

**JOSE A. SAINZ CANTERO**

**Catedrático de Derecho Penal**

**Universidad de Granada.**

**La sustitución de la pena de privación de libertad**

## **SUMARIO**

### **I. LA CRISIS DE LA PENA DE PRISION.**

- 1. El fracaso de la pena de privación de libertad.**
- 2. Imposibilidad de mantenerla mediante una reforma.**

### **II. LA IMPOSIBLE SUPRESION A CORTO PLAZO DE LA PENA DE PRIVACION DE LIBERTAD.**

### **III. LA SUSTITUCION DE LA PENA DE PRIVACION DE LIBERTAD.**

- 1. Las medidas de sustitución empleadas en los ordenamientos extranjeros.**
  - A. Las que se inscriben en un momento procesal anterior a la resolución judicial sobre la culpabilidad.**
  - B. Las que se inscriben en un momento procesal posterior a la resolución judicial sobre la culpabilidad.**
  - C. Especial consideración de la sanción pecuniaria.**
- 2. Las medidas de sustitución de las penas de privación de libertad en el ordenamiento penal español.**

### **IV. PROPOSICIONES DE LEGE FERENDA.**

Mi intervención en este curso, pese a la denominación del mismo, va a girar más sobre el aspecto normativo (jurídico penal) de la pena de privación de libertad, que sobre el propiamente penitenciario o de ejecución. La relación entre ambos aspectos no es necesario ponderarla. De lo que los Códigos Penales digan sobre la pena de privación de libertad, y, sobre todo, de las opciones de reacción penal que ofrezcan sus catálogos de sanciones, depende en gran parte el éxito o fracaso de la ejecución de la pena de privación de libertad.

En el pórtico mismo de mi intervención debo hacer una confesión sincera. Soy profundamente pesimista sobre el éxito de cualquier reforma penitenciaria que se emprenda sobre la base de mantener al volumen y ritmo actual la pena de prisión. He de aclarar que este pesimismo mío es de aparición tardía, yo diría que muy reciente: nace cuando, ilusionado con los horizontes que prometía la reforma penitenciaria y a pesar de la generosa oportunidad que se adelantaba por la Administración, se dispara la revuelta en las prisiones y se traiciona la confianza recibida.

Pensé entonces que no estábamos ante una simple traición de confianza por parte de los internos; que las estructuras autoritarias de las instituciones penitenciarias no eran caprichosamente así, ni consti-

tuían un invento de la Dictadura; que era la misma prisión la que engendraba el problema.

Una reflexión serena sobre la cuestión me llevó a las siguientes conclusiones:

A. La pena de privación de libertad ha fracasado rotundamente. Es imposible mantenerla adaptándola a la sensibilidad del hombre de nuestro tiempo mediante una reforma, porque sus efectos nocivos son connaturales a la misma.

B. A la vista de ello, la verdadera reforma “penitenciaria” sería *suprimir* la pena de privación de libertad. Esta debe ser la meta a alcanzar. Hoy por hoy, sin embargo, la supresión es imposible. Pero sí se puede iniciar el camino que conduce a esa meta, y ese camino es el de la sustitución progresiva de la pena de privación de libertad.

C. Algunos ordenamientos extranjeros han adoptado eficaces medidas de sustitución. En nuestro país, los intentos realizados hasta ahora han sido muy tímidos. No parece sin embargo que exista inconveniente en aprovechar la reforma que se gesta para iniciar el camino de la sustitución.

El análisis de cuál puede ser la envergadura de la sustitución y cuáles los medios a incorporar a nuestro ordenamiento, va a constituir el núcleo de mi intervención, que va a seguir el cauce metódico que acabo de señalar. Esto es: I. Realidad del fracaso de la pena de privación de libertad e imposibilidad de reformarla menteniéndola al ritmo actual. II. Necesidad de la gradual sustitución. III. Medios de sustitución a incorporar a nuestro ordenamiento punitivo.

## I. LA CRISIS DE LA PENA DE PRISION

### 1. EL FRACASO DE LA PENA DE PRIVACION DE LIBERTAD

Que la pena de privación de libertad ha fracasado rotundamente es algo que pregonan hoy a todos los vientos penalistas, penitenciarios, criminólogos y cuantas personas han tenido cerca en los últimos años el fenómeno de la prisión.

Se dan una serie de factores que es conveniente recordar aquí para aclarar ideas, de los que unos son causa, otros efecto y otros índices palpables de ese fracaso.

A. La pena de privación de libertad no responde ni a la finalidad ni a las exigencias que la sensibilidad del jurista de hoy pide a la pena criminal, cualquiera que sea su naturaleza.

Estas finalidades son: intimidación, retribución y corrección. Como es sabido, las mismas que la ilustración le pedía e hicieron triunfar la pena de prisión en los comienzos de la codificación, con dos solas variantes: que hoy se exige que la retribución se haga con humanidad y que se distingue entre readaptación o reinserción social y domar o domesticar a un hombre.

La pena de privación de libertad hoy *no intimida* a la generalidad de los delincuentes; precisamente a los más peligrosos y a los habituales, que se han acostumbrado a sufrirla. En la actualidad el carácter intimidante de la pena de privación de libertad se contesta por los criminólogos. La reincidencia es más frecuente entre los delincuentes que han estado en prisión que entre los que no han entrado nunca en ella.

La pena de privación de libertad no retribuye con humanidad o no consigue ser humanitaria *al retribuir*.

En primer lugar, porque es difícil de dosificar. Aunque la opinión pública acepte la proporcionalidad entre delito y privación de libertad, el condenado que la sufre no la acepta; las consecuencias secundarias que está viviendo cada día se lo impide. En segundo lugar porque, como ha dicho Marc Ancel, parece cada vez más claro que un tratamiento reeducativo no puede ser impuesto sin una verdadera violación de los derechos del individuo. “Las investigaciones recientes de los criminólogos norteamericanos nos descubren por otra parte que en ciertos casos este tratamiento comporta el riesgo de conducir a un autoritarismo penológico, criminológico, o finalmente político, atentatorio al respeto de los derechos fundamentales del hombre” (1).

La pena de prisión *no corrige*. Las estadísticas de reincidencia son suficientemente indicativas. Todas las evaluaciones de resultados llevadas a cabo en USA destacan como tasa de reincidencia alrededor del 80 % de personas que han estado en prisión. Recuerda A. Normandeau que un sondeo de opinión realizado entre prácticos de las prisiones federales y prisiones provinciales en Quebec, ha indicado recientemente que los encuestados están convencidos de que alrededor de las 3/4 partes de sus “clientes” podrían ser rehabilitados en el exterior de los muros de la prisión (2).

Pero sin necesidad de recurrir a las estadísticas, la inidoneidad de la pena de privación de libertad para corregir resulta de obligada deducción. ¿Cómo va a salir readaptado de la prisión quien ha mantenido en

---

(1) Marc Ancel, *Le problème de la peine de prison*, en *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, Juillet 1977, pág. 824.

(2) A. Normandeau, *Halte a la croissance des prisons!*, en *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, Juillet 1977, pág. 831.

ella relaciones homosexuales, a las que no estaba inclinado y que recordará siempre; o quien ha transformado allí dentro su cuadro de valores merced a la "prisonización" de que ha sido objeto; o quien, por la larga duración de su condena, ha visto destruida totalmente su personalidad?. Tampoco parece el método más acertado para enseñar a un hombre a vivir en sociedad el apartarlo de ella, separándolo de la vida libre.

Se nos dirá por quienes son receptivos a las propagandas que hay delincuentes que han sido readaptados y puede que citen algún ejemplo. Habría que preguntar a quienes así lo manifiestan si se han parado a reflexionar sobre la distinción, no simplemente teórica, entre readaptar y domesticar, porque hay valores con los que el condenado entra en la prisión que no deben ser destruídos en ella.

La evidencia muestra el fin de corrección de la pena privativa de libertad como una ilusión del género humano. Marc Ancel lo ha confesado con valentía: "Se puede decir que el tratamiento carcelario de reeducación ha sido una de las grandes ilusiones de los años 1950" (3).

Si la pena de privación de libertad no cumple hoy ninguna de estas tres finalidades, mantenerla es aceptar que constituye un fin en sí misma; que se agota en el sufrimiento por el mero sufrimiento. Esto es lo que hiera la sensibilidad del hombre de nuestra época.

B. La dificultad de conciliar las tres funciones clásicas a que acabamos de referirnos, la intimidación, la retribución y la corrección.

No debe extrañar que la pena privativa de libertad no cumpla hoy las funciones que tradicionalmente se

---

(3) Marc Ancel, *Le problème de la peine de prison*, cit., pág. 824.

le encomiendan porque esas finalidades son difíciles, por no decir imposible, de conciliar. Veámos. Una justicia individualizada que es la que hoy se desea, puede conducir a una retribución mínima. ¿Dónde queda entonces la intimidación? Para que la pena sea correctiva a veces no deberá ser larga, sino más bien indeterminada. ¿Dónde quedará entonces la retribución justa?. La pena verdaderamente intimidante no podrá ser ni retributiva, pues solo perseguirá la disuasión, ni correctiva, pues por su rigor excesivo conducirá al penado a la rebelión. ¿Cómo conciliar entonces la intimidación con la retribución y la corrección? (4).

C. El abuso que, desde su descubrimiento como pena, se ha hecho de la privación de libertad.

No hay que olvidar el origen de esta pena. Es el gran descubrimiento de los juristas de la ilustración. Se recibe como el “nuevo invento social”, la panacea que resolverá todos los males. La aceptan las tendencias progresistas con entusiasmo, porque ven en ella el sustitutivo del tormento, de los castigos corporales y acaso de la pena de muerte; y la reciben también con beneplácito las tendencias conservadoras porque asegura la defensa de la sociedad y la prevención general.

Consecuencia de esta general aceptación fue que se detuviera cualquier esfuerzo de imaginación para buscar otras penas y que se aplicara a la mayoría de los delitos que aparecen en los códigos penales. Prueba de lo primero es que desde la codificación son escasísimas las penas que se añaden al catálogo de sanciones de los códigos, la privación del carnet de conducir y alguna más. ¡Repasad nuestros códigos penales desde 1822! Prueba de lo segundo, que es raro el delito para el que no se consuma la pena privativa de libertad.

---

(4) Marc Ancel (*Le problème de la peine de prison*, cit. pág. 823) es quien formula estas tres preguntas llenas de desesperanza.

¡Haced si no un recuento en los códigos penales del mundo!

Si se ha abusado de la privación de libertad en general el abuso ha sido monstruoso en lo que se refiere a las penas cortas, especialmente a las inferiores a seis meses de duración. Abrid el libro segundo de nuestro Código Penal y comprobad los delitos que llevan aparejada pena de arresto mayor. Buscad, entre las faltas del libro tercero, el arresto menor. ¿No hay otros medios para luchar contra la pequeña y mediana criminalidad?

El abuso no se agota en el número de penas que se conmina; se extiende también a la naturaleza de los delitos que la llevan aparejada. G. Contento llama la atención, de cara al código italiano, sobre los delitos de imprudencia y los delitos contra la propiedad. Para ellos es más eficaz otra clase de sanción; las incapacitaciones para ejercer cargos públicos, las prohibiciones de desarrollar determinadas profesiones, la privación del carnet de conducir, las privaciones de algunos derechos, tienen a veces para la mayoría de los sujetos una fuerza aflictiva infinitamente superior que la pena de prisión (5).

D. Consecuencia de todo esto es que la sociedad desconfía del que sale de la cárcel.

“La sociedad tiene en ello razón” ha afirmado también G. Contento (6). El abuso de las penas cortas ha demostrado a la sociedad que la pena de prisión co-

---

(5) G. Contento, *Osservazioni sui limiti naturali e funzionali della pena carceraria nella civiltà moderna*, en *Crisi e avvenire della pena carceraria* (donde se recogen los debates mantenidos sobre el tema en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bari), Milano 1964, págs. 10 y ss.

(6) G. Contento, *Osservazioni sui limiti naturali e funzionali della pena carceraria*, cit., pág. 9.

rompe; que es peor el individuo que ha estado en la cárcel que el que nunca pasó por ella. Esto quizás no puede afirmarse con el mismo carácter absoluto de las penas largas, pero la sociedad no tiene por qué hacer distinciones técnicas. Para el hombre de la calle, todo el que ha estado en la cárcel sale peor que entró. Es un sujeto del que no hay que fiarse.

Esta imagen dificulta poderosamente la labor de rehabilitación, no solo en la fase postpenitenciaria, en la que el liberado necesita trabajo, apoyo y comprensión de la comunidad libre en la que va a vivir, sino también en la aplicación de los regímenes abiertos y de semilibertad, que deben encontrar la colaboración del entorno en que se enclaven los respectivos establecimientos, y en la cooperación que la comunidad debe prestar incluso en la aplicación de los medios de sustitución de que luego hablaremos. Solo por evitar esta imagen, valdría la pena acabar con la pena de prisión.

E. A estos factores habría que añadir el retraso del jurista en el desarrollo de la teoría de la pena, en relación con la teoría del delito.

Es sobradamente conocido que el jurista de nuestro tiempo ha llegado a un cierto grado de perfección técnica en la teoría del delito, pero no se puede decir lo mismo de la teoría de la pena. En ésta ha prevalecido el estudio de su componente filosófico; el análisis se ha orientado hacia preocupaciones de carácter ideológico y sociológico. Se ha descuidado el aspecto práctico (no me refiero ahora a la ejecución) de la pena, la indagación de los resultados de su aplicación. Se ha dejado, por ello, de buscar otras clases de penas distintas a las privativas de libertad. Los juristas tenemos también nuestra parte en el fracaso de la pena que nos ocupa.

## 2. IMPOSIBILIDAD DE MANTENERLA MEDIANTE UNA REFORMA

Este fracaso de la pena de privación de libertad no se debe a una mala ejecución de la misma. Si así fuera, bastaría con cambiar los modos de ejecución para salvarla. El mal está en su misma entraña. Es imposible mantenerla adaptándola al modo de pensar y a la sensibilidad de hoy, porque los efectos nocivos y los males que se le reprochan son connaturales a ella; no proceden de una mala ejecución de la misma.

Recordemos estos efectos, repetidamente señalados por los autores y que también en este curso nos han sido denunciados.

– Somete al individuo a un intolerable aislamiento que destruye el “zoon politikon”.

– Reduce al condenado a una inmovilidad que es desigual. No la sufre igual el leñador que el oficinista.

– Lo somete a lo que Clemmer ha llamado “prisonización”, que resulta alienante.

– Lo priva del ejercicio de su Actividad Sexual, privación que se extiende a su cónyuge y que lo impulsa dentro de la prisión al ejercicio de prácticas homosexuales.

– Puede producir las terribles “psicosis carcelarias”, que es un “recuerdo prisional” para toda la vida.

– Afecta al condenado y a sus familiares, pues produce como primer efecto separarlo de su familia, destruyendo la unidad conyugal.

– Algunos de sus efectos son perpetuos. Deja secuelas psíquicas y sociales que padecen después de liberado. El condenado sigue así pagando su deuda después de haberla liquidado con el Estado.

– La cárcel resulta criminógena.

Estos efectos son connaturales a la pena de prisión,

por lo que es imposible darle solución en el marco tradicional de la misma. El aislamiento, la inmovilidad, la prisonización y la separación familiar están en la misma esencia de la prisión, son consecuencia del medio cerrado. La privación sexual es también consecuencia de la prisión; las soluciones propuestas (la visita familiar entre otras) no remedian por completo el problema. Las psicosis son efecto obligado de la conjunción de determinada personalidad psicopática con el medio cerrado de la prisión. Otros efectos, como las relaciones homosexuales o el carácter criminógeno de la cárcel, podrían corregirse con una ejecución más perfecta, pero bastan estos otros males no corregibles para rechazar la pena de prisión.

La conclusión no es difícil de sacar: para evitar esos efectos hay que evitar la prisión, o transformar por completo la óptica tradicional de la pena de privación de libertad. Esta conclusión no está aislada de los resultados obtenidos por recientes investigaciones en el campo de la ciencia en el hombre. Especialistas en ciencias del comportamiento humano han analizado los efectos psicosociales de los pacientes reclusos en un medio institucional cerrado, como es el hospital psiquiátrico. De esos análisis han salido la antipsiquiatría y la contestación del manicomio. Han demostrado que el medio cerrado, la institución cerrada, no permite curar (7). ¿No puede extenderse esta conclusión a la prisión, institución cerrada por excelencia?.

La Comisión Peterson (*National Advisory Commission On Criminal Justice Standards and Goals*), creada en USA para estudiar la problemática de la justicia criminal, ha llegado a idéntica conclusión tras analizar

---

(7) Con más detalle, A. Normandeau, *Halte a la croissance des prisons!*, cit., pág. 831; y J. Pinatel, *La société criminogène*, 1977, págs. 186 y ss.

las prisiones de USA. Después de aconsejar que no se construyan más establecimientos para adultos y que se aumente el tratamiento en medio abierto, critica la permanencia en nuestros días de la filosofía “demo-dé” que cree en la eficacia correctiva de las instituciones cerradas, para concluir diciendo que el tratamiento institucional es un mito peligroso y que la prisión no ayuda a la reinserción social. “La prisión es una barbarie, no solamente inhumana sino además estéril” (8).

## II. LA IMPOSIBLE SUPRESION A CORTO PLAZO DE LA PENA DE PRIVACION DE LIBERTAD

A la vista de lo que se acaba de exponer, parece que la verdadera reforma “penitenciaria” debería ser la supresión de los ordenamientos penales de la privación de libertad. En esa línea, recientemente, Andre Normandeau ha abogado no por un “crecimiento cero” sino por una disminución radical de las prisiones (9). Esta, a mi juicio, debería ser la meta a alcanzar.

Quizás quienes me escuchan estimen que no es este el momento más adecuado para suprimir la pena de privación de libertad. Pensando en esa línea, se ha dicho en favor de la prisión que el aumento de la criminalidad y de los criminales altamente peligrosos (como los terroristas) hace imprescindible su uso. Se ha dicho también que hoy más que nunca es preciso defender los valores sociales fundamentales y afirmar las

---

(8) Cfr. el breve extracto que, de parte de las conclusiones de la Comisión, publica la *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, Juillet 1977, págs. 834 y ss.

(9) A. Normandeau, *Halte a la croissance des prisons!*, cit., pág. 831.

prohibiciones sociales, lo que difícilmente se conseguirá sin la eficacia disuasoria de la pena de prisión. Marc Ancel contesta a estas observaciones diciendo que está por saber si el mejor modo de responder al “desafío de la criminalidad” es mediante la pena de prisión; cada vez parece más evidente que la pena de prisión no es el único medio de luchar contra la delincuencia y desde luego no es el mejor; que hay que dudar del poder disuasorio de la pena de privación, poder que sin embargo tienen otras sanciones como las privativas de derecho o pecuniarias; que el reproche social no resulta solo del envío a prisión, “la sanción social consiste ante todo en la persecución penal, la comparecencia ante un juez y la obligación de rendir cuentas; ello no exige necesariamente el encarcelamiento del delincuente” (10).

Sin negar radicalmente las razones de Marc Ancel, pienso que es imposible *a corto plazo* prescindir de la pena de privación de libertad. Los argumentos que obligan a mantenerla son convincentes: la pena de privación de libertad sigue siendo necesaria para defender a la sociedad y los valores fundamentales frente a los delincuentes más peligrosos. Respecto a ellos, como dice Jescheck, nuestro sentido de justicia no permite sanciones más leves. En este sentido debe reservarse para ellos la pena de privación de libertad que se convertirá así en *la última ratio de la última ratio*, la última razón de la represión. Además se indica modernamente la pena de privación de corta duración como *pena-choque* para determinados delitos y delincuentes. Jescheck recuerda cómo hoy ha sido superada la vieja batalla indiscriminada que se libraba contra las penas de corta duración. Desde que la iniciara Von Liszt, la ciencia de derecho penal ha aprendido a dife-

---

(10) Marc Ancel, *Le problème de la peine de prison*, cit., pág. 826.

renciar y “considera necesario la pena de privación de libertad de corta duración para determinados delitos y determinados delincuentes. Este es el caso de los delitos contra la economía, de los delitos de circulación, de los de envenenamiento del medio ambiente y de los previstos en el código penal militar. En estos casos la pena de privación de libertad no sólo se considera necesaria como terapia de choque, sino además se ve como beneficiosa” (11).

Estas razones no impiden sin embargo proceder a su progresiva sustitución, ya que los medios sustitutorios que se proponen son igual de disuasorios e idóneos para proteger la sociedad como la pena de privación de libertad. Habrá en resumen que mantener la privación de libertad para los delincuentes más peligrosos y como pena-choque para algunos casos de pequeña y mediana criminalidad, y sustituirla en todos los demás supuestos.

No se nos oculta que la propuesta que hacemos supone aceptar lo que se viene llamando en política criminal “estrategia diferenciada” de la reacción contra el crimen, en cuanto distingue los grandes crímenes que amenazan la misma esencia de la comunidad y la pequeña delincuencia que puede reprimirse con medidas mucho más simples. Esta estrategia nos parece que es beneficiosa en cuanto que va a separar a los grandes criminales de los pequeños y sobre todo de quienes realizan comportamientos antisociales que están muy lejos de la entidad criminal de los primeros.

---

(11) H. H. Jescheck, *La pena pecuniaria. Moderno mezzo di politica criminale ed i problemi ad essa connessi*, en *L'Indice Penale*, Settembre-Dicembre 1977, pág. 369.

### III. LA SUSTITUCION DE LA PENA DE PRIVACION DE LIBERTAD

A corto plazo la tarea inmediata de la política criminal ha de ser, pues, la sustitución de la pena de privación de libertad para la pequeña y mediana criminalidad.

La idea no es ni nueva ni caprichosa. Desde hace años la viene aconsejando la doctrina y ensayando los ordenamientos de muchos países. En la actualidad se destaca cómo existen algunos bienes jurídicos de que puede ser privado el hombre, además de la libertad, y a los cuales le suele conceder una estimación por lo menos igual que concede a la libertad, pues son estos bienes los que dan un significado y un valor práctico a ella.

Es sobre estos bienes 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.

#### 1. LAS MEDIDAS DE SUSTITUCION EMPLEADAS EN LOS ORDENAMIENTOS EXTRANJEROS

En la mayoría de los países del mundo se han iniciado desde hace ya algunos años los intentos de sustitución de la pena de prisión. Entre ellos vamos a destacar los que nos parecen de mayor interés (12).

---

(12) El Consejo de Europa publicó en el año 1976 un interesante documento donde, junto a un *“Projet de resolution sur les mesures penales de substitution aux peines privatives de liberté autres que le sursis, la probation et les mesures analogues et Projet de Rapport explicatif”*, se contienen interesantes anexos sobre la utilización de las medidas de sustitución de la pena privativa de libertad en los países miembros (Strasbourg, 1976).

A. Entre las medidas que se inscriben en un momento procesal anterior a la resolución judicial sobre la culpabilidad se encuentran:

*La detención o suspensión de la persecución*, medida que se toma por el Ministerio Público en razón a la escasa gravedad del delito y a la personalidad del delincuente. En algunos Estados va acompañada de ciertas condiciones.

*La transacción* entre el Ministerio Público y el delincuente, que puede realizarse atendiendo también a la escasa gravedad del delito y escasa peligrosidad del delincuente, pero sólo en los casos en que la acción es pública.

B. Entre las medidas que se inscriben en un momento procesal posterior a la resolución judicial sobre la culpabilidad se encuentran:

*El descargo absoluto o condicional*, que consiste en omitir el pronunciamiento de la sanción respecto al inculpado que se reconoce culpable, cuando el tribunal estima que no es necesaria. Puede ir acompañada de la condición de que el delincuente no vuelva a delinquir durante un cierto plazo.

*El perdón judicial*. El juez perdona después de declarar culpable al sujeto y de condenarlo a una pena. El perdón se otorga en atención a la insignificancia del delito cometido y a la personalidad del delincuente. En Holanda se emplea esta medida por los tribunales cantonales y los tribunales de menores.

*La binding Over*. El declarado culpable no es condenado a una pena, si promete mantener una buena conducta. Si infringe su promesa, se le condena al pago de una cantidad de dinero.

*Las amonestaciones*. Después de la declaración de culpabilidad, se reprende o amonesta al sujeto pública o privadamente por el tribunal. Esta medida, que la

mayoría de los países establecen para delincuentes menores, ha sido prevista por la *Segunda ley de Reforma* alemana también para adultos.

*La Probation.* Después de declarar culpable al delincuente, se suspende el pronunciamiento de la condena bajo la condición de que acepte estar bajo la vigilancia de un oficial de *probation* que lo somete a tratamiento en libertad. Se emplea preferentemente en los países anglosajones.

*El sursis o remisión condicional.* Después de pronunciada la declaración de culpabilidad y la pena, se suspende la ejecución de esta última bajo determinadas condiciones, que el sujeto acepta, y que varían de unos países a otros. Constituye la institución paralela de la *probation* en la Europa Continental, donde la han incorporado la mayoría de los países. En la República Federal Alemana se prevé, junto con la pena de multa, como sustitutivo de las penas de privación de libertad inferiores a seis meses. Austria ha incorporado recientemente una medida análoga. En el Reino Unido, la legislación anterior a la vigente la imponía obligatoriamente como sustitutivo de penas inferiores a seis meses, pero el ordenamiento en vigor faculta al tribunal para imponerla o no, después de examinar todas las circunstancias del caso concreto.

*Prohibiciones de ejercer determinadas actividades.* Como pena que puede establecerse con carácter independiente después de declarada la culpabilidad del autor, aparece en muchos países de Europa y América la prohibición de ejercer determinadas profesiones o cargos públicos, o la caducidad de las autorizaciones para ejercerlos. Aunque en la mayoría de los países se contempla como pena accesoria de otras sanciones, algún ordenamiento, como la ley francesa de 11 de julio de 1975, permite al juez imponerla como pena principal.

*Servicios en provecho de la comunidad.* En algunos países, el tribunal puede imponer como pena al declarado culpable la obligación de efectuar trabajos gratuitos en provecho de la comunidad, fijando la cantidad de horas que debe prestar. Generalmente se trata de trabajos manuales, pero pueden consistir también en servicios a club de jóvenes, asistencia a minusválidos, a enfermos en hospitales o a ancianos. Inglaterra y el País de Gales instauraron la medida por una ley del año 1972, la República Federal Alemana la contempla como medida que acompaña a la condena condicional y que puede servir para rescatar la multa no pagada.

*Arresto de fin de semana.* El condenado debe cumplir un número determinado de arrestos de fin de semana permaneciendo en un establecimiento penitenciario de carácter cerrado desde el sábado a primera hora, hasta las primeras del lunes o las últimas del domingo. En Europa se utiliza bien como medio de ejecución fraccionada de la pena de privación de libertad, bien como pena independiente. En tal sentido Bélgica, Suiza y Turquía lo han incorporado a sus ordenamientos. La República Federal Alemana lo contemplaba para jóvenes delincuentes, pero recientemente ha prescindido de esta clase de arresto.

Medida semejante al mismo es la *permanencia disciplinaria* que, para delincuentes jóvenes y delincuentes jóvenes adultos, ha incorporado Gran Bretaña. El tribunal ordena al condenado permanecer en un centro por un total de 24 horas, repartidas en sesiones de 2 horas los sábados por la tarde. También es análoga del arresto del fin de semana, lo que una ley sueca de 1974 ha llamado *prisión de noche*. Se utiliza como medio de ejecución de penas de privación de libertad inferiores a un año; el delincuente pasa la noche en

una prisión local y el resto del día trabaja o sigue enseñanzas en libertad.

C. Especial consideración de la sanción pecuniaria. La medida más frecuentemente aplicada para sustituir la pena de privación de libertad es la sanción pecuniaria, especialmente indicada en los países de Europa para los delitos de circulación y delitos económicos. Jescheck ha dicho de ella recientemente que es “la forma de sanción que ha asumido un papel determinante para la justicia penal de nuestro tiempo, sobre todo en el ámbito de la criminalidad de masas, y que en diversos Estados ha hecho pasar a segundo plano la importancia de la pena de prisión” (13). Lo más significativo de nuestro tiempo respecto a ella es que hasta ahora solo se aplicaba a la pequeña criminalidad y en la actualidad se emplea también contra la criminalidad media.

Como ventajas de la sanción pecuniaria se señalan: No separa al condenado ni de su familia ni del trabajo, a diferencia de lo que ocurre con la pena de prisión. Puede hacerse proporcional a la gravedad del delito, permitiendo la justa proporción entre la entidad de la pena, el contenido del injusto del hecho, la culpabilidad y la situación económica del autor. Se puede fraccionar en un espacio de tiempo relativamente largo, lo que hace posible infringirla en una cantidad muy elevada, suficiente para que tenga efecto intimidatorio. Puede imponerse en la actualidad a mayor número de personas con garantías de que la pagarán, por haber aumentado en todo el mundo los sueldos y retribuciones y el nivel de vida.

En la práctica, la sanción pecuniaria presenta dos problemas: las modalidades de aplicación y la reac-

---

(13) H. H. Jescheck, *La pena pecuniaria*, cit., pág. 366.

ción que debe adoptar el Estado cuando el condenado no paga la multa impuesta.

Respecto al primer problema, en la legislación comparada aparecen dos sistemas de aplicación: a) El sistema de multa global, que se caracteriza por señalar al autor de un delito una cantidad fija de pena. Dentro de este sistema puede advertirse una versión tradicional, donde para fijar el *quantum* de pena solo se toma en cuenta la gravedad del delito, y la más moderna donde el *quantum* se fija en función de la naturaleza del delito, la personalidad del delincuente y su situación financiera. b) El sistema de día-multa, según el cual la determinación de la sanción pecuniaria se desarrolla en tres fases, partiendo de la base de que la ley penal señala al delito un número de días-multas, permitiendo al juez moverse entre un máximo y un mínimo. En la primera fase, el juez fija el número de días-multa a imponer al sujeto en el caso concreto tomando en cuenta la gravedad del delito y consideraciones de orden preventivo. En la segunda fase, se fija la cantidad o tasa que corresponde a cada día-multa, tomándose en cuenta la situación personal del reo (cargas familiares y otras) y su situación económica (ingresos, rentas, e incluso en algunos casos la posibilidad de percibir más ingresos que tiene). Multiplicando el número de días-multa que se haya determinado en la primera fase por la cifra que represente la tasa diaria, determinada en la segunda fase, se obtiene la sanción pecuniaria que el condenado debe pagar. En la tercera fase se decide si se dan o no al condenado facilidades para el pago de la multa (pago fraccionado, plazos, etc.) (14).

---

(14) H. H. Jescheck, *La pena pecuniaria*, cit., pág. 372. Sobre la pena de multa, vid. J. L. Manzanares, *La pena de multa*, 1977.

La idea fundamental del sistema de día-multa es romper la desigualdad que el sistema tradicional de la multa global establece entre pobres y ricos, ya que una cantidad determinada que solo tenga presente la gravedad del delito, sin atender a la situación financiera del condenado, resulta más aflictiva para los primeros que para los últimos. El sistema fue introducido por Finlandia en el año 1921, adoptándolo Suecia en 1931 y Dinamarca en 1939, de donde se extendió a otros países. En la actualidad lo ha adoptado la segunda ley alemana para la reforma, estando en vigor en la República Federal Alemana desde el 1 de enero de 1975 y el Código penal austriaco de 1974, que empezó a aplicarlo en Austria también desde enero de 1975. En estos dos últimos países coexiste con el sistema tradicional de multa global. También el proyecto de Código penal Tipo latinoamericano, en su versión de 1971, se ha inclinado por el sistema día-multa (15).

En el supuesto de impago de la multa por el condenado la solución tradicional es el arresto sustitutorio, sobre la base de determinar un día de prisión por determinada cantidad monetaria o —en los países que han adoptado el sistema día-multa— uno o más días-multa por cada día de prisión. Esta solución, como es obvio, conduce de nuevo a la pena de privación de libertad, que es precisamente lo que se quiere evitar con la sanción pecuniaria. Se defiende, sin embargo, su mantenimiento por un sector de la doctrina, argumentándose que si se desea que la multa sea aflictiva y que se pague en la práctica, es preciso respaldarla con la prisión sustitutoria. No es ésta sin embargo la única respuesta que el Estado puede dar al impago de la multa. Como soluciones modernas se proponen:

---

(15) J. L. Manzanares, *La pena de multa*, cit., pág. 140.

Imponer, en efecto, el arresto sustitutorio, pero suspender su ejecución; perdonar el pago de la multa cuando el no satisfacerla sea debido a causas independientes de la voluntad del condenado (han sobrevenido circunstancias excepcionales, por ejemplo); embargar el salario o los bienes del condenado hasta cierto límite; la vigilancia del condenado durante el pago de la multa (cuando se trata de pago aplazado) por un agente de *probation*; rescate de la multa por prestación de un trabajo en provecho de la comunidad. En Suecia, el arresto sustitutorio solo puede ser impuesto tras la celebración de un nuevo juicio, si en éste se establece que es de todo punto imposible el cobro de la multa; se condena entonces a privación de libertad (arresto sustitutorio) pero el juez puede suspender la ejecución del arresto (16).

La moderna política criminal considera que la pena pecuniaria es el sustitutivo ideal de las penas privativas de libertad, creyéndose que puede sustituir a las penas de prisión inferiores a un año, siempre que se utilice el sistema de día-multa.

## 2. LAS MEDIDAS DE SUSTITUCION DE LA PENA DE PRIVACION DE LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL

En España el abuso de la privación de libertad es mayor que en algunos otros países. Por un lado, los límites máximos de las penas de larga duración son superiores a los de la mayoría de los códigos penales extranjeros. Por otro, la pena de privación de libertad se conmina para casi todos los delitos. A estos hay que añadir la detención provisional, que se prodiga en demasía; la prisión preventiva, también muy abundante; la detención administrativa que no es ni mucho

---

(16) H. H. Jescheck, *La pena pecuniaria*, cit., pág. 378.

menos escasa; el internamiento provisional, que prevé el expediente de peligrosidad, y el arresto sustitutorio por impago de la pena de multa. El libro de Heinz Mattes “La detención preventiva en España” es muy significativo sobre estos extremos (17). El uso de la privación de libertad es exagerado en nuestro país.

Paralelamente a ello, la incorporación a nuestro ordenamiento de medidas sustitutorias ha sido muy tímida. De las que hemos visto recogidas en el panorama comparatista, que hace unos minutos hemos contemplado, se encuentran en el ordenamiento español:

*La condena condicional* que se introduce por ley de 17 de marzo de 1908, y el código penal de 1932 incorporó al ordenamiento penal común su parte sustantiva. Responde al patrón franco-belga, pero contiene la peculiaridad de prever supuestos en que el tribunal ha de aplicarla obligatoriamente; esto ocurre cuando se dan los supuestos a que hace referencia el artículo 94 del código penal. En la práctica, la condena condicional se prodiga mucho: se extiende a delitos muy graves por la ampliación a dos años que prevé el último párrafo del artículo 93; se aplica automáticamente, hasta el punto que ha podido decir Casabo que es “excepcional la denegación”, si concurren los requisitos que la ley establece, hasta el punto que en la práctica se ha convertido en “un acto sistemático de perdón judicial” (18). Aunque esta profusión es criticable si no olvida la valoración de la personalidad del reo —que está en la esencia de la institución—, desde el punto de vista que aquí la consideramos no lo

---

(17) H. Mattes, *La prisión preventiva en España*, versión castellana de M. Gurdíel Sierra, Madrid, 1975.

(18) J. R. Casabo, en *Comentarios al Código Penal* (de J. Córdoba, G. Rodríguez Mourullo, A. del Toro y J. R. Casabo), vol. I, Barcelona, 1972, pág. 481.

es, en cuanto evita la aplicación de penas de privación de libertad inferiores a un año.

Las *penas privativas de derecho*, como las inhabilitaciones y suspensiones de profesión u oficio, las inhabilitaciones absolutas y especiales de honores, empleos, cargos públicos y derecho de sufragio de elegir o ser elegido para cargos públicos y la privación del permiso de conducir. Las tres primeras necesitan una reforma legal que concrete sus contenidos y deje libertad al tribunal para imponerla a quien goce de esos derechos. Respecto a ellas debe nuestro ordenamiento precisar sus estructuras, para que sean contempladas fundamentalmente como medios de sustitución de la pena de privación de libertad (19).

La privación del permiso de conducir se conmina con excesiva timidez, en cuanto que solo se prevé para los delitos culposos realizados por medio de vehículos de motor, para la utilización ilegítima de vehículos de esta clase, para las faltas contra las personas realizadas por el mismo medio comisivo y para ciertos delitos de tráfico comprendidos en el artículo 340 del código penal. Parece obvio que debe extenderse a los delitos dolosos que se realicen por medio de vehículos de motor e incluso a otros hechos que nada tengan

---

(19) Refiriéndose a las inhabilitaciones, dice J. M. Rodríguez Devesa (*Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid 1976, pág. 774) que “toda esta zona de la Ley denuncia un abandono y descuido inconcebible a través de las diversas reformas. Si las penas tienen el mismo contenido, unifíquense; si son diferentes por algo más que la inversa duración, hágase un esfuerzo de imaginación para establecer esas diferencias y, en particular, sería preciso que se aclarase, fuera de toda duda, si se ha de imponer siempre todo el repertorio de pérdidas o suspensiones de derechos o el arbitrio razonable del juez debe evitar los efectos risibles de que se le impida el acceso a cargos públicos a un mendigo analfabeto, privándole además de los que nunca ha tenido ni en sueños”.

que ver con el automóvil, aunque con ello se rompa el equilibrio talional que al parecer ha querido mantener el legislador (20).

*La reprensión* tanto pública como privada, que es de escasísima aplicación, y que debe estructurarse también como sustitutiva de la pena de prisión, dando más libertad al juez para utilizarla en los supuestos concretos.

La *caución* que obliga al reo a presentar fiador abonado que se hace responsable de que no se ejecutará el mal que se trata de precaver; si este se lleva a cabo el fiador entrega la cantidad que el tribunal haya fijado. Esta pena es de escasísimo uso y, como las anteriores, ha de estructurarse como medio de sustitución de las penas privativas de libertad.

El *arresto de fin de semana* que se introdujo en el año 1970, pero ¡como medida de seguridad!, lo que no deja de ser una aberración jurídica (21).

La *multa* sigue en nuestro ordenamiento el sistema objetivo de tasa fija o global, que se establece por la ley en función de la gravedad de la infracción cometida. El objetivismo se mitiga mediante la previsión del artículo 63 del código penal, que permite al juez determinar la cuantía de la multa en el caso concreto teniendo en cuenta, además de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren, “principalmente el caudal o facultades del culpable”. Para evitar el impago, el artículo 90 faculta al tribunal para que esta-

---

(20) En este sentido, J. M. Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español. Parte General*, cit., pág. 775.

(21) Cfr. J. A. Sainz Cantero, *Consideración sobre el arresto fin de semana y su utilización para el tratamiento del delincuente*, en Libro-Homenaje al Prof. López Rodó, vol. III, Madrid 1972, págs. 377 y ss.; y A. Jorge Barreiro, *El arresto de fin de semana como medida de seguridad*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1974, págs. 185 y ss.

blezca el tiempo en que la multa ha de ser satisfecha, bien inmediatamente bien dentro de los 15 días siguientes a la imposición de la condena. Cuando carezca de recursos, el tribunal puede incluso autorizar a que se pague la multa a plazos, teniendo en cuenta, para la fijación del importe de los plazos y de las fechas de vencimiento, la situación del reo (22).

Su conminación legislativa es abundante, encontrándose en el texto punitivo, unas veces como pena única, otras como acumulada a la pena de privación de libertad y otras como alternativa de esta última. Su aplicación judicial, según revelan las estadísticas, no es aún suficiente (23).

El arresto sustitutorio se prevé en el artículo 91 para el caso en que el condenado “no satisficiera la multa impuesta”. Esta responsabilidad personal subsidiaria la establece el tribunal según su prudente arbitrio, prescribiendo la ley que en ningún caso puede exce-

---

(22) Sobre la multa en el ordenamiento español, vid. J. L. Manzanares, *La pena de multa*, cit., págs. 159 y ss.; y A. Beristain, *La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad*, en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela, 1976, págs. 15 y ss.

(23) H. H. Jescheck (*La pena pecuniaria*, cit., pág. 366) destaca recientemente que la República Federal de Alemania ha realizado de modo muy profundo el cambio en favor de la pena pecuniaria, evolución que ha seguido también Austria, mientras que Suiza continúa ligada a la pena privativa de libertad lo mismo que Italia. En el año 1974, en la República Federal de Alemania las penas privativas de libertad impuestas supusieron el 17,47 % del total de condenas, mientras que las penas pecuniarias se elevaron al 82,46 % (esto sin contar las *Geldbusse*, sanciones pecuniarias, que no tienen carácter de penas, según la legislación vigente). En Austria, el porcentaje de las penas pecuniarias ha experimentado un aumento a partir de 1957, que ha llegado en 1974 al 59 %, y en 1975 —después de incorporar el sistema de días-multa— ha superado el 60 %.

der de seis meses cuando se hubiese procedido por razón de delito, ni de 15 días cuando hubiere sido por falta.

#### IV. PROPOSICIONES DE LEGE FERENDA

A la vista de este panorama, y de lo que se ha dicho *sub I* y *sub II*, respecto al ordenamiento español, pueden hacerse las siguientes proposiciones de *lege ferenda*.

*Primera.* Hay que adoptar como directriz de política criminal, a corto plazo, la sustitución de la pena de privación de libertad por nuevas sanciones que, cumpliendo al menos las funciones intimidatoria y retributiva (aflictiva), eviten los perniciosos efectos que la pena de prisión comporta (24).

Debe advertir algo que no debe olvidarse por los responsables de la inmediata reforma: que para llevar a cabo la sustitución deseable hay que volver a confiar en el poder judicial, al que debe concederse amplio arbitrio. Esta confianza, como es sobradamente sabido, se retira a los jueces desde la Ilustración; los primeros códigos penales son ultralegalistas, hasta el punto de fijar taxativamente la pena; más tarde se dulcifica este sistema, mediante el juego de las reglas para la determinación de la pena en el caso concreto dentro de

---

(24) Como ha señalado O. Zecchino, *Problemi interpretativi nella prima fase di applicazione delle misure alternative*, en *L'Indice Penale*, 1978, pág. 42, las medidas alternativas o sustitutivas de las penas privativas de libertad, han de reunir, al menos, estas tres características: coeficiente imprescindible de aflicción, ausencia de privación de libertad y aplicación de la medida previa observación de la personalidad con asistencia al condenado.

unos límites marcados por la ley, pero el que se consigue no es suficiente para lo que proponemos.

*Segunda.* Admitido esto, pienso que el camino de la sustitución debe iniciarse en una triple vertiente:

A. En el *plano legislativo*, el legislador tiene que:

a) Crear nuevas sanciones que desplacen las penas cortas y eviten las de larga duración. Entre ellas debe darse nueva configuración a las privativas de derechos, en el sentido que antes hemos indicado.

Entre las que no existen en nuestro ordenamiento, podrían incorporarse el perdón judicial, la suspensión de la persecución, los trabajos obligatorios en favor de la comunidad y el sistema de *probation*, sin prescindir por ello de la remisión condicional.

De las que tenemos, una mejor conformación y mayor conminación de la prohibición de ejercer determinadas profesiones y de la privación del permiso de conducir. El arresto de fin de semana debe salir de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social e incorporarse al catálogo de sanciones del Código penal —con la consideración de pena— sin perjuicio de contemplarlo además como modo de ejecución de las penas de privación de libertad de determinada duración, si así se cree conveniente en el caso concreto (y lo acepta el condenado).

b) Potenciar la pena pecuniaria, incorporando el sistema de días-multa, al que se abren hoy los países europeos. Las dificultades que su aplicación presenta, pueden ser resueltas con imaginación y celo de la Administración (25).

---

(25) En la doctrina española, A. Beristain (*La multa penal*, cit., pág. 38) ha abogado también por la incorporación de este sistema a nuestro ordenamiento. En las conclusiones de las *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal* (Santiago de Compostela, 1974) se estimó que “el Dere-

c) Conminar los tipos con varias opciones penales, para que el juez pueda elegir la que más convenga al caso concreto, procediendo así a una mejor individualización.

d) Facultar a los jueces para optar entre esas penas y para individualizar la sanción dentro de los más amplios márgenes, sin dejar de respetar, por supuesto, el principio de legalidad de la pena.

e) Facultar al Juez de Ejecución de penas para disponer libremente el modo de ejecución de las penas de privación de libertad impuestas, permitiéndole incluso recurrir al arresto de fin de semana como modo de ejecución, para lo que habría que mantener algunas de las actuales prisiones y antiguos depósitos municipales, que posibilitaría utilizar el arresto de fin de semana como pena-choque (26).

B. En el *plano judicial*, los Tribunales deben —tras un estudio profundo, inmediato, individualizado del caso concreto, para lo que habrá que transformar sustancialmente las bases del procedimiento criminal— y dentro de los márgenes que la Ley les conceda, evitar la imposición de la pena de privación de libertad (optando por otras, suspendiendo su ejecución, etc.).

Brydensholt se ha planteado el problema de cómo influir en la práctica de los Tribunales para que limiten las penas privativas de libertad en favor de los medios que las sustituyen. Dice, con razón, que dependerá en cada país del Derecho Constitucional y de las

---

cho Penal español debe introducir el sistema de días-multa” (conclusión 4<sup>a</sup>).

(26) Se da aquí por supuesto que en las Cortes, prosperará la institución del Juez de Ejecución de penas o Juez de Vigilancia, que ha incorporado el Anteproyecto de Ley General Penitenciaria, entregado recientemente al Ministro de Justicia.

tradiciones jurídicas. En algunos, la tradición de independencia de los Tribunales respecto a las ideas políticas del momento es tan fuerte y su libertad en la determinación de la sanción tan grande, que será difícil imponer un cambio de orientación (27). A mi entender, la influencia hay que ejercerla desde la Ley, facilitando al máximo que opten por las medidas sustitutorias.

C. En el *plano de ejecución*, partiendo de la existencia del Juez de Ejecución de penas, debe evitarse el cumplimiento en medio cerrado de las privativas de libertad que se impongan (la potenciación del régimen abierto es imprescindible a este respecto).

No se me oculta que pese a la incorporación de los medios de sustitución que acabo de defender, la total desaparición de la pena privativa de libertad hoy es imposible, y lo será durante muchos años. No obstante las previsiones favorecedoras del legislador y la buena disposición de los jueces — el “espíritu de sustitución”—, habrá que seguir condenando a los hombres a penas de prisión. En estos casos hay que aplicar el régimen abierto con generosidad y amplitud, que no evitará que haya que enviar a algunos delincuentes (aquellos para los que no sea adecuado el establecimiento abierto, o los que no lo acepten) a cumplir su pena a establecimientos cerrados. Para ellos hay que instrumentar la reforma penitenciaria que con tanto entusiasmo se ha iniciado en España y de la que nos hablará en la conferencia de mañana su más autorizado y caracterizado inspirador.

---

(27) H. H. Brydensholt, *L. evolution des sanctions*, rapport presentado a la “Conférence sur la Politique Criminelle”, y publicado en el volumen editado por el *Comité Européen pour les problèmes criminels* del Consejo de Europa, *Conférence sur la Politique Criminelle*, Strasbourg 1975, pág. 86.

Por la atención que han prestado a mis reflexiones y la comprensión que hayan concedido a mi pesimismo, Señoras y Señores, muchas gracias.