones gozan sistemáticamente de práctica impunidad, lo que decididamente —y de acuerdo con CONDE-PUMPIDO— «desnaturaliza sus fines y esteriliza la institución»¹²⁰. Porque lo que hasta ahora se ha dado es una excesiva dependencia de coyunturales exigencias de prevención general, y para evitar recaer en el mismo error no nos queda otra opción que la de confiar, nuevamente, en la discrecionalidad judicial¹²¹. Y porque, en definitiva —y en completo acuerdo con JUANES—¹²², «no se debe perder esta última ocasión de hacer justicia tratando desigualmente a los que son desiguales».

Gran responsabilidad, en eso no hay duda, la que les ha caído a los Jueces. Sin embargo, del mismo modo que ocurría con los legisladores respecto de éstos, a éstos les sucede respecto de la Administración. Sin una Administración comprometida a ponerse manos a la obra, para materializar los buenos propósitos alternativos de unos Jueces modernos, liberales y criminológicamente formados, las sentencias con el sello de la alternatividad no pasarán de ser una mera muestra de buenas intenciones.

¹¹⁵ CID MOLINÉ-LARRAURI PUOÁN, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, op. cit., p. 34.

¹¹⁶ KENT, J., *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, op. cit., p. 97.

¹¹⁷ COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 765.

¹¹⁸ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 154.

¹¹⁹ Vid. supra, Capítulo V, apartado III. A (A-2.a).

¹²⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Los medios sustitutivos de las penas cortas de prisión (Proyecto de Ley Orgánica del CP español)», op. cit., pp. 66 y 67.

¹²¹ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 27.

¹²² JUANES PECES, A., «La individualización de las penas», *La Ley*, 1996, 4078, p. 5.

Porque en 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, debe 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. Porque sin ello —advierten con razón DE SOLÁ, GARCÍA ARÁN y HORMAZÁBAL— «los nuevos preceptos corren el riesgo de convertirse en papel mojado, o resultar ineficaces»¹²³. Y es que de poco sirve, en definitiva, la suspensión o sustitución de una condena privativa de libertad si se carece de la infraestructura necesaria para llevarla a cabo. Si se carece de la asistencia y, en su caso, control necesarios para su puesta en marcha, el siguiente momento es la recaída en el delito y, con él, la esfumación del sueño.

C) LA LABOR DE LA ADMINISTRACIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DE UNA INFRAESTRUCTURA ADECUADA

1. Control y asistencia en el cumplimiento. La coordinación de funciones

En la práctica generalidad de los casos de alternatividad se necesita de un control de su cumplimiento; un control distinto y mucho más complejo que el que comporta una ejecución penal en institución cerrada. Un control que —en completo acuerdo con DÜNKEL—¹²⁴ hace necesario instituir formas ambulantes de vigilancia, en el sentido de la asistencia en libertad vigilada o de servicios sociales equivalentes de la Justicia, y por ello acreedor de la correspondiente infraestructura. Una tarea ardua y, sin embargo, no definitiva, dado que el problema tampoco acaba aquí.

A diferencia de la pena de prisión, el cumplimiento de las alternativas, tal y como hemos visto, está claramente subordinado a una actitud positiva y activa por parte del condenado, porque de lo contrario se llegaría indefectiblemente a la revocación de la alternativa. Para evitarlo es necesario atender a las características individuales del sujeto ofreciéndole la ayuda que pueda necesitar¹²⁵. Porque son muchas las ocasiones en que las posibilidades de cumplimiento de una sanción alternativa —como el caso de la multa o de ciertas condiciones a las que se vincula la suspensión de la pena— son distintas según los recursos sociales o económicos del sujeto, es por esto que —por todos ASÚA BATARRITA—¹²⁶, con el fin de que la desigualdad inicial de oportunidades sociales no se convierta en aplicación desigual de la ley —en desventaja para aquellos con menos recursos—, se requiere un esfuerzo institucional que equilibre o compense estas diferencias. Su inexistencia, es evidente, dificultaría enormemente la aplicación de toda pena no privativa

¹²³ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., pp. 237 y 238.

¹²⁴ DÜNKEL, F., «Alternativas a la pena privativa de libertad. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparadas otras sanciones», op. cit., p. 58.

¹²⁵ CID MOLINÉ-LARRAURI PUOÁN, *Alternativas a la prisión*, op. cit., p. 27.

¹²⁶ ASÚA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», op. cit., p. 622.

de libertad, dado que el individuo se vería compelido, nuevamente, a cargar con el incumplimiento de los deberes públicos de las obligaciones que de «promoción, remoción de obstáculos, etc.»¹²⁷ les consignan las constituciones¹²⁸.

Se trataría, en definitiva, de dar forma a las exigencias del Estado social consagrado en las correspondientes cartas fundamentales, y que no es lo mismo que el Estado de bienestar desarrollado en el apogeo económico occidental en otros países y ahora declarado en «crisis». De la efectiva asunción por el Estado —nos recuerda nuevamente ASÚA BATARRITA—¹²⁹ 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 social. El cumplimiento de unas obligaciones constitucionales que evitarían el que, finalmente, y de nuevo, se beneficiasen de las alternativas únicamente aquellas personas que cuentan con apoyos y medios suficientes en su entorno. Luego, necesario equilibrio entre los aspectos de control, o vigilancia, y los de asistencia o ayuda. Esto es, introducción de un seguimiento de la pena fundamentalmente asistencial, y con un carácter de ayuda más que de vigilancia —tal y como sentencia MIR—¹³⁰.

Sería aconsejable, por ello, comenzar por organizar, de forma urgente, una asistencia en libertad de menores, jóvenes y adultos, suficientemente nutrida de medios y de personal con buena formación criminológica. «Este servicio, tras el oportuno rodaje —señala tranquilizadoramente DE LA CUESTA—, habría de hacerse cargo de las responsabilidades de aplicación y control, en colaboración con la autoridad judicial, de las instituciones probatorias y demás sustitutivos o alternativas a la pena privativa de libertad, entre ellos, si proceden, los trabajos en provecho de la comunidad»¹³¹. Porque si bien es cierto —como nos recuerda ASÚA BATARRITA— que en los países que aquí tratamos no se ha dado la tradición de asociaciones privadas de ayuda a marginados, o a presos, como ocurre en el mundo anglosajón, si existe, sin embargo, «un número probablemente suficiente de asociaciones culturales, deportivas, y centros asistenciales, como para encontrar el apoyo necesario cuando así se les plantee»¹³². De todas maneras, si las dificultades prácticas no han sido, generalmente, impedimento para la adopción de figuras como el arresto de fin de semana ¿por qué habrían de serlo para otras como el trabajo en beneficio de la comunidad a todas luces más positivo?

¹²⁷ A título de ejemplo, sírvanos al respecto el art. 9.2 CE.

¹²⁸ ASÚA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», *op. cit.*, pp. 613 y ss. De igual modo CID MOLINÉ-LARRAURI PUOÁN, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, *op. cit.*, p. 26 y ss.

¹²⁹ ASÚA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», *op. cit.*, p. 622.

¹³⁰ MIR PUIG, S., «Tendencias político-criminales y alternativas a la prisión en la Europa actual», en *Revista del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, n.º 34, 1987, p. 56.

¹³¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La sanción de trabajo en provecho de la comunidad», *op. cit.*, p. 1075.

¹³² ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 330.

Existen, en todo caso, figuras que, como la del Juez de Vigilancia y la Comisión de Asistencia Social, si bien con una existencia precaria pueden, una vez desarrolladas según las previsiones legales, ofrecer al menos una primera estructura del necesario *probation officer*¹³³. Figura ésta cuya complejidad, a su vez, sería salvable —de acuerdo con GARCÍA ARÁN—¹³⁴ desde el momento en que las oficinas judiciales dispusieran de los medios elementales de comunicación con la Administración. Pues sólo así se conocerían, en todo momento, las características de las plazas de trabajo posibles, con lo que el rechazo a los puestos de trabajo al menos contarían con todas las garantías necesarias. Luego también debe existir, y en consecuencia, una previsión de coordinación con las instancias asistenciales, desde el mismo momento de la detención de la persona y hasta la finalización del cumplimiento de la pena que se le pudiera corresponder. Sin embargo, y como no podía ser de otra manera, en la realidad no todo es tan fácil. Todas estas bellas propuestas teóricas cuestan dinero, mucho dinero.

2. La urgente dotación presupuestaria al respecto. La remoción de los obstáculos económicos existentes

La previsión de la infraestructura de control y asistencia adecuada exige una política presupuestaria en la que el gasto social se verá incrementado considerablemente por los costes del personal asistencial y administrativo del sistema, y, sin embargo, el contexto social actual, con una marcada política de restricción del gasto social y unos gobiernos enfrentados a un desarrollo de la economía donde el trabajo —factor fundamental en un programa de resocialización— ha devenido un bien escaso, no parece el más indicado¹³⁵. ¿Abandonar? No, ni mucho menos, pues si bien es cierto que, como cualquier otra meta, la de la alternatividad no debe sólo reposar en agradables fórmulas teóricas sino también en una tangible posibilidad de materialización de sus basamentos¹³⁶, no es menos cierto —como advierte KAUFMANN— que «quien eluda la reforma nada más que por carencias presupuestarias, es tonto y carece de imaginación o bien no quiere llevarla adelante»¹³⁷.

No se debe caer en la desesperación y dejar de lado, por una aparente imposibilidad, tal encomiable meta. Estamos todos, y en primer lugar la Administración del Estado, compelidos a remover todos los obstáculos económicos necesarios para llevar a cabo una política de control, y, sobre todo, de asistencia, realmente eficaz. Porque, de acuerdo nuevamente con ASÚA BATARRITA, «la creación de las condiciones materiales que permitan una

¹³³ *Ibidem*, p. 328.

¹³⁴ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, *op. cit.*, p. 122.

¹³⁵ BACIGALUPO, E., «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal Europeo actual», *op. cit.*, pp. 133 y 134.

¹³⁶ KENT, J., *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, *op. cit.*, p. 37. De igual modo, PAGLIARO, A., «La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi», *op. cit.*, pp. 1194 y 1195.

¹³⁷ KAUFMANN, H., *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 58.

mayor igualdad en la participación social, incidiendo en los sectores de población más vulnerados y vulnerables por las estructuras socioeconómicas, es exigencia ineludible del Estado social democrático, aún en momentos de escasez presupuestaria»¹³⁸. Para ello se deberá contar, sin lugar a dudas —y tal y como señala SAINZ CANTERO—, 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, «puesto que su más reducido ámbito territorial y su proximidad al justiciable puede ser aprovechado para organizar una infraestructura de trabajo social en favor de la comunidad o estructurar un serie de centros de cumplimiento de los arrestos discontinuos que posibilitarían la eficacia de las medidas»¹³⁹.

Si la cuestión, a pesar de todo, sigue siendo de cifras y datos, DÜNKEL —bajo el aspecto del análisis de costes-beneficios— se inclina en favor de las reformas del sistema de sanciones, o de la práctica sancionadora en aras de la consecución de unas sanciones operativamente menos intensas que reemplacen a las más severas. Según este autor —cuyas palabras transcribimos—, «una comparación de costes entre los programas terapéuticos ambulantes y el régimen penitenciario nos da una relación de por lo menos 1:5. Aún cuando la asistencia en libertad vigilada u otras medidas ambulantes no fueran más eficientes que la privación de libertad, el régimen penitenciario seguirá siendo varias veces más costoso que sus alternativas [...]. En general puede decirse que hay argumentos económicos de naturaleza preventiva general y especial que corroboran una práctica sancionadora con la menor intensidad operativa posible y profunda según criterios de proporcionalidad, tal como se viene reclamando desde el programa normativo en el área del derecho penal juvenil a través del principio de subsidiaridad y de la función de *ultima ratio* de la pena aplicada a menores»¹⁴⁰.

Y es que el coste económico, que el progresivo vaciamiento de las cárceles pueda representar, es ciertamente rentable desde el punto de vista del gasto comunitario, y todo ello sin olvidar la trascendencia social positiva que esta evolución produciría —nos dice sin ambages RUIZ VADILLO—¹⁴¹. Luego, si los resultados de las diversas penas son los mismos, pero los costos no —evidencia CARRANZA—, «lo aconsejable es optar por lo más eficiente, que es lo menos caro, tanto desde el punto de vista económico como desde el de sus costos sociales: esto es, recurrir a la prisión en la menor medida posible, y utilizar en cambio todo tipo de alternativa a ésta»¹⁴². Y porque, finalmente —y es ZAFFARONI

¹³⁸ ASÚA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», *op. cit.*, p. 623.

¹³⁹ SAINZ CANTERO, J. A., «El futuro de la pena privativa de libertad: la vía de la sustitución», *op. cit.*, p. 87.

¹⁴⁰ DÜNKEL, F., «Alternativas a la pena privativa de libertad. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparadas otras sanciones», *op. cit.*, pp. 70 y ss.

¹⁴¹ RUIZ VADILLO, E., «¿Hacia dónde camina, hoy, el Derecho penal?», *op. cit.*, p. 21. También MANTOVANI, F., «Pene e misure alternative», *op. cit.*, p. 111; MÓNACO-PALIERO, «Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora del sistema commisurativo», *op. cit.*, p. 451.

¹⁴² CARRANZA, E., *Criminalidad, ¿prevención o promoción?*, *op. cit.*, p. 83.

quien nos lo recuerda—, de lo que se trata no es simplemente de construir cárceles, sino de tener menos personas privadas de libertad¹⁴³.

Cierto es, nuevamente, que la puesta en marcha de semejante maquinaria ofrece importantes problemas de infraestructuras y de obtención de medios pero, como señalan DE SOLÁ-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL, «al fin y al cabo, es posible proponerlas dentro de un moderado optimismo, dado que tanto la mejora de la asistencia médica como el acceso a la enseñanza son metas que, al menos, no parecen utópicas para el resto de los ciudadanos. La reivindicación de que tales objetivos se refieran también a delincuentes con la pena suspendida no implica, por tanto, darles un trato preferencial respecto a otras personas, sino que constituye un reconocimiento de derechos que tienen posibilidades de ser ejercidos»¹⁴⁴.

De cualquier modo, y si bien lo anterior es cierto, no lo es menos el hecho de que —como nos recuerda MORRIS—¹⁴⁵ el único camino, si queremos contar con un sistema justo, equitativo y efectivo para dictar sentencias, es el de poner más dinero y más inteligencia en las penas no privativas de libertad. Porque las inversiones hechas en atención al hombre, y en especial al hombre marginado, conforman, que duda cabe, el termómetro por el que se mide la salud social¹⁴⁶; y ésta, al fin y al cabo, es el objetivo último de un modelo de Estado intervencionista como el que parece regir en nuestras sociedades ¿o no?

En todo caso, también estimamos —al igual que VALMAÑA— que la ley penal no debe mezclarse con la ley de presupuestos, y por ello debe estructurar las sanciones penales de acuerdo con los fines que el Ordenamiento les atribuya, y no de acuerdo con las dificultades del Ministerio de Hacienda¹⁴⁷. Porque, evidentemente —y adoptando en esta ocasión las palabras de BUENO ARÚS—, lo cierto es que «cuando las dificultades materiales no permiten realizar determinados principios, éstos quedan en pie como criterios rectores, cuya influencia, mayor o menor, según las circunstancias, siempre es susceptible de expansionarse, mientras que su eliminación no puede conducir a nada positivo»¹⁴⁸.

El tema, lógicamente, continúa sin cancelarse. Y más cuando se cae en la evidencia de que con todos los pasos anteriores no está, ni mucho menos, realizado todo el recorrido. Falta algo muy esencial, que por mucho que lo coloquemos en último lugar no es por ello lo menos importante. Más bien lo estimamos un paso previo a los aludidos hasta ahora: el ineludible apoyo, en toda esta construcción, de la colectividad como grupo humano.

¹⁴³ ZAFFARONI, E.R., *Sistemas penales y derechos humano en América Latina (Informe final)*, *op. cit.*, p. 206.

¹⁴⁴ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 224.

¹⁴⁵ MORRIS, N., «Alternativas de la prisión: fracasos y perspectivas», en *Doctrina y acción postpenitenciaria*, año 2, n.º 3, 1988, p. 76.

¹⁴⁶ DOÑATE MARTÍN, A., «La suspensión con puesta a prueba y el trabajo social al servicio de la comunidad», *op. cit.*, p. 268.

¹⁴⁷ VALMAÑA OCHAFTA, S., *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 152.

¹⁴⁸ BUENO ARÚS, F., «La despenalización en la PANCP», *op. cit.*, p. 156.

D) EL TURNO DE LA SOCIEDAD. UN NECESARIO CAMBIO DE MENTALIDAD

1. El convencimiento colectivo de la necesidad de buscarle «soluciones» a la cárcel

El convencimiento de que las penas sustitutivas en muchas ocasiones ni intimidan, ni retribuyen, ha llevado a que sólo sean recomendables en un pequeño número de supuestos —delincuentes primarios que estén normalmente socializados y delincuentes ocasionales a los que una pena de este tipo puede servir de advertencia—, pero en ningún caso para la «clientela» habitual de los tribunales. La razón de fondo: la opinión generalizada de que en realidad sólo suponen un parche a la situación y olvidan atacar el problema en sus raíces¹⁴⁹. La creencia mayoritaria de que se encuentran ante las «bondades» de un sistema «demasiado flojo». Ante una serie de «beneficios» carentes de cualquiera que sea la carga afflictiva.

Actualmente no hay duda que en la opinión de la colectividad la sanción penal continua, fundamentalmente, indentificándose con la privación de la libertad personal; como retribución del mal por el mal. Se considera que los delincuentes son una especie de seres «extraños», que dada su actuación delictiva no merecen formar parte de la sociedad. Una sociedad que, a su vez, pretende ante todo salvaguardar la seguridad colectiva estimando a la pena como «justo» castigo del mal causado. Aquí radica, sin lugar a dudas, el primer paso del camino, pues es ésta una mentalidad que urge cambiar si en verdad se desea llevar a cabo un programa serio de alternatividad.

Si no queremos construir en el aire debe concurrir, lógica y necesariamente, la opinión favorable de la sociedad; y para obtenerla, un primer y esencial paso —de acuerdo con DOÑATE—¹⁵⁰ es demostrar que los sustitutivos a la prisión no son medidas indulgentes o perdones. Que no son «regalos» hechos a los «malos» por parte de un aparato punitivo especialmente «blando». Y es que, para que la sociedad comience a ver la importancia de su participación debe saber, previamente, que se encuentra ante verdaderas penas. Debe saber que las medidas alternativas participan de la misma naturaleza de la pena detentiva, porque si bien no son nunca completamente privativas de libertad personal implican, de todos modos, un imprescindible coeficiente de afflictividad¹⁵¹. Y esto es siempre así, por mucho que muestren para con el condenado unas condiciones de mayor favor que las inherentes a la situación de detención.

Y es que una vez comprobada la irracionalidad de la pena detentiva, en según que delitos, el legislador no debe limitarse a desoír las peticiones de la sociedad sino a formar progresivamente un esquema. «A promover una evolución en la misma conciencia social, hacia una visión más racional del fenómeno criminal evitando desarrollos demasiado bruscos que lo único que hicieran fuera forjar una gran desconfianza y un neto rechazo

¹⁴⁹ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, op. cit., p. 32.

¹⁵⁰ DOÑATE MARTÍN, A., «La suspensión con puesta a prueba y el trabajo social al servicio de la comunidad», op. cit., p. 258.

¹⁵¹ MANTOVANI, F., «Pene e misure alternative», op. cit., pp. 20 y 21.

por parte de la opinión pública» —escribe literalmente DOLCINI—¹⁵². Para ello es imprescindible —como nos recuerda PONCE RAMÍREZ—¹⁵³ comenzar porque los dirigentes políticos y los medios de comunicación se comprometan a ofrecer una información tan completa como imparcial, lejana de toda tentación electoral o de audiencia que a lo único que portan es a incrementar una irracional alarma social.

Como cualquier reforma penal —advierte con razón BACIGALUPO—¹⁵⁴, la de los sustitutivos a la prisión debe ir también acompañada de una amplia campaña tendente a que la sociedad comprenda que el derroche sin sentido de la pena privativa de libertad no resuelve el conflicto social —que siempre plantea el delito— mejor que los sistemas más modernos. Una sensibilización de la colectividad ante la problemática penal y penitenciaria, saliendo del inmovilismo estéril en el que actualmente nos encontramos, así como del miedo a los cambios que un replanteamiento en estas materias comporta. «Estimular a la comunidad —escribe elocuentemente ISSA EL KHOURY—, que nunca es ajena al delito, para que haga el esfuerzo de asumir su propia patología, al igual que plantea la anti-psiquiatría la necesidad de que la familia asuma a su propio loco y al igual que plantea la ecología la necesidad de que sepamos qué hacer con nuestra propia basura»¹⁵⁵. Después, pero ya en un segundo momento, se podrá acometer la difícil, pero no imposible, empresa de buscarle alternativas. Todo ello sin olvidar —como tampoco lo hace PAÍNO— que para ofrecer una alternativa a la cárcel hay que pasar, indefectiblemente, por conseguir una cárcel alternativa¹⁵⁶.

2. Su imprescindible participación en el juego de la alternatividad

Es imprescindible, en consecuencia, y de nuevo, comenzar por mentalizar a la opinión pública de que el problema penitenciario, y como efecto reflejo el de los liberados, es un problema de todos que exige soluciones rápidas¹⁵⁷. Quizás, y al respecto, 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 ella¹⁵⁸. Para ello deberían utilizarse todos los medios a nuestro alcance. Medios como la T.V., la radio, la prensa, organizar ciclos de conferencias, se-

¹⁵² DOLCINI, E., «Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politico-criminali», op. cit., pp. 515 y ss.

¹⁵³ PONCE RAMÍREZ, A., «El cumplimiento íntegro ¿justicia o castigo?», op. cit., p. 158.

¹⁵⁴ BACIGALUPO, E., «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal Europeo actual», op. cit., p. 137.

¹⁵⁵ 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.

¹⁵⁶ PAÍNO-RODRÍGUEZ-CUEVAS-ORDÓÑEZ, «Cárcel hoy. Alternativa mañana: un análisis para la comunidad de inserción», op. cit., p. 297.

¹⁵⁷ BUENO ARÚS, F., «La sanción penal», op. cit., pp. 5 y 6.

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, op. cit., p. 10.

minario, etc., «en aras a asumir —dice de nuevo ISSA EL KHOURY— que también son nuestras las partes feas, las partes pecaminosas y que la sociedad debe saber qué hacer con su propia patología. Y es nueva cultura, porque es cultura de responsabilidad»¹⁵⁹. Porque 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.

Hace falta, pues —y como asegura ASÚA BATARRITA—, «que estemos convencidos de la necesidad de reducir drásticamente la pena de prisión, y que la extensión de tal convencimiento impulse a los responsables políticos a orientar los esfuerzos económicos y legislativos en esta dirección»¹⁶⁰. Porque una consecuencia natural y necesaria a la desaparición de la cárcel, y el consiguiente advenimiento de las medidas alternativas en libertad, es, sin lugar a dudas, la participación más directa de la sociedad y las instituciones locales —entes públicos, empresas, sindicatos de trabajadores y de empresarios, asociaciones privadas, etc.—, llamados a desempeñar los trabajos de control y de insertamiento social de los condenados, y comenzando por el campo de trabajo o la forma de buscarlo¹⁶¹.

A la seguridad ciudadana debe, por tanto, aparecer primariamente ligada una profunda democratización del Estado, para que cada vez sean más todos los hombres, y no sólo algunos, los que tengan capacidad para resolver el problema. O lo que es lo mismo —como escribe RUIZ VADILLO—, que todos las personas humanas, hombres y mujeres, sean protagonistas directos e inmediatos de la historia¹⁶². Porque estamos de acuerdo con KENT —cuya reflexión transcribimos íntegramente— en que «es de palmaria conveniencia dar más importancia a las medidas sociales que a los sistemas penales; la de recurrir con más frecuencia a la comunidad para conseguir su apoyo en los programas de prevención del delito y apoyo del delincuente; la de elaborar los criterios de liberaciones anticipadas y de los métodos de reinserción en la comunidad únicamente con respaldo en evaluaciones de política criminal, y con la participación activa y directa de la misma sociedad; la de mantener los trámites penales tan cerca como sea posible de las realidades sociales, así como de movilizar a aquélla para convertirla en una genuina protagonista de los procedimientos, de las sentencias y de la aplicación de las penas y medidas de tratamiento»¹⁶³.

III. VALORACIÓN CRÍTICA GLOBAL

Para empezar —estamos completamente de acuerdo con QUINTERO—¹⁶⁴, no se deben albergar demasiadas esperanzas en la desaparición de la pena corta privativa de libertad,

¹⁵⁹ ISSA EL KHOURY, H., «Las penas alternativas. El inicio de una cultura», *op. cit.*, p. 124.

¹⁶⁰ ASÚA BATARRITA, A., «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», *op. cit.*, p. 623.

¹⁶¹ MANTOVANI, F., «Pene e misure alternative», *op. cit.*, p. 92.

¹⁶² RUIZ VADILLO, E., «El futuro inmediato del Derecho penal, las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad», *op. cit.*, p. 34.

¹⁶³ KENT, J., *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁶⁴ QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 515. Del mismo modo MIENCARELLI, F., «Sanzioni sostitutive», *op. cit.*, p. 2.

porque tal desaparición sólo puede quedarse en mera reivindicación teórica, sin correspondencia con la realidad, mientras exista en el modo en que existe la prisión preventiva. Se debe, en consecuencia, comenzar por revisar profundamente esta figura, dado que si no se corrige, no sólo reduciendo su aplicación al mínimo imprescindible —dejando de ser, como denuncia MANTOVANI, una compensación del indulgencialismo penal—¹⁶⁵ sino también restructurándola de manera que comporte el mínimo de privaciones, de poco sirve que después del juicio se renuncie a una prisión que ya ha quedado casi cumplida¹⁶⁶.

Las medidas alternativas examinadas no poseen, en todo caso, virtudes mágicas en sí mismas, por lo que deberán ser ensayadas y adaptadas progresivamente, bien por el legislador, bien por el juez, bien por la administración penitenciaria, sin olvidar en ningún momento el contexto sociológico donde se aplicarán. Y es que las respuestas permanecen, en cierta medida, irremediamente unidas al sentido común y al procedimiento experimental del probar y reprobado¹⁶⁷. Porque aún carecemos de lo que DOLCINI y PALIERO han dado en llamar el *know-how* empírico; y el propio legislador, haciéndose eco de esta falta, lo demuestra calificando esta disciplina de experimental, justificando con ello ciertas elecciones que pudieran aparecer como excesivamente prudentes¹⁶⁸.

Las penas alternativas —de acuerdo con DE SOLÁ-GARCÍA ARÁN y HORMAZÁBAL— «se mueven en un terreno posibilista para evitar que un paso brusco, desde un sistema rezagado con respecto a los movimientos de reforma a otro totalmente renovador, conduzca al fracaso, por la incapacidad de las instituciones y de la propia sociedad para su asimilación»¹⁶⁹. Y es que su planteamiento sólo cabe afrontarse de forma progresiva —y sopesando las posibilidades de unos resultados satisfactorios que permitan ir venciendo el mito de la prisión—, mientras frente a una actitud científica de rechazo a la prisión aún sea dable hallar un sentimiento, tan profundamente arraigado en amplios sectores de la sociedad, de que aquélla sigue siendo el mejor recurso contra el delito y el único medio capaz de garantizar una cierta seguridad¹⁷⁰.

Se estima por ello oportuno introducir también en el campo del Derecho todos aquellos pruebas prácticas de los nuevos modelos que ya trabajan en otros sectores de la actividad moderna. En este sentido, y tanto en el campo de las sanciones penales y de sus presupuestos como en el de los procedimientos de seguimiento, ayuda y experimentación, deberán abatirse, de una vez por todas, los obstáculos que todavía dividen el mundo del Derecho de los mundos de la Criminología, Psicología, Psiquiatría y Pedagogía¹⁷¹. La

¹⁶⁵ MANTOVANI, F., «Diritto premiale e sistema penale», *op. cit.*, p. 202.

¹⁶⁶ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁷ MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, *op. cit.*, p. 477.

¹⁶⁸ DOLCINI-PALIERO, «Sanzioni sostitutive», *op. cit.*, p. 524.

¹⁶⁹ DE SOLÁ DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ MALINVERNI, A., «Le misure alternative nel quadro delle sanzioni penali», *op. cit.*, p. 47. Del mismo modo, RICO, J. M., «Medidas sustitutivas de la pena de prisión», *op. cit.*, pp. 153 y 154.

siempre creciente complejidad de los problemas que el progreso de los tiempos porta consigo así lo exige, pues torna cada vez más difícil tanto el buscar soluciones como el prever todas las consecuencias.

En todo caso, al ser la pena privativa de libertad una grave intervención en los derechos del condenado, las alternativas que se ofrecen no tienen por qué prometer una mayor capacidad para solucionar los problemas. Esto es una consecuencia clara del principio de proporcionalidad. Si con su uso fuese posible disminuir el ámbito de aplicación de las penas cortas privativas de libertad, sin debilitar demasiado la prevención general de los delitos, esto sería ya —de acuerdo con PAGLIARO— «un resultado positivo digno de todo respeto justificador de innovaciones legislativas»¹⁷². Sin embargo, los niveles de internamiento en prisión siguen siendo muy elevados, y ello quizás sea, como nos dice PALAZZO, porque aún se ejerce sobre el Juez una presión indirecta y escondida que, junto a la ambigüedad de fondo característica de las sanciones sustitutivas —entre beneficios y instrumentos sancionatorios autónomos—, podrían constituir algunas de las razones del acogimiento hasta hoy nada entusiástico de las nuevas penas¹⁷³.

Lo que sí hay, a pesar de todo, es una cosa muy clara. Las penas alternativas, al menos en abstracto, reúnen dos grandes ventajas: reducen el ámbito de aplicación de la pena de prisión y refuerzan la función general-preventiva al reducir el ámbito de aplicación de las medidas clemenciales¹⁷⁴. «Menos cárcel y más punibilidad no detentiva, menos indulgencialismo criminológico y más premialidad merecida» —como resume MANTOVANI—¹⁷⁵. Contra los desarmantes pesimismo cabe decir que cada tipo de sanción tiene, en cuanto tal, ineliminables caracteres negativos. Que es ingenua la búsqueda de la pena perfecta, óptima, pero que también es irresponsable el que el hipercriticismo y la exasperación de los inconvenientes conduzcan a los extremos: o al indulgencialismo o al castigo ejemplar. El problema de las alternativas a la prisión se reduce, por tanto, a un problema de balanceamiento responsable de ventajas e inconvenientes —concluye este destacado profesor de la Universidad de Florencia—¹⁷⁶.

El primer paso a dar al respecto es, evidentemente, propiedad de la comunidad entera, puesto que —al igual que Pierre CANNAT— partimos de que «el porvenir será del país que mejor comprenda el inmenso problema de la pena; aquel en que el hombre se muestre más comprensivo, más justo frente a sus semejantes, más social, es decir, más abierto a todas las miserias de otros y por este hecho, más inclinado a tender la mano, más decidido a no rechazar a priori a nadie, más persuadido de que el ser, aun el más bajo, aun deshonorado, pervertido, podrido por dentro y por fuera, todavía es una maravillosa creación de la na-

¹⁷² PAGLIARO, A., «La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi», *op. cit.*, p. 1200. De modo similar en nuestra doctrina, SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, *op. cit.*, pp. 369 y 370.

¹⁷³ PALAZZO, A., «Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio», *op. cit.*, p. 845.

¹⁷⁴ MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, *op. cit.*, p. 492.

¹⁷⁵ MANTOVANI, F., «Diritto premiale e sistema penale», *op. cit.*, p. 203.

¹⁷⁶ MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, *op. cit.*, p. 506.

turalidad, porque siempre lleva en sí mismo, sin que se apague jamás, lo esencial de su ser»¹⁷⁷. Concienciación que, ojalá nos equivoquemos, se presenta como difícilmente obtenible a corto plazo mientras la sociedad, tal y como está sucediendo, en lugar de hacer un gesto de solidaridad predique todo lo contrario; y, lo que aún es más importante, mientras los partidos políticos no dejen de propugnar los ideales según la rentabilidad que puedan tener en términos electorales¹⁷⁸.

Hoy en día, sea como sea, y ya resumiendo, lo que sí permanece es un dato inconfundible: cada sociedad se defiende contra el crimen en la medida en que programa y organiza «su» política criminal. Una política criminal en la que, desde luego, no se puede destruir sin crear, suprimir sin sustituir válidamente, y cada reforma debe ser construida sobre las concretas posibilidades de actuación del país en el concreto momento histórico¹⁷⁹. Contra los peligros, hoy reales, de regresiones hacia la represión y de retornos a las grandes instituciones carcelarias, caben siempre defenderse —repudiando las idealizaciones del hombre y de sus potencialidades— las edificaciones de paréntesis sociales y de estrategias globales. Cabe abogarse, en definitiva, por una política criminal sin veleidad y aventurismo, fundada sobre aquel realismo que impone, de otra parte, el que cada reforma deba ser efectuada en los límites de las concretas posibilidades de actuación (científicas, económicas, social-solidarias, etc.)¹⁸⁰.

Si a pesar de todo también aquí las mejores intenciones acaban por poblar el ya de por sí colmado cementerio de las reformas fallidas, no debe haber lugar al desaliento y cejar en la lucha. Porque también en la defensa contra el crimen —estamos con MANTOVANI— vale más que nunca la sabia enseñanza del «pesimismo de la razón» y del «optimismo de la voluntad»¹⁸¹. Una voluntad que por todo ello debe permanecer indeleble, puesto que —y de nuevo con este profesor florentino— la persistencia en «la escapada de una racional programación y organización de política criminal diferenciada aparece ahora más injustificada que nunca, cuando se demuestra que ésta ciertamente reduce los costes no sólo humanos y sociales, sino también financieros en la lucha contra el crimen»¹⁸².

No hay, por tanto, disculpa para no empujar iniciativas en este sentido «so pena —nos recuerda ASÚA BATARRITA— de retardar excesivamente la adopción de medidas que ayuden a la necesaria limitación de la pena privativa de libertad en el catálogo de las sanciones penales»¹⁸³. Y todo ello debemos hacerlo sin miedo, porque, como nos dice KENT: «En muchas empresas para alcanzar el éxito no importa vencer, basta con lidiar [...]. No nos detengamos pues, hoy en día, detenerse es retroceder»¹⁸⁴.

¹⁷⁷ Vid. en KENT, J., *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁷⁸ PONCE RAMÍREZ, A., «El cumplimiento íntegro ¿justicia o castigo?», *op. cit.*, p. 155.

¹⁷⁹ MANTOVANI, F., *Il problema della criminalità*, *op. cit.*, p. 400.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 402.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 479.

¹⁸² MANTOVANI, F., «Pene e misure alternative», *op. cit.*, p. 114.

¹⁸³ ASÚA BATARRITA, A., «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», *op. cit.*, p. 321.

¹⁸⁴ KENT, J., *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, *op. cit.*, pp. 22 y 24.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Justicia y seguridad ciudadana. Programa de gobernabilidad democrática para Centroamérica*, PNUD, Tegucigalpa, 1996.
- *Justicia penal: el reto de la sobrepoblación carcelaria*, ILANUD, San José, 1999.
- *Abolicionismo penal*, trad. de Cifardini y Bondaza, Ediar, Buenos Aires, 1989.
- DIEGO DÍAZ-SANTOS-FABIÁN CAPARRÓS (coord.), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Universidad de Salamanca, Tecnos, 1995.
- DIEGO DÍAZ-SANTOS-SÁNCHEZ LÓPEZ (coord.), *Nuevas cuestiones penales*, Colex, Madrid, 1998.
- *La pena de muerte. Seis respuestas*, Universidad de Valladolid, 1975.
- ACHENBACH, H., «Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad», en SCHÜNEMANN (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 134 y ss.
- ADELANTADO GIMENO, J., «De la resocialización a la nueva custodia. Teoría y práctica del tratamiento en Cataluña», *ADPCP*, n.º 46, 1993, pp. 199 y ss.
- ALARCÓN BRAVO, J., «El tratamiento penitenciario», en *Estudios penales II. La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1979, pp. 13 y ss.
- ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos de América Latina*, vol. II (México, América Central y el Caribe), Tecnos, Madrid, 1999.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los noventa*, EDAI, Madrid, 1994.
- ANCEL, M., *La nueva defensa social. Un movimiento de Política criminal humanista*, en la traducción castellana de su 1.ª edic. por Blasco Fernández Moreda y Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1961.
- ANDENAES, J., «La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena», en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bolonia, 1980, pp. 27 y ss.
- ANTILLÓN MONTEALEGRE, W., «La legislación penal en Costa Rica», *RACPCR*, año 9, n.º 14, diciembre-1997, pp. 25 y ss.
- ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*, 2.ª edic., Madrid, 1986.
- «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena», Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945, Cervantes, Salamanca, 1944.

- ARENAL, C., *Estudios penitenciarios*, vol. I (Obras completas), Suárez, Madrid, 1895.
- ARRIETA GALLEGOS, M., *Lecciones de Derecho penal*, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1972.
- ARROYO GUTIÉRREZ, J.M., «Control constitucional del Derecho y de la justicia penal», *CPC*, n.º 17, 1982, pp. 385 y ss.
- *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*. Colegio de abogados de Costa Rica, San José, 1995.
- ARROYO ZAPATERO, L., «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», *RJCM*, n.º 1, 1987, pp. 98 y ss.
- «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *REDC*, año 3, n.º 8, mayo-agosto de 1983, pp. 9 y ss.
- ASÚA BATARRITA, A., «Alternativas a la pena privativa de libertad y proceso penal», *CPC*, n.º 39, 1989, pp. 605 y ss.
- «El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas», en *Estudios de Deusto XXXII/2*, 1984, pp. 305 y ss.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal europeo actual», *PJ*, 43-44, 1996/II, pp. 119 y ss.
- «El sistema de reacciones penales en las recientes reformas y proyectos latinoamericanos», *CPC*, 1977, n.º 2, pp. 3 y ss.
- «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho penal», *ADH*, n.º 2, marzo-1983, pp. 13 y ss.
- «Individualización de la pena en la reforma penal», *RFUCM*, 1978-81, monográfico 1-4, pp. 55 y ss.
- *Principios de Derecho penal. Parte general*, Akal, Madrid, 1990.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma», *EPC*, T.1, Universidad de Santiago de Compostela, 1977, pp. 11 y ss.
- BARATTA, A., «Cárcel y estado social. Por un concepto de reintegración social del condenado», trad. M. Martínez, en OLIVAS (coord.), *Problemas de legitimación del Estado social*, Madrid, 1991, pp. 127 y ss.
- «Criminología crítica y política alternativa», *RIDP*, n.º 1, 1978, pp. 43 y ss.
- «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal», *RGCP*, año III, n.º 5, agosto de 1994, pp. 75 y ss.
- «Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática», *CPC*, n.º 24, 1984, pp. 533 y ss.
- «Principios del Derecho penal mínimo. (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», *DP*, n.º 10, 1987, pp. 623 y ss.
- BARBERO SANTOS, M., *Marginación social y Derecho represivo*, Bosch, Barcelona, 1980.
- BARLETTA, G., «La política criminal y el concepto de «límite»: de la prevención al post-penitenciario, pasando por el penitenciario», *DPC*, Vol. XV, n.º 51, septiembre-diciembre de 1993, pp. 211 y ss.
- BARONA VILAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988.
- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, 10.ª edic., Alianza Editorial, Madrid, 1997.

- BELLO LANDROVE, F., «Determinación de la pena», Ponencia del *Curso sobre Penas y Medidas de seguridad en el Nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid 21-23 de octubre de 1996.
- BELLOCH-IBARRA, «Por el control democrático de la justicia (materiales del III Congreso 3-5 junio de 1988)», *JPD*, n.º 4, septiembre 88, pp. 18 y ss.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El Proyecto de Código penal de 1992. Cuestiones de parte general», *Revista del Foro Canario*. Las Palmas de Gran Canaria, 1993, pp. 61 y ss.
- *La evolución del Derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho Penal*, Universidad Pontificia, Salamanca, 1982.
- «Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico», inédito, (citamos por el ejemplar dactilografiado), Salamanca, abril de 1990.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE-ARROYO ZAPATERO, *Manual de derecho penal. Parte general I, Instrumentos y principios básicos del Derecho penal Praxis*, Barcelona, 1994.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE- FERRÉ OLIVÉ-SERRANO PIEDECASAS, *Manual de Derecho penal. Parte general III. Consecuencias jurídicas del delito*, Praxis, Barcelona, 1994.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE-ARROYO ZAPATERO-GARCÍA RIVAS-FERRÉ OLIVÉ-SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones del Derecho penal*, Edit. Praxis, Barcelona, 1996.
- BERGALLI, R., «Conflicto social y control penal», *RFUCM*, monográfico 10-11, 1986, pp. 100 y ss.
- «Control social: sus orígenes conceptuales y usos instrumentales», *RDPC*, n.º 2, 1992, pp. 105 y ss.
- «El sistema penal español como el ámbito menos conocido del control social», *DP*, año 14, 1991-B, pp. 407 y ss.
- «La ideología del control social tradicional», *DP*, año 3, 1980, pp. 806 y ss.
- «¿Garantismo penal?, ¿cómo, porqué y cuando?», *RGCP*, año 2, n.º 2, octubre de 1992, pp. 67 y ss.
- *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal? Notas a propósito de la Ley Penitenciaria nacional argentina y del Proyecto de Reformas a la Parte general del Código penal (1974)*, Publicaciones del Instituto de Criminología, Madrid, 1976.
- BERGAMINI MIOTTO, A., «Penas cumplidas en prisión y en la comunidad», en *Ilanud al día*, año 3, n.º 8, agosto de 1980, San José, pp. 99 y ss.
- BERISTAIN IPIÑA, A., «Concepto y método del Derecho criminal», *CPC*, n.º 6, 1978, pp. 60 y ss.
- «La multa en el Derecho penal español», *RGLJ*, n.º 240, 1976, pp. 360 y ss.
- «La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad», *ADPCP*, n.º 28, 1975, pp. 379 y ss.
- «La victimología en un momento clave (Notas del III Simposio Internacional sobre Victimología)», *ADPCP*, n.º 33, 1980, pp. 93 y ss.
- BINDER, A.M., «Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal», *RGCP*, año 2, n.º 2, octubre de 1992, pp. 51 y ss.

- BLANCO MUÑOZ, F., «El sistema penitenciario panameño», *Anuario de Derecho*, n.º 15, Panamá Ediciones Proer, S. A., 1986, p. 220 y ss.
- BOIX REIG, J., «Algunos aspectos de la responsabilidad penal subsidiaria», *CPC*, n.º 3, 1977, pp. 40 y ss.
- «Significación jurídica penal del art. 25.2 de la Constitución (La reeducación y reinserción social del condenado)», en *Escritos penales*, Valencia, 1979, pp. 114 y ss.
- BONA I PUIGUERT, R., «La función rehabilitadora de la pena de privación de libertad: entre el discurso teórico y el fracaso», *JPD*, n.º 3, 1993, pp. 41 y ss.
- BONA, R., «El cumplimiento de las penas a partir del nuevo código penal», *JPD*, n.º 25, marzo de 1996, pp. 57 y ss.
- BRICOLA, F., *Il carcere «riformato»*, Bologna, 1977.
- «Le misure alternative alla pena nel quadro di una “nuova” politica criminale», *RIDPP*, 1977, p. 13 y ss.
- «Techniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela» en *Funzioni e limite del diritto penale*, 1984, pp. 5 y ss.
- «Teoría General del Reato», *NDI*, UTET, Turín, 1973, *passim*.
- BUENO ARÚS F., «La constitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de una pena de multa (STC 19/1988 de 16 de febrero)», *PJ*, n.º 9, 1988, pp. 63 y ss.
- «La dimensión jurídica de la pena de prisión», *ADPCP*, n.º 40, 1987, pp. 15 y ss.
- «La despenalización en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal», *RF-DUCM*, 1982-83, monográfico 5-6, pp. 149 y ss.
- «La sanción penal», *BIMJ*, n.º 1148, 1978, pp. 3 y ss.
- «Los fines de la pena y la pena de prisión en Beccaria y en la política criminal española contemporánea», *CPC*, n.º 38, 1989, pp. 301 y ss.
- «Los principios políticos de un sistema penitenciario», en *Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 129 y ss.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987.
- «Consideraciones respecto a la estructura del delito en la reforma penal latinoamericana», en MIR PUIG (de.), *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra, 1980, pp. 23 y ss.
- «El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código penal», *RF-DUCM*, 1982-83, monográfico 5-6, pp. 165 y ss.
- «La concepción de Estado en Latinoamérica», en *La lucha por la democracia en América Latina*, Universidad Menéndez y Pelayo, Ministerio de Educación y ciencia, 1981.
- *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.ª edic. puesta al día por Hormazábal Malareé, PPU, Barcelona, 1994.
- «Medición de la pena y proceso penal», en *Hacia una nueva justicia penal*, Buenos Aires, 1989, T. I, pp. 325 y ss.
- «Política criminal e injusto (Política criminal, bien jurídico, desvalor de acto y de resultado)», *RIDP*, n.º 1, 1978, pp. 121 y ss.
- «Política criminal y Estado», *RACPCR*, año 8, n.º 12, diciembre de 1996, pp. 3 y ss.
- BUSTOS RAMÍREZ-HORMAZÁBAL MALAREÉ, «Pena y Estado», *Papers. Revista sociológica*, n.º 13, 1980, pp. 97 y ss.

- BUSTOS RAMÍREZ-VALENZUELA BEJAS, *Derecho penal Latinoamericano comparado. Tomo I. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1981.
- CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª edic., Valencia, Tirant lo Blanch alternativa, 1996.
- CARRANZA, E., *Criminalidad, ¿prevención o promoción?*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, 1995.
- «Política criminal y humanismo en la reforma de justicia penal», *RACPCR*, año 4, n.º 6, diciembre de 1992, San José, pp. 19 y ss.
- (direct.), *Delito y seguridad de los habitantes*, Siglo Veintiuno editores, San José, 1997.
- *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- CARRANZA-HOUED-MORA, «Derechos humanos en la justicia penal. Proyecto de investigación y asistencia técnica para reducir el número de presos sin condena en América Latina», en *ILANUD al día*, año 4, n.º 11-12, agosto y diciembre de 1991, San José, pp. 72 y ss.
- CARRANZA-HOUED-MORA-ZAFFARONI, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, Costa Rica, 1988.
- CASAROLI, G., «Misure alternative alla detenzione», *DDP*, vol. VIII, 1994, pp. 10 y ss.
- CASCAJO CASTRO, J.J., «La voz «Estado social y democrático de Derecho»: materiales para un léxico constitucional español», *RCEC*, n.º 12, mayo-agosto 1992, pp. 9 y ss.
- CASTELLÓN BARRETO-HERNÁNDEZ LEÓN, *Apuntes de Derecho penal*, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León, 1999.
- CASTILLO BARRANTES, E., «Los sustitutos de la prisión: estado actual y tendencias en América Latina», *RJCR*, n.º 28, Vol. VIII, 1984, pp. 35 y ss.
- CATTANEO, *Dignità umana e pena della filosofia de Kant*, Milán, 1981.
- CEREZO MIR, J., «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo código penal de 1995», *La ley*, 21 de junio de 1996, D- 217.
- «Culpabilidad y pena», *ADPCP*, n.º 33, 1980, pp. 360 y ss.
- *Curso de Derecho penal español. Parte general*, 5.ª edic., Tecnos, Madrid, 1997.
- «El concepto material de culpabilidad», *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIII, n.º 2, mayo-agosto de 1997, México D.F., pp. 25 y ss.
- CEREZO MIR-DÍEZ RIPOLLÉS, «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas. (Comité nacional sueco para la prevención del delito, Informe núm. 3, Estocolmo, Suecia, julio 1978)», *ADPCP*, n.º 32, 1979, pp. 193 y ss.
- CHIRINO SÁNCHEZ, A., «Política criminal, criminalización, descriminalización y medios sustitutivos a la prisión. Análisis concreto de la problemática contravencional», *RACPCR*, año 1, n.º 1, San José, pp. 7 y ss.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Las penas privativas de derechos en la reforma penal», *AP*, n.º 8, 1997, pp. 147 y ss.
- CHRISTIE, N., «Los conflictos como pertenencia», en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 157 y ss.
- *Abolire la pene?, il paradosso del sistema penale*, Torino, 1985.
- CID MOLINÉ, J., *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

- CID MOLINÉ-LARRAURI PIJOÁN (coord.), *Alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997.
- COBO DEL ROSAL-BOIX REIG, «Derechos fundamentales del condenado. Reeduación y reinserción social», en *Comentarios a la legislación penal. Tomo I*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 217 y ss.
- «Garantías constitucionales del derecho sancionador», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1982, pp. 190 y ss.
- COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª edic. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- CÓDIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMÉRICA, bajo la dirección del Prof. Fco Grisolia, Editoria Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1973.
- COHEN, S., «Uno escenario per il sistema carcerario futuro», en (a cura de BASAGLIA e BASAGLIA ONGARO) *Crimini di pace*, 1975, pp. 444 y ss.
- *Visiones de control social*, PPU, Barcelona, 1988.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Alternativas a la pena privativa de libertad y principio de oportunidad reglada en el proceso penal» en *Libro homenaje a Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, pp. 16 y ss.
- «Los medios sustitutivos de las penas cortas de prisión (Proyecto de Ley Orgánica de C.P. español)», *PJ*, n.º 7, 1983, pp. 65 y ss.
- CONTENTO, G., «Sospensione condizionale, sanzione sostitutive e pene accessorie», *RIDPP*, 1985, pp. 1096 y ss.
- CÓRDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona, 1977.
- «La pena y sus fines en la Constitución», *DP*, año 2, 1979, pp. 561 y ss.
- «Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima», *La Ley*, 1996/III, pp. 1332 y ss.
- COUSIÑO MAC IVER, L., «La influencia española en la codificación penal iberoamericana», *DP*, año 4, 1981, pp. 5 y ss.
- CRUZ CASTRO, F., «El objetivo resocializador en los orígenes de la prisión. Primeros sistemas penitenciarios», *RJCR*, año XIV, n.º 48, diciembre de 1989, pp. 11 y ss.
- «El significado de la culpabilidad en nuestro Derecho penal», *RJCR*, año VI, n.º 22, julio de 1982, pp. 62 y ss.
- CRUZ CASTRO-GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *La sanción penal. Aspectos penales y penitenciarios*, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, San José, 1990.
- CUAREZMA TERÁN, S., «Atención integral para la población carcelaria de Nicaragua: sistema penitenciario y derechos humanos», inédito, s.f., Managua.
- CUELLO CONTRERAS, J., «La ideología de los fines de la pena», *ADPCP*, n.º 33, 1980, pp. 421 y ss.
- CURY URZUA, E., «La prevención especial como límite de la pena», *ADPCP*, n.º 41, 1988, pp. 685 y ss.
- DAHRENDORF, R., *Ley y orden*, Cívitas, Madrid, 1994.
- DE FIGUEIREDO DIAS, J., *Direito penal português. Parte geral II, As consequências jurídicas do crime*, Edit. Notícias, Lisboa, 1993.

- DE LA CRUZ OCHOA, R., «Ponencia cubana sobre la cuestión criminal latinoamericana», *PC*, n.º 1, 1987, pp. 189 y ss.
- 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, pp. 319 y ss.
- «La prisión: historia, crisis, perspectivas de futuro», en BERISTAIN (edit.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, Madrid, 1984, pp. 134 y ss.
- «La sanción de trabajo en provecho de la comunidad», *La Ley*, 1194, 2, 1985, pp. 1067 y ss.
- «Presupuestos fundamentales del Derecho penal», *Eguzkilore*, n.º 3, 1989, p. 73 y ss.
- DE LA RÚA, J., «El Derecho penal latinoamericano», *DP*, año 4, 1981, pp. 429 y ss.
- *La codificación penal latinoamericana*, L.E.A., Buenos Aires, 1983.
- DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*, Bosch, Barcelona, 1997.
- DE LEÓN VELASCO, H., «El sistema de penas en el proyecto de código penal», *RGCP*, año II, n.º 3-4, noviembre de 1993, pp. 11 y ss.
- DE LEÓN VELASCO-DE MATA VELA, *Derecho penal guatemalteco. Parte general y parte especial*, 8.ª edic., Editorial Lerena, Guatemala, 1996.
- DE LEÓN VILLALBA, F.J., «Suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma», *ADPCP*, 1994, pp. 115 y ss.
- «Sustitutivos penales: multa y arresto de fin de semana. Últimas propuestas» *RJCM*, n.º 19, 1994, pp. 243 y ss.
- DE MIGUEL PÉREZ, I., «Código Penal Tipo para Latinoamérica», *ADPCP*, n.º 36, 1983, pp. 533 y ss.
- DE SOLA DUEÑAS, A., «Formes substitutives de l'execució penal a (l'Esborrany) d' Avantprojecte de Codi Penal de 1990», *PDEF*, n.º 7, 1991, pp. 32 y ss.
- «Penas alternativas, formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en el nuevo Código penal», *RDPC*, n.º 6, UNED, 1996, pp. 1195 y ss.
- DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Alternativas a la Prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, PPU, Barcelona, 1986.
- DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Edic. Universidad de Salamanca, 1999.
- DÍAZ, E., «El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978», en *Sistema*, n.º 41, 1982, pp. 41 y ss.
- «Teoría general del Estado de Derecho», *REP*, n.º 131, Madrid, 1963.
- DOCUMENTOS DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA, «Por el control democrático de la justicia (Materiales del III Congreso 3-5 junio 1988)», *JPD*, n.º 4, septiembre de 1988, pp. 20 y ss.
- DOLCINI, E., «Lavoro libero e controllo sociale: profili comparastitici e politico-criminali», *RIDPP*, 1977, p. 479 y ss.
- «Potere discrezionale del giudice», *Enc. Dir.*, 1983, pp. 26 y ss.

- DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Giuffrè editore, Milano, 1989.
- «Sanciones sustitutive», *Enc.dir.*, XLI, 1990, pp. 488 y ss.
- DOÑATE 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, pp. 251 y ss.
- «La «probation» como alternativa a la pena privativa de libertad», *PJ*, n.º 10, marzo de 1984, pp. 69 y ss.
- DORADO MONTERO, P., *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1915.
- DRAPKIN, I., «El derecho de las víctimas», *ADPCP*, n.º 33, 1980, pp. 367 y ss.
- DÜNKEL, F., «Alternativas a la pena privativa de libertad. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparadas sobre sanciones», *PDEF*, n.º 2, 1987, pp. 55 y ss.
- «La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica del derecho penal en la comparación internacional», *PDEF*, n.º especial 5, 1990, p. 47 y ss.
- «La víctima en el Derecho penal, ¿en vías de una justicia criminal hacia el autor a una orientada hacia la víctima?», *PDEF*, n.º 8, marzo de 1992, pp. 67 y ss. *El País*, lunes 3 de mayo de 1999.
- Martes 4 de mayo de 1999.
- ESPARTERO MARTÍNEZ, P., «Los problemas del tratamiento resocializador», en *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobierno, Junta de Andalucía, Sevilla, 1983, pp. 43 y ss.
- FERNÁNDEZ ALBOR, A., «Los fines de la pena en Concepción Arenal y en las modernas orientaciones penitenciarias», *REPen*, n.º 180-181, enero-junio de 1968, pp. 21 y ss.
- «La ejecución de las penas privativas de libertad en la reciente legislación española», *EPC*, III, 1979, Santiago de Compostela, pp. 113 y ss.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «El compromiso del Juez penal con la tutela de los derechos y libertades fundamentales», *PJ*, n.º especial X, 1989, pp. 71 y ss.
- FERNÁNDEZ VIAGAS BARTOLOMÉ, P., «Las dilaciones indebidas en el proceso y su incidencia sobre la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social», *PJ*, n.º 24, 1991, pp. 37 y ss.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR, G., ««Probation» y medidas alternativas a las penas privativas de libertad: delimitación y singularidades a la luz del Derecho comparado», *RFDUCM*, n.º 84, año 93-94, pp. 95 y ss.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- *Derecho y razón. (Teoría del garantismo penal)*, Trotta, Madrid, 1997.
- FERRI, *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*, trad. por Pérez Oliva, Madrid, 1887.
- FEUERBACH, A., *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, traduc. de E. Zaffaroni e H. Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, pp. 43 a 63.
- FIORAVANTI, L., «Sospensione condizionale della pena e sanzioni sostitutive», *RIDPP*, 1983, pp. 111 y ss.
- FLORA, G., «Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale», *RIDPP*, 1991, p. 1187 y ss.
- «Misure alternative alla pena detentiva», *NDI*, Apendice V, 1980, pp. 95 y ss.
- FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, 1983.
- *Un diálogo sobre el poder*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- *Vigilar y castigar*, Siglo veintiuno editores, S. A., Madrid, 1992.
- FRAGOSO, H.C., «El Derecho penal comparado en América Latina», *DP*, año 1, 1978, pp. 713 y ss.
- GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- «La prevención general en la determinación de la pena», *ADPCP*, n.º 34, 1981, pp. 12 y ss.
- *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1981.
- «Los fines de la pena en el orden constitucional», en *Actas del VII CUADP*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1995.
- «Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre las medidas alternativas a la privación de libertad», *RFDUCM*, 1986, monográfico 10-11, pp. 313 y ss.
- GARCÍA CORDERO, F., *Política criminal*, edit. Manuel Porrúa, S. A., México D.F., 1987.
- GARCÍA GARCÍA, J., «Efectos del encarcelamiento: investigación e intervención. (Programa para mejorar el clima social en una de las fases del Código penal, Ocaña 11)», *REPen*, n.º 237, 1987, pp. 43 y ss.
- GARCÍA MÉNDEZ, E., «Del control como delito, al control del delito: notas para una política criminal en la Argentina democrática», *DP*, n.º 8, 1985, pp. 379 y ss.
- GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1958.
- «El Estado social y democrático de Derecho», inédito, s.f.
- GARCÍA PLANAS, G., «Aspectos de la medición de la pena», *CPC*, n.º 33, 1987, pp. 619 y ss.
- GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Edic. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
- GARCÍA VALDÉS, C., «Alternativas legales a la privación de libertad clásica», *PC*, n.º 0, 1986, pp. 185 y ss.
- *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1980.
- «El nacimiento de las penas privativas de libertad», *CPC*, n.º 1, 1977, pp. 23 y ss.
- «El trabajo penitenciario», *CPC*, 1980, pp. 93 y ss.
- GARCÍA VILLEGAS, M., *La eficacia simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «El Derecho penal y la víctima», *PDEF*, n.º 8, marzo-1992, pp. 239 y ss.
- «La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal», *DP*, año 13, 1990, pp. 173 y ss.
- «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *ADPCP*, 1979, pp. 645 y ss.

- «Problemas y tendencias actuales de la ciencia penal», en *Estudios penales*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 128 y ss.
- «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite al *ius puniendi*», AA.VV. *Estudios penales y Jurídicos, Homenaje al Prof. Casas Barquero*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, pp. 249 y ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «El sistema de penas en el futuro código penal», *DP*, año 2, 1979, pp. 581 y ss.
- *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990.
- «Relación general del coloquio sobre política-criminal», *RIDP*, 1978, I, pp. XIII y ss.
- En Prólogo a *Comentarios a la ley general penitenciaria* de García Valdés, 1980, pp. 7 y ss.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal», *PDEF*, n.º 8, marzo de 1992, pp. 89 y ss.
- GIUNTA, F., «Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi», *RIDPP*, 1985, pp. 485 y ss.
- «Sanzioni sostitutive», in (a cura de VASALLI) *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, pp. 823 y ss.
- «Sospensione condizionale della pena», *Enc. dir.*, vol. XLIII, 1990, pp. 78 y ss.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto 1980 de Código penal)», *RFDUCM*, monográfico 3, 1980, pp. 129 y ss.
- «Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)», *RFDUCM*, n.º 69, otoño, 1983, pp. 91 y ss.
- GÓMEZ GRILLO, E., «Las prisiones en Latinoamérica», *ADPCP*, n.º 33, 1980, pp. 689 y ss.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., «El sistema de días-multa», *RJCR*, n.º 27, vol. VIII, 1983, pp. 15 y ss.
- GONZÁLEZ BERENDIQUE, M.A., «Tras una mayor eficacia de la pena: prisión y alternativas, algunos indicadores», en *Doctrina y acción postpenitenciaria*, año 1, n.º 1, 1987, Buenos Aires, pp. 59 y ss.
- GONZÁLEZ CASSO, J., «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», *La Ley*, 1996, 4174, pp. 1-7.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., «Poder domesticador del Estado y derechos del recluso», en MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la constitución española*, tomo IV, 1.ª edic., 1991, pp. 1053 y ss.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., *Bien Jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1983.
- «Teoría de la pena y Constitución», *EPC*, vol. VIII, 1982-85, pp. 223 y ss.
- GONZÁLEZ-GARITA, *La multa en los códigos penales latinoamericanos*, Depalma, Buenos Aires, 1990.
- GRACIA MARTÍN, L., «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», *AP*, n.º 37, 1993, pp. 546 y ss.
- (Coord.) *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- GRAMÁTICA, F., *Principios de defensa social*, traducción castellana de J. Muñoz y Nuñez de Prado y Zapata Aparicio, Montecorvo, Madrid, 1974.
- GRASSO, G., «La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata», *RIDPP*, 1981, pp. 1411 y ss.
- GRECO, D., «La professionalità del giudice: formazione e responsabilità», en *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, I, Roma, Riuniti, 1977, pp. 142 y ss.
- GUERRA DE VILLALAZ, A.E., «La Administración de Justicia penal en Panamá y el respeto de las garantías fundamentales», *PJ*, número especial X, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1989, pp. 49 y ss.
- *La codificación penal en Panamá*, ejemplar dactilografiado, Panamá, abril de 1992.
- «La jurisdicción penal y el problema penitenciario», *CCP*, año 1, n.º 1, enero-diciembre de 1998, pp. 98 y ss.
- GUTIERREZ, C. J., «El caso de Costa Rica», *PJ*, número especial X, 1989, pp. 27 y ss.
- HASSEMER, W., «¿Alternativas al principio de culpabilidad?», *CPC*, n.º 18, 1982, pp. 473 y ss.
- «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», en MIR PUIG, S., (coord.) *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra, 1982, pp. 117 y ss.
- *Fundamentos del Derecho Penal*, traduc. y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona, 1984.
- «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», *DP*, 1989, pp. 275 y ss.
- «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», *ADPCP*, 1992, pp. 235 y ss.
- HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch derecho, Valencia, 1989.
- HEGEL, F., *Filosofía del Derecho*, prólogo y notas de Garzón Bates, México, 1975.
- HERNÁNDEZ VALLE, W. G., «Ejecución penal en el sistema penitenciario», inédito, s.f., Ciudad de Guatemala.
- HIPÓLITO GILL, S., *Elementos fundamentales de Derecho penal. Primera parte*, P. J. editores, Panamá, 1994.
- HIRSCH, H.J., «Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales», *RGCP*, año 2, n.º 2, octubre de 1992, pp. 5 y ss.
- «La posición del ofendido en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación», *CPC*, n.º 42, pp. 561-575.
- HORMAZÁBAL MALAREÉ, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma)*, PPU, Derecho y Estado, Barcelona, 1991, pp. 90 y ss.
- «El nuevo código penal y el principio de culpabilidad», *JPD*, julio-1997, pp. 54 y ss.
- «Los problemas de legitimación del Derecho penal y la perspectiva abolicionista», *DPC*, Vol. XVIII, n.º 57-58, septiembre de 1995-abril de 1996, pp. 199 y ss.
- HUBER, B., «Community service order como alternativa a la pena privativa de libertad en Inglaterra», *ADPCP*, n.º 36, 1983, pp. 35 y ss.
- «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad», *ADPCP*, n.º 47, 1994, pp. 155 y ss.

- HUERTA TOCILDO, S., «El Derecho fundamental a la legalidad penal», *REDC*, n.º 39, septiembre-diciembre de 1993, pp. 81 y ss.
- HULSMAN-BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984.
- HURTADO POZO, J., *La ley importada. Recepción del Derecho penal en el Perú*, Cedys, Lima, diciembre de 1979.
- ILANUD, *La defensa pública en América Latina. Desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno*, San José, 1991.
- 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.
- «Las reformas a la legislación penal costarricense», en *Seminario de Derecho penal y Derecho procesal penal*, San José, Marzo, 1994, pp. 37 y ss.
- «Penas alternativas y ejecución penal», *RACPCR*, año 4, n.º 6, diciembre de 1992, San José, pp. 58 y ss.
- ISSA-ARIAS, *Derechos humanos en el sistema penal*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, 1996.
- JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte general. Fundamento y teorías de la imputación*, Trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- «El principio de culpabilidad», trad. de Canció Mella, *ADPCP*, n.º 45, 1992, pp. 1051 y ss.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho funcional*, Cívitas, Madrid, 1996.
- JAREÑO LEAL, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Editorial Cívitas, Madrid, 1994.
- «Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad», *PJ*, n.º 22, 1991, pp. 245 y ss.
- JESCHECK, H. H., «La pena pecuniaria. Moderno mezzo di politica criminale ed i problemi ad essa connessi», en *L'Indice Penale*, Settembre-Dicembre 1977, pp. 363 y ss.
- «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal», en MIR PUIG (edit.), *La Reforma del Derecho penal*, Bellaterra, 1980, pp. 9 y ss.
- «Sviluppo, compiti e metodi della comparazione in diritto penale», *RIDPP*, 1965, pp. 305 y ss.
- *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traduc. de Manzaneros Samaniego, edit. Comares, Granada, 1993.
- «Tres conferencias de Derecho penal comparado. Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», *EPC*, n.º 8, 1985, pp. 11 y ss.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 4.ª edic., edit. Losada, Buenos Aires, 1964.
- JUANES PECES, A., «La individualización de las penas», *La ley*, 1996, 4078, pp. 1-5.
- KAUFMANN, H., «Derecho penal de culpabilidad, concepto de la pena y ejecución orientada por el tratamiento», *NPP*, año 3, 1974, pp. 109 y ss.
- «La misión del Derecho penal», en MIR PUIG (edit.), *Política criminal y reforma del Derecho penal*, Bogotá, 1982.

- *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.
- KELSEN, H., «El Derecho como técnica social específica», en *¿Qué es justicia?*, traduc. de Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 150 y ss.
- KENT, J., *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1987.
- LAMARCA PÉREZ, C., «Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española», *REDC*, año 7, n.º 20, mayo-agosto de 1987, pp. 99 y ss.
- LANDROVE DÍAZ, G., «El arresto sustitutorio», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo V, vol. I., Edersa, Madrid, 1985, pp. 501 y ss.
- *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª edic. Tecnos, Madrid, 1991.
- «Latinoamérica y los crímenes de los poderosos. (El otro quinto centenario)», *ADPCP*, n.º 45, 1992, pp. 471 y ss.
- LARRAURI PIJOAN, E., «Abolicionismo del Derecho penal. Las propuestas del movimiento abolicionista», *PC*, n.º 3, 1987, pp. 95 y ss.
- *La herencia de la Criminología crítica*, Siglo Veintiuno editores, Madrid, 1991.
- «Las paradojas de imponer alternativas a la cárcel en el Derecho penal español», *ADPCP*, n.º 44, 1991, pp. 45 y ss.
- «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal», *JPD*, n.º 25, marzo de 1996, pp. 53 y ss.
- LEGAZ Y CALAMBRA, L., *El Estado de Derecho en la actualidad*, Madrid, Reus, 1934.
- LEVENE-ZAFFARONI, *Códigos penales latinoamericanos*, vol. I, edit. La Ley, Buenos Aires, 1978.
- LIDON CORBI, J. M., «El Perdón del ofendido», en *Estudios de Deusto*, Homenaje al Prof. Mañaricua, enero-junio de 1985, Bilbao, pp. 77 y ss.
- LISZT, V., *La idea de fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Traduc. de Carlos Pérez del Valle, Granada, 1995.
- *Tratado de Derecho penal II*, (Traducido de la 18.ª edic. alemana y acondicionada con la historia del Derecho penal español por Quintiliano Saldana), Reus, S. A., Madrid, s.f., 3.ª edic, 1914-1917.
- 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, pp. 217-278.
- LOCKE, J., *Scritti sulla tolleranza*, UTET, Torino, 1977.
- LÓPEZ AGUILAR, J.F., «La reserva constitucional de ley en materia penal. (Ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalista español)», *REDC*, año 11, n.º 33, septiembre-diciembre de 1991, pp. 105 y ss.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Constitución y Derecho penal», *CPC*, n.º 31-33, 1987, pp. 55 y ss.
- «La pena de multa», en *Estudios sobre el código penal de 1995. (Parte general)* *CDJ*, 2/I, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 305-341.
- LÓPEZ CABALLERO, J., «La gravedad relativa de las penas en el Código penal», *PJ*, n.º 19, 1990, pp. 17 y ss.

- LÓPEZ CABRERO, G., «Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas», *PJ*, n.º 40, 1995, pp. 269 y ss.
- 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, pp. 33 y ss.
- LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, Traduc. y estudios de Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1964.
- LUZÓN PEÑA, D-M, «Antinomias penales y medición de la pena», *DP*, año 2, 1979, pp. 587 y ss.
- *Curso de derecho penal. Parte general*, edit. Universitas, S. A., Madrid, 1996.
- «La aplicación y sustitución de la pena en el futuro Código penal», *RFDUCM*, 1992-93, monográfico 5-6, pp. 413 y ss.
- «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *ADPCP*, Tomo XLVI, Fasc. I, enero-abril de 1993, pp. 21 y ss.
- *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979.
- «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», *CPC*, n.º 16, 1982, pp. 93 y ss.
- MADLENER, K., «La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho penal», *EDPCr*, Tomo II, Madrid, 1989, pp. 9 y ss.
- MAGARIÑOS, M., «Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena», *DP*, año 15, 1992-B, pp. 325 y ss.
- MAGGINI, A., «Il lavoro come misura alternativa», *RIDPP*, 1977, pp. 700 y ss.
- MAIA-NETO, C.F., «Las alternativas a la abolición de la pena privativa de libertad», *RGCP*, año III, n.º 5, agosto de 1994, pp. 31 y ss.
- MAIER, J., «La víctima y el sistema penal», en *Congreso regional sobre reforma de la justicia penal*, ILANUD, Guatemala, 1991, pp. 73 y ss.
- MALINVERNI, A., «Le misure alternative nel quadro delle sanzioni penali», *Ras. Pen. Crim.*, 1979, n.º 3-4, pp. 29 y ss.
- MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª edic., Cedam, Padova, 1992.
- «Diritto premiale e sistema penale» en *Atti del settimo simposio di studio di diritto e Procedura penali*, Milano, Giuffré editore, 1983, pp. 197 y ss.
- *Il problema della criminalità*, Cedam, Padova, 1984.
- «Pene e misure alternative», *RIDPP*, 1977, pp. 77 y ss.
- «Pene e misure alternative nel sistema vigente», en *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Varese, 1977.
- «Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale», en (a cura di ROMANO-STELLA) *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, pp. 89 y ss.
- «Sulla illegalità criminale», en *Iustitia*, Roma, anno XLV, ottobre-dicembre 1992, pp. 424 y ss.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Arresto menor en el domicilio», en COBO DEL ROSAL (edit.), *Comentarios a la Legislación Penal 5/1: La reforma del Código penal de 1983*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1983, pp. 495 y ss.
- «La pena de multa», *La Ley*, 1996/II, pp. 1535-1541.

- «La pena de multa en el Proyecto de Código penal», *ADPCP*, n.º 33, 1980, pp. 17 y ss.
- «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», en *Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte general*, 2, CDJ, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 279 y ss.
- «Las inhabilitaciones y suspensiones en el proyecto del Código penal», *ADPCP*, 34/1, 1981, pp. 33 y ss.
- *Las penas patrimoniales en el código penal español*, Bosch, Barcelona, 1983.
- 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», *AP*, n.º 27, 1996, pp. 485 y ss.
- MAPELLI CAFFARENA, B., «Algunas consideraciones sobre el nuevo sistema de penas en el código penal» en ASÚA BATARRITA (edit.), *Jornadas sobre el nuevo código penal de 1995*, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, Universidad del País Vasco, pp. 65 y ss.
- «Desviación social y resocialización», *CPC*, n.º 23, 1984, pp. 311 y ss.
- «Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad», *I Jornadas penitenciarias andaluzas*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 1983, pp. 10 y ss.
- «Normas penitenciarias en el Anteproyecto de Código penal 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, pp. 798 y ss.
- *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983.
- MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª edic., Civitas, Madrid, 1996.
- MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la «suspensión del fallo»», en *III Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 1987, pp. 223 y ss.
- *Suspensión condicional de la pena y probation*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985.
- MARINUCCI, G., «Dalle pene detentive tradizionali ai moderni tipo di sanzione», en *Relazione alla conferenza annuale della ricerca*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 2 de abril de 1998.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M., *La abolición del sistema penal. Inconvenientes en Latinoamérica*, Temis, Bogotá, 1990.
- *¿Que pasa en la Criminología Crítica?*, Editorial Temis, Bogotá, 1990.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Penas pecuniarias. El sistema de los días-multa», en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código penal*, CDJ, CGPJ, Madrid, 1996.
- MARTOS NUÑEZ, J. A., «El principio de intervención penal mínima», *ADPCP*, n.º 40, enero-abril de 1987, pp. 99 y ss.
- MAURACH, *Tratado de Derecho penal I*, Trad. de Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.
- MAZA MARTÍN, J.M., «Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo código penal», en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código penal*, CDJ, CGPJ, Madrid, 1996.
- MELOSSI-PAVARINI, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Nueva Criminología, Siglo Veintiuno editores, S. A., México, 1980.

- MENCARELLI, F., «Sanzioni sostitutive», *Enc. Giur.*, XXVIII, pp. 1 y ss.
- MIR PUIG, S., «Alternativas a la prisión en el borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990», 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, pp. 847 y ss.
- *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- *El sistema de sanciones en el Proyecto de código penal*, Barcelona, 1980.
- *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1976.
- *Manual de Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996.
- «Tendencias político-criminales y alternativas a la prisión en la Europa actual», en *Revista del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, n.º 34, 1987, pp. 49 y ss.
- MOLINA BLÁZQUEZ, C., *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 1996.
- 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*, n.º 29, 1986, pp. 399 y ss.
- MONACO-PALIERO, «Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora del sistema commisurativo», *RIDPP*, 1994, pp. 421 y ss.
- MORA MORA-NAVARRO SOLANO, *Constitución y Derecho penal*, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, 1995.
- MORILLAS CUEVA, L., «Aproximación teórica al principio de intervención mínima», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 2, 1983, pp. 61 y ss.
- *Curso de Derecho penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MORRIS, N., «Alternativas de la prisión: fracasos y perspectivas», en *Doctrina y acción postpenitenciaria*, año 2, n.º 3, 1988, pp. 59 y ss.
- *El futuro de las prisiones*, Siglo veintiuno Editores, Madrid, 1978.
- MUÑAGORRI, I., «Algunas notas sobre el proceso penal como momento de criminalización y de control social, con comentarios a la reciente normativa española», en *El poder penal del Estado*, homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, 1985, pp. 300 y ss.
- *Sanción penal y política-criminal*, Reus, S. A., Madrid, 1977.
- MUÑOZ CONDE, F., «Culpabilidad y prevención en Derecho penal», *CPC*, n.º 12, 1980, pp. 41 y ss.
- *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1984.
- «El papel de la criminología en la formación del jurista», en su ponencia en el *VII Congreso de Criminólogos de los países socialistas*, 1989, pp. 2 y ss.
- «El principio de culpabilidad», en *III Jornadas de profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela, 1976, pp. 219 y ss.
- *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975.
- «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de una mito», *CPC*, n.º 7, 1979, pp. 91 y ss.
- «Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera», en *VI Jornadas penitenciarias andaluzas*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 1989, pp. 35 y ss.
- MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MUÑOZ POPE, C.E., «La reforma penal panameña», *ADPCP*, n.º 34, 1981, pp. 691 y ss.
- «Perspectivas futuras del Derecho penal panameño», *ADPCP*, Fasc. III, año 1978, pp. 127 y ss.
- NIÑO, L.F., «La situación carcelaria en la América Latina de fin de siglo y el malestar en la cultura jurídica», *Justicia e Democracia*, Associação Juízes para Democracia, n.º 2, 1996, Brasil, pp. 198 y ss.
- NÚÑEZ BARBERO, R., *Suspensión condicional de la pena y «probation»*. (Problemática acerca de su naturaleza jurídica), Universidad de Salamanca, 1970.
- NÚÑEZ y PAZ, M.A., «La aplicación de la probation en el Derecho positivo. (Suspensión del fallo y suspensión condicional de la pena)», *RDPC*, n.º 5, 1995, pp. 703 y ss.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *ADPCP*, n.º 43, enero-abril de 1990, pp. 5 y ss.
- OÑA NAVARRO, J., «Los sustitutivos penales», *Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia*, 1997/I, pp. 241 y ss.
- PACHECO, *Estudios de Derecho penal*, 5.ª edic., Madrid, 1887.
- PADOVANI, T., «Aspetti problematici della sospensione della pena pecuniaria», *Cass. pen. mass.*, 1980, pp. 419 y ss.
- «La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e la prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale», *RIDPP*, 1992, pp. 419 y ss.
- «La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle «modifiche al sistema penale»», *RIDPP*, 1983, pp. 1249 y ss.
- «Lectio brevis sulla sanzione», en BUNELLI-SCALFI (edit.), *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 55 y ss.
- *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981.
- «Sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena», *RIDPP*, 1982, pp. 494 y ss.
- «Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio», *RIDPP*, 1985, pp. 983 y ss.
- PAGLIARO, A., «Commisurazione della pena e prevenzione generale», *RIDPP*, enero-marzo, 1981, pp. 30 y ss.
- «La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi», *RIDPP*, 1979, pp. 1189 y ss.
- «Le sanzioni sostitutive», *RIDPP*, 1985, pp. 1026 y ss.
- «Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale», en *La Giustizia Penale*, 1993, II, pp. 170 y ss.
- «Verifica empirica dell'effetto di prevenzione generale», *RFDUCM*, n.º 11, monográfico, *Homenaje al Prof. D. Luis Jiménez de Asúa*, 1986, pp. 502 y ss.
- PAINO-RODRÍGUEZ-CUEVAS-ORDOÑEZ, «Cárcel hoy. Alternativa mañana: un análisis para la comunidad de inserción», *CPC*, n.º 55, 1995, pp. 297 y ss.
- PALAZZO, F., «Analisi empiriche ed indicazioni di riforma in materia di sanzioni sostitutive ex officio», *RIDPP*, 1986, pp. 681 y ss.
- «La pena en la Constitución italiana», *DPC*, Vol. XVIII, n.º 57-58, pp. 109 y ss.

- «Le pene substitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?», *RIDPP*, 1983, pp. 819 y ss.
- «Prospettive di riforma per le sanzioni sostitutive: la razionalizzazione del sistema nel segno della continuità», *RIDPP*, 1985, pp. 1037 y ss.
- PALIERO, C.E., «Il «lavoro libero» nella prassi sanzionatoria italiana: cronaca di un fallimento annunciato», *RIDPP*, 1986, pp. 88 y ss.
- PASTOR, S., *Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989.
- PAVARINI, «Concentración y difusión de lo penitenciario», traduc. de Muñagorri, *CPC*, 7, 1979, p. 121.
- «El sistema del Derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo», *PC*, n.º 1, 1987, pp. 141 y ss.
- «¿Menos cárcel y más medidas alternativas? La vía italiana a la limitación de la cárcel, reconsiderada sobre la base de la experiencia histórica y comparada», *NFP*, n.º 56, abril-junio de 1982, pp. 197 y ss.
- PELLIZA, S.J., «Teoría de la pena», *Cuadernos de Derecho penal y Criminología*, n.º 2, 1996, Universidad Nacional de la Rioja, Argentina, pp. 68 y ss.
- PERELLÓ DOMÉNECH, I., «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», *JPD*, n.º 28, marzo de 1997, pp. 69 y ss.
- PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990.
- PETERS, T., «Mediación para la reparación: la presentación y discusión de un proyecto de investigación y de acción», *EPC*, XVIII, 1995, pp. 197 y ss.
- POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte general, Tomo I, «Fundamentos científicos del Derecho penal»*, Bosch, S. A., Barcelona, 1984.
- POLITOFF, «Sistema giuridico-penale e legittimazione politica nello stato democratico di diritto», trad. Petroni, en *Dei Delitti e Delle Pene*, 1992-1.
- PONCE RAMÍREZ, A., «El cumplimiento íntegro ¿justicia o castigo?», en *Estudios Jurídicos*, II Congreso de estudiantes de Derecho de la UCLM, Universidad de Castilla-La Mancha, Dilex, Madrid, 1997, pp. 135 y ss.
- PONENCIAS II CONGRESO IBEROAMERICANO Y IX LATINOAMERICANO de *Derecho penal y Criminología*, Universidad de Buenos Aires, 4, 5, 6 y 7 de septiembre de 1997.
- PORTILLA CONTRERAS, G., «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos», *CPC*, n.º 39, 1989, pp. 723 y ss.
- POZA CISNEROS, M., «Formas substitutivas de las penas privativas de libertad», en *Penas y Medidas de seguridad en el nuevo código penal*, *CDJ*, CGPJ, 1996, pp. 187 y ss.
- QUINTERO OLIVARES, G. (direct.), *Comentarios al código penal*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- *Curso de Derecho penal. Parte general*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996.
- *Derecho Penal. Parte general*, 2.ª edic., Madrid, 1992.
- «Determinación de la pena y política criminal», *CPC*, n.º 4, 1978, pp. 49 y ss.
- «El arresto sustitutorio», *CPC*, n.º 2, 1977, pp. 138 y ss.
- «La autotutela, los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal», *BIMJ*, septiembre de 1991, pp. 4217 y ss.
- *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona, 1976.
- RICO LARA, M., «La prisión: ¿estigma o rehabilitación?», *CPC*, n.º 25, 1985, pp. 79 y ss.
- RICO, J.M., «Medidas substitutivas de las penas de prisión», *Anuario del Instituto de Ciencias penales y criminológicas*, Venezuela, 1968, pp. 129 y ss.
- RICO-SALAS, *Inseguridad ciudadana y policía*, Tecnos, Madrid, 1988.
- RIVERA BEIRAS, I. (coord.), *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, M. J. Bosch, Barcelona, 1996.
- ROBLEDO RAMÍREZ, *Concepto y principios para la aplicación de los substitutivos penales*, Edersa, Madrid, 1996.
- RODRIGUEZ RAMOS, «El sistema de días-multa en el proyecto de código penal», *La Ley*, n.º 17, 1980, pp. 985 y ss.
- RODRÍGUEZ CANDELA, J. L., «La expulsión del extranjero en el nuevo código penal», *JPD*, n.º 33, 1998, pp. 59-70.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, edit. Porrúa, México, 1998.
- *Panorama de las alternativas a la prisión en los países de América Latina*, Documento presentado al VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990.
- *Victimología. Estudio de la víctima*, 3.ª edic., Editorial Porrúa, México, 1996.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad», *RGLJ*, Reus, Madrid, 1965, pp. 10 y ss;
- ROLDÁN BARBERO, H., «Arresto sustitutorio y sanciones alternativas (A propósito de la STC de 18 de febrero de 1988)», *ADPCP*, n.º 42, 1989, pp. 839 y ss.
- *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, edit. Akal, Madrid, 1983.
- *Historia de las prisiones en España*, PPU, Barcelona, 1988.
- ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. y notas de Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981.
- *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trad. y notas de Luzón Peña-García Conlledo-Vicente Remesal, Cívitas, Madrid, 1997.
- *Iniciación al Derecho penal de hoy*, Traduc. introduc. y notas de Muñoz Conde y Luzón Peña, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981.
- «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», *CDJ*, CGPJ, 1991.
- *Política criminal y sistema del Derecho penal*, (traduc. e introduc. de Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972.
- «Prevención y determinación de la pena», *CPC*, n.º 9, 1979, pp. 55 y ss.
- *Problemas básicos del Derecho penal*, traduc. y notas de Luzón Peña, Reus, S. A., Madrid, 1976.
- «¿Qué queda en pie de la culpabilidad en Derecho penal?», *CPC*, n.º 3, 1986, pp. 671 y ss.

- «Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad», *CPC*, n.º 12, 1980, pp. 41 y ss.
- RUIZ ANTÓN, L. P., «Principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia», *PJ*, número especial VI, 1985, pp. 95 y ss.
- RUIZ VADILLO, E., «El futuro inmediato del Derecho penal, las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración», *PJ*, n.º 7, 1987, pp. 25 y ss.
- «Hacia dónde camina, hoy, el Derecho penal», *PDEF*, n.º 8, marzo de 1997, pp. 9 y ss.
- SAINZ CANTERO, J. A., «Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente», *RE-Pen*, n.º 191, 1970, pp. 1061 y ss.
- «El futuro de la pena privativa de libertad: la vía de la sustitución» en *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, Junta de Andalucía, 1983, pp. 77 y ss.
- «La sustitución de la pena de privación de libertad», *EPC*, II, 1978, pp. 215 y ss.
- «Posibilidades de aplicación de la pena de arresto de fin de semana en depósitos municipales: la cuestión en la comunidad autónoma andaluza», en *III Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 1987, pp. 203 y ss.
- SALOMÓN JIMÉNEZ, F., «La administración de justicia en Honduras», *PJ*, números especiales X, XI, XII, 1989, pp. 85 y ss.
- SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978 (Ensayo de un sistema)*, Madrid, 1972.
- SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El sistema de penas (I y II)», *La Ley*, 1996/II, D-122.
- SÁNCHEZ ROMERO, C., «La prisión preventiva en un Estado de Derecho», *RACPCR*, año 9, n.º 14, diciembre de 1997, pp. 54 ss.
- SÁNCHEZ ROMERO-HOUED VEGA-CHIRINO SÁNCHEZ, «El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas», *RACPCR*, año 6, n.º 9, noviembre de 1994, pp. 47 y ss.
- SANDOVAL, E., *Sistema penal y Criminología crítica*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1985.
- SARASA URDIOLA, S., «Los educadores en medio abierto. Posibilidades y límites de una alternativa a la prisión» *PDEF*, número especial, diciembre de 1989, pp. 119 y ss.
- SCHÖNE, W., *Acerca del orden jurídico penal*, edit. Juricentro, 1992.
- SCHÜNEMANN, B., *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991.
- SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO A CASTIGAR, 17-21 de octubre de 1982, Mérida, Venezuela, Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, J., *Las penas en el nuevo código penal*, edit. Comares, Granada, 1996.
- SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, Trivium, Madrid, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1992.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Cívitas, Madrid, 1999.
- «Medios no judiciales de reparación a la víctima», en ROMEO CASABONA (edit.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, La Laguna, Centro de Estudios Criminológicos, 1993, pp. 331 y ss.
- «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de «reparación»», *PJ*, n.º 45, 1997, pp. 183 y ss.
- SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J. E., «La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente», *CPC*, n.º 12, 1980, pp. 93 y ss.
- STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, traduc. de E. Bacigalupo, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980.
- SUAREZ MONTES, R., «El principio de culpabilidad en la reforma del código penal de 1983», *CPC*, 49, pp. 90 y ss.
- SUAZO LAGOS, R., *Lecciones de Derecho penal I. Parte general*, 6.ª edic., Tegucigalpa, Honduras, 1995.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reparación a la víctima en el Derecho penal (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, Barcelona, 1994.
- «Responsabilidad personal subsidiaria y arresto domiciliario», *AJA*, 1996, 272, (05/12), pp. 1-4.
- (direct.), *Curso de Derecho Penitenciario. Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996*, Cedecs, Editorial, S. L., Barcelona, 1996.
- TAMPIERI, «La detenzione domiciliare», en *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario. L. 10 Ottobre, 1986*, n.º 663 (a cura di FLORA, G), Giuffrè, Milano, 1987, pp. 207 y ss.
- TERRADILLOS BASOCO, J., «Constitución y ley penal. La imposible convergencia», *RFDUCM*, T. 10-11, 1986, pp. 652 y ss.
- «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *RFDUCM*, n.º 36, 1981, pp. 123 y ss.
- TESÓN MARTÍN, F., «La pena de arresto de fin de semana en el Nuevo Código Penal», *AP*, n.º 11, 1997, pp. 243 y ss.
- TIEDEMANN, K., «Constitución y Derecho penal», *REDC*, año II, n.º 33, septiembrediciembre de 1991, pp. 145 y ss.
- TREJO ESCOBAR, M. A., *El Derecho penal salvadoreño vigente. Antecedentes y movimientos de reforma*, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1995.
- TRENCZEK, T., «¿Hacia una reprivatización del control social?. «Una evaluación de víctima-delincuente-reconciliación»», *PDIF*, n.º 8, marzo de 1992, pp. 23 y ss.
- VALMAÑA OCHAÍTA, S., *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- VINTRÓ CASTELL, J., «La Constitución nicaragüense de 1987 y la tradición liberal-demócrata», *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, Madrid, n.º 3, 1987, pp. 71 y ss.
- VÍQUEZ JIMÉNEZ, M. A., «Alcances y limitaciones del tratamiento penitenciario en Costa Rica», *RJCR*, año XI, n.º 38, septiembre de 1986, San José, pp. 93 y ss.
- VIVES ANTÓN, T. S., (coord.) *Comentarios al código penal de 1995*, vol. II (arts. 1 a 233), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- «Introducción: Estado de Derecho y Derecho penal», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1982, pp. 1 y ss.
- *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- WALKER, N., «La eficacia y la justicia moral de la prevención», *CPCr*, n.º 11, 1980, pp. 129 y ss.
- ZAFFARONI, E.R., *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Santa Fé de Bogotá, 1993.
- *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar editorial, Buenos Aires, 1989.
- *Política criminal latinoamericana*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982.
- *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1981.
- (coord.) *Sistemas penales y Derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- (direct.), *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, ILANUD, San José, 1996.
- ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*, Edersa, 1979.
- «Principios fundamentales de la determinación de la pena», *CPC*, n.º 17, 1982, pp. 353 y ss.
- ZUBIRI DE SALINAS, F., «Responsables civiles en el Código penal», *JPD*, n.º 25, marzo de 1996, pp. 61 y ss.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «El Derecho a obtener una sentencia motivada», *PJ*, n.º 18, 1990, pp. 133 y ss.
- *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, Universidad de Granada, 1990.
- «La individualización de la pena en el borrador de parte general del anteproyecto de Código penal de 1990», *CPC*, n.º 44, 1991, pp. 459 y ss.
- «La prevención general en la individualización judicial de la pena», *ADPCP*, n.º 34, 1981, pp. 869 y ss.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.C., «El abolicionismo en América Latina», inédito, s.f.
- «La reforma penal en Centroamérica», inédito, s.f.
- «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal en el Perú?», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año III, n.º 5, enero-junio de 1995, pp. 333 y ss.

APÉNDICE LEGISLATIVO

ESPAÑA

- Constitución de 27 de diciembre de 1978
- Código Penal. L.O. 10/95, de 23 de noviembre
- R.D. 690/96, de 20 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana

COSTA RICA

- Constitución Política de la República de 1949
- Código Penal. Decreto n.º 4573/70, de 30 de abril

EL SALVADOR

- Constitución de la República de 1983
- Código Penal. Decreto n.º 1030/97, de 26 de abril
- Ley Penitenciaria. Decreto n.º 1027/97, de 24 de abril

GUATEMALA

- Constitución Política de la República de 1985
- Código Penal. Decreto n.º 17/73, de 5 de julio

HONDURAS

- Constitución de 1982. Decreto n.º 131
- Código Penal. Decreto n.º 144/83, de 23 de agosto

NICARAGUA

- Constitución Política de la República de 1987.
- Reforma Parcial Ley n.º 192/95
- Ley de Código Penal Decreto n.º 297/74, de 16 de enero
- Proyecto de Código Penal 1999

PANAMÁ

- Constitución Política de la República de 1972
- Código Penal. Ley n.º 18/82, de 22 de septiembre