

JOSÉ M. LORENZO SALGADO

**Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Santiago de Compostela**

**Las penas privativas de libertad en el nuevo Código Penal
español** (*Especial referencia al arresto de fin de semana*)

-
- 1 El presente trabajo, publicado en *Cuadernos de Derecho Judicial* (1997) con el título “Penas privativas de libertad. Referencia especial al arresto de fin de semana”, responde, en sus líneas básicas, al contenido de la conferencia pronunciada por el autor el día 21 de octubre de 1996, en la sede del Consejo General del Poder Judicial (Madrid), con motivo de la celebración del Curso del Plan Estatal de Formación de Jueces y Magistrados “Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal”

Sumario

1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. 2.1. La pena de prisión. 2.1.1. Duración: los límites mínimo y máximo. 2.1.1.1. El límite mínimo. 2.1.1.2. El límite máximo. 2.1.2. Cumplimiento: la garantía de ejecución. 2.2. La pena de arresto de fin de semana. 2.2.1. Consideraciones generales. 2.2.2. Naturaleza. 2.2.3. Duración. 2.2.3.1. La duración de treinta y seis horas de cada arresto. 2.2.3.2. El máximo de veinticuatro fines de semana cuando el arresto es pena principal. La duración o extensión del arresto como pena sustitutiva. 2.2.4. Cumplimiento. 2.2.5. Incumplimiento del arresto: ausencias injustificadas. 2.2.5.1. En el arresto como pena principal. 2.2.5.2. En el arresto como pena sustitutiva. 2.2.5.3. En el arresto como modo de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria. 2.2.6. La sustitución del arresto de fin de semana. 2.3. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. 2.3.1. Naturaleza. 2.3.2. Duración. 2.3.3. El límite a su imposición. 2.3.4. Su cumplimiento en régimen de arrestos de fin de semana o mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

1. INTRODUCCIÓN

Que nuestro sistema de penas precisaba una profunda remodelación, es algo que nadie discute, cambio necesario tanto respecto de las propias penas existentes cuanto del modelo seguido por las reglas de determinación de la pena para hallar la concreta sanción aplicable², temática esta última objeto de desa-

2 La denominada “parte artística del Código”, ahora derogado, caracterizada por su carácter extremadamente cerrado, había sido calificada por la doctrina como sistema de “muy compleja construcción” (Landrove Díaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Madrid, 1996, p. 101), de configuración “en extremo legalista” (Octavio de Toledo y Ubieto, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1981, p. 328) achacándosele el defecto de pecar “de una cierta rigidez” (Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal. Español Parte General, I, Introducción, Teoría jurídica del delito/1*, Madrid, 1985, p. 169). La minuciosa regulación establecida en este ámbito no impedía, sin embargo, habida cuenta de la general amplitud de los marcos penales, conjugada con referencias, en ciertos artículos, poco precisas a la hora de definir la conducta punible, que el principio de legalidad apareciese seriamente comprometido (En el CP de 1995 existe, también, algún precepto que resulta cuestionable desde la perspectiva de seguridad jurídica, como es el caso del art. 351, que prevé la pena de prisión de diez a veinte años para “los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas”, precepto que permite imponer la pena inferior en grado en atención a “la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho”; esto es, se establece una pena que oscila entre los cinco y los veinte años de prisión, sin que al juzgador se le proporcionen pautas bastantes y precisas para moverse dentro de tan amplia penalidad). Tal detallada regulación propiciaba, en determinados supuestos, por lo demás, dada la presencia en el texto punitivo de las obsoletas “Escalas gra-

rollo por otra de las ponencias de este Curso sobre “Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal”. Circunscribiéndonos, pues, a la primera de las cuestiones, ha de afirmarse que los cambios que se introducen, en relación con las clases y caracteres de las penas, son, sin duda, del mayor alcance, calificación que cuadra plenamente a las innovaciones que en concreto se operan en materia de penas privativas de libertad, penas en cuyo análisis debemos centrar nuestra atención.

Desde los orígenes de nuestra Códificación penal, la pena privativa de libertad ha venido ocupando, como se sabe, un lugar fundamental en nuestros textos punitivos, algo predicable, igualmente, de los del resto de los países, siendo la propia evolución en el cumplimiento de tal clase de pena —de la que son hitos fundamentales los grandes sistemas penitenciarios, en especial el denominado “progresivo”— la que la llevaría a convertirse con carácter general en el eje de la legislación punitiva de los diversos Estados. Sin embargo, las esperanzas que en la misma se depositaron —como resalta ya tópicamente la doctrina— pronto comenzaron a quebrarse y desde hace tiempo se asiste a una continuada y profunda crisis de la reacción carcelaria, crisis a la que no es, desde luego, ajena ni la existencia de unas penas excesivamente duraderas, que —se ha dicho— causan más problemas de los que resuelven, ni la presencia en los textos punitivos de las criticadas penas cortas.

Es verdad que al sistema de sanciones con que hemos contado hasta la entrada en vigor del nuevo Código penal, pro-

duales”, resultados absolutamente paradójicos, como el de tener que imponer, v. gr. la pena de caución de conducta o de multa de cien mil a un millón de pesetas al sujeto en principio, pongamos por caso, condenado a la pena de reprensión pública si el mismo, por tener *a su favor*, por ej., una eximente incompleta resultaba *beneficiado* con la rebaja en un grado o dos de la pena que al tipo realizado correspondía. De estas indeseables consecuencias se hacía eco, entre otros, Manzanares Samaniego, J.L., *La caución, en Las penas patrimoniales en el Código penal español*, Barcelona, 1983, pp. 316 y ss. Vid., igualmente, Casabó Ruiz, J.R., *Comentarios al Código penal*, t. II (por J. Córdoba Roda, G. Rodríguez Mourullo, A. del Toro Marzal y J.R. Casabó Ruiz), Barcelona, 1972, pp. 185 y ss.

cedente en lo sustancial de los Códigos de 1848 y 1870, se incorporaron instituciones tendentes a evitar el recurso a la privación de libertad (como la llamada condena condicional) o a aminorar su intensidad y duración (como la libertad condicional o la propia redención de penas por el trabajo), pero es lo cierto, pese a ello, que estas y otras instituciones se han revelado insuficientes para conciliar enteramente nuestro Derecho con las modernas orientaciones de política criminal³, orientaciones que han venido a poner de relieve los defectos y contradicciones de tan vetusto modelo y la perentoria necesidad de contar con otro que responda a los modernos postulados, en abandono de un sistema precedente, como queda apuntado, de nuestros primeros Códigos penales, singularizado, si quisieramos en este momento acentuar lo meramente cuantitativo, por contemplar penas tanto de muy escasa como de máxima duración⁴, sistema, ciertamente, censurable y alejado —cabe insistir en ello— de las tendencias y opciones de política legislativa que, aunque no sin regresiones, se han ido abriendo paso, con cierto vigor, en los últimos años en el ámbito de los países de nuestro entorno cultural, y sistema, en fin, que incluso no se cohonestaba con otras partes del propio Código penal “puestas al día” como consecuencias de alguna de las reformas en el mismo introducidas, como la extraordinariamente importante de 1983.

A diferencia del anterior Derecho positivo, nuestro vigente texto penal se caracteriza por una rotunda simplificación de las penas de privación de libertad, al frente de las cuales sitúa la *pena de prisión*, que sustituye a las penas de reclusión mayor y menor, prisión mayor y menor y arresto mayor y menor, a las que hasta la reforma de 1983 había que añadir las de presidio

3 Es de justicia, no obstante, significar, por ej., el avance que también supuso la entrada en vigor de la Ley General Penitenciaria en el año 1979, con su Reglamento del año 1981, ahora sustituido por el de 1996.

4 Baste a este respecto con recordar que la privación de libertad podía ir, en el ahora derogado texto punitivo de 1973, desde un día (marco mínimo del arresto menor) a los cuarenta años de la hipótesis prevista en el art. 75, que había de vincularse a lo dispuesto en el art. 501-1º en relación al art. 502.

mayor y menor, estructuradas todas ellas con sus grados máximo, medio y mínimo⁵, clases de penas que habían tenido su fundamento, y sobre esta base se habían justificado, en razones cuantitativo-temporales y en atención a las distintas finalidades perseguidas (de afflictividad o de corrección, por ej.), así como, consecuentemente, por los distintos centros en que las mismas debían ser cumplidas. Pero, desde que dicho cumplimiento comenzó a realizarse en los mismos establecimientos penitenciarios, y con el mismo régimen, sin tenerse especialmente en cuenta su duración, la diversidad de denominaciones, que las convertía formalmente en *distintas clases de penas*, carecía de todo sentido, consiguiéndose únicamente con ello —al margen de la muy discutible “armonía” que de tal estructuración se aseveraba— profundizar en lo puramente nominalista y mecanicista de una regulación de por sí rígida que no tenía ya razón de ser, una regulación que la exposición de motivos del PLOCP de 1992 resumió, con afortunada concisión, de la siguiente manera: “larga duración teórica [de las penas], junto a penas de corta duración; aritmetismo en la medición; escasas posibilidades de sustitución por otras penas; reglas penales y penitenciarias que determinan la duración y realidad del sistema de penas, de modo que no se corresponde con la apariencia que en el Código tienen”.

La mencionada simplificación de las penas privativas de libertad se ve acompañada —como se subraya escuetamente en la exposición de motivos del CP de 1995⁶— por una paralela

5 Desaparecen, también, como ya se indicó, las anacrónicas escalas graduales, auténticos semilleros de problemas, y, asimismo, fuera ya de las penas privativas de libertad, penas como el extrañamiento, el confinamiento, el destierro (aunque tiene cierto reflejo en algún precepto del nuevo Código), reprensión pública, pérdida de la nacionalidad española o la caución.

6 Dada la importancia del cambio que el nuevo CP comporta en nuestra legislación punitiva —y los operados en la materia que estamos tratando son buena muestra de ello— no deja de ser sorprendente la brevedad de su exposición de motivos, que contrasta con la más generosa del Proyecto de 1992, que ha de servirnos, por tanto, junto a la del Proyecto de 1980 y los sucesivos textos prelegislativos, para conocer las razones que han llevado al legislador a las posiciones que adopta en cada punto.

ampliación de las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, simplificación, de una parte, y ampliación, de otra, ya presentes, con los lógicos matices distintivos y con alguna diferencia sobre su alcance, en el PLOCP de 1980 y en los sucesivos textos prelegislativos (PANCP de 1983 y Proyectos de 1992 y 1994), y que conforman, globalmente hablando, una regulación, junto a la que se adopta en relación a las medidas de seguridad, que ha podido ser calificada por Gimbernat Ordeig, de “la más importante y progresista innovación del nuevo texto”⁷, si bien ello no comporta, como hemos de ver, que no existan aspectos censurables en el campo de las penas privativas de libertad, habida cuenta de que, como también destaca este autor⁸, el nuevo Código no sólo no ha erradicado la severidad de las penas del anterior texto, sino que incluso las ha endurecido en ciertos delitos, al tiempo que introduce sanciones de hasta treinta años que, por mor de la desaparición de la redención de penas por el trabajo, serán de mayor duración efectiva que las que en el anterior texto punitivo tenían nominalmente dicha extensión.

7 Tal regulación, además de las numerosas ventajas sustanciales que entraña —de las que son relevantes ejemplos las que se concretan en la supresión de las penas privativas de libertad inferiores a los seis meses, en la introducción de sustitutivos de las penas de hasta dos años de prisión, en la adopción casi generalizada del sistema de los días-multa, etc.—, presenta otras que no cabe desdeñar. Así, entre ellas, como señala Gimbernat, al unificarse en la expresión “pena de prisión” la referencia a la pena privativa de libertad de carácter continuo, se visualiza fácilmente, frente al derogado CP, la pena que corresponde al delito de que se trate, con lo que ello supone de cara a la facilitación al ciudadano de la comprensión de las consecuencias jurídicas del delito, ventaja que se ve con claridad en el ejemplo relativo al asesinato, manejado por este autor: mientras el art. 406 CP 1973 establecía la pena de reclusión mayor en grado máximo, con lo cual para conocer la extensión de la sanción no quedaba más remedio que acudir al art. 30 y al art. 78, el propio art. 139 CP 1995 nos dice que el referido delito se castiga “con la pena de prisión de quince a veinte años” (en el *Prólogo* al Código penal de la Ed. Tecnos, Madrid, 1995, XIX ss.).

8 Gimbernat Ordeig, E., en *Prólogo* al Código penal, 2ª ed., Ed. Tecnos, 1996, pp. 24 y s.

2. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Atendiendo al criterio del bien jurídico al que afectan⁹, dispone el art. 32 que las penas se dividen en privativas de libertad, privativas de derechos y multa¹⁰, adoptando el art. 33, en

- 9 Al no existir ahora más pena pecuniaria que la de multa (al comiso, como parece correcto, se le asigna la naturaleza de consecuencia accesoria y la caución de conducta ha desaparecido del catálogo de sanciones), el legislador ha optado por utilizar, exclusivamente, para referirse a la reacción penal que afecta al patrimonio, el término *multa*.
- 10 El art. 34 —precepto que tiene su paralelo en el art. 26 CP, texto refundido de 1973— declara que “no se reputarán penas: 1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal. 2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados. 3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas”. En relación a las modalidades de privación de libertad o de derechos a que hace mención el apartado 1 de este artículo, se contienen en los arts. 58 y 59 del Código (con antecedentes en el 33 del CP 1973) importantes novedades. En primer lugar, se resuelve en sentido afirmativo por el art. 58, apartado 1, la duda, que antes se planteaba, de si era posible abonar para el cumplimiento de la penalidad impuesta el tiempo de detención, abono, dada la redacción del precepto, procedente en relación a cualquier tiempo de privación de libertad acordado procesalmente (el apartado 2 del art. 58 ordena también el abono no sólo, como contemplaba el párr. 2º del art. 33 del Código derogado, entre la privación del permiso para conducir vehículos de motor o de la licencia para conducir ciclomotores acordadas durante la tramitación de la causa, sino entre las privaciones de cualesquiera otros derechos acordadas cautelarmente). Y, comoquiera que las medidas preventivas o cautelares sufridas por el sujeto pueden no tener la misma naturaleza que la sanción luego aplicada, prescribe el art. 59 que “el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada”, precepto que, sin embargo, no recoge ningún criterio orientativo para que el juzgador pueda realizar tal compensación. A falta de ello, habrá que acudir en este ámbito, como propone Valldecabres Ortiz, a la duración de la pena que se fija en el art. 33, a las circunstancias del penado y a las reglas de conversión contenidas en el Código entre prisión, arrestos de fin de semana y trabajos en beneficio de la comunidad, pudiendo, asimismo, resultar orientativo, según esta autora, el acudir a la DT 11ª, en la que se consigna una tabla de equivalencias entre las penas del Código derogado y las del vigente (sobre esta cuestión, y el alcance en general de los arts. 58 y 59, vid. Valldecabres Ortiz, I., en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, pp. 356 ss.).

función de su naturaleza y duración, la clasificación conforme a la cual las penas son graves, menos graves y leves, clasificación que tiene su correlato en la también tripartita del art. 13, que

En el art. 58 se contiene otra importante novedad que tendrá particular incidencia en el abono de la prisión preventiva (también de la atenuada del párr. 2º del art. 505 de la LECrim.). Hasta ahora, el remedio legal para el sujeto que habiendo sufrido prisión provisional era posteriormente absuelto se encontraba en los arts. 292 y ss. de la LOPJ, que aluden al error judicial o al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, vía normativa, sin embargo, llena de obstáculos para que el sujeto pueda ser compensado, a través de la correspondiente indemnización, habida cuenta de que el art. 294 de la citada Ley limita el derecho a ser indemnizados a “quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”. En la actualidad, además del “remedio” que acogen los referidos preceptos de la LOPJ, el art. 58 del Código aclara algo que el art. 33 del CP de 1973 no resolvía expresamente: que el tiempo pasado en prisión preventiva, en la hipótesis de que al sujeto no se le impusiera pena, o el tiempo de “exceso”, si fue condenado luego a un pena, por ej., de menor duración, se le ha de tener en cuenta para penas que pudieran imponérsele por hechos delictivos *anteriores* a su ingreso en prisión. De esta suerte, se evita que el sujeto cometa nuevos delitos al salir del establecimiento penitenciario sabiendo que el tiempo que pasó indebidamente en prisión se le aplicaría a un posible nuevo delito que pudiese cometer, y que podría, incluso, según los casos, llegar a anular su responsabilidad criminal por esos nuevos delitos; pero en paralelo a esta restricción (negadora de que se pueda tener una especie de cuenta de días pasados en prisión indebidamente para aplicar a la penalidad resultante de la comisión de futuros delitos, restricción que impide que surja aquí un relevante factor criminógeno) se opera, a través de lo establecido por el art. 58, con un criterio de justicia.

En el caso de que, en efecto, la prisión preventiva se impute a otra condena se “excluiría, naturalmente —en palabras de Belloch Julbe—, la posibilidad de exigir la indemnización a la que se refiere el art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues no habría perjuicio...” (en *Presentación*, Especial Monográfico del Código penal, Ed. Trivium, Madrid, 1996, p. 6). Ello no impide, desde luego, entender abierta la puerta que brinda el art. 294 de la LOPJ si la privación preventiva de libertad (en referencia a la cual se absuelve luego al sujeto, por inexistencia del hecho imputado o bien se dicta por esa misma causa auto de sobreseimiento libre) resulta aplicable únicamente en parte a la condena por hechos anteriores: sería el supuesto, por ej., de que el tiempo pasado en prisión preventiva excediese del tiempo de privación de libertad al que se condene al sujeto por su comportamiento delictivo.

señala que las infracciones pueden ser delitos graves (aquéllos a los que la ley asigna una pena grave), menos graves (los castigados con penas menos graves) y faltas (cuando la ley prevé para la infracción una pena leve)¹¹, precisando este precepto, en su apartado 4, que “cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave”. Tal clasificación que tiene su precedente en el CP de 1870, y se suprime por el CP de 1932, viene a armonizar el Derecho sustantivo con la LECrim., que en su art. 14 —modificado en su n° 3° por la DF 1ª del CP vigente— distingue, para fijar la competencia de los Jueces y Tribunales, entre faltas, delitos menos graves y los *demás casos* (expresión que ha de estimarse equivalente a la de *delitos graves*). Se trata, en suma, como asegura Muñoz Conde, de una clasificación “que, en el fondo, es la que mejor conviene a las diferencias tanto de matices, como procesales de estas infracciones...”¹². En correspondencia, además, con la variación en la duración de las penas, el art. 779 de la LECrim. —modificado también por la DF 1ª— preceptúa que el procedimiento abreviado (que antes se reservaba para el enjuiciamiento de delitos castigados con penas no superiores a la prisión mayor, esto es, de hasta doce años de privación de libertad, y para cualesquiera otras penas de distinta

tivo anterior al de su ingreso en prisión. En tal hipótesis, en la medida en que subsiste un perjuicio para el sujeto, cabe acudir al mencionado precepto de la LOPJ. Vid., en general, sobre el tema: Reyes Monterreal, J. M., *La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la Administración de la Justicia*, Madrid, 1995, 2ª ed. (sobre la absolución del preso preventivo: pp. 77 y ss.)

- 11 Según el art. 33, y a los efectos que a este trabajo atañen, son delitos graves la prisión superior a tres años, menos graves la prisión de seis meses a tres años y el arresto de siete a veinticuatro arrestos de fin de semana y leves el arresto de uno a seis fines de semana.
- 12 “...que no sólo tienen—continúa Muñoz Conde— un régimen punitivo distinto (cfr. arts. 15, 2 y 638, respecto a las faltas). sino distintas consecuencias en orden a la prescripción (art. 131) y al procedimiento a seguir para su enjuiciamiento (*Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, Valencia, 1996, p. 222)

naturaleza) se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a los nueve años, así como al enjuiciamiento de los sancionados con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza.

Pues bien, las penas privativas de libertad, lógicamente citadas en primer lugar por el art. 32, son, conforme al art. 35, la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa.

2. 1. La pena de prisión

Con los términos *pena de prisión* quiere referirse el CP a toda pena que implique privación de libertad continuada, con independencia de su duración, criterio con el que nuestro sistema, como subraya Mir Puig¹³, viene a cohonestarse con las concepciones actualmente reinantes en la penología, que reclamaban una simplificación en este campo, en rechazo de cualquier modelo que diversifique tales penas según su mayor o menor carácter deshonoroso o determine, con carácter previo, sobre la base de la gravedad del delito, su concreta ejecución, ejecución que básicamente ha de llevarse a cabo atendiendo a la personalidad del condenado y a la meta de reeducación y reinserción social a la que, según el art. 25. 2 de la CE, han de estar orientadas las penas privativas de libertad.

2. 1. 1. Duración: los límites mínimo y máximo

A tenor del párr. 1º del art. 36, “La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código”¹⁴.

13 Cfr. Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Barcelona, 1996, p. 707, marginal 13.

14 Desaparecida del vigente CP la posibilidad de la redención de penas por el trabajo [que en la práctica se concedía de modo cuasiautomático a los pena-

2.1.1.1. El límite mínimo de los seis meses tiende a evitar las penas cortas privativas de libertad, demasiado onerosas para conductas de escasa gravedad, penas, además, que por su brevedad imposibilitan todo régimen reeducador y sirven, por el contrario, para alejar y romper, en muchos casos, la vida familiar y, si la tiene, la laboral del sujeto, con el negativo efecto añadido de erigirse en un importante factor criminógeno, amén del elevado costo que su ejecución comporta¹⁵. O dicho en otras palabras —las de López Garrido y García Arán¹⁶—, la declaración del art. 36 “se corresponde con la pretensión político criminal de eliminar las penas cortas privativas de libertad, cuestionadas frecuentemente por su aptitud desocializadora sin contrapartida reeducadora”. (Es lo cierto, sin embargo, como advierte Quintero Olivares¹⁷, que la desaparición de la privación de libertad de corta duración puede quedarse, en el fondo, en un mero desiderátum, por más que contemos con penas alternati-

dos, disminuyendo en un tercio la duración de la condena formalmente impuesta, lo que unido a la libertad condicional, suponía que la privación efectiva de libertad quedase reducida a la mitad de la contenida en la sentencia (si no se le sumaban, además, otros beneficios penales, como el del art. 256 del RP de 1981, ahora derogado por el RP de 1996)], la duración de la privación de libertad que en sus tipos se prevé —que no puede, ciertamente, reputarse, en todo caso, más benigna que la del CP de 1973, como se destacará más adelante— se aproxima más al tiempo de efectivo cumplimiento. Tal aproximación entre la pena real y la nominal de la sentencia condenatoria parece acertada, soslayándose, así, por lo demás, la desconfianza que podía generar este sistema en los ciudadanos que desconociesen las instituciones jurídico penales y penitenciarias de este particular ámbito (con el consiguiente desprestigio, para una gran parte de la población, de la Administración de la Justicia).

- 15 Precisas referencias sobre las primeras reacciones adversas a las penas privativas de libertad de corta duración pueden verse en Cuello Calón, E., *La moderna penología*, Barcelona, 1958, pp. 585 ss.
- 16 López Garrido, D.,-García Arán, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 59.
- 17 Quintero Olivares, G., con la colaboración de F. Morales Prats y M. Prats Canut, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, p. 515. Interesantes consideraciones al respecto se contienen, también, en el trabajo de Asúa Batarrita, A., *Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal*, en Cuadernos de Política Criminal, 1989, nº 39, pp. 618 ss.

vas, si previamente se ha decretado la prisión provisional del sujeto: “de nada vale condenar a arrestos de fin de semana —expone gráficamente este autor— si antes del juicio, el reo ha permanecido cinco o seis meses en prisión preventiva”).

En consonancia con la citada declaración del art. 36, al margen evidentemente de que ya ningún tipo penal contempla una pena de prisión por debajo del indicado límite, el art. 71.2 impide que en aquellos supuestos en que la sanción, como consecuencia de aplicar las reglas de determinación de la pena, resulte inferior a los seis meses la misma sea cumplida: “cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a los seis meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda”¹⁸. Y, puesto que el art. 88 requiere que, para llevar a cabo la sustitución de las penas que no excedan de un año o dos de prisión, los reos de que se trate sean no habituales¹⁹, se plantea en esta materia el interro-

18 La sustitución, según el art. 88, y de acuerdo a los módulos de conversión que en este precepto se contienen, lo será por la pena de arresto de fin de semana o por la de multa.

Da noticia Mir Puig de que con la introducción en el art. 67.2 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal de 1983 (PANCP) de una regla semejante a la del vigente art. 71.2, se acoge la solución propugnada por Luzón Peña, quien intervino en la redacción de la indicada Propuesta (cfr. Mir Puig, S., *El sistema de sanciones*, en Documentación Jurídica, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal, 37/40, vol. 1, p. 192). Alaba la solución de la Propuesta Morillas Cueva, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1991, p. 58. De modo semejante, de Sola Dueñas, A., *Alternativas a la prisión en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal* (1983), en Documentación Jurídica, monográfico dedicado a la PANCP, 1983, 37/40, vol. 1, p. 214.

19 Señala el art. 94 que “A los efectos previstos en las secciones 1ª y 2ª de este capítulo se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello”. De sumamente criticable califica esta definición del art. 94 Gracia Martín: “Si algo parece estar claro en el mundo de las definiciones y de los conceptos jurídico-penales es —

gante de si para sustituir la pena impuesta inferior a los seis meses a la que se refiere el art. 71.2 ha de tenerse como *conditio sine qua non* que el sujeto sea también reo no habitual. Y la respuesta al mismo, como asegura Cerezo Mir²⁰, no puede ser sino negativa, pues el apartado 2 del art. 71 establece de modo categórico que la pena “será en todo caso sustituida”, trátase, por consiguiente, de un reo no habitual o habitual. A lo dicho, debe añadirse que la subsistencia en la legislación penal especial de penas inferiores a los seis meses no conlleva que las mismas hayan de cumplirse como tal (lo que burlaría los fines del art. 71.2), pues lo impiden los módulos de conversión de la ya mencionada DT 11ª, en en cuyas letras e) e i) se prescribe, respectivamente, que la pena de arresto mayor se entenderá sustituida por la de arresto de siete a quince fines de semana y la de arresto menor por la de arresto de uno a seis fines de semana, cerrándose, de esta suerte, otra posibilidad que pudiera contrariar la *ratio* del citado art. 71.2.

– No obstante, el objetivo de impedir una privación de libertad continuada tan corta como la que se sitúa por debajo de los seis meses aparece excepcionado, según algunos autores²¹,

destaca Gracia— que el concepto de delincuente habitual es una categoría criminológica y que el contenido material de dicho concepto, por ello, a diferencia de la reincidencia —que es un concepto puramente jurídico—, no puede depender de requisitos formales. Puede admitirse como límite expreso, sin duda, por razones de seguridad jurídica, que para la relevancia penal de la habitualidad haya recaído sentencia condenatoria sobre el sujeto por los hechos que revelan su condición de habitual; pero es inadmisibles desde todo punto de vista exigir, además, que los delitos por los que haya sido condenado estén incluidos en el mismo Capítulo...” (en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Valencia, 1996, p. 254 y s.).

20 La aseveración de Cerezo Mir, realizada respecto de los arts. 71.2 y 88.1 del Proyecto de 1992, resulta enteramente trasladable, como es obvio, al CP de 1995, que en nada se diferencia en este punto del citado Proyecto. Cfr. Cerezo Mir, J., *Consideraciones político-criminales sobre el proyecto de Código penal de 1992*, Lección inaugural del Curso Académico 1993-94, Universidad de Zaragoza, p. 21

21 Cita Gracia Martín, entre ellos, a Manzanera Samaniego y Valdecabres Ortiz (en *Las consecuencias...* cit., p. 174, nota 108). También parece incli-

en la hipótesis de impago de la multa, pues el art. 53, regulador de la llamada responsabilidad personal subsidiaria, aunque prevé que dicha responsabilidad se cumpla en régimen de arrestos de fin de semana (o también mediante trabajos en beneficio de la comunidad, si se trata de responsabilidad personal subsidiaria surgida por el impago de la pena de multa impuesta conforme al sistema de los días-multa²²), ello lo viene a dejar en todo caso, según un tal entendimiento, al arbitrio del juzgador: la privación de libertad derivada del impago “*podrá cumplirse en régimen de arrestos de fin de semana*”. Por lo tanto, y ya de principio, la responsabilidad personal subsidiaria, que puede ser inferior a los seis meses²³, no siempre habrá de ser cumplida, de

narse por considerar que cabe la posibilidad de imponer una privación de libertad inferior a los seis meses, en el caso aludido en el texto, Boldova Pasamar, M. A., en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, ob. cit., p. 90 s.)

- 22 El art. 53, sin embargo, si la responsabilidad personal subsidiaria trae causa del impago de la multa proporcional, únicamente permite la posibilidad de que la misma se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad, lo cual, dada la naturaleza de los delitos para los que se prescribe la multa proporcional, no resulta fácilmente explicable. Sobre esta cuestión volveremos más adelante (en el apartado 2. 3. 4.).
- 23 Tal responsabilidad, dados los módulos de conversión que prevé el apartado 1 del art. 53 para el impago de la multa impuesta según el sistema de los días-multa (“un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas”), puede ser como máximo de un año, puesto que la extensión máxima de la multa, a tenor del art. 50. 3, es de dos años.

En el caso de impago de la multa proporcional, es el propio art. 53, apartado 2, el que determina expresamente que la responsabilidad personal subsidiaria no puede exceder de un año de duración.

Si se impone la multa, como consecuencia de la sustitución de la pena de prisión de hasta dos años (para lo que faculta el art. 88), la misma puede llegar a ser de mil cuatrocientos cuarenta días o cuotas de multa; cantidad a la que se llega ya que “cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa” (art. 88.1). Por consiguiente, dos años, esto es, setecientos veinte días, vienen a equivaler, de acuerdo con esta regla, a mil cuatrocientos cuarenta días. Naturalmente, ello puede dar lugar a que el sujeto que impague la multa (como pena sustitutiva) ingrese en prisión por tiempo superior a un año (pudiendo tener que cumplir dos si el reo condenado a prisión de dos años no satisfizo, desde el principio, la multa sustitutiva de la pena de prisión que le fue impuesta), pero dicho impago no origina, *stricto sensu*, nin-

acuerdo con este punto de vista, a través de otras penas (de arresto de fin de semana o de trabajos en beneficio de la comunidad), que impidan la indicada privación continuada de libertad de corta duración.

A juicio, sin embargo, de Gracia Martín —en interpretación que se cohonesta con la pretensión legislativa de evitar la privación de libertad inferior al límite mencionado—, la facultad establecida por el art. 53. 1 y 2 se refiere únicamente a los supuestos en los que la responsabilidad personal subsidiaria tenga una duración superior a los seis meses, pues si dicha responsabilidad personal no alcanza tal límite su cumplimiento en régimen de arrestos de fin de semana o mediante trabajos en beneficio de la comunidad (en coherencia y por analogía con lo dispuesto en el art. 71. 2) será obligatorio²⁴.

Si el reo incumple en este ámbito el régimen de arrestos de fin de semana o el de los trabajos en beneficio de la comunidad, pese a que sorprendentemente el CP no señala ninguna consecuencia al respecto, tendrá que ingresar en el correspondiente establecimiento penitenciario para cumplir con la responsabilidad personal subsidiaria a la que esté obligado, que puede resultar, desde luego, de duración inferior a los seis meses, ello en dependencia, naturalmente, del descuento que corresponda por los arrestos ejecutados o por el trabajo que

guna responsabilidad subsidiaria, sino que supone, sencillamente, un quebrantamiento o incumplimiento de la pena sustitutiva, que conduce, a tenor del apartado 3 del art. 88, a que la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecute, descontándose, en su caso, la parte del tiempo que proceda, de acuerdo con las reglas de conversión que el propio art. 88 establece.

24 Cfr. Gracia Martín, en *Las consecuencias...*, cit., pp. 174 s. (letra d) y 176 (letra f). Repárese, empero, que si en relación a la responsabilidad personal subsidiaria, por impago de la multa proporcional, sólo se admitiese su cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad (Molina Blázquez y Tamarit Sumalla afirman, sin embargo, que también puede cumplirse a través de arrestos de fin de semana: vid., *infra*, apartado 2. 3. 4) entonces el cumplimiento de la privación de libertad inferior a los seis meses por dicha responsabilidad personal sería, en todo caso, inevitable si el sujeto no da su consentimiento para que se impongan los referidos trabajos en beneficio de la comunidad.

pueda haber llevado a cabo (El precepto a tomar en consideración para realizar la conversión de la reponsabilidad personal subsidiaria en arrestos de fin de semana, y en el que basar también las consecuencias del incumplimiento de los mismos, aunque el art. 53, como hemos puesto de manifiesto, nada dice, parece que ha de ser el art. 37, que en su apartado 1 establece que el arresto de fin de semana...equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad, disponiendo en su apartado 2 que “si el condenado incurriere en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia...podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente”, lo que equivale, a efectos prácticos, a que el sujeto tenga que cumplir la responsabilidad personal subsidiaria que reste por ejecutar. Y ha de dejarse aquí constancia, igualmente, de que no sólo el art. 53 guarda silencio, según se ha significado, acerca del incumplimiento del trabajo en beneficio de la comunidad, sino que también el art. 49 omite cualquier referencia sobre este particular²⁵, omisión ésta que resulta todavía más llamativa, dado que estamos ante el precepto encargado de regular el alcance y características de dicha pena. Así pues, de modo semejante a lo expresado en relación con el arresto de fin de semana, parece que lo procedente en tal supuesto será la ejecución de la privación de libertad por responsabilidad personal subsidiaria con el descuento de las jornadas de trabajo ya cumplidas, con arreglo al módulo de conversión previsto en el art. 53. 1, párr. 2º, inciso último. El RD 690/1996, de 26 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, ordena en su art. 8, que trata sobre el *incumplimiento de la pena*, que “los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán a la autoridad judicial a los efectos, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 88. 3 del Código Penal el incumplimiento de la pena...”. Como puede comprobarse, este precepto al remitir únicamente al art. 88. 3 contempla tan sólo el incum-

25 Pone de relieve esta omisión del art. 49 Tamarit Sumalla, J. Mº, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 360

plimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad cuando sustituye al arresto de fin de semana como pena principal, olvidando la repercusión que el incumplimiento de dicha pena de trabajos en beneficio de la comunidad debe tener cuando la misma constituya un modo de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (tanto de la proporcional como de la impuesta conforme al sistema de días-multa)²⁶. Y similares consideraciones han de hacerse sobre el art. 15 del RD, que solamente alude a la *no presentación* de quien esté sometido a arrestos de fin de semana a los efectos de lo dispuesto en el art. 37. 3 del Código penal, con lo cual deja de referirse tanto al arresto cuando funciona como un modo de cumplir la privación de libertad que implica la responsabilidad personal subsidiaria, como cuando dicho arresto de fin de semana opera como pena sustitutiva de la prisión.

– Y no sólo se puede llegar a una privación de libertad ininterrumpida por debajo de los seis meses en la hipótesis acabada de examinar, sino que también en relación al arresto de fin de semana, impuesto como pena principal²⁷, si el sujeto incurre

26 Desde una perspectiva conceptual, Sánchez Yllera cree que, en los supuestos aludidos, en los que responsabilidad personal subsidiaria se cumple a través del arresto de fin de semana o del trabajo en beneficio de la comunidad, ni el arresto ni el trabajo constituyen, en rigor, penas sustitutivas (en *Comentarios...*, cit., p. 500). Gracia Martín, sin embargo, ante la posible duda de su consideración como “modos de ejecución y cumplimiento” de la privación de libertad de la responsabilidad personal subsidiaria o, por el contrario, como penas sustitutivas de dicha privación de libertad, se inclina por afirmar su carácter de penas sustitutivas “ pues en tales casos, la pena privativa de libertad no sólo será reemplazada por aquéllas en un sentido meramente funcional y como remedio necesario de una situación de vacío punitivo, sino que la reemplazarán en razón de su idoneidad para el cumplimiento de los fines de la pena y de su mayor conveniencia y adecuación al cumplimiento de aquellos fines” (en *Las consecuencias...*, cit., p. 267).

27 Si la pena de arresto de fin de semana se ordena, sin embargo, como sustitutivo de la pena de prisión y el mismo se incumple o quebranta, se volverá a la pena de prisión, haciéndose en ésta el descuento que proceda, conforme a lo establecido en el art. 88: una semana de prisión equivale a dos arrestos de fin de semana. Obsérvese que para que haya lugar a la ejecución de la pena de prisión inicialmente impuesta no es preciso aquí que el

en dos ausencias no justificadas, podrá originarse una privación de libertad inferior al mencionado límite, pues el art. 37. 3 señala en este supuesto que “el Juez de Vigilancia... podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente”. Por ello, en el supuesto de que el Juez, de producirse dos ausencias injustificadas, decida el cumplimiento ininterrumpido del arresto, a razón de dos días de privación de libertad por cada fin de semana que reste, dado que el límite máximo de esta pena es de veinticuatro fines de semana (art. 33. 3, i), si el condenado, pongamos por caso, incumplió el arresto ya desde un principio, tendrían que ejecutarse cuarenta y ocho días de privación continuada de libertad (es decir, una privación de libertad inferior, en cualquier caso, a los seis meses).

– E, igualmente, estaremos ante una privación de libertad continuada, que no alcanza los seis meses, en determinados casos de quebrantamiento o incumplimiento, en todo o en parte,

sujeto incurra en *dos* ausencias no justificadas, como exige el art. 37 para que el arresto (impuesto como pena principal) se pueda cumplir de modo ininterrumpido, habida cuenta de que el apartado 3 del art. 88 únicamente exige para la preceptiva ejecución de la pena de prisión a la que fue condenado el reo que se produzca un “quebrantamiento o incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva...”, supuesto que se dará, por ej., si el sujeto incurre en una sola ausencia injustificada. Y es conveniente reparar, asimismo, en que el último inciso del apartado 1 del art. 88 faculta al juez para, además de proceder a la mencionada sustitución, “imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en este Código”, cuyo incumplimiento, según Sánchez Yllera (*Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, cit., p. 502) provocará “la revocación de la sustitución”; aunque es lo cierto que la literalidad del apartado 3 del art. 88 hace dificultosa esta interpretación (que, por lo demás, parece absolutamente razonable desde una perspectiva material), dado que se limita a prever el incumplimiento de la *pena* sustitutiva, carácter que no poseen las indicadas “obligaciones o deberes”, sin que en otro lugar del CP se determine que el incumplimiento de obligaciones o deberes suponga la emergencia de la pena de prisión.

Por otra parte, debe decirse, en complemento de lo anterior, y teniendo en cuenta la regla antes citada de conversión del art. 88 —una semana de prisión equivale a dos arrestos de fin de semana—, que, como dos años tienen ciento cuatro semanas, son doscientos ocho los arrestos de fin de semana que se pueden llegar a imponer como sustitutivos de la pena de prisión.

de los sustitutivos (el arresto de fin de semana o la multa) de la prisión de hasta dos años (art. 88. 3). Porque, en efecto, el descuento a realizar en la prisión (que ahora tiene que ejecutarse), como consecuencia de los arrestos ya cumplidos o de las cuotas ya pagadas, podrá hacer surgir una privación de libertad que no alcance los referidos seis meses) [vid. las notas 23 y 27 de este trabajo].

Finalmente, no puede dejar de ponerse de relieve que para cubrir el espacio que se sigue de la declaración del art. 36, párr. 1º, conforme al cual la prisión tiene una duración mínima de seis meses, se cuenta en el CP, como se ha venido subrayando, con las penas alternativas del arresto de fin de semana y de la multa temporal. No obstante, el legislador en no pocos tipos de la parte especial ha optado por castigar conductas para las que el CP derogado preveía el arresto mayor (de un mes y un día a seis meses) no con alguna de las citadas penas alternativas, como sería lo lógico, sino que ha decidido señalar para ellas una pena de prisión superior a los seis meses, con lo que, también en este ámbito, se produce un sustancial incremento de la severidad de las sanciones respecto del texto punitivo de 1973, tanto más acusado cuanto que en éste el arresto mayor también se beneficiaba del instituto de la redención de penas por el trabajo. Y, naturalmente, es inadmisibile, sobre la base de considerar que la *pena corta* imposibilita un tratamiento reeducador, cosa que nadie discute, encontrar la solución a tal “problema” a través de aumentar la penalidad de las figuras delictivas que preveían un castigo por debajo del referido límite, pues ello —como hace notar Mir Puig²⁸— supone desconocer “la única razón que hoy puede verse como fundamento válido de la evitación de las penas cortas de prisión: no que sean *demasiado cortas* para reso-cializar, sino que son *demasiado graves* para delitos menores”²⁹.

28 Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 684, marginal 17.

29 Critican la tendencia del CP vigente a incrementar las penas por encima de los seis meses para delitos que en el Código anterior tenían prevista la pena de arresto mayor, entre otros, López Garrido-García Arán, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 59. Para Mapelli Caffarena, B. y

O como señala Luzón³⁰, si, desde la perspectiva de la prevención especial, dichas penas deben ser evitadas (por no ser posible con ellas la resocialización y ser, en cambio, frecuentemente crimi-nógenas), 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 determinación en vista del peligro de desocialización”.

2.1.1.2. El límite máximo general de la pena de prisión es, según el art. 36, párr. 1º, de veinte años, *salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código*, límite que viene a ser en la práctica el mismo que existía en el CP de 1973 de los treinta años³¹, puesto que por la redención de penas de su art. 100 se abonaba un día de cumplimiento por cada dos de trabajo, con lo cual las penas nominales se acortaban en un tercio; es decir, los veinte años del CP de 1995 equivalen a los 30 del CP anterior.

Terradillos Basoco, J. (*Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Madrid, 1996, p. 73), “Esta decisión va a limitar considerablemente las incidencias prácticas de los esfuerzos por avanzar en las alternativas a las penas cortas de prisión”. En relación al Anteproyecto de 1992, vid., en el sentido apuntado, Luzón Peña, D.M., *El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia*, en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, 14, 3/1991, p. 55

30 Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, p. 70. En palabras de Luzón (p. 69), “Las penas serán demasiado cortas cuando por razones de prevención general (proporcionalidad, derivada de la eficacia y necesidad de la prevención general, con la gravedad del hecho o la menor culpabilidad) se limita el tiempo de las mismas, que no basta para la resocialización o, en cualquier caso, para la prevención especial”, destacando este autor que parece estar de acuerdo la doctrina en considerar como tales las inferiores a los seis meses.

31 Salvedad hecha del caso, anteriormente señalado, previsto por su art. 75, que había de vincularse a los arts. 501-1º y 502.

Ello supone ya que nuestro vigente texto punitivo no ha erradicado las penas privativas de libertad de larga duración, cuyo límite superior suele cifrarse por la literatura jurídico-penal en quince años de duración real de condena³². O lo que es lo mismo, con la limitación de los veinte años el nuevo Código no ha rebajado la gravedad de las penas, sino que con ella se mantiene idéntico nivel de rigor punitivo que en el Código derogado.

Con lo dicho, se comprende que la puerta abierta que deja el párr. 1º del art. 36 a la presencia en el CP de penas superiores a los veinte años (que posibilitan los arts. 70³³ y 76) y que

32 Cfr., entre otros, Cerezo Mir, *Consideraciones político-criminales...*, cit., p. 10; Gimbernat Ordeig, en Prólogo, 2ª ed., cit., p. 25; y Mapelli Caffarena-Terradillos Basoco, *Las consecuencias...*, cit., p. 70; Berdugo Gómez de la Torre, I.-Ferré Olivé, J. C.-Serrano Piedecabras, J. R., *Manual de Derecho Penal. Parte General, III, Consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 1994, p. 41. Cfr., igualmente, Gracia Martín, L., *Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española*, en *Actualidad Penal*, 1993, nº 37, p. 562, autor que propugna que la cuestión de las penas de larga duración se enjuicie atendiendo al principio de humanidad y no al de proporcionalidad, pues de lo contrario se podría llegar a establecer un límite máximo muy elevado y respetarse, al propio tiempo, dicho principio de proporcionalidad.

33 Cabe destacar lo equívoca que resulta, por lo que se dirá, la redacción del art. 70. 2, por ej., en su nº 1º (“Cuando, en la aplicación de la regla establecida en el subapartado 1º del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores: 1º Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta años”), pues parece dar a entender que en los casos en que la pena de prisión exceda de los veinte años, si resulta de aplicación la pena superior en grado (por ej., en el delito de tráfico de drogas se puede llegar a los veinte años y tres meses: art. 370 en conexión con los arts. 368 y 369), ha de imponerse la misma con la cláusula de que su duración máxima será de treinta años, cosa por completo absurda y absolutamente innecesaria, habida cuenta de que el límite ya viene dado por el propio tiempo que marca la subida en grado de la pena, que ni llega ni supera, en el ej. propuesto, los treinta años.

Además, al no contener el CP ninguna hipótesis en la que haya de subirse en grado la pena y que como consecuencia de ello se superen los treinta años, el límite fijado por el art. 70. 2. 1º deviene superfluo. O dicho más concretamente, no hay una figura delictiva en el Código que prevea, por ej.,

diversos preceptos de la Parte especial del Código utilizan (por ej., los arts. 140, 473, 1 y 2, 485, 1, 572-1º, 605-1 o 607-1º, párr. 2º), supone un notable incremento de la penalidad con respecto al Código derogado, incremento que se ha venido a considerar contrario al principio de humanidad de las sanciones y, por ello mismo, opuesto al art. 15 de la CE, que proscribía las penas inhumanas³⁴.

una pena de veinticinco años y se imponga, al propio tiempo, v. gr., por concurrir un tipo agravado, la subida en grado de la pena, con lo cual —ha de inistirse en ello— lo consignado en el art. 70.2.1º carece de utilidad [en relación con el art. 607-1º, párr. 2º (“Si concurrieren el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena superior en grado) no hay necesidad de acudir al citado art. 70.2.1º, pues la pena base de la cual hay que partir para subir un grado la pena es la de prisión de quince a veinte años (607-1º, párr. 1º), por tanto, la nueva pena abarcará un tiempo de veinte a treinta años, tiempo que no excede, por definición, del límite al que se refiere el citado art. 70.2.1º].

34 De este modo: Cerezo Mir, *Consideraciones político-criminales...*, cit., p. 10 y s.; Escrivá Gregori, J. Mª, *Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución*, Papers, Revista de Sociología, 13, 1980, p. 160; Gimbernat Ordeig, en Prólogo, 2ª ed., cit., p. 25, Mapelli Caffarena-Terradillos Basoco, *Las consecuencias...*, cit., p. 70 (aluden estos autores a la disfuncionalidad con las metas que la pena privativa de libertad tiene asignada en la Constitución); Gracia Martín, *Culpabilidad y prevención...*, cit., p. 562 y s. Por su parte, Luzón Peña (*Anteproyecto de 1992...*, cit., p. 55) estima, en referencia al ACP de 1992, que la tendencia que en su texto se advierte a aumentar el máximo de los veinte años no resulta siempre compartible.

No debe dejar de traerse aquí a colación que con el contenido del art. 78 se puede llegar a exasperar todavía más la severidad punitiva del Código, precepto enjuiciado críticamente desde sus primeras formulaciones (sus antecedentes, aunque con distinta configuración y alcance, se encuentran en el ACP y PCP de 1992 y, con variaciones respecto a los textos de 1992, en el PCP de 1994). Vid. Jareño Leal, A., *El “cumplimiento íntegro” de las condenas por delitos de agresiones sexuales en el Proyecto de Código penal de 1994*, en “Mujer y Derecho penal”, Valencia, 1995, pp. 345 ss.; García Arán, M., *El cumplimiento íntegro de la pena y la reforma penal*, en *El País*, jueves 30 de noviembre de 1994, p. 14

2.1.2. Cumplimiento: la garantía de ejecución

Siendo el cumplimiento de la pena de prisión una importante cuestión de Derecho penitenciario, cuyo análisis desbordaría con mucho los objetivos de este trabajo³⁵, hemos de limitarnos aquí a comentar brevemente el párr. 2º del art. 36: “Su cumplimiento [sc., de la pena de prisión], así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes y en el presente Código”, previsión que, por lo demás, viene a concretar la que con alcance general se contiene en el art. 3.2, conforme a la cual “Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”³⁶.

Así pues, se consagra en el art. 36, párr. 2º, el principio de legalidad en su vertiente de garantía de ejecución, ligada específicamente al cumplimiento de la pena de prisión, declarándose en dicho párrafo la necesidad de adaptar tal cumplimiento a lo que establecen las Leyes y el propio Código penal,

35 Un completo análisis al respecto lo ofrecen Tamarit Sumalla, J. M^a-Sapena Grau, F.-García Alberó, R., *Curso de Derecho Penitenciario (Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996)*, Barcelona, 1996. No deben olvidarse, en todo caso, las importantes aportaciones de C. García Valdés, entre otras, sus *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2ª ed., Madrid, 1982.

36 También se refieren al principio de legalidad en la ejecución de la pena la Constitución (art. 25. 2), la LECrim. (art. 990) y la Ley general Penitenciaria (art. 2), Ley ésta especialmente cuidadosa con la observancia de la garantía de ejecución, aunque señala con razón Quintero Olivares que “este refrendo manifiesto y reiterado de la garantía de ejecución en nuestros textos legales no debe hacernos olvidar la realidad penitenciaria; para que dicha garantía se haga efectivamente real debe ir acompañada de una nueva política penitenciaria por parte de los poderes públicos, que permita hacer efectivos los postulados de dicha norma, difícilmente realizable hoy en día dada la precaria situación de nuestras instituciones penitenciarias”.

declaración cuya relevancia no es preciso hacer notar, dado que si, como indica García-Pablos, las exigencias dimanantes del *nullum crimen* (de reserva de ley, de taxatividad, etc.) no alcanzasen al momento de la ejecución, “podría resultar inútil todo el dispositivo garantista del ordenamiento jurídico”³⁷. Y es representativo de la trascendencia de la garantía de ejecución, en palabras de este autor, el carácter de Ley Orgánica de la Ley General Penitenciaria³⁸.

Si la mención del párr. 2º, introducida en fase de enmiendas³⁹, a las *Leyes y al presente Código* resulta correcta, en razón de que en nuestro texto punitivo se contienen importantes normas sobre ejecución (cfr. capítulos III y II del tít. III, libro I), no puede afirmarse lo mismo del inciso que en dicho párrafo se contiene requiriendo que igualmente han de ajustarse a las Leyes y al CP “los beneficios penitenciarios que supongan *acortamiento* de la condena”, inciso desacertado si se repara en que, inacogida por el vigente texto punitivo la redención de penas por el trabajo⁴⁰, ningún beneficio existe en nuestra legislación que

37 García-Pablos, A., *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 1995, p. 243. Como también pone de relieve López Barja de Quiroga, destacando como imprescindible el que exista en este ámbito una precisa delimitación, dos penas de idéntica duración pueden ser absolutamente dispares según las condiciones de su ejecución; esto es, resulta evidente que la *gravedad* de una pena varía según su forma de cumplimiento (en *Código penal comentado*, Madrid, 1990, p. 218)

38 Por cuanto, según García Valdés (*Comentarios...*, cit., p. 18), el art. 81. 1 CE reserva tal carácter de Ley Orgánica a las disposiciones “relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas...”, siendo así que la privación de libertad afecta al derecho a la libertad del art. 17 de la CE (derechos fundamentales y libertades públicas que se encuentran ubicados dentro de la sección 1ª del cap. II del tít. I de la Norma fundamental).

39 Apunta Valldecabres Ortiz (en *Comentarios...*, cit., p. 307) que fue la aceptación de una enmienda de CiU la que llevó a modificar la redacción original del precepto, sustituyendo “leyes” con minúscula por “Leyes” con mayúscula y añadiendo la expresión “y en el presente Código”.

40 Institución caduca, en decir de Sola Dueñas, basada en una concepción entre expiacionista y utilitarista, e innecesaria si se cuenta con “un abánico de recursos que permitan atemperar, *ab initio* o desde el momento en que la evolución de la ejecución penal lo aconseje, los perjuicios que comporta el

comporte un acortamiento de la condena⁴¹, pues, en efecto, no pueden entenderse tales ni la libertad condicional (art. 90) ni su adelantamiento (art. 91), fases durante las cuales el sujeto sigue siendo técnicamente un penado y que son, en consecuencia, una manera de cumplir la condena pero no de acortarla; esto es, con dichas instituciones se acorta la ejecución de la privación de libertad en el régimen establecido legalmente, pero la condena no se acorta y sólo se cumplirá de modo definitivo una vez haya transcurrido el tiempo fijado para ello en la correspondiente sentencia, como, por lo demás —esta vez de modo correcto—, se viene a considerar en el art. 93 cuando declara que “El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le *falte al sujeto para cumplir su condena*” y, asimismo, en el art. 192 del RP de 1996 que se refiere al resto del cumplimiento de la condena al aludir a la libertad condicional [Otra cosa habría que decir de su art. 202, que después de definir los beneficios penitenciarios, a los efectos del propio Reglamento Penitenciario, como “aquellas medidas que permiten la reducción de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo de efectivo internamiento”, además de mencionar como uno de dichos beneficios el adelantamiento de la libertad condicional —que es verdad que reduce el tiempo de efectivo internamiento (en ningún caso la reducción de la duración de la condena), como lo disminuye, aunque en menor medida, la libertad condicional—, cita también como comprendido en dicha definición el indulto. Y es aquí donde falla el art. 202, puesto que la alusión por el RP al indulto como beneficio penitenciario ha de entenderse como una referencia a su mera solicitud, que es lo único que puede hacer la Administración Penitenciaria, solicitud de indulto que también puede hacerse a título particular por el propio interno. El especial aval que supone que sea el Juez de Vigilancia Peni-

cumplimiento de una pena de prisión, combinado con un sistema de tratamiento penitenciario que conduzca primordialmente a la recuperación de la libertad en las mejores condiciones personales posibles” (Alternativas a la prisión ..., cit., p. 229).

41 Subrayan este defecto, entre otros, López Garrido-García Arán, *El Código penal...*, cit., p. 59 s. y Valdecabres Ortiz, *Comentarios...*, cit., p. 306.

tenciaria el que tramite el indulto, a solicitud de la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico (art. 206), no equivale *todavía* a que estemos en presencia de una reducción de condena o de una disminución del tiempo de internamiento].

2. 2. La pena de arresto de fin de semana⁴²

2.2.1. Consideraciones generales

Sin duda, la introducción en nuestro CP del arresto de fin de semana constituye una de las más relevantes novedades del nuevo sistema de penas⁴³, arresto de fin de semana que está lla-

42 Las sugerencias de la doctrina sobre esta modalidad punitiva comienzan por su propia denominación. Así, por ej., Mapelli-Terradillos estiman que al no estar vinculada obligatoriamente al fin de semana debería llamarse *arresto semanal* (*Las consecuencias...*, cit., p. 85). Mir Puig, por su parte, considera que la denominación de arresto de fin de semana puede resultar un tanto chocante en cuanto que con la misma se asocia un término punitivo (arresto) con una expresión normalmente festiva (fin de semana) (*El sistema...*, cit., p. 192), por lo que debería cambiarse por la de *arresto discontinuo*, que podría cumplirse también un día a la semana o con la periodicidad aconsejable en atención a la ocupación, o desocupación laborales, del penado (*Alternativas a la prisión en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990*, en “Política criminal y reforma penal”, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Madrid, 1993, p. 848). Valmaña Ochaíta, (*Sustitutivos penales...*, cit., p. 110 y s.) propone la denominación “arresto de tiempo libre”, al igual que Boldova Pasamar (en *Las consecuencias...*, cit., p. 106)

El reciente CP portugués de 1995 se refiere a esta pena con el nombre de prisión por días libres (art. 45)

43 Aunque es posible rastrear algún precedente en nuestro Derecho, pues la LPRS lo reguló como medida de seguridad (sobre ello Jorge Barreiro, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976, p. 99) y el art. 17-1ª de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores prevé en la actualidad como medida el arresto por tiempo de uno a tres fines de semana, debe decirse que, dada la naturaleza con la que por dichos textos se concibe, no puede aseverarse que sean antecedentes stricto sensu de la nueva pena incorporada al CP de 1995. Sin embargo, como recuerda Boldova Pasamar, aparece prevista en calidad de pena en todos los trabajos prelegislativos que se suceden a partir de la Constitución de 1978: arts. 42 del PLOCP de 1980, 36 de la PANCP de

mado a desempeñar un importante papel, puesto que cubre, en primer término, como pena principal, el hueco punitivo que se produce como consecuencia de la desaparición de las penas de privación de libertad continua inferiores a los seis meses⁴⁴, funciona, en segundo lugar, también como sustitutivo de la pena de prisión de hasta dos años⁴⁵, y es, por último, un modo de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria (en caso de impago de la multa impuesta de acuerdo con el sistema de cuotas o días⁴⁶). Dada, por tanto, esta triple vertiente de operatividad⁴⁷, se

1983, 35 del Borrador de Anteproyecto de la Parte General de 1990, 34 del PLOCP de 1992 y 37 del PLOCP de 1994 (en *Las consecuencias...*, cit., p. 101). Sobre el arresto de fin de semana en el PCP de 1980 y en la PANCP de 1983, vid., ampliamente, Robledo Ramírez, J., *Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales. Estudio de su regulación en España y México*, Madrid, 1996, pp. 332 y ss. Sobre su regulación en el Anteproyecto de 1992, vid. Higuera Guimerá, JF., *La pena de arresto de fin de semana en el Anteproyecto de Código penal español de 1992*, en "Política criminal y reforma penal", Homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal, Madrid, 1993, pp. 703 y ss.

- 44 Con el arresto de fin de semana, se trata, según la exposición de motivos del PCP de 1992, de "cubrir la reacción ante delitos que merezcan algo más que multa... de encontrar el equilibrio entre las proscritas penas cortas de privación de libertad y las multas". O como apunta Valldecabres Ruiz, con esta pena se quiere "cubrir el espacio que queda entre la pena de prisión y la multa en aquellos supuestos en que la primera resulta excesiva, pero la segunda no responde de forma cualitativamente adecuada al injusto cometido" (*Comentarios...*, cit., p. 303 y s.). Esta es una de las razones que llevan a Cerezo Mir a estimar no aconsejable que el arresto de fin de semana pueda ser sustituido por la pena de multa (sustitución que permite el art. 88. 3), en unión del hecho de la previsión de esta pena como cumulativa o alternativa de la pena de multa, posibilidad que parece casar mal, en efecto, con la declaración de la exposición de motivos citada (*Consideraciones político-criminales...*, cit., p. 26).
- 45 Aventura Sánchez Yllera que la posibilidad de sustituir la pena de prisión que no exceda de dos años "no va a ser tan excepcional como teóricamente aparece, ya que sus requisitos específicos son los que fundamentan esta institución" (*Comentarios...*, cit., p. 500). En parecido sentido: Molina Blázquez, M^a C., *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 1996, p. 73
- 46 Vid., *infra*, apartado 2. 3. 4
- 47 A la que habría que añadir que es preceptiva la imposición del arresto de fin de semana (o de la multa) cuando, por las reglas de determinación de la pena, resulte una pena de prisión inferior a los seis meses (art. 71. 2).

convierte esta pena en una pieza clave, cuyo éxito condicionará, en gran medida, el éxito del modelo que el CP vigente ha querido adoptar en un ámbito que, como pocos, necesitaba una profunda remodelación.

A pesar de que con la pena de arresto de fin de semana se aspira, en primera línea, a eliminar los inconvenientes que presentan las penas cortas de privación de libertad continuada, aspecto al que se le concede una fundamental importancia⁴⁸ — penas demasiado severas, además, conforme a lo ya expuesto, para la criminalidad a la que se pretende hacer frente—, y que con la misma se busca obtener, sin las consecuencias contraproducentes de éstas⁴⁹, lo que en doctrina se conoce como “efecto shock”⁵⁰ (que sirve, igualmente, de advertencia y recordatorio al

48 Esta es la meta en la que se hace especial hincapié, sin que paralelamente se ponga también el acento en los aspectos de resocialización positiva.

49 Vid. el amplio estudio de Robledo Ramírez sobre las intenciones del “prelegislador” del PCP de 1980 y de la PANCP de 1983, estudio en el que subraya la importancia que en tales textos se le ha concedido a la resocialización negativa, simplemente evitadora de la desocialización, en la medida en que no se previeron instrumentos normativos para concretar la resocialización positiva, poniendo de manifiesto este autor lo antagónico que resulta el aislamiento en celda para lograr la finalidad resocializadora, que algunos han querido asignar a esta pena (*Concepto y principios...*, cit., pp. 345 ss.). El RD 690/1996, de 26 de abril, y el art. 163 del RP de 1996, en el que se proclama que los Centros de Inserción Social, destinados al cumplimiento de las penas en régimen abierto y del arresto de fin de semana, tendrán como objetivo potenciar la capacidad de inserción positiva del sujeto..., acusan, no obstante, una cierta falta de concreción, por más que los mismos, junto al art. 164 RP (en el que se enumeran los principios rectores de estos Centros), proporcionan al menos una base normativa que permite caminar, en relación al arresto de fin de semana, hacia la referida finalidad (Habrà que tener en cuenta también las normas de desarrollo a las que alude el art. 164. 3 y 4 del RP). Con todo, destaca Boldova Pasamar que “no se ha previsto con carácter general alguna clase de actividad o programa educativo para los arrestados...” (en *Las consecuencias...*, cit., p. 103, nota 56).

50 De forma gráfica, señalan Mapelli-Terradillos (*Las consecuencias...*, cit., p. 85) que “Las ventajas de esta pena desde el punto de vista preventivo son muy considerables, ya que a lo largo de la ejecución el condenado recibe cortas pero intensas descargas punitivas que no perturban sus relaciones con la sociedad”

autor de su proceder antijurídico)⁵¹, no faltan voces que censuran, de manera más o menos intensa, su incorporación a nuestro Derecho, bien por estimar que el arresto de fin de semana no se cohonestaba con la meta a la que la constitución orienta las penas privativas de libertad⁵², bien por reputarse insuperables los problemas de infraestructura que su aplicación ha de generar⁵³. Otros autores, por el contrario, acogen favorablemente la nueva pena, por más que muchos de ellos insisten tanto en la necesidad de que se cree o mejore la infraestructura⁵⁴ que la haga via-

51 Resaltan la función de “advertencia”, entre otros, Bueno Arús, F., *El sistema de penas en el proyecto de Código Penal de 1980*, en RGLJ, 1980, nº 6, p. 580; López Garrido-García Arán, *El Código penal de 1995...*, cit., p. 60. No ha de restarse importancia, según Robledo Ramírez, a la opinión de Conde-Pumpido Ferreiro conforme a la cual el arresto de fin de semana obedece al efecto intimidatorio que comporta (*Concepto y principios...*, cit., p. 341).

52 Subraya Manzanares Samaniego que “El arresto de fin de semana no puede tener otro efecto, dentro de la prevención especial, que el intimidatorio. Su idoneidad para adaptarse al imperativo constitucional [sc., de que las penas privativas estarán orientadas a la reeducación y reinserción social: art. 25. 2] es, por lo tanto, absoluta. Se produciría así una situación tan paradójica como irracional. El pequeño delincuente que no precisa resocialización alguna sería castigado “pasándole” semanalmente por ese medio carcelario que sigue siendo más escuela de criminalidad que de otra cosa. Un ejemplo de prevención especial al revés” (*Comentarios al Anteproyecto del Código penal de 1992*, en Actualidad Penal, 1992, junio, nº 24)

53 Cfr., entre otros, Manzanares Samaniego, J. L., *Comentarios al Anteproyecto...*, cit., p. 214 y s.; Rodríguez Devesa, J.M^a-Serrano Gómez, A., *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1992, p. 909. La visión de Serrano Butragueño sobre la esta pena es también pesimista: *Las penas en el nuevo Código penal*, Granada, 1996, p. 35. Vid., asimismo, la reflexión que, a propósito de las consideraciones de Manzanares Samaniego, se contienen en el Informe sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992 emitido por el Consejo General del Poder Judicial (*Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, en Cuadernos del CGPJ, Madrid, 1991, p. 220)

54 Es desalentador, al respecto, que no existan previsiones precisas sobre las repercusiones que la nueva pena va a comportar en materia de infraestructura. Vid. las consideraciones críticas de Cerezo Mir sobre los cálculos en su momento efectuados por el Ministerio (*Consideraciones político-criminales...*, cit., p. 23 y s.). EL RP de 1996, en su art. 163, señala que “1. Los Centros de Inserción Social son Establecimientos penitenciarios destinados

ble, cuanto en la conveniencia de retocar diversos aspectos de su regulación⁵⁵. propugnándose, incluso, “una drástica reducción de su campo de aplicación”⁵⁶. Únicamente, de esta suerte, resultaría alcanzable el imprescindible equilibrio entre la seriedad en su ejecución y una adecuada flexibilidad en su cumplimiento para que de ella se pueda esperar —como propugna Figueiredo Dias con carácter general— una efectiva contribución a la socialización del sujeto. La no consecución de ese siempre difícil punto de equilibrio, acaso explique el muy limitado éxito que tal pena está teniendo en los pocos países en que está implantada⁵⁷. Y aunque haya podido sostenerse, como expone este autor, que la ejecución ha de ser severa (no sólo, únicamente, para obtener unos niveles mínimos preventivo-generales, sino, sobre todo,

al cumplimiento de penas privativas de libertad en régimen abierto y de las penas de arresto de finde semana...2. La actividad penitenciaria de estos Centros tendrá por objeto potenciar las capacidades de inserción social positiva que presenten las personas en ellos internadas mediante el desarrollo de actividades y programas de tratamiento destinados a favorecer su incorporación al medio social”

- 55 Cfr., a favor de esta pena, entre otros, Gimbernat Ordeig, *El sistema de penas en el futuro Código penal*, en *La reforma penal*, Bellaterra, 1980, p. 182 y s.; Gracia Martín, *Culpabilidad y prevención...*, cit., p. 563; Higuera Guimerá, *La pena de arresto de fin de semana...*, cit., p. 707; Mapelli Caffarena-Terradillos Basoco, *Las consecuencias...*, cit., p. 85; Mir Puig, *El sistema de sanciones...*, cit., p. 193
- 56 De este modo, Cerezo Mir (*Consideraciones político-criminales...*, cit., p. 25 s.), autor para el que se debe suprimir la posibilidad de que el arresto de fin de semana sirva como sustitutivo de la pena de prisión, quedando así reducida su aplicación a las faltas y a ciertos delitos menos graves. En sus *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993, p. 135, afirma que la posibilidad de sustituir la prisión por el arresto de fin de semana “debería limitarse a las penas de prisión de duración inferior a un año. Se sacrifican en exceso las exigencias de la prevención general en aras de las de prevención especial”. En este sentido, también, estimando excesiva la sustitución de la prisión de hasta dos años, se manifiesta en su *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I, Introducción*, 5ª ed., Madrid, 1996, p. 32.
- 57 A ello ha de sumarse —indica Figueiredo— la complejidad de su ejecución, que la hacen una pena “poco querida de la Administración penitenciaria” (*Direito penal portugués. As consequênzas jurídicas do crime*. Lisboa, 1993, p. 394).

para hacer comprensible y justificar que el período de arresto discontinuo corresponda a una mayor duración de prisión continua⁵⁸), no resulta justificable —en palabras del propio Figueiredo— utilizarla como un modo de marcar al sujeto con el estigma de la delincuencia. Ciertamente, como por su parte subraya Cerezo Mir, la discontinuidad en la privación de libertad del arresto de fin de semana, unido al escaso tiempo disponible⁵⁹, dificulta dar un contenido de tratamiento de reeducación o de reinserción, pero no por ello puede renunciarse al intento de conseguir tal meta cuando lo aconseje la personalidad del delincuente (los sujetos sometidos al arresto no siempre requerirán, sin embargo, advierte Cerezo, un tratamiento en sentido estricto)⁶⁰.

58 Que un arresto de fin de semana, que dura treinta y seis horas, equivalga, según el art. 37. 1, a dos días de privación de libertad, cuando se haya de cumplir ininterrumpidamente por dos ausencias no justificadas, es una regla de conversión que, sin embargo, *perjudica* al sujeto, en cuanto que se le transforman las treinta y seis horas de cada arresto (un día y medio) en dos días, con lo cual estará más tiempo privado libertad. El efecto al que alude Figueiredo Dias se producirá en nuestro Derecho cuando el arresto de fin de semana sustituye a la prisión (en el Derecho portugués la “prisión por días libres” es siempre sustitutiva de la prisión continuada), pues, conforme al art. 88. 1, cuando se imponga en vez de la prisión “lineal”, cada semana de prisión podrá ser sustituida por dos arrestos de fin de semana. Y dicho efecto también se originará con la conversión de dos días por responsabilidad personal subsidiaria en un fin de semana de arresto. Por su parte, según la DT 8ª, la duración de la privación de libertad equivale a dos días por cada fin de semana que correspondiera imponer, señalándose, por último, por la DT 11ª, que la pena de arresto mayor se entenderá sustituida por la de arresto de siete a quince fines de semana y la de arresto menor por la de uno a seis fines de semana.

59 Cuando es sustitutiva de la pena de prisión de hasta dos años, es posible llegar a imponer, sin embargo, como ya se tuvo oportunidad de subrayar, doscientos ocho arrestos de fin de semana, con lo cual el penado puede estar sujeto al arresto de fin de semana durante cuatro años.

60 Cfr. Cerezo Mir, *Consideraciones político-criminales...*, cit., p. 27. Vid., igualmente, Sáinz Cantero, J. A., *Consideraciones sobre el arresto de fin de semana y su utilización para el tratamiento del delincuente*, en Estudios en Homenaje al Prof. López Rodó, vol. III, Madrid, 1972, pp. 389 ss.

2. 2. 2. Naturaleza

El arresto de fin de semana es, según el art. 33. 3. i), una *pena menos grave* cuando su duración sea de siete a veinticuatro fines de semana, y una *pena leve*, según el apartado 4, letra d), de dicho art., cuando se trate de un arresto de uno a seis fines de semana, planteándose aquí el problema, según Valldecabres Ortiz, de la naturaleza que ha de asignársele cuando funciona como sustitutiva de la pena de prisión, caso en el que pueden imponerse, de acuerdo con lo ya indicado, hasta doscientos ocho fines de semana: ¿continuaríamos estando en este supuesto ante una pena menos grave? La mencionada posibilidad, como destaca esta autora, no está resuelta por el CP⁶¹.

Al respecto, puede afirmarse que la calificación tripartita del art. 33, distinguiendo entre penas graves, menos graves y leves (calificación que ha de ser puesta en relación con el art. 13: delitos graves son las infracciones castigadas con pena grave, delitos menos graves las infracciones castigadas con pena menos graves y faltas las infracciones castigadas con pena leve), cobra su sentido, en primer lugar, en referencia a la determinación de la competencia de Jueces o Tribunales, fijación que se realiza, claro es, en atención a la pena en abstracto (conminación legal que da lugar a que el delito sea grave o menos grave o a

61 Cfr. Valldecabres Ortiz, en *Comentarios...*, cit., p. 309. En relación a este tema, ha de decirse también que el CP prevé que se supere el límite de los veinticuatro arrestos en la hipótesis prevista en su art. 70. 2. 5º (hasta un máximo de treinta y seis fines de semana), norma en rigor innecesaria, en cuanto al límite que establece, pues el único caso en el que, por esta vía, es posible sobrepasar los veinticuatro arrestos es el citado por Boldova Pasamar (en *Las consecuencias...*, cit., p. 194) de los arts. 244. 1 y 289 puestos en relación con el art. 575, caso en el que la pena resultante abarcará desde los veinticuatro a los treinta y seis arrestos de fin de semana; es decir, que la referida limitación del art. 70. 2. 5º no cumple cometido alguno, dado que ya no existen supuestos en el CP en los que, por efecto de la elevación en grado de la pena, dicho tope tenga que ser excedido. De otra parte, si la pena se impone como un modo de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria, se puede llegar a la aplicación de ciento ochenta fines de semana de arresto.

que el hecho constituya una mera falta). Por tal razón, carece de toda repercusión práctica, en esta sede marcadamente procesal, tanto la ulterior determinación de la naturaleza de la pena concreta derivada de la condena judicial (en nuestro supuesto, prisión que no exceda de dos años), que originariamente hubo de ser impuesta, como la de la pena sustitutiva aplicada en lugar de aquélla a través de la correspondiente regla de conversión (en el ejemplo manejado, los doscientos ocho arrestos de fin de semana)

De otra parte, en lo que concierne a la prescripción de las penas, debe destacarse que las penas a las que se vinculan los plazos del art. 133. 1 no son las abstractas de la infracción de que se trate, sino, como es natural, y recoge este precepto, las realmente impuestas por sentencia firme⁶². Comoquiera que, además de establecerse dentro de las graves diversos plazos de prescripción, ordena el art. citado que las *restantes penas graves* prescriben a los diez años, las *penas menos graves* a los cinco y las *penas leves* al año, cabe afirmar que los doscientos ocho arrestos de nuestro ejemplo constituirán una pena menos grave, pues tal naturaleza ostenta, a efectos de prescripción, la pena de prisión de dos años que en concreto se impuso al sujeto por sentencia firme y que fue sustituida por dichos arrestos (en ningún caso sería admisible, y menos en un terreno como éste, que una pena menos grave pudiese dar lugar, de ser sustituida, a una pena grave, con la inasumible consecuencia de que se ampliasen entonces los plazos de prescripción).

Y parecidas consideraciones, *mutatis mutandis*, han de realizarse en conexión al art. 136, que se refiere también, para precisar los plazos que han de transcurrir para la cancelación de antecedentes, sin que el sujeto delinca, por ej., a las “restantes

62 Vid. sobre ello, entre los autores que más recientemente se han ocupado del tema, Boldova Pasamar, en *Las consecuencias...*, cit., p. 342; Guinarte Cabada, G., en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, ob. cit., p. 686, Morales Prats, F., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 652; Mapelli Caffarena-Terradillos Basoco, *Las consecuencias...*, cit., p. 207

penas graves” o a las “penas menos graves”⁶³, de modo que el plazo que habría de transcurrir para la cancelación de los antecedentes penales por los mencionados doscientos ocho arrestos de fin de semana sería, conforme al art. 136, 2, 2º, de tres años⁶⁴.

Por último, la pena de treinta y seis arrestos de fin de semana, que resulta aplicable a tenor del art. 70, 2, 5º, parece que ha de ser calificada, asimismo, a los efectos hasta ahora examinados, de pena menos grave, por más que rebase la cifra de veinticuatro arrestos que el art. 33, 3, i) consigna como tope máximo para considerar esta pena como menos grave, porque, al margen de que la pena de arresto de fin de semana no está recogida en ningún caso como grave por el art. 33 —lo cual constituye un argumento decisivo para dejar de atribuirle dicha naturaleza—, resultaría absolutamente paradójico asignarle una tal condición de grave, por ej. en materia de prescripción, frente a la conceptualización como menos grave de los doscientos ocho arrestos de fin de semana impuestos en vez de la prisión de dos años. En definitiva, si alguna calificación puede hacerse de la mencionada pena de treinta y seis arrestos, no puede ser otra que la de tenerla por pena menos grave⁶⁵.

63 Sobre los distintos problemas interpretativos que suscita el nº 2º del art. 136-2, cfr. Guinarte Cabada, en *Comentarios...*, cit., pp. 694 ss.

64 Dado que el plazo a transcurrir para cancelar los antecedentes delictivos comienza a correr desde el día siguiente a aquél en que haya quedado extinguida la pena, es evidente que el sujeto que cumplió los dos años de prisión (pena originaria), aunque el tiempo del art. 136, 2, 2º sea el mismo, cancelará antes sus antecedentes penales que si se le hubiese sustituido dicha pena por los doscientos ocho arrestos, que se cumplirán una vez pasados cuatro años, momento en el que se iniciará el cómputo del plazo del nº 2º del art. 136, 2. Vid., críticamente, sobre tal consecuencia, Tamarit Sumalla, J. Mª, en *Comentarios...*, cit., p. 660.

65 Sobre la base de que en el art. 77 de la PANCP se requería para aplicar la remisión condicional “que la pena a imponer no sea grave”, y a la vista de que por sustitución de la prisión se podía superar el límite de los veinticuatro fines de semana, señala Valmaña Ochaíta que ello podría repercutir sobre la posibilidad de conceder la remisión condicional (*Sustitutivos penales...*, cit., p. 134). Aunque la solución, conforme a lo defendido en el texto, tendría que ser, en una tal hipótesis, la de considerar que seguiríamos estando ante una pena menos grave, el art. 81. 2º de nuestro CP de 1995 ya no da

Por otra parte, y de acuerdo con lo ya adelantado, el CP prevé el arresto de fin de semana como *principal*, como *sustitutiva de la pena de prisión de hasta dos años* y como un *modo de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria* surgida por el impago de la multa impuesta conforme al sistema de días-multa. Como pena principal se utiliza, según se sigue de lo hasta ahora dicho, en relación a los delitos menos graves, si bien de manera muy reducida (por ej., en los arts. 226, 244 o 379), siendo mayor su campo de aplicación en referencia a las faltas (por ej., en los arts. 617, 618, 623, 625 o 626), y aparece consignada como pena simple o única (por ej., en el art. 146, párr. 1º), como compuesta o acumulativa (por ej., en el art. 146, párr. 2º) y como alternativa (por ej., en el art. 147. 2)º⁶⁶.

2.2.3. Duración

Establece el art. 37. 1 que “El arresto de fin de semana tendrá una duración de treinta y seis horas y equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad”, disponiendo, además, que, como pena principal, “Tan sólo podrán imponerse como máximo veinticuatro fines de semana” de arresto, añadiendo, finalmente, que cuando sea “sustitutiva de otra privativa de libertad...su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas contenidas en el art. 88 de este Código”.

2.2.3.1. La duración de treinta y seis horas de cada arresto

En lo que hace al tiempo de treinta y seis horas que comprende cada arresto, se ha propuesto por Higuera Guimerá su reducción a treinta horas, porque, de lo contrario, se atentaría, según este autor, “frontalmente contra la naturaleza y los pro-

pie a plantear esta cuestión puesto que reclama simplemente en relación a esta temática “que le pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad”.

66 Cfr. Baldova Pasamar, en *Las consecuencias...*, cit., p. 107.

pios fines que persigue esta nueva pena, que son que no se perturbe la vida familiar y laboral”, sobre todo teniendo en cuenta que el tiempo invertido por el sujeto en el traslado al Centro de cumplimiento no se computa y que “fácilmente podría consistir en su conjunto global entre tres o cuatro horas más”⁶⁷, tiempo de traslado que, desde luego, debería tomarse en consideración de alguna manera.

Y se ha suscitado, igualmente, en torno al tiempo de cada arresto, la cuestión (que tendría que ver básicamente con la pena como sustitutiva de la de prisión) de ampliar su límite máximo para aproximar la pena al “arresto del tiempo libre”, de suerte que la pena privativa de libertad continua, que no sobrepasase unos determinados límites temporales, pudiera ser ejecutada por *fracciones*, dentro de unos ciertos módulos, dando, así, al penado la oportunidad de invertir su tiempo de ocio o de vacaciones en cumplir la sanción. En parecida dirección habría que situar, como subraya Valmaña Ochaíta, la enmienda presentada por Coalición Canaria al PCP de 1980 (que cuadraba al arresto de fin de semana como pena principal y como sustitutiva) consistente en permitir *excepcionalmente* que la duración de cada arresto se extendiese incluso hasta las ciento ocho horas, computándose, entonces, tal ejecución como equivalente a tres arrestos; criterios, sin embargo, rechazables, en opinión de esta autora, porque permitirían “construir una pena privativa de libertad a la medida de cada condenado, restando por ello bastante del carácter aflictivo que en si mismo contiene la pena”, debiendo destacarse, según Valmaña, además de otros argumentos, que las mencionadas proposiciones no son compatibles con el régimen de aislamiento en celda, que la doctrina defiende, y que nuestro Derecho positivo consagra⁶⁸. A tales consideraciones, podría añadirse que la puerta que se abriría con semejantes propuestas desnaturalizaría, sin duda, la pena de arresto de fin

67 Higuera Guimerá, *La pena de arresto de fin de semana...*, cit., p. 707 y s.

68 Valmaña Ochaíta, S., *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal español*, Madrid, 1990, pp. 116 ss.

de semana, perdiendo toda su virtualidad y sentido, puesto que mal podría tenerse como un sustitutivo adecuado de las penas cortas que privan de libertad de un modo continuado una pena que posibilitase una cierta vuelta, o cuando menos una aproximación, a esa pena de privación de libertad continuada que se dice querer desterrar.

Ha de significarse, finalmente, en relación al tiempo que abarca cada arresto (treinta y seis horas), que, dado que forman una *unidad*, en ningún caso podrá ejecutarse un arresto “incompleto”, puesto que ello sería tanto como aplicar una pena inexistente. Así pues, si como consecuencia de las reglas de determinación de la pena resultase un arresto (que ni siquiera así podría llamarse) con dicha característica, tal fragmento de sanción devendría inejecutable, supuesto que podría darse, por ej., en conexión con la hipótesis prevista en el art. 244 del CP. En el tipo básico de este precepto, que tipifica el delito de robo y hurto de uso de vehículo a motor o ciclomotor ajenos, se consigna una pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana (apartado 1 del art. 244), ordenando el tipo agravado la aplicación de la pena en su mitad superior (apartado 2 del art. 244), pena en su mitad superior que comprenderá una sanción de dieciocho a veinticuatro fines de semana. Pues bien, si desde esa mitad superior hubiese que rebajar la pena en dos, tres o más grados (por la vía, por ej., del art. 9-3ª en relación con el art. 65 del CP de 1973, arts. declarados vigentes por la disposición derogatoria del CP de 1995, o sobre la base del art. 66-4ª o del art. 68 del vigente texto punitivo), podría llegarse a una pena de cuatro arrestos y medio a nueve arrestos, o de dos arrestos y cuarto a cuatro arrestos y medio, con lo cual los límites mínimos y máximos (excepto, claro es, el de nueve arrestos) no resultarían ejecutables “íntegramente” (esto es, incluidos los fragmentos resultantes) precisamente porque ello supondría aplicar una pena inexistente (por ej., de medio arresto: dieciocho horas, o de un cuarto de arresto: nueve horas...), pues no hay arresto de fin de semana (ex art. 37. 1) que no dure las treinta y seis horas.

2.2.3.2. El máximo de veinticuatro fines de semana cuando el arresto es pena principal. La extensión o duración del arresto como pena sustitutiva de la de prisión

Como quiera que la problemática que gira en torno a este epígrafe ha tenido que ser necesariamente tomada en consideración en alguno de los puntos anteriormente tratados, hemos de limitarnos ahora a dejar constancia, a efectos sistemáticos, de que la extensión máxima del arresto de fin de semana como **pena principal** está cifrada, en los ya mencionados arts. 33. 3. 1) y 37. 1, en *veinticuatro*, si bien el art. 70. 2. 5º establece que cuando haya de imponerse la pena superior en grado y ésta exceda del límite máximo fijado para el arresto “su duración máxima será de *treinta y seis fines de semana*”, con lo cual es evidente que entre lo que declara este precepto y lo señalado por el art. 37. 1 (a cuyo tenor el máximo de veinticuatro arrestos *tan sólo* podrá ser superado cuando la pena de Arresto de fin de semana “se imponga como sustitutiva de otra privativa de libertad”) media una inexplicable contradicción⁶⁹. A tal previsión, únicamente hay que recurrir, de acuerdo con lo ya subrayado, en la hipótesis de los arts. 244. 1 y 289 puestos en conexión con el art. 575⁷⁰. Además de ello, cabe resaltar que en los casos en que el Juez o Tribunal acuerden que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa, impuesta según el modelo de cuotas, se cumpla en régimen de arresto de fin de semana⁷¹, se podrán llegar a imponer al condenado hasta *cientos ochenta arrestos de fin de semana*, a la vista de que tal responsabilidad personal subsidiaria puede alcanzar un año de privación de libertad⁷² (esto es, trescientos sesenta días) y de que, según el art.

69 Cfr. Boldova Pasamar, en *Las consecuencias...*, cit., p. 194 s.

70 Cfr. la la nota 61 de este trabajo.

71 Ya se ha significado que si la multa es proporcional, la responsabilidad personal subsidiaria dimanante de su impago podrá ser cumplida mediante trabajos en beneficio de la comunidad, pero no en régimen de arrestos de fin de semana. Vid. art. 53.

72 Vid., *infra*, apartado 2. 3. 4.

37, dos días de privación de libertad equivalen a un arresto de fin de semana⁷³.

73 Así Valdecabres Ortiz, en *Comentarios...*, cit., p. 347. También Molina Blázquez, M^a C. (*La aplicación de la pena*, cit., p. 32 y s.). Esta autora, teniendo en cuenta que, además de la regla de conversión del art. 37. 1 (conforme a la cual un arresto de fin de semana equivale en cualquier caso a dos días de privación de libertad), existe otra en el art. 88. 1 (de acuerdo con la que una semana de prisión es sustituible por dos arrestos de fin de semana), plantea la cuestión de cuál de las dos reglas será la aplicable a este supuesto. Molina Blázquez se inclina por considerar que debe serlo la prevista en el art. 37, y ello porque la remisión de este precepto al art. 88 lo es únicamente para excepcionar el límite máximo de los veinticuatro arrestos de fin de semana y porque la regla del art. 88. 1 se establece a los solos efectos de sustituir la pena de *prisión* (la responsabilidad personal subsidiaria no es técnicamente una pena de *prisión*) que no exceda de dos años, de suerte que si el juzgador opta por el arresto de fin de semana como pena substitutiva, la equivalencia será de dos arrestos por cada semana de *prisión* a sustituir. Pero es que, además, por otra parte, y según también señala Molina, dado que el art. 37. 1 se remite a las reglas (en plural) del art. 88, habrá que considerar no sólo la regla de conversión de una semana de prisión en dos arrestos (art. 88.1), sino, asimismo, la del art. 88. 2, que, al regular la sustitución del arresto de fin de semana por multa, ordena que un arresto de fin de semana sea sustituido por cuatro cuotas de multa. Y como el art. 53. 1 indica que, impagada la multa, surge una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas (esto es, dos días de privación de libertad equivalen a cuatro cuotas), del conjunto de tales normas, se deduce que el CP impone que dos días de responsabilidad personal subsidiaria sean transformables a un arresto de fin de semana (O dicho más brevemente, si un arresto se sustituye por cuatro cuotas, y si dos días de responsabilidad personal subsidiaria equivalen a cuatro cuotas —pues un día de dicha responsabilidad es convertible, según el art. 53. 1 en dos cuotas—, entonces un arresto de fin de semana equivale a dos días de privación de libertad). También, según Gracia Martín, que maneja una argumentación similar a la de Molina, hay que optar aquí por el módulo de conversión del art. 37, pues esta es la solución que, a su juicio, se deriva de una interpretación sistemática (en *Las consecuencias...*, cit., pp. 175 s y 276 s.)

No coinciden en la cifra de ciento ochenta arrestos de fin de semana, imponible en caso de sustituirse un año de responsabilidad personal subsidiaria, Mapelli-Terradillos (*Las consecuencias...*, cit., p. 86), autores que mencionan en este caso la posibilidad de llegar a los ciento treinta y dos arrestos. Estos autores propugnan, de modo contrario al visto, que cada semana de privación de libertad por responsabilidad personal subsidiaria equivalga, a efectos de conversión, a dos arrestos de fin de semana, según lo establecido por el art. 88. 1 (p. 170 y s.)

En todo caso, como también se indicó, cuando la pena funciona como **sustitutiva** de la prisión de hasta dos años, el señalado límite del art. 37. 1 puede ser sobrepasado ampliamente y llegarse a los *doscientos ocho arrestos de fin de semana*, de acuerdo con la regla de conversión que establece el art. 88. 1 (a la que se remite el art. 37. 1), según la cual cada semana de prisión equivale a dos arrestos de fin de semana⁷⁴. De esta manera, el condenado puede estar sujeto a la pena sustitutiva de arresto durante cuatro años, tiempo sin duda inadecuado a las finalidades del arresto de fin de semana⁷⁵.

2.2.4. Cumplimiento

– En lo que atañe al tiempo de cumplimiento, dispone el art. 37. 2 que “tendrá lugar durante los viernes, sábados o domingos...No obstante..., si las circunstancias lo aconsejaren, el Juez o Tribunal sentenciador podrá ordenar, previo acuerdo del reo y oído el Ministerio Fiscal, que el arresto se cumpla en otros días de la semana...”.

La posibilidad de cumplir el arresto en otros días distintos de los que comprenden el fin de semana constituye un acierto, dadas las distintas condiciones laborales o personales de los sujetos, posibilidad que la doctrina había reclamado en relación al PCP de 1980 y a la PANCP de 1983, cuyos arts. 42 y 36, respectivamente, obligaban a la ejecución de la pena, en todo caso, los sábados y domingos⁷⁶. El PCP de 1992 abre por primera vez

⁷⁴ Vid., *supra*, nota 27. De la misma manera que el sujeto con el módulo del art. 88. 1 “gana” más tiempo que el que se derivaría si se utilizase la regla de conversión del art. 37. 1, también lo “pierde”, lógicamente, si quebranta el arresto de fin de semana como sanción sustitutiva, lo cual pueda suponer, según Gracia Martín, un relevante estímulo, desde una vertiente preventivo-especial, para el cumplimiento riguroso de dicha pena sustitutiva (en *Las consecuencias...*, cit., p. 274)

⁷⁵ Sobre la cuestión en el PCP de 1980 y en la PANCP de 1983, vid. Valmaña Ochaíta, *Sustitutivos penales...*, cit., pp. 133 ss.

⁷⁶ Cfr., entre otros, Rodríguez Ramos, L., *El arresto de fin de semana en el Proyecto de Código penal*, La Ley, 1980, n° 35, p. 1039; de Sola Dueñas, *Alternativas...*, cit., p. 215. Ampliamente sobre ello Valmaña Ochaíta, *Sustitutivos penales...*, cit., pp. 114 ss.

la puerta a su cumplimiento en otros días de la semana al señalar en su art. 34. 2 que “se cumplirá...y, *por regla general*, los sábados y domingos”⁷⁷, formula que llega al PCP de 1994 y que es variada en el vigente CP en los términos transcritos, incluyendo el viernes, junto a sábados y domingos, como día de cumplimiento ordinario, inclusión que obedece a la aceptación de una enmienda en el Senado motivada por la necesidad de facilitar la organización de varios turnos en los establecimientos penitenciarios y de permitir una mayor adecuación de la pena a las circunstancias del sujeto. Al propio tiempo, con la aceptación de la indicada enmienda, se suprime la posibilidad de que el cumplimiento del arresto de fin de semana pudiese tener lugar en centros policiales, supresión que parte de considerar tales centros inadecuados y faltos de la infraestructura precisa⁷⁸.

– Respecto al lugar de ejecución, señala el apartado 2 del art. 37 que lo será “el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio de arrestado” y “de no existir centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado, siempre que fuera posible, en depósitos municipales”, indicándose en el

77 A propósito del Borrador de Anteproyecto de CP de 1990, que empleaba ya la misma expresión “por regla general”, había señalado Mir Puig que “seguirá existiendo el mismo problema de que en muchos casos el sujeto que trabaja sólo dispone de un día libre a la semana. Mejor sería abandonar del todo la vinculación al fin de semana...para pasar a una figura de «arresto discontinuo» que pudiera cumplirse también un día a la semana o con la periodicidad que aconsejara la ocupación —o desocupación, en su caso— laboral del sujeto” (*Alternativas a la prisión...*, cit., p. 848)

78 Cfr. la enmienda nº 282 del Grupo Socialista en el Senado, enmienda de la que nos da cuenta Valldecabres Ortiz, en *Comentarios...*, cit., p. 309 y s. Señalaba Luzón Peña, respecto del Anteproyecto de 1992, que “debería admitirse también como modalidad alternativa de cumplimiento, aunque excepcional, el arresto domiciliario...que admitía el art. 42 P. 1980 para el arresto de fin de semana, si bien, por ser menos intimidatorio y por sus dificultades de control, debiera reservarse para situaciones especiales o especialmente favorables en el sujeto o para casos excepcionales de imposibilidad de cumplimiento en otro centro” (*El Anteproyecto de CP 1992...*, cit., p. 56). Sobre el tema, con una exposición de opiniones contrarias a la posibilidad de que el arresto de fin de semana pudiera cumplirse en el propio domicilio del penado, vid., ampliamente, Valmaña Ochaíta, *Sustitutivos penales...*, cit., pp. 124 ss.

apartado 4 de este precepto que “Las demás circunstancias de ejecución se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley penitenciaria, cuyas normas se aplicarán supletoriamente en lo no previsto expresamente en este Código”.

Tal remisión del art. 37-4 a la vía reglamentaria ha sido censurada doctrinalmente, por cuanto la privación de libertad del condenado a la pena de arresto de fin de semana exige, según manifiestan Mappelli-Caffarena-Terradillos Basoco⁷⁹, “una reserva estricta de legalidad”, “sin que resulte saludable —como por su parte subraya García Arán⁸⁰— la remisión de tal materia a la regulación reglamentaria como hace el art. 37. 4 Cp, aunque establezca la supletoriedad de la Ley Orgánica General Penitenciaria”. Y en la misma línea, alude Valldecabres Ortiz⁸¹ a “la confusa interpretación que el legislador hace sobre la reserva de la ley en esta materia”. También Serrano Butragueño⁸² critica que se establezca a través de un Real Decreto (art. 17 RD 690/1996), y no por medio de una Ley Orgánica, que el cumplimiento de la pena lo sea en “un régimen de aislamiento en celda (una ‘restricción’ a la ‘privación’ de libertad)”, régimen, pues, que “puede ser tachado de inconstitucional”.

A propósito, sobre todo, de esta última opinión, debe recordarse que el PCP de 1980 fijaba en su art. 42 el cumplimiento “en régimen de aislamiento en celda”, mención que desapareció en sucesivos textos prelegislativos, planteándose así uno de los aspectos del problema de reserva de Ley destacado, desaparición que tuvo su antecedente, como expone Valmaña Ochaíta⁸³, en una enmienda, la nº 302, del Grupo socialista al

79 Mappelli Caffarena-Terradillos Basoco, *Las consecuencias...*, cit., p. 86

80 Muñoz Conde, F.-García Arán, M, *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., Valencia, 1996, p. 536

81 Quien da cuenta de las modificaciones sufridas por el apartado 4 del art. 37 (en *Comentarios...*, cit., p. 310), que explican los inseguros criterios de nuestro legislador sobre tan básico ámbito.

82 Serrano Butragueño, *Las penas...*, cit., p. 33.

83 Valmaña Ochaíta, *Sustitutivos penales...*, cit., pp. 119 ss.

art. 42 del PCP de 1980, en la que se propuso la eliminación de la referencia al aislamiento en celda “por entenderse que las disposiciones carcelarias españolas no permiten la aplicación de tal medida”. Dieciséis años más tarde, paradójicamente, no es el CP, con su carácter de Ley Orgánica, sino un simple RD el que ordena que el penado cumpla “en celda individual y en régimen de aislamiento, es decir, con absoluta separación del resto de los detenidos, presos o penados que puedan hallarse en un mismo centro o depósito municipal...”, no pudiendo “abandonar la celda salvo en el supuesto que se le hubiera señalado alguna medida prevista en el art. 83. 4 del Código Penal que debiera hacerse efectiva durante el período de arresto y para disfrutar de los períodos de paseo”⁸⁴.

Tan cuestionable reenvío del art. 37. 4 ha venido a ser desarrollado por el RD 690/1996, de 26 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, y por el RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

– Pues bien, en lo que concierne al centro de ejecución del arresto, y de lo dispuesto en los arts. 37. 2 CP, 12 del RD 690/1996 y 163 RD 190/1996, cabe deducir lo siguiente:

a) si en el partido judicial de residencia del penado existen varios centros penitenciarios —hipótesis ciertamente excepcional, habida cuenta de la infraestructura con la que en realidad

84 Al tiempo que hay amplio acuerdo en que el arresto se cumpla en régimen de aislamiento, también se pone el acento en la necesidad de que se prevea la realización de programas de reeducación o tratamiento (Vid. la exposición de Valmaña Ochaíta, *Sustitutivos penales...*, cit., pp. 121 ss.), posibilidad que el RD 690/1996 permite, aunque no lo haga de una manera concreta, puesto que el art. 13 al definir el plan de ejecución únicamente alude en su apartado 4 a que “el cumplimiento de la pena no perjudique las obligaciones laborales, formativas o familiares del condenado...”, mencionándose, eso sí, en el art. 17 el art. 83. 4 del Código penal, que se refiere a la participación “en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares”

se cuenta—, el arresto se cumplirá en el centro (de inserción social⁸⁵) más próximo al domicilio del sujeto;

b) si hay un solo centro penitenciario en dicho partido judicial, el arresto de fin de semana se cumplirá necesariamente en ese centro;

c) si no hay centro en el partido judicial de residencia del sujeto, el Juez o Tribunal sentenciador, si las circunstancias lo aconsejaren y fuera posible (la imposibilidad puede deberse, por ej., a la inexistencia de plazas), siempre que el penado manifieste su acuerdo y oído el Ministerio Fiscal, podrán ordenar que se cumpla en el depósito municipal de detenidos;

d) si no hay establecimiento penitenciario en el partido judicial donde resida el penado, y no se ha acordado su ingreso en el depósito municipal de detenidos (por ausencia de alguno de los requisitos acabados de citar en la letra c), la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (u organismo autonómico equivalente, cuando estén transferidas las competencias en esta materia) fijará el centro de otro partido judicial para cumplir el arresto; y

e) caso de existir centro o centros en el partido judicial de residencia del penado, aunque estuviese, sin embargo, más próximo a su domicilio un establecimiento penitenciario de otro partido judicial, parece que el sujeto ha de ser ingresado en el centro del propio partido judicial, pues, sin necesidad de acudir a otras razones de tipo competencial, sería absurdo que si no hay centros penitenciarios en el partido judicial, la encargada de asignar el centro de otro partido fuese la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y, que, por el contrario, si hubiese centro en el propio partido aunque más alejado del domicilio del sujeto que el centro perteneciente a otro partido judicial, fuese el Juez o Tribunal el que fijase el cumplimiento en ese

85 Los arts. 163 y 164 RP definen las características y funciones de estos centros. Vid, supra, notas 49 y 54.

centro por el solo hecho de que esté más cercano a la residencia del penado que el existente en su propio partido.

Del resto de las circunstancias de ejecución, cabe destacar como esencial la definición del denominado “plan de ejecución”. En efecto, según el art. 13 del RD regulador, el Director del establecimiento (o, en su caso, el encargado del depósito municipal), recibido el mandamiento de cumplimiento de la pena, definirá el *plan de ejecución*, que deberá contener al menos los datos y extremos a que se refiere el apartado 3 del aludido art. 13 (de identidad del penado, de su domicilio o residencia, trabajo u ocupación habitual, delito por el que ha sido condenado y el número de arrestos impuesto, así como los concretos días en que se hará efectiva la ejecución del arresto), y en cuya elaboración se ha de pretender no perjudicar las obligaciones laborales, formativas o familiares del condenado. Dicho plan de ejecución tiene que ser aprobado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, exigencia ésta que censura Serrano Butragueño⁸⁶, puesto que, en su opinión, debería ser el Juez o Tribunal sentenciador, cuya potestad se extiende a hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE), el que diese el visto bueno al mismo, circunscribiéndose, así, la actuación del Juez de Vigilancia a controlar su *cumplimiento*.

El ingreso del penado en el establecimiento penitenciario o, en su caso, en el depósito de detenidos para el cumplimiento del arresto, salvo que el Juez o Tribunal hubiese dispuesto la ejecución en otros días de la semana, “deberá efectuarse entre las ocho de la mañana del viernes y las doce del mediodía del sábado. A partir de esa hora no se admitirá ningún ingreso” (art. 14), régimen de ingreso que únicamente resulta válido, claro es, para los supuestos en los que el arresto haya de llevarse a cabo en fin de semana: “cuando se disponga que se cumpla en otros días...la incidencia del ingreso no está regulada en absoluto” (Gracia Martín⁸⁷). De otra parte, el modo de cumplimiento se

⁸⁶ Serrano Butragueño, *Las penas...*, cit., p. 32.

⁸⁷ Gracia Martín, en *Las consecuencias...*, cit., p. 310

prevé en el ya citado art. 17 (que impone la ejecución en celda individual y en régimen de aislamiento), recogiendo los derechos y deberes del penado en los arts. 18 y 19 respectivamente⁸⁸.

2.2.5. Incumplimiento del arresto: ausencias injustificadas

Debemos distinguir en relación a este epígrafe si el quebrantamiento lo es del arresto como pena principal, del arresto como pena sustitutiva de la pena de prisión de hasta dos años o del arresto como modo de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria.

2.2.5.1. En el arresto como pena principal

Si se quebranta el arresto de fin de semana impuesto como pena principal, a través de dos ausencias injustificadas⁸⁹,

⁸⁸ El art. 21. 2 establece que “en el caso de que la pena de arresto se cumpla ininterrumpidamente se le permitirá mantener una comunicación semanal de cuarenta minutos de duración con sus familiares y allegados íntimos por los locutorios generales del centro o en el local habilitado al efecto...” (El art. 45. 4. y 5. del RP prevé, para el resto de los penados, la concesión de una comunicación íntima al mes como mínimo de una duración de entre una y tres horas y la concesión de una visita, con la misma duración, también una vez al mes como mínimo, de familiares y allegados). Obsérvese que el supuesto contemplado por el art. 21. 2 del RD, regulador de la ejecución de los arrestos de fin de semana, sólo se dará si el arresto impuesto como pena principal ha sido quebrantado, con lo cual se podrá proceder el cumplimiento ininterrumpido por un máximo de cuarenta y ocho días, habida cuenta de que el límite máximo del arresto como pena principal es de veinticuatro arrestos. El art. 21. 2 no se puede referir al arresto impuesto como sustitutivo de la pena de prisión de hasta dos años, puesto que su quebrantamiento comportaría sencillamente volver a la pena de prisión que fue sustituida, con lo cual el sujeto cumple “*ininterrumpidamente*” la pena de prisión y no la pena de arresto, como contempla el citado art. 21. 1, y quedará sometido, en consecuencia, a las prescripciones de la LGP y del RP.

⁸⁹ Según Higuera Guimerá (*La pena de arresto de fin de semana...*, cit., p. 712), debería bastar una sola ausencia injustificada para que se pudiera decretar el cumplimiento ininterrumpido, puesto que con dicho incumpli-

dispone el art. 37.3 que “el Juez de Vigilancia, sin perjuicio de deducir testimonio por el quebrantamiento de condena, podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente”, es decir, el precepto, dadas las dos ausencias no justificadas, faculta, pero no obliga, al Juez de Vigilancia Penitenciaria a que imponga el cumplimiento ininterrumpido del arresto.

Caso de decidirse por decretar la ejecución ininterrumpida, el máximo de días de privación de libertad a cumplir de modo continuado será de cuarenta y ocho, teniendo en cuenta que el límite del arresto como pena principal es de veinticuatro fines de semana (art. 33.3.i) y que “en cualquier caso”, cada arresto equivale a dos días de privación de libertad (art. 37.1). Y, si bien el precepto no lo explicita, habrá que entender que los arrestos de fin de semana ya cumplidos servirán como descuento para calcular los días de privación de libertad ininterrumpida que el sujeto vaya a sufrir; aunque no hubiese estado demás, ciertamente, una previsión específica imponiendo el abono de lo ya ejecutado⁹⁰ a la manera, por ej., en que lo ordena, con módulos de conversión distintos dada la materia que regula, el art. 88.3 (se descontará “en su caso, la parte de tiempo que se haya cumplido, de acuerdo con las reglas de conversión respectivamente establecidas en los apartados precedentes”).

Con la previsión específica del descuento —cuya introducción en el CP hubiera resultado aconsejable, como decimos—, se evitarían posibles interpretaciones sosteniendo, por ej., que de haberse querido por la ley el mencionado descuento

miento ya “se rompe el ‘diálogo’ y la ‘confianza’ que en definitiva supone la nueva pena... La Administración penitenciaria queda entonces defraudada”. En el mismo sentido, Valmaña Ochaíta, *Sustitutivos penales...*, cit., p. 139. En contra de tal propuesta se pronuncia Robledo Ramírez, *Concepto y principios...*, cit., p. 350, nota 546.

90 Pese a que pueda parecer elemental la procedencia del abono, tiene razón Robledo Ramírez al señalar, a propósito de parecida problemática, aunque con matices distintos, en relación al PCP de 1980 que “si todo se considerara ‘elemental’ tampoco haría falta reconocer expresamente que el tiempo de prisión preventiva sufrido por el condenado debe descontarse de la duración de la pena impuesta” (*Concepto y sistema...*, cit., p. 351, nota 548)

así lo habría señalado, tal como hizo en el art. 88.3; interpretaciones, pues, que llevarían a la consecuencia de que lo que la ley pretendió fue, precisamente, establecer un régimen distinto para ambos casos. Una tal inteligencia de la materia, al margen de que no hay razones materiales que la avalen, resultaría, de todos modos, rechazable, puesto que para llegar al resultado a que la misma conduce, lo exigible sería, por el contrario, que fuera la propia ley la que negara expresamente la imputación de los arrestos ya cumplidos a la privación de libertad a cumplir de forma ininterrumpida por el penado. A ello, además, habría que añadir, un argumento de carácter sistemático: el no admitir que de dicha privación de libertad continuada se descuenten los arrestos de fin de semana ya ejecutados, haría por completo incomprensible la indicación del art. 37.1 según la cual, el arresto “equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad”, declaración que se explica únicamente porque la ley quiere que, si se producen dos ausencias injustificadas, los arrestos ya cumplidos sean tenidos en cuenta (en la medida que dicho precepto prescribe: un arresto “descuenta” dos días) para el cómputo de la pena privativa de libertad que se va a ejecutar de manera ininterrumpida. Tal previsión, en definitiva, vendría carente de sentido si no se vinculase al quebrantamiento, por dos ausencias injustificadas, de la pena de arresto de fin de semana impuesta como principal⁹¹.

Y como el abono, según reiteradamente se ha expuesto, supone que por cada fin de semana que reste (todos los incumplidos) se cumplan dos días de privación de libertad ininterrumpidamente, las treinta y seis horas que abarca un arresto se con-

91 Si la *voluntas legis* hubiera sido sólo la de hacer tal previsión de convertibilidad (un arresto equivale a dos días de privación de libertad) ligada a la transformación de la reposabilidad personal subsidiaria (surgida como consecuencia del impago de la multa impuesta conforme al sistema de cuotas) en arrestos de fin de semana, lo lógico hubiera sido que el legislador la incluyese en el art. 53, como hizo en el art. 83 cuando el arresto de fin de semana sustituye a la pena de prisión de hasta dos años.

vierten en dos días⁹², esto es, un día y medio (treinta y seis horas) se transforman en dos días, incrementándose, de esta suerte, el tiempo de privación de libertad del condenado⁹³.

Además de la ejecución ininterrumpida, las dos ausencias injustificadas motivarán, según el art. 37.3, que el Juez de Vigilancia Penitenciaria deduzca testimonio por el quebrantamiento de condena, prescripción que ha podido ser vista por algún autor⁹⁴ como atentatoria contra el principio *ne bis in idem*, al considerarse que de un mismo hecho (las ausencias no justificadas) se hacen derivar dos consecuencias jurídicas: el cumplimiento continuado del arresto, de una parte, y el delito de quebrantamiento de condena, por otra. Opinión no compartida, sin embargo, por aquellos que estiman que esa conducta única del sujeto (el incumplimiento del arresto a través de las dos ausencias injustificadas) afecta, en realidad, a dos bienes jurídicos distintos: el *quebrantamiento* atentaría contra la Administración de justicia, mientras que el *mal cumplimiento* vendría a contrariar el orden o disciplinas penitenciarias⁹⁵.

Y, precisamente, en punto al posible delito de quebrantamiento de condena, se suscita la interesante cuestión de la pena del sujeto que quebranta (por dos ausencias no justificadas⁹⁶) el

92 Coincidiendo con lo expresado en el texto, Boldova Pasamar afirma que la duda, que, a primera vista, puede parecer que queda en el aire, de si el cumplimiento ininterrumpido de cada arresto de fin de semana ha de durar treinta y seis horas o dos días de privación de libertad, ha de resolverse en este último sentido (en *Las consecuencias...*, cit., p. 103 s., nota 58)

93 Ponen de relieve esta consecuencia, en tono crítico, entre otros, Mapelli Caffarena-Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 86; Valmaña Ochaíta, *Sustitutivos penales...*, cit., p. 140; Robledo Ramírez, *Concepto y principios...*, cit., p. 352 y Rodríguez Ramos, *El arresto...*, cit., p. 1039

94 Así, Mapelli Caffarena-Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 87.

95 En este sentido, Higuera Guimerá, *La pena de arresto...*, cit., p. 712 y s. y Serrano Butragueño, *Las penas...*, cit., p. 32, nota 36

96 Subrayan Mapelli Caffarena-Terradillos Basoco (*Las consecuencias jurídicas...*, cit., p. 87) que para deducir testimonio por quebrantamiento de condena no es necesario esperar a que se produzca la segunda ausencia no jus-

arresto de fin de semana. Y ello porque el art. 468 prevé un castigo distinto según que el quebrantamiento se realice por quien está privado de libertad o por quien no lo está (en el primer caso, la pena es la de prisión de seis meses a un año y, en el segundo, la de multa de doce a veinticuatro meses)⁹⁷. A juicio de López Garrido y García Arán⁹⁸, que son quienes primero han planteado el problema, comoquiera que el precepto cita entre las privaciones de libertad otras distintas de la prisión (conducción, custodia, medidas cautelares...), tal vendría a significar que no se equipara privación de libertad con pena privativa de libertad; esto es, que se contempla como supuesto diferenciado el quebrantar la situación de privación de libertad, se esté o no sometido a una pena privativa de libertad (y ello daría lugar a la imposición de la más grave de las sanciones previstas en el art. 468) respecto, por ej., del supuesto del quebrantamiento de una pena

tificada, puesto que el delito del art. 468 no lo exige. Al parecer también de García Albero, “una sola ausencia, cuando conste por otros medios la intención de quebrantar la condena —el sujeto se disponía, por ejemplo, a abandonar el país—, supone la consumación del delito [sc., del art. 468], sin que ello se vea perjudicado por la examinada referencia a las dos ausencias injustificadas” (en *Comentarios...*, cit., p. 2000 s.). Prats Canut, por su parte, observa que por más que el art. 468 no establezca una definición normativa sobre el significado y alcance del quebrantamiento, por lo que será tarea del juez integrar dicho elemento, “en materia de arrestos de fin de semana quedará vinculado por las prescripciones del presente artículo [el 37], de tal suerte que el incumplimiento no justificado, una vez del arresto de fin de semana, no permite deducir testimonio por delito de quebrantamiento de condena (en *Comentarios...*, cit., p. 337 s.). En este sentido, González Rus señala que puesto “que la pena no se considera incumplida —o lo que es lo mismo, quebrantada— hasta la segunda incomparecencia... ni siquiera podría considerarse que la primera falta integra la tentativa” (en *AAVV, Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, II, Madrid, 1997, p. 553). Y, en efecto, parece que la dicción del art. 37. 2 está excluyendo, para el caso del arresto de fin de semana, por razones de política-criminal, el delito de quebrantamiento de condena hasta que no se produzca la segunda ausencia.

97 A tenor del art. 468, “Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieren privados de libertad, y con la multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos”.

98 Cfr. López Garrido-García Arán, *El Código penal de 1995...*, cit., p. 60.

privativa de libertad que no implique una privación de libertad de modo fáctico o material en el momento o “en la situación normal de quebrantamiento”, caso en el que habría que incardinar la conducta del que quebranta (a través de dos ausencias injustificadas) el arresto de fin de semana, cuya condición prevalente no es, pues, a estos efectos, la de un privado de libertad (hipótesis en la que procede la menor de las penas previstas en el art. 468). O dicho en otros términos, la situación del condenado a la *pena privativa de libertad* de arresto de fin de semana no es, en el momento de su incomparecencia a cumplirlo, la propia de quien está privado de libertad, situación de privación de libertad (que el CP permite entender en un sentido fáctico, no formal) constitutiva del presupuesto básico para aplicar la pena más grave del art. 468⁹⁹, opinión compartida por García Albero, quien subraya que hay que afirmar que la situación no sólo fáctica sino también normativa del condenado a la pena de arresto de fin de semana es la de libertad, excepto, como es obvio, los días de ejecución del arresto: “interpretar aquí que el sujeto, pese a todo, y en el momento de verificarse la acción, está privado de libertad, supondría rebasar el tenor literal posible del precepto, incurriéndose en analogía *in malam partem*”¹⁰⁰. También Manzanares Samaniego considera, en fin, que, a los efectos del art. 468, “debe entenderse que el condenado a arresto de fin de semana no está privado de libertad cuando no acude al centro de cumplimiento, aunque dicha pena sea precisamente privativa de libertad”¹⁰¹.

99 Otra cosa sería que el penado quebrantare el arresto de fin de semana durante su cumplimiento, por más que ello nos situaría fuera ya del quebrantamiento por dos ausencias, amén de ser una hipótesis completamente inverosímil.

100 García Albero, en *Comentarios...*, cit., p. 1998. Distinto sería el caso —indica este autor— del que, condenado a pena de prisión y disfrutando de un permiso, o gozando del régimen abierto, no regresa al establecimiento penitenciario, pues en tal “hipótesis” está pese a ello privado de libertad en tanto que sujeto a una resolución judicial que le priva de ella”

101 Manzanares Samaniego, J.L., en *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, Madrid, 1997, p. 1019.

De modo contrario, González Rus, al estimar que la importante diferencia de pena que se establece en el art. 468 únicamente puede estar justificada en “términos de *naturalaleza* de la consecuencia quebrantada y no de la situación circunstancial del sujeto en el momento de realizar el delito”, concluye sosteniendo que el quebrantamiento del arresto de fin de semana debe ser objeto de la penalidad agravada¹⁰².

2.2.5.2. *En el arresto como pena sustitutiva*

Si se quebranta el arresto de fin de semana impuesto como sustitutivo de la prisión de hasta dos años, incumpléndolo en todo o en parte, determina el art. 88. 3 que la prisión “se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo que se haya cumplido, de acuerdo con las reglas de conversión respectivamente establecidas en los apartados precedentes”, esto es, y según el art. 88. 1, a razón de una semana de prisión por cada dos arrestos de fin de semana incumplidos. Se utiliza, pues, lógicamente, la misma regla de conversión, pero a la inversa, que la empleada para calcular el número de arrestos que correspondieron como sustitutivo de la prisión, con lo cual no se incrementa la sanción del penado¹⁰³. En suma, el incumplimiento total o par-

102 González Rus, J.J., en *Curso...*, cit., pp. 549 y 552.

103 Por consiguiente, si se le sustituyeron por dos años de prisión doscientos ocho arrestos y esta pena sustitutiva fue incumplida desde el principio, cumplirá los dos años de prisión.

Como en esta materia resulta posible, claro es, que puedan producirse casos en los que la transformación no pueda hacerse utilizando la fórmula global que utiliza el CP (en la que se establece la equivalencia entre dos arrestos de fin de semana/semana de prisión), cabe preguntarse cuál será la solución en tales supuestos. Por ej., ¿qué sucederá si al sujeto, en el momento de incumplir la pena sustitutiva de arresto de fin de semana, le faltaba un número impar de arrestos por cumplir?, ¿cuál será el tiempo de prisión que le corresponderá? Pues bien, cuando resten fracciones de unidad (de la pena de arresto de fin de semana) por cumplir (fracción que equivaldría a media semana), dos son las soluciones que pueden manejarse: o bien dejar de tomar en consideración esa fracción de la unidad legal que forman los dos

cial de la pena de arresto de fin de semana, impuesta como sustitutiva de la prisión, produce, sencillamente, la vuelta al cumplimiento de ésta como pena principal.

arrestos, o bien, por el contrario, hacer equivalente esa fracción (de un arresto) a tres días de prisión (o tres días y medio, nunca cuatro). A mi juicio, y ya no únicamente por una interpretación pro reo, es preferible la primera de ellas, si tenemos en cuenta que el CP parece haber querido que la conversión, para ser llevada a cabo, tenga como presupuesto indeclinable la *ratio*, utilizada por el art. 88. 1, semana/dos arrestos de fin de semana.

Cuestión hasta cierto punto semejante se plantea ya en el momento de *transformar* la pena de prisión en arrestos de fin de semana, dado que la pena a sustituir estará normalmente fijada en años, meses y días, y no en semanas. Si, para calcular cuántos fines de semana corresponden como pena sustitutiva, partimos de que un mes tiene cuatro semanas (a esta interpretación daría pie el que el arresto de fin de semana, como pena principal, haya venido a sustituir a las penas privativas de libertad inferiores a los seis meses y tenga como límite máximo veinticuatro arrestos, con lo cual pudiera parecer que el legislador parte de la base de que un mes abarca cuatro semanas justas), tendríamos que admitir que el año no está compuesto por cincuenta y dos semanas (como, sin embargo, está), sino por cuarenta y ocho. ¿Cómo realizar, entonces, la sustitución si el sujeto ha sido condenado —pone como ej. Gracia Martín— a ocho meses de prisión?, ¿cómo operar si, a la hora de llevar a cabo la sustitución, restan, v. gr., días que no lleguen a formar una semana? La solución preferible, según Gracia —solución a la que me adhiero—, es la de dividir por siete el número de días naturales que abarque la condena, con lo cual se obtendrán las semanas que servirán de *unidad* para *convertir* cada una en dos arrestos de fin de semana. Y caso de que resten días que no constituyan una semana completa, los mismos deberán despreciarse en razón de que no conformarán la semana a la que como módulo se refiere el legislador para que pueda efectuarse el proceso de sustitución. Cfr., para más detalles, Gracia Martín, en *Las consecuencias...*, cit., p. 274 s. Por su parte, Pastor Alcoy (*Guía urgente del nuevo Código penal*, Valencia, 1996, p. 73), tras rechazar el entendimiento del problema que lleva a afirmar que el año comprende cuarenta y ocho semanas, y no cincuenta y dos (“con los agravios comparativos que ello pueda suponer”), y desestimar, igualmente que pueda interpretarse en esta materia que cada mes equivale a 4, 2857 semanas (resultado de dividir treinta días que tiene el mes entre siete días que componen una semana), pues el arresto de fin de semana tiene “entidad propia, y trocearla en días, horas y minutos atentaría contra su naturaleza”, pone de manifiesto que la inteligencia más real y proporcionada en esta materia es la de considerar que “cada año tiene 52 semanas, por lo que 6 meses tendrán 26 semanas, 3 meses son 13 semanas: y un mes y medio son 6 semanas y media” (Según este modo de resolver el problema, como puede comprobarse, y a diferencia del punto de vista propug-

Por lo demás, habida cuenta de que, conforme al art. 83. 3, cualquier incumplimiento de la pena sustitutiva trae consigo la vuelta al cumplimiento de la pena principal, bastará, también en el arresto de fin de semana, con que el condenado incurra en una ausencia injustificada¹⁰⁴ para que proceda la ejecución de la pena de prisión, sin que para el sujeto se derive otra consecuencia¹⁰⁵. Desde luego, en el apartado 3 del art. 83 no se menciona la posibilidad de que se deduzca testimonio por el quebrantamiento de condena como en el art. 37. 3 (vid. el art. 100. 1, en el que también se prevé la deducción de testimonio por el quebrantamiento de la medida de internamiento), acaso porque estamos ante dos situaciones distintas: se trataría, según López Garrido-García Arán¹⁰⁶, de que con el quebrantamiento se hace ineficaz una pena, lo cual sólo sería compensable por la aplica-

nado por Gracia, se viene a otorgar a *media semana* el carácter de unidad a efectos de que pueda ser “cambiada” por un arresto de fin de semana, criterio que al principio de esta nota descartamos). Con todo, el propio autor admite que tal comprensión de la materia deja por resolver el problema cuando la pena de prisión impuesta sea de *un mes*. Por ello, propone Pastor, en relación con este ejemplo, que el Juez, que en la propia sentencia puede sustituir la prisión, imponga cuatro o cinco semanas de prisión para seguidamente “proceder a su sustitución sin conflictos, ni posibles recursos”.

104 En opinión de Prats Canut, sin embargo, un solo incumplimiento o ausencia injustificada no implica quebrantamiento, con lo cual no procede en este caso la ejecución de la pena de prisión; será preciso, por tanto, para que se origine el cumplimiento de la pena sustituida (la pena de prisión) que el sujeto hubiese incurrido en dos ausencias no justificadas (en *Comentarios...*, cit., p. 488 s.). Coincide Prats Canut en este punto con el parecer de Mir Puig (*Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 719, marginal 84), si bien estos autores, como se expondrá a continuación en el texto, divergen a la hora de apreciar en tal supuesto el delito de quebrantamiento de condena.

105 En el PCP de 1980 (art. 99, párr. 2º) y en la PANCP (art. 82. 1) los fines de semana ya cumplidos, por el contrario, no se computaban para la vuelta a la pena de prisión, con lo cual el sujeto estaba más tiempo privado de libertad que el señalado en la sentencia condenatoria, “además del agravio comparativo que podría suponer la aplicación de esta medida a dos individuos, uno que incumpliera la pena en el primer arresto, y otro, que incurriera en una ausencia no justificada al borde de la expiración de su condena” (Valmaña Ochaíta, *Sustitutivos penales...*, cit., p. 142). Por eso, el PCP de 1992 impone, en su art. 88. 2, el descuento.

106 López Garrido-García Arán, *El Código penal de 1995...*, cit., p. 73 y s.

ción del art. 468, mientras que el incumplimiento del arresto de fin de semana, como sustitutivo, supondría únicamente el incumplimiento de una condición a la que se somete al sujeto para evitarle la prisión (pena a la que fue condenado), y si no cumple dicha condición, es decir, si no supera esa especie de prueba, será suficiente con hacerle volver a la pena principal, sin necesidad de aplicar ninguna otra consecuencia gravosa para él. En esta misma dirección se pronuncia Sánchez Yllera: “la pena sustitutiva busca favorecer la reinserción social del penado. Su quebrantamiento pone de relieve el fracaso de la prueba y la oportunidad de ejecutar la pena inicialmente sustituida...El efecto del quebrantamiento o del incumplimiento de las penas sustitutivas —sea éste arresto, multa o trabajos en beneficio de la comunidad— será el cumplimiento de la pena originariamente impuesta...”¹⁰⁷. Y, como por su parte escribe García Albero, abundando en esta línea, el incumplimiento o quebrantamiento de la pena sustitutiva tiene un régimen propio (el del art. 88. 3), régimen que deja sin aplicación el art. 468: “la relevancia jurídica del quebrantamiento de las penas sustitutivas se agota por ello en la ejecución de la pena sustituida”, solución lógica, según este autor, no ya por la falta de referencia legal a la posible responsabilidad por el quebrantamiento de la pena sustitutiva, sino en razón de que no se produce en este supuesto la lesión del bien jurídico protegido por el tipo del art. 468: “la efectividad de la resolución judicial —condena— no se ve perjudicada por el hecho de que el sujeto incumpla mecanismos sustitutorios que al fin y al cabo tratan de evitar el cumplimiento de la pena principal impuesta, la única cuya frustración sí supone un ataque a aquélla”¹⁰⁸. También Prats Canut, en este sentido, subraya

107 Sánchez Yllera, en *Comentarios...*, cit., p. 502 s.

108 En congruencia con tal planteamiento, hace notar García Albero que, puesto que los trabajos en beneficio de la comunidad funcionan tan sólo como pena sustitutiva, el incumplimiento de los mismos nunca dará lugar al quebrantamiento del art. 468, sino que provocará como única consecuencia la ejecución de la pena originaria o principal de la que los mismos traen causa. Cfr. García Albero, R., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 1999).

que, en puridad, el incumplimiento de la pena sustitutiva no comporta que la condena se quebrante, sino que implica únicamente el cumplimiento de la condena de una forma distinta: la condena “en ningún caso ha dejado de cumplirse, sólo se han modificado los términos de su ejecución como consecuencia de su incumplimiento”¹⁰⁹. Igualmente, Mapelli-Terradillos, que estiman un acierto que el legislador no haya previsto la posibilidad de deducir testimonio en relación con el delito de quebrantamiento de condena para estos casos (evitándose, así, la acumulación de nuevas penas, por hechos de escasa entidad, que vendría a dificultar la aplicación de alternativas a la prisión), consideran que no corresponde en la hipótesis de referencia la apreciación del delito del art. 468, puesto que “el legislador entiende el tiempo de cumplimiento de la pena sustituyente como período de prueba en el que la suspensión definitiva depende del cumplimiento de la nueva pena...”¹¹⁰.

Frente a la interpretación acabada de exponer, apunta Mir Puig que con la previsión del art. 37.3, señalando que el delito de quebrantamiento de condena surge a partir de la segunda ausencia injustificada, se trata de evitar que una sola ausencia no justificada origine ya la comisión del delito (única ausencia que, de no existir esa específica disposición, daría ya lugar, en efecto, según Mir, por sí sola, al delito del art. 468). Sentada,

109 A ello añade Prats Canut la consideración de que “deducir testimonio por quebrantamiento en cualquier caso supone dotar de eficacia jurídica dos veces a un mismo hecho, una para fundamentar la modificación del cumplimiento y otra para deducir testimonio, lo cual supone cuando menos una fricción con el principio non bis in idem, de tal suerte que como mínimo cabe exigir que, dada la gravedad de la consecuencia, la misma esté legalmente prevista, tal y como ocurre con el art. 37 NCP, y que no quepa invocarla cuando no se dé dicha previsión legal en base a una discutible eficacia extensiva de dicha aplicación” (en *Comentarios...*, cit., p. 489).

110 “...y de las eventuales obligaciones que el Juez decida imponer de acuerdo con el art. 83”. Parecen inclinarse estos autores, pues, por considerar que la inobservancia de las obligaciones o deberes previstos en el art. 83, y que según el art. 88. 1 pueden imponerse acompañando a la pena sustitutiva, da lugar a la ejecución de la pena sustituida (*Las consecuencias...*, cit., p. 105 s.). Vid. sobre ello las notas 27 y 114 de este trabajo.

pues, tal prescripción por el art. 37.3, que, según Mir, posee alcance general en relación al arresto de fin de semana, ya no resultaba preciso que se volviese a repetir respecto al arresto de fin de semana sustitutivo de la pena de prisión, materia en la que se deberá seguir, en consecuencia, el indicado régimen general del art. 37.3, de manera que si se dan dos ausencias injustificadas, además de revocarse la sustitución, habría incurrido el sujeto en un delito de quebrantamiento de condena¹¹¹.

Cabe poner de relieve, por último, que el legislador si bien ha previsto en el art. 88. 1, *in fine*, que con la sustitución de la pena de prisión puedan serle impuestas al penado una o varias de las obligaciones o deberes, de entre los consignados en el art. 83¹¹², no ha señalado paralelamente —lo cual constituye una grave omisión— las consecuencias que la inobservancia de dichas obligaciones o deberes pudiera acarrear. Pues, en efecto, el art. 88. 3, al regular el quebrantamiento o incumplimiento (en todo o en parte) lo refiere exclusivamente a la *pena* sustitutiva y no a tales reglas de conducta, que no pueden estimarse stricto sensu una pena (“acompañan” a la pena, pero *no son* pena)¹¹³. Por consiguiente, conforme a la letra de la ley —que marca el límite más allá del cual no puede ir la interpretación—, ninguna consecuencia es posible deducir del mencionado incumplimiento. O dicho en otros términos, no podría darse la revocación de la pena sustitutiva (en nuestro caso el arresto de fin de semana),

111 Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 719

112 Dichas obligaciones o deberes son los siguientes: “1º Prohibición de acudir a determinados lugares.—2º Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.—3º Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o Servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.—4º Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.—5º Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”

113 Alude el apartado 3 del art. 88 al “quebrantamiento o incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva...”

mientras dicha *pena* no resulte ella misma incumplida, situación, ni que decir tiene, a todas luces insatisfactoria¹¹⁴.

2.2.5.3. *En el arresto como modo de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria*

Si se quebranta el arresto de fin de semana impuesto como un modo de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria¹¹⁵, aunque el art. 53 no menciona esta eventualidad, parece que ha de procederse al cumplimiento de la pena privativa de

114 Quizá por ello, como ya se dejó constancia en la nota 27 de este trabajo, porque materialmente es inadmisibles que no se siga consecuencia alguna por el incumplimiento de las citadas reglas de conducta, Sánchez Yllera se inclina por sostener que en tal hipótesis procede la revocación de la sustitución y la vuelta a la pena originaria de prisión (en *Comentarios...*, cit., p. 502). A la misma solución llega Gracia Martín al indicar que “ninguna consecuencia específica se atribuye al incumplimiento de los deberes o reglas de conducta que hayan podido imponerse al penado junto a la pena sustitutiva. A mi juicio, sin embargo —afirma Gracia—, cabe entender que dicho incumplimiento cabrá en el concepto de «incumplimiento en parte» de la pena sustitutiva y que entonces dará lugar a la revocación de la misma con el correspondiente regreso a la pena primaria” (en *Las consecuencias...*, cit., p. 280).

En el sentido del texto, invocando el art. 4. 1 para descartar también la aplicación del art. 84. 2 a supuestos distintos de la remisión condicional, Serrano Butragueño, *Las penas...*, cit., p. 91. La misma posición mantiene Prats Canut, en *Comentarios...*, cit., p. 488: “el punto tercero [sc., del art. 88] es claro al hablar de pena, mientras que las reglas del art. 83 NCP no tienen dicha naturaleza”.

115 Posibilidad que únicamente se puede dar —como hemos repetidamente puesto ya de manifiesto— cuando dicha responsabilidad (el llamado “arresto sustitutorio”) se ha producido como consecuencia del impago de la multa impuesta por el sistema de días-multa (pudiendo, además, acudir en esta hipótesis de impago, alternativamente, a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad). Si dicha responsabilidad personal subsidiaria trae su causa del impago de la multa proporcional, la misma podrá cumplirse mediante trabajos en beneficio de la comunidad, pero no, a diferencia del caso anterior, en régimen de arrestos de fin de semana (vid. art. 53. 1 y 2). Sobre ello, vid. en el apartado 2. 3. 4 alguna interpretación que trata de remediar lo que parece un olvido del legislador.

libertad continuada en que consiste tal responsabilidad personal subsidiaria¹¹⁶, descontándose de la misma, pese a que el citado art. 53 omite cualquier indicación al respecto, los arrestos de fin de semana que el penado haya podido cumplir, y ello con los módulos del art. 371 (los mismos que los empleados para “convertir” la responsabilidad personal subsidiaria en arrestos de fin de semana: dos días de privación de libertad equivalen a un fin de semana). La indicada falta de previsión específica respecto del quebrantamiento del arresto de fin de semana (o de los trabajos en beneficio de la comunidad) como modo de cumplir la privación de libertad por responsabilidad personal subsidiaria, da idea de lo que Prats Canut califica como “una cierta improvisación del legislador”, vacío legal que cabe interpretar, al parecer de este autor, “entendiendo que el régimen de quebrantamiento del arresto sustitutorio, que como ya hemos dicho carece de diferencias tanto de naturaleza como de cumplimiento con la pena de prisión, debe acomodarse a las reglas de ésta, por tanto el incumplimiento de la pena sustitutoria debería llevar al cumplimiento de la pena originaria, en este caso, la responsabilidad personal subsidiaria”¹¹⁷.

116 Según Mir Puig, además de revocarse la sustitución, se castigará por delito de quebrantamiento de condena (*Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 719, marginal 84).

117 Prats Canut, en *Comentarios...* cit., p. 489. Para un punto de vista distinto sobre el contenido y cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, puede consultarse, infra, la nota 137.

2.2.6. La sustitución del arresto de fin de semana¹¹⁸

El arresto de fin de semana, cuando es impuesto como pena principal¹¹⁹, puede ser sustituido, de acuerdo con los términos del art. 83. 2, por la multa o trabajos en beneficio de la comunidad¹²⁰. Y ello sucede, en primer lugar cuando el tipo penal vulnerado establece dicha pena (como sucede, por ej., en los arts. 226, 244, 379, 617, 618, etc.); y también, en segundo lugar, cuando al arresto de fin de semana se llega en acatamiento de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 71, es decir, cuando procediendo imponer la prisión inferior a los seis meses, en virtud de las reglas de determinación de la pena, resulta obligado acudir a lo que se ordena en la sección 2ª del cap. III del título III (lib. II). Y aunque tengan que seguirse los módulos del art. 83,1 para transformar esa prisión por debajo de los seis meses en arrestos

118 Que el arresto de fin de semana pueda ser sustituido le parece a Cerezo Mir una opción legislativa desacertada, puesto que con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no se satisfacen de la misma manera que con el arresto de fin de semana (pena que se introduce para cubrir el espacio entre la prisión y la multa) las exigencias de la prevención general y la reafirmación del ordenamiento jurídico. Y la sustitución del arresto de fin de semana por la multa, tampoco resulta, a juicio de Cerezo, de recibo, dado que el arresto aparece frecuentemente en los tipos penales junto a la multa como pena alternativa o cumulativa, además de que con el mismo se trata de reaccionar ante hechos delictivos merecedores de una sanción mayor que la multa (las referidas consideraciones las realiza el autor en relación al PCP de 1992: vid. Cerezo Mir, *Consideraciones político-criminales...*, cit., p. 26).

119 En los casos hasta ahora examinados se ha contemplado el funcionamiento del arresto de fin de semana como pena sustitutiva, supuestos en los que, a su vez, dicha pena no puede ser sustituida, según el mandato del art. 88. 4, por otra: "en ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras".

120 Trabajos en beneficio de la comunidad que no constituyen nunca pena principal (y que pueden sustituir tan sólo al arresto de fin de semana y ser un modo de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria), y cuya naturaleza, pese a que el CP la condidera una pena privativa de derechos, es controvertida en doctrina. Vid., por ej., Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 727, marginal 32; Valldecabres Ortiz, en *Comentarios...*, cit., p. 336

de fin de semana (módulos que se refieren a la *sustitución* de las penas de prisión de hasta dos años), ello no implica que la pena que surge de la prisión inferior a los seis meses carezca de la condición de pena principal, que lo es, pues la prisión que no alcanza los referidos seis meses no se ha podido imponer; la que se impone, porque así lo prescribe el CP, es o bien la multa o bien, a nuestros efectos, el arresto de fin de semana. O expresado en otras palabras, como el art. 71.2 prohíbe la aplicación de la prisión por debajo de los seis meses, la primera pena que se impone es el arresto de fin de semana (o la multa). Y por más que, por imperativo legal, haya de realizarse lo que constituye —y ello es innegable— una sustitución, en realidad, *stricto sensu*, con la misma no se origina un pena “sustitutiva” de otra pena, en razón de que “esa otra pena” no puede ser impuesta. En definitiva: el arresto de fin de semana es en este caso la pena principal y resulta sustituible —sin contrariar el apartado 4 del art. 88— por la de trabajos en beneficio de la comunidad, como permite el art. 88.¹²¹ (No sería sustituible, según parece obvio, por la de multa, dado que la previa transformación de la prisión inferior a los seis meses pudo haberse hecho acudiendo bien al arresto —hipótesis que estamos contemplando— bien a la multa; y si no se acudió a ésta directamente sería absurdo que, a través de un rodeo improcedente y sin sentido, fuera precisamente la pena de multa (descartada inicialmente en favor del arresto de fin de semana) la sanción que el penado hubiera, finalmente, de cumplir¹²².

Pues bien, el arresto de fin de semana puede ser sustituido en los supuestos citados a razón de cuatro cuotas de multa o de dos jornadas de trabajo por cada arresto, rigiéndose el quebrantamiento de la pena sustitutiva (la multa o los trabajos en

121 Vid., con este planteamiento e inclinándose por la solución que también se adopta en el texto, Molina Blázquez, *La aplicación de la pena...*, cit., p. 72.

122 Repárese en que la sustitución de la pena de arresto de fin de semana requiere la previa conformidad del reo, reo que, a diferencia del régimen que se establece para la sustitución de la pena de prisión de hasta dos años (art. 88. 1), puede ser habitual (cfr. art. 94).

beneficio de la comunidad), que ha debido ser aceptada por el reo, por lo dispuesto en el apartado 3 del art. 88, teniendo entonces que cumplirse el arresto como tal arresto de fin de semana, es decir, discontinuamente. Tan sólo procederá aplicar lo señalado en el art. 37.3 —ejecutándose en tal caso el arresto de modo ininterrumpido— si es el propio arresto de fin de semana la pena directamente incumplida a través de dos ausencias no justificadas (sin perjuicio de la existencia del quebrantamiento de condena).

Por lo demás, y salvadas las diferencias de matiz, vale lo dicho en el apartado 2.2.5.2 de este trabajo a propósito de la posible existencia de un delito de quebrantamiento de condena, que creemos que no concurre, cuando la pena incumplida es la sustitutiva de trabajos en beneficio de la comunidad (la multa aunque sustitutivo del arresto de fin de semana, no procedería, en la hipótesis que hemos examinado, según acabamos de subrayar)¹²³, pena cuyo quebrantamiento, al funcionar únicamente como pena sustitutiva del arresto de fin de semana (o como un modo de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa), no podrá originar en ningún caso —según se ha tenido oportunidad de destacar anteriormente— el delito del art. 468, agotándose las consecuencias de su incumplimiento en lo dispuesto por el art. 88.3.

123 Mir Puig considera que, cuando la ley subordina la aplicación de la pena sustitutiva a la previa conformidad del reo (supuesto al que se refiere el apartado 2 del art. 88), dicho consentimiento del sujeto lo es a los efectos de imposición de la nueva pena, pero una vez aceptada ésta se tiene obligación de cumplirla. No obstante, reconoce Mir, cuando se incumple una de estas penas sustitutivas, que la cuestión de la existencia del delito de quebrantamiento de condena es especialmente discutible. Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 719, marginal 86.

2.3. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa¹²⁴

Si bien el CP de 1995 conserva la responsabilidad subsidiaria para los casos en que la multa no es satisfecha, lo hace con

124 No es preciso advertir que cuando se habla de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa hay que dar por sentado que se trata del impago de la multa como pena principal, pues si la multa se ha impuesto como sustitutiva de la prisión o de arresto de fin de semana el impago de su importe no hace que emerja responsabilidad subsidiaria alguna, dado que el art. 88. 3. ordena que en tal supuesto se vuelva a la pena sustituida (de prisión o de arresto de fin de semana). Por ello, no puede compararse, desde el plano de *lege lata*, la opinión de Larrauri Pijoán, por más que su planteamiento se dirija, como vamos a ver, a evitar los angostos límites en los que, a su juicio, se concibe por el CP la sustitución de la privación de libertad continuada. Esta autora, en efecto, tras manifestar que “sorprende que la pena de cárcel sólo pueda ser sustituida por arresto de fin de semana o multa, pero no por trabajo en beneficio de la comunidad”, señala, no obstante, que a través de una especie de rodeo legal ello termina siendo posible: “Hay una forma expuesta por Carlos González. Si la pena es inferior a un año, el juez puede sustituir la pena de cárcel por multa (art. 88. 1). Si posteriormente la persona es declarada insolvente deberá procederse al arresto subsidiario, el cual puede cumplirse en forma de trabajo en beneficio de la comunidad (art. 53. 1). (*Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal*, en “Estudios Penales y Criminológicos”, XIX, Univ. de Santiago de Compostela, 1996, p. 215 y nota 17).

Pues bien, sobre la base de lo afirmado al principio de esta nota, tal solución, como se acaba de indicar, no nos parece suscribible, dado que —sin necesidad siquiera de indagar, de modo previo, acerca de si el tenor del art. 88. 4 la consentiría— en este caso el impago de la multa (que, en el ej. expuesto, es la pena sustitutiva de la prisión) no puede hacer surgir la responsabilidad personal subsidiaria (responsabilidad que el legislador establece con la pretensión de que el impago de la pena pecuniaria, cuando ésta es principal, no quede sin sanción), sino que dicho impago comportará, sencillamente, el cumplimiento de la pena de prisión, que es la pena principal impuesta, tal y como determina el art. 88. 3: “En el supuesto de quebrantamiento o incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión o arresto de fin de semana inicialmente impuesta, se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo que se haya cumplido, de acuerdo con las reglas de conversión respectivamente establecidas en los apartados precedentes”.

En definitiva, *ex art. 88. 3*, el incumplimiento de la pena sustitutiva (la multa, en el ej. manejado) provoca la ejecución de la pena sustituida (la de

significativos cambios respecto del texto punitivo anterior¹²⁵. Por de pronto, el art. 35 de nuestro vigente Código señala que “la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa” es, junto con la prisión y el arresto de fin de semana, una pena privativa de libertad. Y a tenor del art. 53, “1. Si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que podrá cumplirse en régimen de arrestos de fin de semana.—También podrá el Juez o Tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.—2. En los supuestos de multa proporcional los Jueces o Tribunales establecerán, según su prudente

prisión), conforme al módulo de transformación previsto por el propio art. 88, sin que pueda, pues, originarse la aplicación de una pena distinta: la pena privativa de libertad de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. De esta suerte, ha de aseverarse que no hay hipótesis alguna en la que los trabajos en beneficio de la comunidad puedan llegar a ser pena sustitutiva de la de prisión, ni directa ni indirectamente.

125 La regulación del llamado “arresto sustitutorio” ha sido enjuiciada de manera diversa por la doctrina. Sobre ello, vid., entre otros, Jareño Leal, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Madrid, 1994, pp. 107 ss.; Landrove Díaz, G., *El arresto sustitutorio*, en Comentarios a la Legislación Penal, “La reforma del Código penal de 1983”, t. V, vol. 2º, Madrid, 1985, pp. 501 ss.; Quintero Olivares, G., *El arresto sustitutorio*, en Cuadernos de Política Criminal, 1977, nº 2, pp. 111 y ss. En Italia (como consecuencia de la S. nº 131, de 21 de noviembre de 1979, de la *Corte Costituzionale*, que declaró inconstitucional el que la pena de multa insatisfecha se convirtiese en privación de libertad), el art. 136 del CP remite implícitamente al art. 102 de la Ley 689/81, de 24 de noviembre, precepto en el que se prevé que las penas pecuniarias no pagadas, de multa o ammenda, debido a la insolvencia del condenado, se transformen en *libertad controlada* por un periodo máximo de un año (si la pena pecuniaria insatisfecha fue la *multa*) y de un mes (si la pena pecuniaria impagada fue la *ammenda*). Y si las penas pecuniarias aplicadas no han superado una determinada cantidad, el penado podrá elegir en vez de la *libertad controlada* que le sea impuesto el llamado *trabajo sustitutivo*. Sobre ello, puede verse Jareño Leal, *La pena...*, cit., pp. 243 ss., y en la doctrina italiana, por ej., Mantovani, F., *Diritto Penale. Parte Generale*, Padova, 1988, pp. 746 ss.

arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.—3. Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años.—4. El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna”.

2.3.1. Naturaleza

Así pues, y como novedad que ha de ser mencionada en primer lugar, y en un plano de gran relevancia, figura la del reconocimiento de su carácter de pena, carácter que hasta la entrada en vigor de nuestro nuevo texto punitivo, aun defendido por la doctrina dominante, era negado, sin embargo, por un también importante grupo de autores, así como por el TS¹²⁶ y el propio TC, que, señalando su conformidad con la Constitución, había llegado a afirmar en la S. 19/1988, de 16 de febrero, que “no es propiamente una pena por no hallarse incluida en la escala del artículo 27 del Código y que, en consecuencia, no puede participar...de los fines de corrección y readaptación...”¹²⁷.

126 En los primeros posicionamientos el TS mantenía, empero, la naturaleza de pena de la responsabilidad personal subsidiaria, por ej., en las Ss de 3-2-1886 y 2-7-1912, citadas por Jareño Leal, *La pena...*, cit., p. 34.

127 Ampliamente sobre las “teorías formales” y las “teorías materiales”: Jareño Leal, *La pena...*, cit., pp. 31 a 49. Se inclinaba Angeles Jareño, que no compartía las conclusiones de la STC citada, por considerar la responsabilidad subsidiaria una pena privativa de libertad: esta “es la única solución posible”. La misma autora, aun censurando el PCP de 1992, por no considerar formalmente como pena la responsabilidad subsidiaria, estimaba que de su tenor se extraían, sin embargo, más argumentos a favor de tal consideración que del texto de 1973 (*La regulación de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa en el Proyecto de Código Penal de 1992*, en Poder Judicial, nº 28, monográfico sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, 1986, p. 100). Críticamente, también, entre otros, sobre la declaración de constitucionalidad del arresto sustitutorio: Mapelli Caffarena-Terradillos Basoco, *Las consecuencias...*, cit., p. 168 s.

El CP de 1995 con la declaración de su art. 35 evita, por tanto, las dudas que antes se planteaban sobre la responsabilidad subsidiaria, asignándole, por lo demás, la consideración de “menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya” (art. 33.5). Con tal importante punto de partida, dicha responsabilidad ha de ser tenida en cuenta, por ej., en relación a los límites del concurso real de delitos¹²⁸, a los efectos de la libertad condicional, o en referencia a la suspensión de la ejecución de la pena (sin necesidad de que ello tenga que decirse expresamente, como acontecía en el art. 93-2^a del CP de 1973)¹²⁹. Y, naturalmente, como pena privativa de libertad que es, ha de estar encaminada a los fines de reeducación y inserción de que habla el art. 25.2 CE, debiendo, pues, ser cumplida conforme al sistema de “individualización científica” previsto en nuestra legislación penitenciaria.

2.3.2. Duración

La duración de la responsabilidad subsidiaria está limitada expresamente por el art. 53.2 a un año cuando el impago lo es de la multa proporcional, previsión que no es necesaria —y,

128 La responsabilidad personal subsidiaria deberá ser incluida en la suma penológica a efectos, por ej, de que el máximo de cumplimiento de la condena no sobrepase el tripló del tiempo de la más grave de las penas impuestas, “ya se trate de imposición de varias sanciones subsidiarias, ya aparezca junto a otras penas de prisión directamente impuestas” (Jareño Leal, *La regulación...*, cit., p. 101).

129 Esta es de momento la posición mayoritaria (entre otros, García Arán, en Muñoz Conde-García Arán, *Derecho Penal...*, cit., 546; Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 713, marginales 47 y 48; Prats Canut, en *Comentarios...*, cit., pp. 457 s.; Sánchez Yllera, en *Comentarios...*, cit., p. 464 s.). Por el contrario, Quintero Olivares (*Curso...*, cit., p. 523), sobre la base de considerar que la suspensión se puede efectuar sólo si la pena impuesta es privativa de libertad no superior a dos años (art. 81-2^a), dado que en el caso que estamos tratando la pena impuesta es la de multa, asevera que queda excluida la responsabilidad personal subsidiaria de los arts. 80 y ss. del CP, “aun cuando hubiese sido deseable mayor claridad en la ley”.

por eso, sin duda, el legislador la omite— si dicha responsabilidad surge como consecuencia del impago de la multa impuesta de acuerdo con el sistema de días-multa. Pues, en este caso, en efecto, y según se tuvo ya oportunidad de subrayar, en la medida en que la multa como pena principal¹³⁰ tiene una duración máxima de dos años (art. 50.3) y dos cuotas diarias no satisfechas equivalen a un día de privación de libertad (art. 53.1), la privación de libertad resultante por responsabilidad personal subsidiaria tampoco podrá sobrepasar un año, límite máximo que parece excesivamente amplio a Mapelli-Terradillos, porque, ciertamente, supone una duplicación del tiempo máximo respecto del tope que establecía el art. 91 del CP, texto refundido de 1973¹³¹, incremento que todavía es mayor si se repara en

130 Como se ha indicado en la nota 124, esta es la única modalidad que interesa a lo que estamos tratando, habida cuenta de que si la multa fuera sustitutiva de la prisión, su impago no implica el nacimiento de responsabilidad subsidiaria sino que conduce al cumplimiento de la pena de prisión que había sido sustituida [En los casos en que la multa funciona como sustitutiva de la prisión que no exceda de dos años, se puede llegar a las mil cuatrocientas sesenta cuotas, resultado de multiplicar por dos los setecientos treinta días que suponen los dos años de prisión, puesto que, según el art. 88. 1, “cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa”. (Aunque el CP señala en el art. 50. 4, al regular los días-multa, en referencia al cálculo de la cantidad de pesetas que han de pagarse, que “los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta”; sin embargo, esta regla no es aplicable cuando haya de convertirse la prisión en multa —hipótesis para la que el CP nada señala a este respecto—, conversión que ha de partir, entonces, de los trescientos sesenta y cinco días que abarca el año en sentido natural. Rectifico así la apreciación contenida en el artículo publicado en *Cuadernos de Derecho Judicial*].

131 Cfr. Mapelli Caffarena-Terradillos Basoco, *Las consecuencias...*, cit., p. 168; en igual sentido, en relación al PCP de 1992, Jareño Leal, *La regulación...*, cit., p. 104. En referencia a las faltas, para las que la multa tiene una extensión de cinco días a dos meses (art. 33. 4, c), podrá alcanzar la responsabilidad subsidiaria el mes de duración, frente a los quince días establecidos por el art. 91, párr. 1º del CP de 1973.

El art. 49. 1 del PCP de 1992, tras consignar el módulo de conversión de la multa en responsabilidad subsidiaria, idéntico al del CP de 1995, facultaba para reducir la privación de libertad resultante cuando “el Juez o Tribunal, motivadamente, y en supuestos excepcionales, atendidas las circunstancias personales y familiares del reo, estimare oportuno reducir ese tiempo”,

que el CP permite incluso que, impagada la multa (impuesta por el sistema de cuotas), se origine una responsabilidad personal subsidiaria de hasta un año y tres meses, hipótesis que se dará cuando haya de subirse un grado la pena de multa, y con ello se excedan los límites fijados por el CP a cada pena, caso en el que se prescribe por el art. 70.2. 4º la imposición de dicha multa “con la cláusula de que su duración máxima será de treinta meses”¹³².

2.3.3. El límite a su imposición

En lo que atañe al límite para la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria, señala el art. 53.3 que la misma “no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años”, límite que, dada la no incorporación al vigente Código del abono de días por el trabajo, viene a equivaler al de los seis años que fijaba el art. 91 del anterior Código penal. Y pese a que haya podido asegurarse por Mapelli y Terradillos que el apartado 3 del art. 53 “carece de una explicación coherente”, lo cierto es, como también ponen de relieve estos

cláusula criticada ya en el Anteproyecto por el citado (p. 221) *Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992*, del Consejo General del Poder Judicial, que reproduce y sigue la opinión de Manzanares Samaniego al respecto.

132 Como se recordará (cfr. las notas 33 y 61 de este trabajo), aunque no habíamos podido encontrar ningún ejemplo en relación a las previsiones de los números 1º y 5º del art. 70. 2, que justificasen la utilidad del límite máximo que establecen, de treinta años de prisión y de treinta y seis arrestos de fin de semana, respectivamente (pues ya no hay supuesto alguno en el CP en el que el mismo sea desbordado por la aplicación de la pena superior en grado), existe, sin embargo, algún ej. en el que, efectivamente, tiene virtualidad el tope señalado por el nº 4º del art. 70. 2, como, v. gr., en el caso del art. 326, que ordena la imposición de la pena superior en grado respecto de la establecida en el artículo anterior, precepto en el que, entre otras penas, figura la multa de ocho a veinticuatro meses, con lo cual nos situaríamos, al pasar al grado superior, en una multa de hasta treinta y seis meses, que no podrá ser, sin embargo, impuesta precisamente por la limitación prevista en el art. 70. 2. 4º. Críticamente sobre el art. 70. 3. 4º del PCP de 1992 (idéntico al vigente art. 70. 2. 4º): Jareño Leal, *La regulación...*, cit., p. 99

autores, que la doctrina ha enjuiciado positivamente la restricción que recoge¹³³. Su establecimiento, como se sabe, había suscitado en referencia al art. 91, párr. 3º del CP del 73 interpretaciones diversas (que seguirán siendo posibles, pues la dicción del art. 53.3 es similar a la del precepto derogado) acerca, por ej., de si, con vistas a la improcedencia de la declaración de responsabilidad subsidiaria, la pena superior a los seis años (cuatro en la actualidad) debía haber sido impuesta en la misma sentencia y por el mismo delito (que prevea pena privativa de libertad y multa), o podía haberlo sido en la misma sentencia pero por delito o delitos distintos al que motiva (o motivan) la aplicación de la multa, o si es obligada, en fin, la inaplicación de la responsabilidad subsidiaria respecto de sujetos ya condenados a pena superior al citado límite si, pongamos por caso, la multa que se impuso en sentencia distinta lo fue por un hecho conexo [e, incluso, cabría plantear también los supuestos de falta de conexión] al que (o a los que) provocó (o provocaron) la pena privativa de libertad superior a los seis años (ahora cuatro)¹³⁴.

133 Según Mapelli Caffarena-Terradillos Basoco (Las consecuencias..., cit., p. 169 y s.), tal limitación, que se basaría en razones humanitarias, parece apuntar a la "mala conciencia" que embarga al legislador por admitir la responsabilidad personal subsidiaria. Valldecabres Ortiz, por su parte, asevera que el fundamento del art. 53. 3 ha de verse en razones de "proporcionalidad y justicia material" (en *Comentarios...*, cit., p. 348).

134 Como puede comprobarse, la problemática que se deriva de la cuestión apuntada no es novedosa sino idéntica a la surgida en torno al párr. 3º del art. 91 del Código anterior. Nos remitimos, por ello, al estudio, que contiene la exposición de las posturas doctrinales y jurisprudenciales, realizado por Jareño Leal en su citada monografía *La pena...*, pp. 76 ss. Recientemente, Gracia Martín se inclina por considerar que la privación de libertad por responsabilidad personal subsidiaria únicamente debe dejar de imponerse si la condena a pena de prisión (que habrá de ser superior a cuatro años) y a pena de multa trae su causa del mismo delito (en *Las consecuencias...*, cit., p. 173 s.).

2.3.4. Su cumplimiento en régimen de arrestos de fin de semana o mediante trabajos en beneficio de la comunidad

El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria puede dar lugar a una privación de libertad continua de hasta un año¹³⁵ (o de un año y tres meses, conforme al art. 70. 2. 4^o¹³⁶) y, como tal, ha de ejecutarse, salvo que el Juez o tribunal determine que se cumpla en régimen de arrestos de fin de semana o, previa conformidad del penado, mediante trabajos en beneficio de la comunidad, siempre que esta responsabilidad dimanase del impago de la multa impuesta por el sistema de días-multa (art. 53, 1)¹³⁷. Si, por el contrario, la responsabilidad subsidiaria trae causa del impago de la multa proporcional, sólo será posible, previa conformidad del reo, su cumplimiento a través de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53. 2). Que en este caso no se pueda acudir igualmente al arresto de fin de semana es algo que resulta difícilmente comprensible, “olvido” que ha llevado a Molina Blázquez a proponer, incluso, que tal arresto,

135 Sobre si puede originarse una privación de libertad por debajo de los seis meses, vid, *supra*, apartado 2. 1. 1. 1.

136 Cfr. la nota 132.

137 No obstante, Tamarit Sumalla observa que el CP, por más que la califica como pena privativa de libertad, no concreta su contenido: “el art. 53. 1 se limita a afirmar «que podrá cumplirse en régimen de arrestos de fin de semana», sin aclarar explícitamente al mismo tiempo cuáles serían las otras posibilidades. Pero al referirse el segundo párrafo a que «también podrá el juez acordar» el cumplimiento a través de trabajos en beneficio de la comunidad cabe pensar que ésta es la alternativa omitida en el primer párrafo, conclusión que lleva a la imposibilidad de acordar el internamiento en un centro penitenciario en condiciones análogas a la prisión. A favor de esta conclusión militan, desde una perspectiva material, el hecho de que el Código no contempla como pena la prisión por menos de seis meses y la introducción de la pena de arresto de fin de semana responde a la voluntad de llenar el vacío dejado por la antigua pena de arresto, de modo que cualquier privación de libertad análoga a la prisión por un tiempo inferior daría lugar a una contradicción” (en *Comentarios...*, cit., p. 367 s.). Sobre el último aspecto, puede verse el texto a que hace referencia la nota 24 de este trabajo.

pese a la omisión legal, pueda ser impuesto como modo de cumplir a responsabilidad subsidiaria procedente del impago de la multa proporcional, aplicando para ello analógicamente el art. 53. 1, siempre que el reo lo admita para no incurrir en una analogía *contra reo*¹³⁸. Para Tamarit Sumalla —autor que califica de “despropósito” la omisión de referencia—, si no quiere caerse en “una descomunal contradicción de todo el sistema sancionatorio”, es preciso entender que “el arresto de fin de semana constituye junto a los trabajos en beneficio de la comunidad, la única forma de cumplir la mencionada responsabilidad”¹³⁹, afirmación que no hace sino reflejar congruentemente la postura que el autor mantiene a propósito del contenido del art. 53.1, y que acabamos de reproducir en la nota 137. A juicio, en fin, de López Barja de Quiroga, “A primera vista no aparece prevista la posibilidad del cumplimiento mediante el régimen de arresto de fin de semana, pero realmente no hay razón alguna para esta exclusión, lo que sucede es que el Código en el art. 53.2 no ha querido repetir lo que ya había establecido en el apartado 1º, es decir, la posibilidad de cumplimiento en régimen de arrestos de fin de semana”¹⁴⁰. Por su parte, Gracia Martín señala, por el contrario, que “en el caso de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa proporcional se trata de una pena de sustitu-

138 Cfr. Molina Blázquez, La aplicación..., cit., p. 34.

139 Tamarit Sumalla, en Comentarios..., cit., p. 369

140 López Barja de Quiroga, J., *La pena de multa*, en “Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)”, Estudios de Derecho Judicial, 2 (CGPJ), Madrid, 1996, p. 336. Este autor, por lo demás, admite que la responsabilidad personal subsidiaria puede cumplirse como cualquier pena de prisión, no coincidiendo, pues, su opinión con la que se recoge en la nota 137 de este trabajo. En el mismo sentido, Prats Canut (en *Comentarios...*, cit., p. 457) destaca que “la responsabilidad personal subsidiaria no sólo puede consistir en una pena privativa de libertad, a saber *prisión* o arresto fin de semana, sino que también puede consistir en la imposición de trabajos en beneficio de la comunidad...” (la cursiva es nuestra). Que la responsabilidad personal subsidiaria puede cumplirse en régimen de *prisión*, arresto de fin de semana o trabajos en beneficio de la comunidad es algo, en fin, que también da por supuesto González Rus (en *Curso...*, cit., p. 549).

ción única, pues la pena sustitutiva prevista es únicamente la de trabajos en beneficio de la comunidad”¹⁴¹.

Con todo, y pese al defecto apuntado, desde el momento en que el legislador decide mantener la responsabilidad subsidiaria como “elemento coercitivo necesario para que la pena sea eficaz”, en expresión de Quintero Olivares¹⁴², es de elogiar, desde luego, el contenido del art. 53 ofreciendo alternativas frente al, en otro caso ineludible, cumplimiento de una privación de libertad ininterrumpida.

En lo que concierne a la conversión de la responsabilidad subsidiaria en arrestos de fin de semana, ha de recurrirse a la regla general del art. 37.1¹⁴³, en virtud de la cual dos días de privación de libertad equivalen a un arresto de fin de semana, por lo que se puede llegar, como máximo, a la imposición de ciento ochenta arrestos (si la responsabilidad subsidiaria proviene del impago de una multa de dos años, tope de la multa como pena principal, según el art. 50.2), salvo en la hipótesis, antes comentada¹⁴⁴, que se sigue de lo dispuesto en el art. 70.2. 4º, en la que se pueden alcanzar los treinta meses de multa; por consiguiente, si la pena pecuniaria es insatisfecha y el Juez o Tribunal deciden que la responsabilidad subsidiaria se ejecute en régimen de arrestos de fin de semana, como treinta meses de multa suponen quince de pri-

141 Gracia Martín, en *Las consecuencias...*, cit., p. 269.

142 Quintero Olivares, *Curso...*, cit., p. 523

143 Regla a la que, en principio, hay que acudir, salvo, claro es, que la ley establezca otro modo de realizar la transformación para supuestos específicos, como sucede en el art. 88. 1. Sobre si cabe aplicar las reglas de este último precepto al caso que ahora tratamos en el texto (conversión de la responsabilidad subsidiaria en arrestos), se pronuncian afirmativamente, sin embargo, con diversos argumentos, Mapelli Caffarena-Terradillos Basoco, *Las consecuencias...*, cit., p. 170 s.), con lo que el penado, de este modo, debería cumplir como máximo *únicamente* ciento cuatro arrestos de fin de semana (cada una de las cincuenta y dos semanas del año equivaldrían, según el módulo del art. 88. 1, a dos arrestos). Vid., no obstante, la nota 73, en la que ya se dejó constancia de que la opinión mayoritaria —que comparto— opta por aplicar aquí el módulo de conversión del art. 37.

144 Vid. el apartado 2. 3. 2, *in fine*, y la nota 132.

vación de libertad por responsabilidad subsidiaria (art. 53.1: dos cuotas diarias impagadas equivalen a un día de privación de libertad), estos quince meses se traducirán en doscientos veinticinco arrestos de fin de semana (art. 37.1: dos días de privación de libertad se transforman en un arresto de fin de semana).

De otra parte, la equivalencia para cumplir la responsabilidad personal subsidiaria a través de trabajos en beneficio de la comunidad, previa conformidad del reo, viene regulada por el propio art. 53.1, inciso último: “En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo”. De esta suerte, el máximo resultante será de trescientas sesenta jornadas de trabajo¹⁴⁵.

Por último, el cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria derivada del impago de la multa proporcional —responsabilidad cuya fijación se deja al arbitrio judicial— podrá llevarse a cabo mediante trabajos en beneficio de la comunidad, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 53, apartado que no prevé, la equivalencia entre responsabilidad subsidiaria y trabajo, debiendo regir, por ello, la regla de conversión del apartado 1 del citado precepto.

145 Si la multa, de la que luego traerá causa la responsabilidad subsidiaria, ha llegado a los treinta meses (art. 70. 2. 4º) y resultó impagada, los treinta meses se traducirían, en principio, conforme a una conversión *formal*, en quince meses de responsabilidad subsidiaria y éstos en quince meses de trabajos en beneficio de la comunidad, es decir, en cuatrocientas cincuenta jornadas de trabajo. Han de tenerse en cuenta, sin embargo, el art. 33. 3. j): el máximo de horas de los trabajos será de trescientas ochenta y cuatro; el art. 40, *in fine*: la duración de los trabajos irá de un día a un año; y art. 49 del RD 690/1996: cada jornada tendrá una duración mínima de cuatro horas y máxima de ocho). Sobre si el mencionado límite del art. 33. 3. j) es infranqueable, a pesar de que las cuotas de multa sean, por ej., de treinta meses, pueden consultarse, con puntos de vista distintos, Valldecabres Ortiz (en *Comentarios...*, cit., p. 338) y Boldova Pasamar (en *Las consecuencias...*, cit., p. 138, nota 59), autor éste, de otra parte, que se pronuncia negativamente acerca de si cabe ejecutar la pena de trabajos en beneficio de la comunidad excediendo el límite de un año, que marca el art. 40, *in fine*, supuesto en el que “el Juez o Tribunal no podrá hacer uso de esta posibilidad (que le señala el art. 53. 1, pfo. 2º), imponiendo la privación de libertad que corresponda al impago de la multa”