

LA CRISIS DE LA PRISION: APROXIMACION PRACTICA A LAS NUEVAS FORMULAS PENOLOGICAS

ABEL TELLEZ AGUILERA

Doctor en Derecho

Graduado Superior en Criminología

Jurista de la Dirección Gral. de Instituciones Penitenciarias

SUMARIO

- 1. LA CRISIS DE LA PRISION: SUS CAUSAS.**
- 2. REACCIONES ANTE LA CRISIS.**
- 3. LA PENA DE ARRESTO DE FIN DE SEMANA.**
- 4. LA PENA DE TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.**
- 5. EL SISTEMA DÍAS MULTA Y EL ARRESTO SUSTITUTORIO.**

1. LA CRISIS DE LA PRISION: SUS CAUSAS

1. Después de un período de apogeo (siglos XVIII y XIX) la idea de que la pena privativa de libertad era la panacea de todo el sistema punitivo pronto empezó a tambalearse. Ya a finales del diecinueve Enrico FERRI emprende la que vendría a ser la primera campaña contra la prisión, concretada en su manifestación de aislamiento celular, al afirmar que el sistema celular constituía una de las aberraciones de aquel siglo¹. Este posicionamiento crítico co-

¹ Dicho calificativo lo enunció en una conferencia celebrada en 1886 bajo el título «Lavoro e celle dei condannati». Vid. FERRI, Enrico, «Sociología Criminal», con prólogo de Primitivo González Alba, traducción de Antonio Soto y Hernández, tomo II, Madrid, s.f., pág. 315.

menzaría a germinar a finales del siglo XIX, llegando a su maduración a mediados de la presente centuria cuando, precedido de una creciente atención doctrinal que iba poniendo de manifiesto los aspectos negativos de esta pena, comienza a plantearse seriamente la necesidad de buscar sustitutivos y alternativas.

A nuestro entender las causas por las que la pena privativa de libertad comienza a ser cuestionada podemos agruparlas en las siguientes:

1.1. *La abusiva utilización y sus consecuencias*

En primer lugar hay que destacar que de la pena de prisión se había hecho históricamente una utilización abusiva. Efectivamente, desde que viniera a sustituir a las penas corporales y, en muchas ocasiones, a la pena capital, la pena privativa de libertad se había convertido en prácticamente el único resorte punitivo del Estado. Es más, el Estado Absoluto del Antiguo Régimen la había utilizado no pocas veces como un instrumento coactivo al servicio de intereses políticos², lo que había contribuido a forjar una imagen negativa no sólo de la autoridad que la ordenaba sino también de la propia medida adoptada. Consecuencia lógica de este desmesurado uso fue colaborar directamente a la masificación carcelaria, un mal que ha perdurado históricamente³. La superpoblación peni-

² Así a través de las denominadas «lettres de cachet» (órdenes de prisión emanadas del poder gubernativo). Vid. FUNCK-BRENTANO, Frantz, «El Antiguo Régimen», Barcelona, 1953, págs. 193 y ss.; FOUCAULT, Michel, «Un diálogo sobre el poder», Madrid, 1981, págs. 97 y ss.

³ Pocos países de los denominados desarrollados se libran de albergar en sus prisiones a un número de internos superior a la capacidad teórica de las mismas. Así por ejemplo en Bélgica se ha llegado a conceptuar éste como el principal problema del sistema penitenciario (Cfr. entrevista realizada por J. Meskens a Claude Nicolay, presidente del Comité del Consejo de Europa para la Tortura, publicada en el diario *Le soir* el 30-11-1994) y en Alemania los editoriales hablan de que no quedan celdas libres (Cfr. *Süddeutsche Zeitung* de 3-2-1995). Las últimas cifras proporcionadas por el Consejo de Europa, referidas al 1 de septiembre de 1996, sitúan a Portugal (157,5 %), Grecia (122,4 %), Italia (118,3 %), Hungría (114,7 %), Bélgica (111,6 %), la República Checa (111,5 %), Francia (109,9 %), Ucrania (109,4 %), Inglaterra (104,4 %), Letonia (104,1 %) y Escocia (102,7 %), como países con una tasa de ocupación prisional por encima de 100 %. Próximos a la tasa de ocupación total se encuentran Chipre (97,9 %), Irlanda (96,9 %), Países Bajos (96,9 %), Alemania (95,0 %), Suecia (93,7 %), Luxemburgo (91,1 %), Lituania (89,4 %), Polonia (87,9 %), Suiza (87,6 %), Dinamarca (86,9 %), Austria (85,8 %), Bulgaria (83,9 %), y Noruega (83,6 %). Más alejados de la ocupación total encontramos a Finlandia (75,8 %), Turquía (73,7 %) y Malta (73,1 %). Cierra el elenco con unos niveles bajos de ocupación Eslovenia (55,2 %) y Macedonia (40,9 %). El Consejo de Europa no proporciona datos sobre Albania, Croacia, Estonia, España, Irlanda del Norte, Islandia, Rumania

tenciaria, fruto de una suprautilización de la pena privativa de libertad⁴ y de un cierto olvido de la prisión por parte de la sociedad, se ha convertido en un mal endémico de muchos sistemas penitenciarios y ha coadyuvado directamente a la ineficacia de los mismos respecto a los fines reinseriores a ellos asignados.

1.2. *El fracaso de los fines reinseriores*

Conectando con lo dicho, se puede afirmar que una de las deficiencias que han servido para hacer las mayores críticas a la pena privativa de libertad ha sido la ineficacia que supone su ejecución. Desde la década de los años cuarenta no faltan sólidos ataques en este sentido. Así en el año 1949 Mariano RUIZ FUNES, un criminólogo español en el exilio⁵, escribía una monografía titulada «La crisis de la prisión», en donde sintetizaba claramente la idea de que la prisión es de todo punto ineficaz: «La prisión contiene, pero no corrige. Cumple un fin que no es un fin. Constituye un obstáculo negativo, pero no llena ninguna función positiva. Mantiene al hombre apartado de la sociedad, pero no crea en él aquellas disposiciones sociales cuya carencia puso de relieve el delito. Quiere ser un monólogo que haga brotar, por el remordimiento, las aguas purificadoras de la catarsis y resulta un diálogo que engendra nuevos impulsos criminales en el prisionero. Lo degrada o lo embrutece. Lo devuelve a la sociedad estigmatizado, sin más opción que la reincidencia»⁶.

y Rusia, ya que estos países no proporcionan datos al respecto. En efecto, en nuestro país ni los Informes Generales de la Secretaría General de Asuntos Penitenciarios de 1992 y de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios de 1993 (último publicado) ni la Memoria de actividades de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios de 1994 incluyen cifras sobre la tasa de ocupación de los Centros Penitenciarios. A fecha 16 de diciembre de 1996 la ocupación media de los establecimientos españoles, según datos obrantes en la Subdirección General de Gestión Penitenciaria, era del 85,03 %, una cifra aceptable pero que encuentra su explicación en el descenso que la población reclusa experimentó durante los años 1995 y 1996, debido a las importantes reformas legislativas que tuvieron lugar en ese período (reforma del régimen de la prisión preventiva y entrada en vigor del nuevo Código penal).

⁴ Aunque también el sobreuso de la prisión como medida cautelar ha contribuido a la crisis; en este sentido *Vid.* FERRAJOLI, Luigi, «Derecho y razón. Teoría del garantismo penal», Prólogo de Norberto Bobbio, traducción de Perfecto Andrés Ballester, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocio Cantarero Bandrés, Valladolid, 1995, págs. 410.

⁵ *Vid.* MARCO DEL PONT, Luis, «Criminólogos españoles del exilio», Madrid, 1986, págs. 17 y ss.

⁶ RUIZ FUNES, Mariano, «La crisis de la prisión», La Habana, 1949, págs. 7 y s.

Pero, como podemos observar, la crítica realizada desde estos parámetros se dirige a una de las finalidades asignadas a la pena privativa de libertad, la reinserción social, sin entrar en otro tipo de fines y funciones que dicha pena cumple. Además, intentar medir la eficacia reinsertadora tomando como criterio el índice estadístico de reincidencia⁷ conlleva el riesgo de, aparte de no saber en muchas ocasiones realmente lo que se está baremando dado el variante contenido que al término reincidencia le dan las diversas fuentes, caer en el automatismo de identificar fracaso reinsertador con toda recaída en el delito, lo que no siempre es así, pues, por ejemplo, ¿podría decirse que ha fracasado el tratamiento recibido por un delincuente sexual que es condenado posteriormente por unas lesiones ocasionadas por una conducción imprudente?

En cualquier caso, esta vinculación de la eficacia de la prisión a sus fines preventivo especiales haciendo caso omiso de otras «eficacias»⁸, ha supuesto que se hayan abonado los planteamientos abolicionistas. Entre estas «eficacias» destaca el número de delitos que no se cometen por el temor a ser condenado a prisión⁹ o el refuerzo de los valores socialmente asumidos en la Justicia que la presencia de la cárcel genera y que tiene fiel reflejo en las manifestaciones de la opinión pública determinadas por una percepción de que el sistema prisional es demasiado «generoso» con los delincuentes, que producen un sentimiento de desconfianza social hacia todo el sistema penal.

⁷ Índice que la doctrina sitúa en torno al 80 % (Vid. SAINZ CANTERO, José Antonio, «La sustitución de la pena privativa de libertad», en Estudios Penales y Criminológicos, tomo II, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, pág. 222.) y que algunas estadísticas colocan en torno al 56% (así en el Informe General de la Secretaría General de Asuntos Penitenciarios de 1992 señala que del total de penados existentes en las prisiones españolas en aquel año el 56,01% eran reincidentes). Las diferencias entre tales datos se debe a la diversa amplitud que se le da al concepto reincidencia, esto es, se computen como reincidentes todos aquellos que anteriormente han sido condenados por cualquier delito o sólo cuando se hayan producido la aplicación de la agravante genérica del artículo 22 núm. 8 del Código penal (condena anterior por un delito del mismo Título y que dicho antecedente no esté cancelado o pudiera estarlo).

⁸ Por todos véase CARMENA CASTRILLO, Manuela, «La prisión en clave eficacia», en V.V.A.A. «Derecho Penitenciario y Democracia», Sevilla, 1994, págs. 209 y ss.

⁹ Esta eficacia intimidatoria ha sido puesta en entredicho por cierto sector doctrinal (por todos Vid. SAINZ CANTERO, José Antonio, «La sustitución...» cit, pág. 221. y del mismo autor «El futuro de la pena privativa de libertad: la vía de la sustitución», en V.V.A.A., I Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Sevilla, 1983, pág. 80) con el argumento de que la prisión no intimida a la generalidad de los delincuentes, precisamente a los más peligrosos y a los habituales, que se han acostumbrado a sufrirla. Olvida este posicionamiento que el efecto de prevención general va dirigido no a los delincuentes sino a toda la ciudadanía. Además, existen investigaciones que ponen de manifiesto este efecto disuasor: así Ehrlich demostró que el aumento de un 1% de riesgo en la encarcelación producía un descenso de un 1% en los

Los posicionamientos abolicionistas han encontrado un importante alabón en el hecho de que desde mitad de los años setenta se haya ido abandonado paulatinamente la ideología del tratamiento¹⁰, incluso en aquellos países como Suecia, Dinamarca o Finlandia¹¹ donde estaba fuertemente arraigada. En la decrepitud de la ideología del tratamiento han intervenido múltiples causas: la inconcreción del fin perseguido¹², los escasos resultados obtenidos¹³, el menoscabo de la dignidad humana de algunos tratamientos

delitos per capita (Vid. EHRLICH, Isaac, «Participation in illegitimate activities: A theoretical and empirical investigation», en *Journal of Political Economy*, Mayo-junio, 1973, págs. 531 y ss.). Por su parte Wolpin, utilizando las tablas de cumplimiento de las penas y porcentajes de delitos en Inglaterra y Gales, estimó que el aumento del 1% en las encarcelaciones produjo un descenso del 0,8% en el porcentaje de delitos (WOLPIN, Kenneth, «An Economic Analysis of Crime and Punishment in England and Wales, 1894-1967», en *Journal of Political Economy*, Octubre 1978, págs. 815 y ss.). Asimismo, Nagin y Blumstein calcularon que si la política de condenar en términos de riesgo y severidad ha pasado del 25% de riesgo de prisión por un delito grave al 100%, y los períodos de prisión se han reducido de 2,6 años a 1 año, entonces la proporción de delitos debería haberse reducido al 25% y la población reclusa debería haberse incrementado en 25.000 internos más, cosa que no ha ocurrido (Vid. NAGIN, Daniel y BLUMSTEIN, Alfred, «On the optimum side of incarceration for crime control», en *Operations Research*, núm. 26, mayo 1978, págs. 381 y ss.). Por todos Vid. BUENO CASTELLOTE, José María, «Encarcelar ¿una decisión social y económicamente rentable?», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 241, 1989, págs. 11 y ss.

¹⁰ Vid. JESCHKECK, Hans-Heinrich, «Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo I, enero-abril 1986, págs. 25 y ss.

¹¹ Vid. ANTILA, Inkeri, «La ideología del control del delito en Escandinavia. Tendencias actuales», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 28, 1986, págs. 143 y ss.

¹² Programas de máximos (inculcación de valores sociales) *versus* programas de mínimos (prevención de la reincidencia), resocialización moral *versus* resocialización legal, fines de la pena *versus* fines de la ejecución de la pena, resocialización personal *versus* resocialización institucional o social...han contribuido a que sea frecuente la polisemia (un mismo concepto tenga diferentes significados según quien lo utilice) y la polinimia (una misma realidad tenga varios nombres). Por todos puede verse SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst, «Was stimmt nicht mit dem Strafvollzug?», Hamburg, 1970, págs. 45 y s. (en pág. 49 califica a la resocialización de «modeword»).

¹³ Como no podía ser de otra manera, ya que resulta ilusorio pensar que incidiendo tan sólo en la esfera personal del individuo se pueden alcanzar altas cotas de reinserción. En cualquier caso, la evaluación de resultados no es tarea fácil dada la dificultad de un seguimiento longitudinal del delincuente. Es de señalar que algunas investigaciones han querido atribuir mayor eficacia reinseridora a las penas de corta duración respecto a las largas condenas y a las penas ejecutadas en régimen abierto respecto a las cumplidas en régimen cerrado (Vid. DUNKEL, Frieder, «Alternativas a la pena privativa de libertad. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparadas sobre sanciones», en *Paper's d'Estudis i Formació*, núm. 2, julio 1987, págs. 70 y ss), si bien es fácil deducir que tales mejoras son en muchos casos atribuibles al propio perfil del delincuente (primariedad delictiva, fenomenología criminal no violenta, apoyo familiar, trayectoria laboral...) que precisamente es el que propicia una pena de corta duración o el cumplimiento de la misma en un régimen abierto (así el art. 102 núm. 4 del Reglamento Penitenciario dispone que «La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad»).



obligatorios¹⁴, el reconocimiento del «derecho a ser diferente» para los delincuentes, la falta de suficientes garantías jurídicas de las personas tratadas, el perfil médico que en muchas ocasiones se ha dado al tratamiento penitenciario con la consiguiente identificación del penado con un enfermo¹⁵, el infantilismo con el que se ha llenado algunos de los programas, la pseudocientificidad de los mismos... Todo ello ha llevado a un efecto de derrumbe en cascada cual fichas de dominó: tocado de muerte el tratamiento penitenciario, la resocialización queda huérfana de contenido¹⁶, y sin resocialización la razón de ser de la prisión se diluye.

1.3. *El reconocimiento de su nocividad*

Junto a todo lo anterior se ha ido paulatinamente admitiendo la intrínseca nocividad de la prisión. A nivel doctrinal, y ya desde el siglo pasado¹⁷, se viene estudiando lo que se ha venido a denominar psicosis carcelarias¹⁸ en sus diversas manifestaciones¹⁹. A ello

¹⁴ Recuérdese aquí la profunda crítica dirigida a lo que se dio en llamar «Behandlungsideologie» en la República Federal de Alemania (Cfr. HILBERS, M. y LANGE, W., «Abkehr von Behandlungsideologie?», en *Kriminologisches Journal*, núm. 5, 1973, págs. 52 y ss.), «le difficoltà di conciliare la rieducazione con la segregazione carceraria» en Italia (Cfr. FASSONE Elvio, «La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria, Bologna, 1980, passim) y la ideología de la resocialización o la resocialización como ideología» en España (Cfr. BERGALLI Roberto, «Ideología de la resocialización. La resocialización como ideología. La situación en España», en *Papers d'Estudis i Formació*, 1987, págs. 51 y ss.), consistente en cuestionar la capacidad estatal para intervenir en el ámbito de la personalidad de los internos.

¹⁵ Sobre lo erróneo de esta identificación, y en concreto en los casos de delincuentes sexuales, ya me ocupé en mi trabajo «Castración y delincuencia sexual», en *Tapia* (Publicación para el mundo del Derecho), núm. 50, enero-febrero 1990, págs. 13 y ss.

¹⁶ De ahí las propuestas de reformulación de lo que sea resocializar, abriéndose paso la idea de que la actividad penitenciaria resocializadora no puede verse constreñida a lograr la reinserción social del penado. La resocialización se convierte en un índice corrector de la intensidad del castigo en manos de la Administración penitenciaria, definiéndose como un principio de humanización de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en virtud del cual éstas deben adaptarse a las condiciones generales de vida en la sociedad (principio de atenuación) y contrarrestar las consecuencias dañinas de la privación de libertad (principio de nihil nocere). Vid. MAPELLI CAFFARENA, Borja, «Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad», en V.V.A.A., «I Jornadas Penitenciarias Andaluzas», Sevilla, 1983, págs. 20 y s.

¹⁷ Se suele citar a FLORET como el primer estudioso de las enfermedades mentales que tienen lugar en prisión en su trabajo «De la folie dans le regime penitentiaire», París, 1849.

¹⁸ El término se debe a GANSER que lo formuló en el Congreso de La Haya de 1897. Sin embargo son muchos los profesionales de la psicología y de la psiquiatría que niegan la existencia de psicosis específicas de la prisión: Aschaffenburg, Birnbaum, Patini, Henry Claude... Por lo que se refiere a nuestro país GARCIA ANDRADE es de esta opinión, afirmando que todos los casos son clasificables con arreglo al DSM-III-R. Vid. GARCIA ANDRADE, José Antonio, «Psiquiatría criminal y forense», Madrid, 1993, págs. 400 y s.

¹⁹ Sobre las mismas véase GARCIA VALDES, Carlos, «Teoría de la pena», Madrid, 1987, pág. 157.

se une la constatación de los efectos sobre la salud física de los internos a través de enfermedades tales como la tuberculosis²⁰, hepatitis o, últimamente, el SIDA²¹, que si bien no son generadas directamente por la prisión sí que favorece su contagio.

Pero la prisión no sólo incide en la salud de los internos sino que otras parcelas de la personalidad quedan asimismo afectadas. En este sentido es destacada por la doctrina la incidencia que sobre la

²⁰ La tuberculosis en prisión ha sido tradicionalmente un tema objeto de atención tanto de teóricos como de prácticos penitenciarios. En este sentido baste recordar que ya en 1905 el Congreso Penitenciario Internacional de Budapest se ocupó del tema. En 1995 fueron declarados en las prisiones españolas un total de 353 casos de tuberculosis respiratoria (tasa por 1000 internos de 4,0), de los cuales en 118 la enfermedad fue contraída fuera de la prisión (33,4%), dentro 168 (47,6%) y en los 67 restantes no consta este dato (19%) (datos extraídos del informe sobre enfermedades de declaración obligatoria en instituciones Penitenciarias, elaborado por la Subdirección General de Sanidad Penitenciaria en abril de 1996). Prueba de la preocupación que el tema tiene en la actualidad es la promulgación el 8 de julio de 1996 de la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias núm. 13/96 por la que se dictan normas para reducir el riesgo de transmisión de la tuberculosis, así como para facilitar el tratamiento correcto de los enfermos para impedir la aparición de cepas resistentes a los medicamentos. Por todos véase DIEZ RUIZ-NAVARRO, M. y BOLEA LAGUARTA, A., «Programa de prevención y control de la tuberculosis en Instituciones Penitenciarias», Madrid, 1995.

²¹ Calificada por Kent de «mortífera calamidad» (KENT, Jorge, «Derecho de la ejecución penal. Una aproximación al tercer milenio», Buenos Aires, 1996, pág. 35) Sobre la incidencia del SIDA en prisiones la bibliografía es copiosa, pudiendo consultarse, entre otros: DOLZ LAGÓ, Manuel Jesús, «La cárcel ¿factor patógeno?», en V.V.A.A. «Ministerio Fiscal y sistema penitenciario», Madrid, 1992, págs. 75 y ss.; GIMENEZ-SALINAS, Esther, «Drogas/SIDA: nuevo objetivo en el punto de mira penitenciario», en Eguzkilore, núm. 5, 1991, págs. 117 y ss.; HEBRERO JIMENEZ, Angel, «Aspectos psicológicos del SIDA en el Complejo Penitenciario femenino de Yserías», en V.V.A.A., «VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas», Junta de Andalucía, Sevilla, 1991, págs. 241 y ss.; INTERCENTER (Centro Internazionale di ricerche e studi sociologici, penali e penitenziari), «Protocollo per il trattamento delle malattie infettive emergenti in ambiente penitenziario», Messina, 1994.; LUZON PEÑA, Diego Manuel, «El funcionario de prisiones ante el SIDA: derechos y deberes», en V.V.A.A., «VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas», Sevilla, 1991, págs. 87 y ss. También ponencia VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria (mayo 1992), Madrid, 1993, págs. 245 y ss.; LUZON PEÑA, Diego Manuel, «Pruebas de detección del SIDA en el ámbito penitenciario», en Poder Judicial, núm. 36, diciembre 1994, págs. 35 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, Borja, «Sida, drogas y prisión», en Cuadernos de Política Criminal, núm. 53, 1994, págs. 797 y ss.; MARTÍN SANCHEZ, Marisa, «Prevención del SIDA en Instituciones Penitenciarias», en V.V.A.A., «VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas», Sevilla, 1991, págs. 69 y ss.; MOMPADRE LOPEZ, Blas, «Las personas con SIDA privadas de libertad», Ponencia de la II Conferencia Nacional sobre SIDA y drogas, Madrid 23 de Noviembre de 1995; OJO CORDERO, Diego del y FERNANDEZ CUBERO, Rafael, «Factores de riesgo en la transmisión del SIDA en las prisiones», en V.V.A.A., «VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas», Sevilla, 1991, págs. 223 y ss.; ROMEO CASABONA, Carlos María, «El SIDA en las prisiones. Transmisión del SIDA entre reclusos», en V.V.A.A., «VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas», Sevilla, 1991, pág. 47 y ss.; TORRECILLA COLLADA, María del Prado, «Régimen y tratamiento penitenciario de los enfermos del SIDA», en V.V.A.A., «Vigilancia Penitenciaria (VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)», Madrid, 1994, págs. 285 y ss.

vida sexual tiene la pena privativa de libertad, llegándose a calificar a éste como un «magno problema»²² de las instituciones cerradas clásicas.

Por si todo ello fuera poco, desde mediados de la presente centuria, se viene estudiando lo que se ha venido en llamar «prisionización»²³, esto es, la asunción por parte de la persona encarcelada de toda una subcultura que la propia prisión crea (argot carcelario, código del preso...) y que supone la adopción de pautas de conducta y de valores antisociales que vienen a dificultar cualquier proceso de integración social. De todo lo anterior se deduce una visión según la cual la prisión es intrínsecamente generadora de efectos negativos, que ha obligado a que los sistemas penitenciarios hayan asumido como principio el de que la vida en prisión tome como referencia a la vida en libertad, y se intenten reducir al máximo los efectos negativos que sobre la persona ejerce el encarcelamiento. En tal sentido, ya las Reglas Penitenciarias para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas se manifestaron en que «la prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son afflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad. Por lo tanto, a reserva de las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación» (Regla 57) y que «el régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del preso o el respeto a la dignidad de su persona» (Regla 60 apartado 1.º)²⁴. En esta línea, y por lo que al Derecho penitenciario español se refiere, el Reglamento Penitenciario de 1996 ha establecido expresamente que: «Principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma. En consecuencia, la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los

²² GARCIA VALDES, Carlos, «Teoría de la pena», cit., pág. 159.

²³ Los estudios sobre prisionización parten de la obra de Donald CLEMER, «The Prison Community», Boston, 1940, que supuso la apertura de un amplio campo de investigación para la Sociología y la Psicología Social.

²⁴ Vid. CABALLERO ROMERO, Juan José, «El mundo de los presos» en V.V.A.A. (Comp. por Florencio Jiménez Burillo y Miguel Clemente Díaz), «Psicología social y Sistema penal», Madrid, 1986, págs. 269 y ss.

²⁵ En parecidos términos se manifiesta 64 y 65 apartado b de las Reglas Penitenciarias Europeas (Resolución 3/87).

efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas» (art. 3 núm. 3), lo que ha supuesto que, por primera vez, una norma penitenciaria de nuestro país haya reconocido que la prisión es intrínsecamente generadora de los aspectos negativos a los que antes hemos aludido, con lo que incluso se ha ido más allá de otros reconocimientos realizados en el Derecho penitenciario comparado²⁶.

2. REACCIONES ANTE LA CRISIS

2. Ante todo ello, y en respuesta a la crisis de la pena privativa de libertad, se han formulado una amplia gama de posicionamientos doctrinales que se pueden agrupar en dos grandes bloques: aquellos que pudiéramos denominar radicales o abolicionistas frente a los moderados o reformadores, habiéndose destacado²⁷ que ambas tendencias, la de sustituir y la de mejorar la prisión, encuentran ya manifestaciones antes de que la prisión convencional hubiera alcanzado su apogeo, poniéndose como ejemplo el hecho de que la prisión abierta, los permisos de salida o la libertad condicional ya se encuentran en los sistemas progresivos de mitad del siglo pasado.

2.1. Para los abolicionistas, la prisión es catalogada como «secuestro institucional»²⁸, destacando que la letra de las leyes penitenciarias, herencia del iluminismo penal del ochocientos, ha dado una imagen irreal de lo que el encarcelamiento es, produciéndose

²⁶ En efecto, en otras legislaciones como la portuguesa, el artículo 3 del Decreto-ley núm. 265/1979 de 1 de agosto sobre Ejecución de medidas privativas de libertad, y bajo el título «Modelación de la ejecución de las medidas privativas de libertad» dispone en su núm. 2 que: «En tanto sea posible, se aproximará la ejecución a las condiciones de la vida en libertad, evitándose las consecuencias nocivas de la privación de libertad». Se correlaciona aquí los efectos negativos con la privación de libertad (pena privativa de libertad en general) mientras que en el caso español se utiliza la expresión internamiento, con lo que se salva la atribución de estos efectos a la ejecución de penas privativas de libertad realizada fuera de las prisiones cerradas clásicas (en Regímenes abiertos, Unidades Dependientes, Unidades extrapenitenciarias...) En parecidos términos de los utilizados por la legislación portuguesa se pronuncia la ley penitenciaria sueca de 1974 en su artículo 4 («El tratamiento de los delincuentes en un centro de tratamiento postpenitenciario se realizará de forma que la reinserción del interno a la sociedad sea más fácil y de manera que puedan disminuirse las consecuencias negativas de la privación de libertad») y el parágrafo 3.º núm. 2 de la Ley penitenciaria alemana de 1976 («Habrà de contrarrestarse las consecuencias perjudiciales de la privación de libertad»).

²⁷ GARCIA BASALO, Juan Carlos, «Algunas tendencias actuales de la Ciencia penitenciaria», Buenos Aires, 1970, págs. 20 y s.

²⁸ Vid. BODON Juan y RIVERA Iñaki (Coords.), «Secuestros Institucionales y Derechos humanos», Barcelona, 1997, esp. págs. 13 y ss.

una esquizofrenia entre la prisión legal y la prisión real, y obviando la nota que la caracteriza: la «obscuridad y su capacidad corruptora de toda sustancia humana»²⁹. Además se destaca la falacia de pensar que la existencia de la prisión contribuye a la seguridad ciudadana, pues se parte de la premisa de que la opinión pública es creada desde los medios de poder, los cuales están interesados en legitimar el sistema existente y reforzar sus prácticas, desdramatizándose las consecuencias del abolicionismo penal³⁰, única solución posible dada la consideración de que la reforma del sistema penitenciario es de todo punto imposible³¹, por lo que el «cierre de las prisiones»³² y la aspiración de tener «no un Derecho penal mejor sino algo mejor que el Derecho penal»³³ son las metas que debe tener una sociedad democrática³⁴.

2.2. Desde la perspectiva reformista³⁵ la posición radical ha sido calificada, dada su falta de propuestas reales, como mera destrucción reaccionaria³⁶ cargada de utopía y demagogia; en pala-

²⁹ BERGALLI, Roberto, «¡Esta es la cárcel que tenemos... pero no queremos!», en V.V.A.A., «Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos», Barcelona, 1992, pág. 8. Tajante afirmación que tiene como antecedente ideológico la consideración de que todo el sistema penal es injusto en cuanto sanciona con intensidad desigual y de forma fragmentaria, centrando el castigo en las clases más desfavorecidas. Por todos Vid. BARATTA, Alessandro, «Criminología crítica e política penale alternativa», en *La Questione Criminale*, 1977, págs. 339 y ss. SABATER, Fernando, «Por la abolición de la cárcel», en V.V.A.A. «El preso común en España», Madrid, 1977, págs. 9 y ss.

³⁰ Vid. HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, J., «Sistema penal y seguridad ciudadana», Barcelona, 1984, págs. 43 y ss.

³¹ Vid. BUFFARD, Simone, «Le froid pénitentiaire. L'impossible réforme des prisons», París, 1973, passim; SALLEVILLES, Jacques, «Les prisons de la démocratie. Une réforme est-elle possible?», París, 1978, passim.

³² BRIGGS, Dennie, «Fermer les prisons», París, 1977.

³³ RADBRUCH, Gustav, «Rechtsphilosophie», 6.ª ed, Stuttgart, 1963, pág. 269.

³⁴ El problema radica en determinar el momento histórico en el que será posible la supresión de la pena privativa de libertad. A este respecto los autores más radicales abogan por una supresión a corto plazo, mientras que desde una perspectiva más moderada y realista se manifiesta que dicha aspiración sólo es viable si se proyecta a largo plazo, diseñando, entre tanto, una política reformista que vaya reduciendo la pena de prisión paulatinamente; de esta última opinión es FERRAJOLI («Derecho y razón...», cit., págs. 412 y ss), quien propugna como reforma inmediata la reducción de las penas privativas de libertad a un límite máximo de diez años de duración.

³⁵ Por todos, véase MORRIS, Norval, «El futuro de las prisiones», México, 1978, passim. En lo que se refiere a la doctrina española, ya desde mediados de siglo existen autores que combaten el abolicionismo y se declaran abiertamente reformistas, Vid. CUELLO CALON, Eugenio, «¿Debe de suprimirse la pena de prisión?», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. III, septiembre-diciembre 1952, págs. 417 y ss., esp. 426 y ss.

³⁶ Vid. HIERRO SANCHEZ-PESCADOR, Liborio, intervención en el coloquio «El marco legal del sistema penitenciario en España», en *FUNDACION ENCUENTRO, Alternativas al sistema carcelario. ¿Son viables hoy las cárceles?*, Madrid, 1993, pág. 17.

bras de GARCIA VALDES³⁷ «la reforma, enemiga del inmovilismo y de la revolución, pretende, en difícil equilibrio, cambiar *la* sociedad, no cambiar *de* sociedad, variar *el* Derecho penal y penitenciario, no variar *de* Derecho punitivo; transformar, no mantener ni destruir». Partiendo de estos postulados, el reformismo pretende buscar fórmulas que superen la ejecución clásica de la pena privativa de libertad, sin necesidad de que ésta desaparezca del catálogo penal, buscando, por un lado, nuevas formas de cumplimiento, más modernas y humanitarias, y potenciando la presencia de sustitutivos penales. Presupuesto ineludible para alcanzar estos objetivos es la reconducción de la pena privativa de libertad al lugar cabal que le corresponde dentro del sistema penal, esto es, a ser el último recurso punitivo, la «extrema ratio» con la que el Estado debe reaccionar ante el delito³⁸, por lo que conductas carentes de gravedad no deberían estar sancionadas con este tipo de pena, propugnándose por ello la desaparición de las penas privativas de corta duración.

La idea de suprimir las penas cortas de prisión se remonta a finales del pasado siglo, cuando ya VON LISZT afirmaba que «lo que caracteriza el comienzo de la reforma es la lucha contra las penas cortas de privación de libertad, dominantes en nuestra jurisprudencia penal actual, que en la forma en que hoy se aplican, ni corrigen, ni intimidan ni inocuizan; pero, en cambio, arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen. De aquí resulta perentoria exigencia, a menudo extraviada, de reemplazar en lo posible las penas cortas de privación de libertad con otras medidas: trabajo forzoso sin reclusión, penas que vayan principalmente contra el honor (Ehrenhauptstrafen), principalmente la reprensión; además prohibición de frecuentar establecimientos de bebidas (Wirtausverbot), arresto domiciliario (Hausarrest), hasta pena corporal (Prügelstrafe), o devolverlas, por

³⁷ GARCIA VALDES, Carlos, «Comentarios a la legislación penitenciaria», 2.ª ed., Madrid, 1982, (Reimpresión 1995), pág. 21.

³⁸ Vid. EUSEBI, Luciano, «Può nascere dalla crisi della pena una politica criminale? Appunti contro il neoconservatorismo penale», en *Dei delitti e delle pene*, núm. 3/94, enero, 1996, págs. 92. ss. Para este autor la extrema ratio no debe ser sólo del Derecho penal respecto al resto del Ordenamiento jurídico sino de la pena privativa de libertad (que debe de dejar de ser una pena principal) respecto al resto del sistema punitivo, el cual, como conjunto normativo, debe de estar regido por el principio de reinserción. Vid. EUSEBI, Luciano, «Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. XXXVI, 1993, págs. 493 y ss, esp. págs. 506 y ss. Del mismo autor, véase, «La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena», Brescia, 1990, *passim*.

agravación, su fuerza intimidante»³⁹. Posteriormente, la doctrina ha venido insistiendo sobre el tema⁴⁰, el Consejo de Europa ha cuestionado la eficacia de estas penas (Resolución 73/17), recomendando a los Estados la introducción en sus legislaciones de medidas que eviten el encarcelamiento, en especial de los delincuentes primarios (Resolución 65/1), y diversos Ordenamientos jurídicos, entre ellos el español⁴¹, han hecho desaparecer de sus códigos la pena de prisión inferior a los seis meses.

Por tanto, la posición reformista, partiendo de la consideración de la necesidad de la pena⁴², postula la potenciación de las llamadas alternativas penales. En esta línea, el propio Consejo de Europa⁴³, en su Resolución 76/10 de 9 de marzo «sobre ciertas medidas de sustitución a las penas privativas de libertad», ha venido estableciendo las directrices necesarias para poner en práctica una política criminal en la que la pena de prisión se bata en retirada, cediendo su hasta ahora preponderante puesto a favor de otras alternativas. Para cierta doctrina esta vía es la única solución posible para dar respuesta a una creciente criminalidad, ya que la respuesta consistente en crear, cada vez más nuevos, Centros Penitenciarios supone entrar en una espiral sin fin, puesto que «si no se toca la cuestión de fondo el número de internos está destinado a aumentar en progresión geométrica, y en el transcurso de pocos

³⁹ VON LISZT, Franz, «Tratado de Derecho penal», tomo II, traducción de Luis Jiménez de Asúa, Madrid, s.f., pág. 20. Un panorama histórico sobre la supresión de las penas cortas de prisión puede verse en JESCHECK, Hans Heinrich, «Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung», en JESCHECK (ed) «Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht», Baden-Baden, 1989, págs. 1939 y ss. Resulta curioso observar que ya a la altura de 1890, el Código penal de Colombia preveía en su artículo 55 que no se llevaría a prisión a un individuo si el tiempo que debía permanecer en el establecimiento no excediera de un año.

⁴⁰ Por todos Vid. BAUMANN, Jürgen, ¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?, en V.V.A.A. «Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. En homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa», Buenos Aires, 1970, págs. 1 y ss.

⁴¹ El artículo 36 del Código penal de 1995 establece que «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».

⁴² En este sentido Vid. VASS, Anthony A., «Alternatives to prison. Punishment, custody and the community», London, 1990, págs. 1 y ss.

⁴³ Vid. MORENILLA RODRIGUEZ, José María, «Las medidas alternativas a la prisión: orientaciones del Consejo de Europa», en Poder Judicial, núm. 8 (1.ª época) septiembre, 1983, págs. 141 y ss. En la VII Conferencia de Directores de la Administración Penitenciaria organizada por el Consejo de Europa, que se celebró en 1985, los representantes de Dinamarca (M.M. W. Rentzmann) y Francia (J.P. Robert) presentaron el informe «Les mesures alternatives à l'imprisonnement», publicado en 1986 y actualizado en 1991, en donde se recogen la experiencia de determinadas alternativas penales en los países europeos.

años las nuevas cárceles estarían tan superpobladas como las actuales» ⁴⁴.

La doctrina ha venido estudiando las alternativas penales desde hace ya varios años y clasificando las mismas según diversos criterios ⁴⁵, destacando, por su claridad y amplitud, la realizada por GARCIA VALDES ⁴⁶ quien distingue entre:

1) Criterios innovadores del sistema institucional, los cuales se caracterizan por «una distinta privación de libertad» en atención a los fines resocializadores de la pena y a la personalidad de los reclusos. Dentro de este apartado se encontrarían la prisión abierta, los hospitales asistenciales psiquiátricos y los establecimientos de terapia social.

2) Alternativas clásicas, que no son otras que los tratamientos en libertad a través de regímenes de prueba. Intentan evitar los efectos negativos de la prisión clásica, sometiendo al autor del delito al cumplimiento de una serie de obligaciones durante un período de tiempo, de tal manera que la observancia de esas condiciones de comportamiento, impuestas por el Juez, hace que se omita la imposición de la pena que le hubiese correspondido («Probation system») o la ejecución de la pena impuesta («Sursis» o condena condicional).

3) Alternativas superadoras de la privación de libertad clásica. En este grupo de alternativas se engloban un muy variado repertorio de sanciones, desde las puramente superadoras de los condicionamientos de la institución carcelaria o lo que podríamos denominar nuevas formas de la pena privativa de libertad (arresto fin de semana, semidetención y semilibertad...) hasta las auténticamente sustitutivas de la pena de prisión (trabajo en beneficio de la colectividad, «Diversion», perdón judicial y otros mecanismos de renuncia a la pena, «Binding over», multa...).

Todos los países avanzados han recibido en sus Ordenamientos jurídicos algunos de estas alternativas ⁴⁷, si bien hay que decir que no

⁴⁴ NEPPI MODONA, Guido, «La carcere alternativa», en La Repubblica de 2 de octubre de 1994.

⁴⁵ Algunas de estas clasificaciones pueden verse en VALMAÑA OCHAITA, Silvia, «Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español», Madrid, 1990, págs. 27 y ss.

⁴⁶ GARCIA VALDES, Carlos, «Alternativas legales a la privación de libertad clásica», en V.V.A.A., «Psicología social y sistema penal», cit., págs. 344 y ss.

⁴⁷ Vid. DE SOLA DUEÑAS, Angel, GARCIA ARAN, Mercedes y HORMAZABAL MALAREE, Hernán, «Alternativas a la prisión (penas sustitutivas y sometimiento a prueba)», Barcelona, 1986, passim; FERNANDEZ ESPINAR, Gonzalo, «Probation y medidas alternativas a las penas privativas de libertad: delimitación y singulari-

basta con la plasmación en el periódico oficial correspondiente de una normativa novedosa, sino que es necesario que la efectividad práctica de los mismos sea una realidad. Y en este terreno se han detectado serios problemas con algunos de los sustitutivos penales, como los sistemas de probation en los países sajones, donde las políticas contrarias a la excarcelación y a favor de una pretendida «seguridad ciudadana», y la falta de recursos materiales y humanos puestos al servicio de las alternativas penales han servido de caldo de cultivo para que se critiquen los fracasos⁴⁸ y el elevado coste económico de algunos programas⁴⁹. Además exige una sensibilización social del tema y un cambio de mentalidad en los operadores jurídicos que deben sustituir criterios abstractos de «imperativo de justicia» por una posición más comprometida sobre el fin de la medida a imponer⁵⁰.

En el Derecho penal español, el Código penal de 1995 ha ampliado la estrecha visión que hasta entonces se tenía de las alternativas a las penas privativas de libertad. Las novedades más significativas son la introducción de nuevas formas de la pena de prisión clásica (pena de arresto de fin de semana), la aparición de penas no privativas de libertad como sustitutivas (trabajos en beneficio de la comunidad) y una nueva configuración de la pena de multa (sistema de días multa).

dades a la luz del Derecho Comparado», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1993-1994, págs. 95 y ss.; TELLEZ AGUILERA, Abel, «El toxicómano y su rehabilitación en prisión. Un estudio de Derecho comparado», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 246, 1995, págs. 14 y ss. Sobre la decidida influencia que en materia de sustitutivos penales tuvo el Proyecto Alternativo alemán de 1966 en los Ordenamientos penales europeos véase: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal europeo actual», en *Poder Judicial* (2.ª-3.ª época), núms. 43-44, 1996 (II), págs. 121 y ss.

⁴⁸ No obstante, la valoración de los resultados no es unánime. Así sobre la eficacia de la probation y de medidas análogas se ocupó el cuarto informe de la sección 2.ª del VI Congreso Internacional de Criminología celebrado del 21 al 26 de septiembre de 1970 en Madrid en donde se presentaron varios trabajos, entre los que destaca por su amplitud y bibliografía citada, el de Wolf MIDDENDORFF, «Estudios concernientes a los resultados de la probation» publicado en la Memoria del Congreso págs 297 a 324, quien los valora muy positivamente, al situar la no reincidencia en torno al 75% de los casos.

⁴⁹ Vid. WILLIS, Andrew, «Alternatives to Imprisonment: An Elusive Paradise?», en POINTIG John (ed), «Alternatives to custody», Oxford, 1986, pág. 38.

⁵⁰ En esta línea véase GARCIA ARAN, Mercedes, «Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad», en *Estudios de Derecho penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico núm. 11, 1986, págs. 313 y ss. esp. 320-322, quien apuesta por un ejercicio responsabilizado y comprometido del arbitrio judicial. Asimismo ASUA BATARRITA, Adela, «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 39, 1989, págs 620 y ss.

3. LA PENA DE ARRESTO DE FIN DE SEMANA

La pena de arresto de fin de semana, nacida con vocación de ser un sustitutivo a las penas privativas de libertad de corta duración, fue evolucionando desde la consideración de una mera forma de ejecutar éstas hasta adquirir sustantividad propia como pena, y en algunos casos, incluso como medida de seguridad. En cualquiera de estas manifestaciones (forma de ejecución, clase de pena privativa de libertad y medida de seguridad) el denominador común es la idea que persigue: luchar contra los efectos negativos colaterales que el encarcelamiento tradicional despliega en el área familiar y laboral, para lo cual se concreta el momento de la ejecución en los días de la semana dedicados al ocio (como regla general los fines de semana).

Las primeras formulaciones en el Derecho comparado comienzan a aparecer en los años cuarenta (Ley alemana de Tribunales para jóvenes de 1943, *Criminal Justice Act* británica de 1948), introduciéndose en España, como medida de seguridad, en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970 (art. 6 núm. 7)⁵¹. En la jurisdicción de menores no aparece expresamente en la Ley del Tribunal Tutelar de menores de 1948, si bien las previsiones contenidas en el artículo 17 a) 1.ª, que hablaba de «breve internamiento», había propiciado que el mismo se configurase como fin de semana, habiendo que esperar a su reforma por Ley Orgánica 4/1992 para que en dicho artículo se contemple expresamente la posibilidad de que el menor sea sancionado con un arresto de uno a tres fines de semana. Por lo que se refiere a pena propiamente dicha, tanto los Proyectos de Código penal de 1980 (art. 42)⁵² y 1992 (art. 34) como la Propuesta de Anteproyecto de 1983 (art. 36)⁵³ contemplaban su introducción, habiendo pasado a ser *lege data* con el Código penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre⁵⁴ que

⁵¹ Vid. JORGE BARREIRO, Agustín, «El arresto de fin de semana como medida de seguridad», en Revista de Estudios Penitenciarios, núms. 204-207, enero-diciembre, 1970, págs. 191 y ss.

⁵² Vid. VALMAÑA OCHAITA, Silvia, «Sustitutivos penales...», cit. págs. 112 y ss.

⁵³ Vid. HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, «La pena de arresto de fin de semana en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal español de 1983», en La Ley, núm. 967, 1984, págs. 1224 y ss.

⁵⁴ Nos referimos exclusivamente al ámbito penal civil porque el castrense nunca contempló la pena de arresto de fin de semana. En este sentido se ha destacado que al amparo de lo que disponía el art. 443 del Código de Justicia Militar de 1945 algunos correctivos leves eran cumplidos durante los fines de semana, por lo que se recomendó su introducción, para faltas graves y leves cometidas por la tropa y marinería (nunca para el personal militar profesional) en el Código penal militar (Vid. HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, «La pena de arresto de fin de semana. Estudio, propuestas y documentación», Madrid, 1982, pág. 57 y ss.); recomendación que, sin embargo, no fue recogida en el Código penal militar aprobado por Ley Orgánica 13/1985 de 9 de diciembre.

entró en vigor el 25 de mayo de 1996⁵⁵, con lo que se sigue la tendencia observada en modernos Códigos penales europeos⁵⁶, en donde reviste la doble naturaleza de pena principal, con una extensión máxima de veinticuatro fines de semana (arts. 35 y 37.1⁵⁷), y pena sustitutiva de penas de prisión de hasta dos años⁵⁸ a razón de dos

⁵⁵ No obstante, y a título de curiosidad, podemos decir que el primer penado a la pena de arresto de fin de semana (11 fines de semana por sustitución de un arresto menor que debían cumplirse desde las 9 horas del sábado a las 21 horas del domingo) fue José F.G. en virtud de mandamiento de prisión del Juzgado de Instrucción número 2 de La Orotava (Santa Cruz de Tenerife) dimanante del Procedimiento de Juicio de Faltas 329/95-07, y que fue firmado el 25 de octubre de 1995 (trece días antes de que el nuevo Código penal se votara en Cortes, 30 días de que apareciera publicado en el B.O.E. y siete meses antes de que entrara en vigor!). Se trata del primer caso, que conozcamos, de persona condenada una pena que en el momento de su imposición tan sólo estaba en la mente del legislador. Si sorprendente es la imposición de una «pena inexistente», más lo es aún el hecho de que la Administración penitenciaria procediera a su ejecución.

⁵⁶ Así el Código penal portugués, en su redacción dada por el Decreto Ley núm. 48/95 de 15 de marzo establece en su artículo 45, y bajo el título «Prisión en días libres» que: 1. «La pena de prisión aplicada en medida no superior a los tres meses, que no deba ser sustituida por multa o por otra pena no privativa de libertad, será cumplida en días libres siempre que el Tribunal concluya que, en el caso, esta forma de cumplimiento realiza de forma adecuada y suficiente las finalidades de la pena». 2. «La prisión en días libres consiste en una privación de la libertad por períodos correspondientes a fines de semana que no podrán exceder de dieciocho». 3. «Cada período tendrá una duración mínima de treinta y seis horas y máxima de cuarenta y ocho, equivaliendo a cinco días de prisión continua». 4. «Los días festivos que antecedan o sigan inmediatamente a un fin de semana podrán ser utilizados para la ejecución de la prisión en días libres, sin perjuicio de la duración máxima establecida para cada período». Las novedades introducidas en 1995 respecto a la formulación originaria (art. 44 de la redacción de 1982) estriba en el cambio de naturaleza jurídica (de pena sustitutiva a forma de cumplimiento de la pena de prisión), el reforzamiento del requisito de que se cumplan con ella los fines de la pena (tanto preventivo generales como especiales) y el aumento en un día en la equivalencia con la prisión continua. Cometarios a la nueva regulación pueden verse en GONÇALVES, M. Maia, «Código Penal Português: anotado e comentado e legislação complementar», 8.ª ed. Coimbra, 1995, págs. 301 y ss.

Por su parte el Código penal francés que entró en vigor el 1 de marzo de 1994 ha seguido manteniendo la figura del fraccionamiento de penas por razones de orden médico, familiar, profesional o social (art. 132-27) sin que se haya acogido la pena de arresto de fin de semana.

⁵⁷ Este precepto se limita a establecer la extensión máxima pero nada dice de la mínima, la cual debe entenderse que es de un fin de semana al amparo de lo dispuesto en el artículo 33 núm. 4. Esta omisión es calificada de inexplicable por BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel, en GRACIA MARTIN, Luis, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel y ALASTUEY DOBON, María del Carmen, «Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español», Valencia, 1996, pág. 104.

⁵⁸ Hay que advertir que como pena principal el propio arresto de fin de semana puede ser sustituido por trabajos en beneficio de la comunidad (a razón de dos días de trabajo por cada fin de semana) o por multa (dos cuotas equivalen a un fin de semana) (art. 88 núm. 2). No cabe la sustitución del arresto cuando éste ya era sustitución de una pena de prisión (art. 88 núm. 4). En el Derecho comparado, como señala JESCHECK, el arresto de fin de semana es configurado mayoritariamente como sustitutivo penal y no como pena principal. Vid. JESCHECK, Hans Heinrich, «Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», en

fin de semana por cada semana de prisión (art. 88-1.^º). Así pues, el límite de los veinticuatro fines de semana quedará superado cuando: se sustituya una pena de prisión de hasta dos años (hasta doscientos ocho fines de semana, art. 88.1), cuando se aplique para cumplir la pena de multa impagada (ciento ochenta fines de semana, ya que dos cuotas impagadas se ejecutan en un fin de semana, artículo 53), y cuando se tenga que aplicar la pena superior en grado (treinta y seis fines de semana, artículo 70.2 núm. 5).

Para dar cumplimiento al desarrollo reglamentario previsto en el artículo 37 núm. 4 del Código penal el Real Decreto 690/1996 de 26 de abril ha venido a regular los aspectos ejecutivos de esta nueva pena⁵⁹.

La duración de arresto de fin de semana será de treinta y seis horas, con lo que se separa de los antecedentes normativos existentes en el Derecho español⁶⁰ y no recoge las sugerencias doctrinales de reducir su duración⁶¹, las cuales se cumplirán, como regla general, los viernes, sábados o domingos⁶² y excepcionalmente,

Estudios Penales y Criminológicos, tomo VIII, Santiago de Compostela, 1985, págs. 16 y ss. Véase, asimismo, VARONA GOMEZ, Daniel, «Arresto de fin de semana: ¿alternativa a la prisión o prisión atenuada?», en V.V.A.A. (Coord. por Cid Moline y Elena Larrauri), «Penas alternativas a la prisión», Barcelona, 1997, págs. 143 y ss.

⁵⁹ Este Real Decreto regula además los aspectos ejecutivos de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. En los informes preceptivos previos fue duramente criticado por sus deficiencias de técnica normativa, falta de claridad y ambigüedad de sus contenidos (Informe del Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado de 31 de enero de 1996) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis y ORDÓÑEZ SANCHEZ, Belén, «La ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana: el Real Decreto 690/1996 de 26 de abril», en Actualidad Penal, núm. 27, 1 a 7 de julio de 1996, págs. 485 y ss. La doctrina ha resaltado el contraste de la «escasa y confusa» regulación respecto a la importancia que el Código penal de 1995 le otorga a esta nueva pena, Vid. SANCHEZ CARRION, Joaquín Luis, «Cuestiones prácticas sobre el cumplimiento de la pena de arresto de fin de semana», en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 318, 20 de noviembre de 1997, pág. 1.

⁶⁰ El Reglamento de Peligrosidad Social (Decreto 13 de mayo de 1971), en su artículo 9 núm. 3, fijaba en 32 las horas la duración del fin de semana.

⁶¹ Así Higuera Guimerá entiende que la duración debería ser de treinta horas, ya que así se evitaría poner en libertad al condenado a medianoche (como ocurre en el caso de en un fin de semana de 36 horas que inicie el cumplimiento a las 12 horas del sábado), coincide con lo que sociológicamente se entiende un fin de semana y es realista en cuanto se tiene presente el tiempo que se invierte en traslados, ingreso y excarcelación. Vid. HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, «La pena de arresto de fin de semana. Estudio...», cit., págs. 92 y ss. Crítico con las treinta y seis horas por entenderlo excesivo se manifiesta, asimismo, este autor en, «La pena de arresto de fin de semana en el Anteproyecto de Código penal español de 1992», en V.V.A.A., «Política Criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria de Juan del Rosal», Madrid, 1993, pág. 708.

⁶² El Proyecto de Código penal de 1992 sólo preveía la posibilidad de cumplimiento los sábados y los domingos.

cundo las circunstancias así lo aconsejen, podrá cumplirse otros días de la semana⁶³, con lo que esta pena se configura como un auténtico arresto del descanso semanal. No se ha contemplado la posibilidad de acumular varios fines de semana a fin de que la ejecución se haga coincidir con períodos de inactividad laboral superior al fin de semana (vacaciones, «puentes», períodos de paro)⁶⁴ con lo que se hubiera flexibilizado aún más su cumplimiento, convirtiéndola en una auténtica pena de privación del tiempo libre («*Freizeit-arrest*» la denomina la Ley penal juvenil alemana, § 16,). Si bien está flexibilizar el cumplimiento respecto a la posibilidad de abrirse a días distintos del fin de semana mayores problemas plantea, sobre todo a efectos de práctica penitenciaria, la posibilidad establecida en el artículo 14 del Real Decreto 690/1996, según el cual el ingreso del fin de semana se podrá realizar entre las 8 de la mañana del viernes hasta las 12 del mediodía del sábado, quedando excluido el período que va desde las 12 de la noche del viernes a las 8 de la mañana del sábado. Esta amplia horquilla horaria convierte a los Centros Penitenciarios en pseudo-recepciones de hoteles que dificulta una correcta gestión, por lo hubiera sido más racional establecer un horario fijo de cumplimiento, como nos enseña la experiencia de otros países⁶⁵, que podría ser desde las 18 horas del sábado hasta las 6 horas del lunes. En su defecto, algún autor apuesta porque sea el plan de ejecución aprobado por el Juez de Vigilancia el que determine la hora de ingreso, a fin de evitar una total disponibilidad del mismo por parte del penado y facilite la racionalización de la gestión del Centro en donde deba cumplir⁶⁶.

Respecto al lugar del cumplimiento, tiene preferencia el Centro Penitenciario más próximo al domicilio del arrestado⁶⁷, y sólo en su defecto podrá cumplirse en el Depósito Municipal de dete-

⁶³ Posibilidad no contemplada en el Proyecto de Código penal de 1980 ni en el Anteproyecto de 1983.

⁶⁴ Posibilidad propuesta por Coalición Democrática en la enmienda núm. 1464 realizada al Proyecto de Código penal de 1980.

⁶⁵ La Circular del Ministerio de Justicia Belga de 15 de febrero de 1963, punto 1º fija el fin de semana en 40 horas de duración que se cumplirán desde las 14 horas del sábado a las 6 horas del lunes.

⁶⁶ Vid. SANCHEZ CARRION, Joaquín Luis, «Cuestiones prácticas...», cit., pág. 4.

⁶⁷ El artículo 12 del R.D. 690/1996 dispone en su núm. 1 que en el caso de que en el partido judicial donde resida el penado existan varios Centros Penitenciarios y exista un Centro de Inserción Social (casos de Madrid o Valencia) tendrá preferencia éste. Sobre los Centros de Inserción Social véanse los arts. 163 y 164 del Reglamento Penitenciario de 1996 (el art. 163 núm. 1 expresamente ya configura a estos Centros como los destinados al cumplimiento de las penas de arresto de fin de semana, sin embargo el escaso de número de C.I.S. existentes en la actualidad hace que el cumplimiento en estos Centros sea excepcional).

nidos siempre y cuando «sea posible», esto es, existan y estén en condiciones de habitabilidad adecuadas como para acoger a los penados, lo que en la práctica no es fácil encontrar⁶⁸. No se ha previsto, con buen criterio, la posibilidad de que se cumplan en Centros Policiales⁶⁹ ni en el propio domicilio del arrestado, el primero porque se entienden que no son lugares adecuados para cumplir penas y el segundo porque su admisión supondría desvirtuar y trivializar esta nueva forma penológica, que pronto caería en el descrédito por su falta de consistencia⁷⁰. Entendemos, no obstante, que dadas las finalidades de los depósitos (retención de detenidos) y las dificultades para conciliar su estructura con el régimen de cumplimiento del arresto de fin de semana (disfrute de dos horas «de patio») hubiera sido más adecuado no permitir el cumplimiento de esta pena en ellos, reservándose exclusivamente para los Centro Penitenciarios⁷¹. En caso de inexistencia de Centro Penitenciario en el partido judicial donde resida el penado el transporte hasta el Establecimiento (en servicio público excluido el taxi)

⁶⁸ Sobre esta cuestión ya Sainz Cantero puso de manifiesto el escaso número de depósitos municipales y el lamentable estado en que se encuentran la mayoría de los existentes en un estudio de campo que, si bien fue realizado en la Comunidad autónoma andaluza, es extensible a la mayoría del país. Ante esta situación se inclina no por no contemplar la posibilidad de cumplir en ellos sino en crear depósitos acondicionados en las cabezas de partido. Vid. SAINZ CANTERO, José Antonio, «Posibilidades de aplicación de la pena de arresto de fin de semana en depósitos municipales: la cuestión en la Comunidad autónoma andaluza», en V.V.A.A., «III Jornadas Penitenciarias Andaluzas», Sevilla, 1987, págs. 205 y ss. Recientemente, un Informe especial realizado por el defensor del Pueblo andaluz al Parlamento concluye que en Andalucía tan sólo 18 depósitos municipales están en situación aceptable, siendo 25 los que reciben la calificación de deficiente, 16 de muy deficiente y 14 de inexistentes. Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ «Los depósitos municipales de detenidos en Andalucía: informe especial elevado al Parlamento», Sevilla, 1996, especialmente págs. 281 y ss. En similar línea se manifiesta el DEFENSOR DEL PUEBLO en su «Informe sobre la situación penitenciaria y Depósitos municipales de detenidos 1988-1996», págs. 295 y ss.

⁶⁹ Posibilidad contemplada en los Proyectos de Código penal de 1980 y 1992.

⁷⁰ En este sentido se manifestó la doctrina ante su admisión en el Proyecto de Código penal de 1980, lo que propició que en la Propuesta de Anteproyecto de 1983 desapareciera. Vid. HIGUERA GUIMERA, «La pena de arresto de fin de semana. Estudio...», cit., págs. 104 y ss. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, «Los medios sustitutivos de las penas cortas de prisión (Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal español)», en Poder Judicial, núm. 7 (1.ª época), 1983, pág. 67, quien mantiene que la introducción del Proyecto de la posibilidad de cumplir en el domicilio del arrestado o ser sustituida por multa fue introducida, en contra de la Ponencia, por las presiones realizadas por las autoridades penitenciarias que temían recibir en los Centros Penitenciarios una población flotante que perturbara el régimen ordinario, dada la necesidad de vigilancia suplementaria y escasez de celdas). Sobre las enmiendas presentadas al Proyecto de Código penal de 1980 en este sentido véase VALMAÑA OCHAITA, Silvia, «Sustitutivos penales...», cit., págs. 124 y ss.

⁷¹ Ya HIGUERA GUIMERA manifiesta su desconfianza hacia los mismos, si bien acoge la posibilidad de que se cumplan en centros policiales, Vid. «La pena de arresto de fin de semana. Estudio... cit., pág. 97.

será a cuenta de la Administración Penitenciaria (art. 15 del R.D. 690/1996).

En cuanto al régimen de cumplimiento, el Código penal se remite (art. 37 núm. 4) al desarrollo reglamentario que, como sabemos, se ha producido con el Reglamento en el que «se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana». En este aspecto, la doctrina ha apostado mayoritariamente por el cumplimiento en régimen de aislamiento, a fin de evitarse el contagio criminal⁷² y que la pena quede desvirtuada por convertirse en «una tertulia de delincuentes»⁷³, criterio que ha sido asumido en el artículo 17 del Reglamento de desarrollo, si bien queda excepcionado en los supuestos en los que el interno tenga señalada la realización de alguna de las medidas previstas en el artículo 83 núm. 4 del Código penal (participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares)⁷⁴. Entendemos que ese régimen de aislamiento ha de interpretarse en el sentido que tal concepto tiene en el sistema penitenciario español, es decir, que el interno contará con dos horas de paseo⁷⁵ en donde podrá coincidir con penados a la misma pena, y nunca con preventivos o penados a penas de prisión, con lo que la posibilidad de contagio queda salvada. Interpretar el régimen de aislamiento como reclusión continua durante las treinta y seis horas, supondría colocar al arrestado en el régimen más duro del sistema penitenciario (más que el régimen de sanción de aislamiento, en donde se disfruta de dos horas de paseo diarias), haciendo renacer un sistema celular que conculcaría las Reglas Mínimas de Ginebra (Regla 21) y las Reglas Penitenciarias Europeas (Regla 86) que garantizan, al menos, una hora de estancia al aire libre a todo penado. El régimen de aislamiento im-

⁷² Por todos *Vid.* HIGUERA GUIMERA, «La pena de arresto de fin de semana. Estudio...», cit., págs. 97 y s. En contra se manifiesta GONZÁLEZ SÁIZ, José Antonio («El arresto de fin de semana: lugar de cumplimiento y régimen aplicable», comunicación a las Jornadas de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, Madrid, noviembre de 1996) quien entiende aplicable el régimen ordinario por tratarse de internos penados sin clasificar.

⁷³ En conocida expresión de GARCÍA VALDES, Carlos, en «Introducción a la penología», Madrid, 1981, pág. 166.

⁷⁴ Parece un tanto ilógica la imposición de este tipo de programas durante un fin de semana, al igual que cualquier labor tratamental sería. Por el contrario, se manifiesta a favor del tratamiento para estos penados (a través de la psicoterapia) SAINZ CANTERO, José Antonio, «Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 191, octubre-diciembre 1970, págs. 1069 y ss.

⁷⁵ Como ha contemplado la Circular 8/96 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre arrestos de fin de semana, de 12 de junio de 1996.

plica el cumplimiento en celda individual (art. 17 del R.D. 690/1996) si bien ha de entenderse que rige la excepción prevista en los artículos 19 núm. 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 13 núm. 2 y 3 del Reglamento Penitenciario de 1996 (compartir celda y existencia de dormitorios colectivos en Centros Abiertos) siempre respetando la absoluta separación del resto de detenidos, presos y penados a pena de prisión, ya que de ser de otro modo se estaría produciendo una discriminación del resto de la población reclusa que por razones de capacidad tienen que compartir celda.

Al arrestado le asiste el derecho de disfrutar de radio o televisión a su costa, acceder a los servicios de la biblioteca y del economato y a efectuar una llamada en el momento del ingreso, no pudiendo recibir comunicaciones, paquetes ni visitas y quedando obligado a realizar las labores de limpieza y aseo de la celda antes de desalojarla (arts. 17, 18 y 21 del R.D. 690/1996). En cuanto al Régimen disciplinario hay una remisión genérica al Régimen disciplinario general (art. 22) si bien se matiza «en cuanto resulte de aplicación a la naturaleza de esta pena y su forma de ejecución. Cuando se observe reiterada mala conducta se comunicará al Juez de Vigilancia de quien dependa a fin de que se adopten, en su caso las medidas procedentes», y es que, cuando el arresto se ejecute de forma ininterrumpida el régimen disciplinario será el general, mientras que si se ejecuta semanalmente, ante la imposibilidad de respetar el procedimiento disciplinario, se pondrá conocimiento del Juez de Vigilancia, a efectos de que se proceda a su cumplimiento ininterrumpido si el arresto de fin de semana era una pena principal, o su conversión a la pena sustituida si era un sustitutivo. Igual conversión se producirá, aparte de ocasionar la oportuna deducción de testimonio por quebrantamiento de condena ⁷⁶, cuando se pro-

⁷⁶ En el artículo 468 del Código penal se diferencia, a efectos de penalidad, según el autor estuviese, en el momento de quebrantar la condena, privado o no fácilmente de libertad. El quebrantamiento del arresto de fin de semana por no presentación, al igual que ocurre en los casos de no reingreso de permisos de salida, se incluye en los supuestos de quebrantamiento «desde la libertad», condenado en el nuevo Código con una pena de multa de doce a veinticuatro meses. Existen autores (GARCIA ARAN, Mercedes, «Las clases de penas en el Código penal de 1995», ponencia presentada el 26 de agosto de 1997 en el Curso de Verano de la Universidad Complutense titulado «El nuevo sistema de penas en el Código penal de 1995») que entienden que en casos de conversión de los fines de semana en pena ininterrumpida por ausencia injustificada no cabría imponer pena por quebrantamiento, ya que ello atentaría al principio de *non bis in idem*, toda vez que concurrirían dos sanciones: la que supone la conversión en sí misma al transformarse 36 horas de cada fin de semana por dos días de privación de libertad (48 horas) y la pena por el quebrantamiento. No estamos de acuerdo con tal interpretación, ya que la conversión de fines de semana en días de prisión no constituye, en ningún caso, sanción jurí-

duzcan dos ausencias injustificadas, criterio excesivamente benévolo, pues debería bastar con una sola ausencia para entender que se ha cometido el quebrantamiento y proceder a la conversión⁷⁷, ya que de otra manera parece como si el penado contara con un «comodín» de no presentación del que podría hacer uso, a su conveniencia, durante la ejecución de la pena, sabiendo que de ello no se derivará consecuencia alguna. Cuando se produzca esta conversión, y aunque el Código penal no lo dice expresamente, se ha de entender que los fines de semana ya cumplidos se han de computar como pena extinguida, por analogía con lo dispuesto en el artículo 88.3, por lo que la conversión se producirá sólo de los fines de semana pendientes de cumplir.

Tanto en la regulación que del fin de semana ha realizado el Código penal como el Reglamento de desarrollo se ha estado pensando exclusivamente en los supuestos de arrestos de fin de semana que se cumplen autónomamente, es decir, sin concurrir con otras penas privativas de libertad, como lo demuestra el hecho de que el artículo 21 núm. 1 del R.D. 690/1996 prohíba la clasificación, prohibición que debería haber figurado en el Código penal⁷⁸ ya que al estar en un Reglamento se produce una contradicción con lo dispuesto en el artículo 72 núm. 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que prescribe que las penas privativas de libertad (y el arresto de fin de semana lo es) se cumplirán por el sistema de individualización científica separado en grados. Esta falta de clasificación impedirá la concesión de permisos ordinarios de salida, los cuales, dada su finalidad, no tienen sentido para el penado a arresto de fin de semana, a diferencia de lo que ocurre con los permisos extraordinarios a los que tendrá derecho como cualquier recluso.

dica alguna, sino un mero cambio en la modalidad de cumplimiento de una pena, el arresto de fin de semana, que sigue siendo la misma. Mantener otra interpretación supondría, por ejemplo, que un penado a pena de prisión que tras un cruento motín logra evadirse, cuando fuera capturado no podría ser castigado por el quebrantamiento si por aquellos motivos ya hubiera sido «sancionado» con una regresión a primer grado. Esta misma autora entiende que el término «podrá» utilizado por el artículo 37.3 supone que no toda ausencia injustificada conlleve automáticamente la deducción de testimonio por quebrantamiento (Vid., «GARCIA ARAN, Mercedes, «Fundamentos y aplicación de la pena y medida de seguridad en el Código penal de 1995», Pamplona, 1997, pág. 51.). De opinión contraria, SANCHEZ CARRION, Joaquín Luis, «Cuestiones prácticas...», cit., pág. 4.

⁷⁷ De igual parecer HIGUERA GUIMERA, «La pena de arresto de fin de semana. Estudio...», cit., págs. 100 y s.

⁷⁸ El legislador del texto punitivo entendió que la pena de fin de semana persigue exclusivamente un efecto «shock» (intimidación) ajeno a cualquier idea reinseradora. Vid. LOPEZ GARRIDO, Diego y GARCIA ARAN, Mercedes, «El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario», Madrid, 1996, pág. 60.

Sin embargo la realidad penitenciaria nos demuestra que no es infrecuente que concurran en un interno condenas a penas de prisión y condenas de arrestos de fin de semana. En estos supuestos la finalidad del arresto deja de tener sentido, en cuyo caso la solución más razonable es la conversión en días continuos, y tratarlo como si de una pena de prisión se tratase, esto es, refundiéndolo con el resto de las penas y, por tanto, disfrutando de libertad condicional⁷⁹. De no ser así, el arresto de fin de semana quedará como una pena pendiente de cumplimiento que se ejecutará durante el período de libertad condicional de las causas penadas con pena de prisión, si el interno accede al mismo, si bien demorando el licenciamiento definitivo de las causas con pena de prisión tantos días como fines de semana multiplicado por dos (un fin de semana equivale a dos días de prisión ex artículo 37.1 del Código penal) al objeto de que en un mismo día (fin de semana) no se cumplan dos condenas a la vez (arresto y prisión en libertad condicional), evitándose con ello que después de un largo período de libertad condicional el interno tenga que retornar al Centro Penitenciario, una vez cumplidas las causas penadas con prisión, a cumplir los arrestos de fin de semana. De no cumplirse en el período de libertad condicional, la ejecución de los fines de semana se produciría una vez extinguidas las penas de prisión.

En cualquier caso, el licenciamiento de las penas de arresto de fin de semana corresponde, curiosamente, a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, con lo que se contradice con lo dispuesto en el artículo 17 núm. 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que atribuye el licenciamiento de las penas privativas de libertad al Tribunal sentenciador, precepto que el Proyecto de Ley Reguladora de los Procedimientos ante los Jueces de Vigilancia Penitenciaria

⁷⁹ Criterio asumido por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en su IX Reunión celebrada en Madrid los días 11 y 12 de abril de 1996 (conclusión núm. 7), y recogido en el Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Jueces de Vigilancia (artículo 61.4) que atribuye tal conversión al Juez de Vigilancia previa petición del condenado. En la conversión un fin de semana equivale a dos días de prisión (art. 37.1. del Código penal) computándose tales días como días de arresto (días naturales en los cuales el primero se computa completo con independencia de la hora de ingreso y el último supone la excarcelación a cualquier hora) y nunca por horas naturales. La Instrucción 19/96 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 16 de diciembre de 1996 (punto 3), por influencia de quien esto escribe, fue pionera en asumir este criterio de conversión. Igualmente el Anteproyecto de la Ley Orgánica citada incluyó tal conversión por informe de sugerencias realizado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en noviembre de 1996. Más ampliamente me pronuncie en mi ponencia «1996: un año de reforma penal y penitenciaria», Facultad de Derecho de Jerez, Universidad de Cádiz, 15 de enero de 1997.

prevé derogar, al conferir la competencia de todo licenciamiento a los Jueces de Vigilancia.

Frente al pesimismo manifestado por algunos autores⁸⁰ entendemos que todo lo que suponga ampliar el catálogo penal con penas que sustituyan a la tradicional pena de prisión debe tener una positiva valoración, si bien hemos de tener presente que se necesita un importante esfuerzo institucional para que el arresto de fin de semana no quede en «el cielo de los conceptos»⁸¹. No obstante hay que poner de relieve que la filosofía que inspira esta penalidad, esto es, hacer cumplir la privación de libertad de tal forma que no se rompan los vínculos laborales y socio-familiares del penado, presuponen un perfil del condenado que poco tiene que ver con el tipo medio del recluso español (varón de una media que supera los treinta años de edad, con escasa trayectoria laboral e importantes deficiencias socio-familiares), ante quien la imposición de una pena de arresto de fin de semana deja de tener sentido. Por tanto, la penalidad que hemos estudiado debería haber sido reservada exclusivamente para aquellos penados cuya situación personal hiciera aconsejable el cumplimiento interrumpido de la pena impuesta, por lo que, a nuestro entender, se debería haber configurado la pena de arresto de fin de semana con naturaleza no de pena principal sino de sustitutiva.

4. LA PENA DE TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Dentro de lo que se ha venido en llamar «penas vinculadas a la comunidad» (*community sanctions*)⁸² ocupa un lugar privilegiado la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Con antecedentes en

⁸⁰ Así SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, «Las penas en el Código penal de 1995», en Boletín del Ilre. Colegio de Abogados de Madrid, núm. 1, Tercera época, Abril-Mayo 1996, pág. 108. Más ampliamente, véase TESON MARTIN, Fernando, «La pena de arresto de fin de semana en el nuevo Código penal», en Actualidad Penal, núms. 11, 10 a 16 de marzo de 1997, págs. 243 y ss. quien propone que hubiera sido más coherente, en lugar de configurarse como pena autónoma, que el fin de semana hubiera sido concebido como una forma de cumplimiento de las penas cortas de prisión (pág. 258). Más radical se presenta RAPOSO FERNANDEZ, José Manuel, «Aproximación a la pena de arresto de fin de semana II», en La Ley, núm. 4305, 10 de junio de 1997, pág. 3, que enjuicia negativamente su implantación en nuestro Ordenamiento tanto por razones de oportunidad como de organización penitenciaria, echando en falta otras medidas como la mediación-conciliación delincuente-víctima.

⁸¹ En frase de RODRIGUEZ RAMOS, Luis, «La pena de arresto de fin de semana en el Proyecto de Código penal», en La Ley, año I, núm. 35, págs. 1 y s. En el mismo sentido se manifiesta SALINERO ALONSO, Carmen, «El sistema de penas en el Código penal de 1995», en Jueces para la Democracia, núm. 30, noviembre 1997, pág. 71.

⁸² Concepto introducido por el *Canadian Sentencing Commission Report* de 1987.

la posibilidad contemplada en algunos Ordenamientos⁸³ de sustituir la multa por un trabajo de repoblación forestal, pasó a convertirse en una vía sustitutiva y/o paralela de la multa en algunos Códigos Penales⁸⁴, como el español de 1928⁸⁵. Pero será en los años sesenta cuando diversas propuestas de reforma en Alemania, Holanda e Inglaterra recogen la idea de convertir el trabajo en favor de la comunidad como pena autónoma (ya principal ya sustitutiva de las penas de prisión).

Se trata de una pena consistente en la «cooperación personal no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, tendente a servir de reparación para la comunidad perjudicada por el ilícito penal y no supeditada al logro de intereses económicos» (art. 1 del R.D. 690/1996). Esta definición legal es bastante aceptable, salvando lo criticable de utilizar el concepto «perjudicada» para referirse a la comunidad, ya que sólo desde un punto de vista filosófico puede sentirse perjudicada la sociedad⁸⁶.

En el Derecho comparado, y siguiendo las recomendaciones del Consejo de Europa (Resolución 76/10), diversos países han asumido esta modalidad penal⁸⁷. Pionera en esta asunción fue Inglaterra que la introdujo a través de la Criminal Justice Act de 1972. La «*Community Service Order*» británica se define⁸⁸ como aquella respuesta social no detentiva frente al delito, que consiste en la prestación de un determinado número de horas de trabajo no remunerado en beneficio de la comunidad por quien ha sido declarado culpable de un delito castigado con pena de prisión, y que, una vez

⁸³ Así el Code forestier francés de 1859 (Vid. BONNEVILLE DE MARSANGY, Henri, «De l'amélioration de la loi criminelle», tomo II, París, 1864, pág. 302.) y la Forstdiebsthalgesetz prusiana de 1878 (Vid. FULD, «Die Kurzzeitigen Freiheitsstrafen und ihr Ersatz», en Der Gerichtssaal, núm. 43, 1890, pág. 457).

⁸⁴ En algunos casos de forma precursora, como en Italia donde se introdujo en el Codice Zanardelli de 1889. Vid. DOLCINI, Emilio, «Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza», en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1972, pág. 455.

⁸⁵ A nivel doctrinal los comentaristas de la época exaltaron lo novedoso del instituto (Vid. CUELLO CALÓN, Eugenio, «El nuevo Código penal», Libro I, Barcelona, 1929, págs. 202 y s. nota núm. 19), sin embargo el escaso tiempo de vigencia de este Código (aproximadamente tres años) impidieron una amplia aplicación práctica.

⁸⁶ Crítica que también advierten MANZANARES SAMANIEGO, José Luis y ORDÓÑEZ SANCHEZ, Belén, «La ejecución de la pena de trabajo...», cit., pág. 489.

⁸⁷ Una visión general de Derecho comparado de esta pena puede verse en VERA JARDIM, María Amelia, «Trabalho a favor da Comunidade: a punição em mudança», Coimbra, 1988, págs. 107 y ss.

⁸⁸ DONATE MARTÍN, Antonio, «La suspensión con puesta a prueba y el trabajo social en beneficio de la comunidad», en V.V.A.A., «III Jornadas Penitenciarias Andaluzas», Sevilla, 1987, pág. 273.

informado el Tribunal sentenciador, presta su consentimiento a la medida, de tal suerte que si no lleva a cabo el trabajo señalado, sin causa razonable, se retrotrae el procedimiento penal al momento en que se acordó la medida⁸⁹. Su naturaleza es mixta, pudiendo imponerse como medida principal o como sustitutivo de las penas de prisión y multa. El abanico de los delitos a que se puede aplicar es muy amplio ya que no se ha establecido límites en este respecto, si bien la práctica ha demostrado que se aplica fundamentalmente a delitos patrimoniales, y sólo en escasa medida a acciones violentas. Los trabajos tienen una duración medida de ciento veinte horas, si bien las previsiones legales permiten desde las cuarenta horas a las doscientas cuarenta. Los resultados han sido valorados positivamente, teniendo en cuenta el bajo índice de revocaciones de la medida, si bien no se ha demostrado que la *Community Service* haga disminuir la tasa de reincidencia⁹⁰. Algunos Códigos penales modernos han acogido esta fórmula penológica en sus textos⁹¹,

⁸⁹ Para un comentario a los aspectos que separan esta configuración de la asumida por los Proyectos de Código penal españoles véase VALMAÑA OCHAITA, Silvia, «Sustitutivos penales...», cit., págs. 175 y s.

⁹⁰ Para todos estos aspectos Vid. HUBER, Barbara, «Community Service Order como alternativa a la pena privativa de libertad en Inglaterra», «en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fascículo I, enero-abril 1983, págs. 35 y ss.

⁹¹ Así en Portugal se introdujo en el Código de 1982, cuyo artículo 60 disponía bajo el título «Prestación de trabajo en favor de la comunidad» que: 1. Si el delincuente fuera encontrado culpable de la comisión de un delito al cual, concretamente, le correspondía una pena de prisión, con o sin multa, no superior a tres meses, o con pena de multa hasta ese mismo límite, el Tribunal podrá condenarlo a la prestación de un trabajo en favor de la comunidad. 2. La prestación del trabajo a favor de la comunidad consistirá en la prestación de servicios gratuitos, durante períodos no comprendidos en horas normales de trabajo, al Estado o a otras personas jurídicas de Derecho público o a entidades privadas que el Tribunal considere de interés para la comunidad. 3. La prestación del trabajo puede tener una duración de nueve a ciento ochenta horas, que no podrán exceder al día de lo permitido según el régimen de horas extraordinarias aplicable. 4. Esta pena sólo será aplicada cuando exista aceptación del reo». Datos estadísticos sobre los tres primeros años de aplicación de esta pena en Portugal pueden consultarse en VERA JARDIM, Maria Amelia, «Trabalho a favor da comunidade...», cit., págs. 205 y ss. El nuevo Código penal portugués de 1995 ha venido a establecer algunas variaciones a la primitiva regulación, haciéndola más amplia. Así el artículo 58 dispone: 1. «Si a un delincuente le debe ser aplicada pena de prisión en medida no superior a un año, el Tribunal la sustituirá por presentación de trabajo a favor de la comunidad siempre que concluya que con este medio se realiza de forma adecuada y suficiente los fines de la pena». 2. «La prestación de trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios gratuitos al Estado, a otras personas colectivas de Derecho público o a entidades privadas cuyos fines el Tribunal considere de interés para la comunidad». 3. La prestación de trabajo se fijará entre 36 y 380 horas, pudiendo ser cumplidas en días laborables, sábados, domingos y festivos». 4. «La duración de los períodos de trabajo no podrá perjudicar a la jornada normal de trabajo, ni exceder, por día, lo permitido según el régimen de horas extraordinarias aplicable». 5. «La pena de prestación de trabajo a favor de la comunidad sólo puede ser aplicada con aceptación del condenado». Por su parte el artículo 59 ha venido a regular los supuestos de sus-

mientras que en otros casos, como en Alemania, el trabajo en beneficio de la comunidad se manifiesta en las condiciones que el Juez puede imponer en la suspensión condicional, la libertad condicional o la amonestación con reserva de pena⁹². Dado el origen británico de la institución, los Estados Unidos de Norteamérica no han quedado ajenos a su influencia, siendo reseñables los programas instaurados en tal sentido en Nueva York⁹³.

En nuestro país, y aparte de la introducción que para la jurisdicción de menores se produce con la reforma de la Ley reguladora de los Tribunales de Menores por L.O. 4/1992, ya el Proyecto de Código penal de 1980 la recoge en su modalidad de pena sustitutiva (y no por tanto como pena principal), naturaleza jurídica que será la que se mantenga en el Código penal de 1995 (art. 49). Se trata de una pena restrictiva de derechos (concretamente el derecho al salario y al descanso semanal⁹⁴) que sustituye a la pena de arresto de fin de semana (a razón de dos días de trabajo por cada fin de semana) o del arresto sustitutorio por impago de multa (con la equivalencia de un día de trabajo por cada dos cuotas impagadas), siendo su extensión

pensión provisional, revocación, extinción y sustitución de la prestación de trabajo en favor de la comunidad. Sobre la nueva normativa Vid. GONÇALVES, M. Maia, «Código penal...», cit., págs. 329 y ss.

Por otra parte, el moderno Código penal francés sigue la línea de la *Community Service Order* configurándola como pena autónoma (pena correccional, art. 131-3) y como medida que acompaña a la *sursis* (art. 132-54 a 57). Sobre la experiencia práctica del trabajo en interés general en el país galo véase BOUCHER, Nicole, JOYUS Bernard y BERLING, Martine, «Mise en oeuvre du travail d'intérêt général», en *Revue Penitenciaire et de Droit Penal*, núm. 1 de 1991, págs. 29 y ss.

⁹² Vid. CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la, «La sanción de trabajo en provecho de la comunidad», en *La Ley*, núm. 1194, 14 de mayo de 1986, págs. 1070 y ss.

⁹³ Vid. MORRIS, Norval y TONY, Michael, «Between Prison and Probation: Intermediate punishments in a rational sentencing system», New York-Oxford, 1990, págs. 150 y ss, quienes remarcen las diferencias de costes de estos programas (916 anuales por condenado en 1983) frente a los de la prisión convencional (40.000 dólares anuales por internos —en 1997 el presupuesto medio de los internos de las prisiones norteamericanas es de 26.000 dólares—).

⁹⁴ No es pacífica esta concreción del derecho que restringe. Así Boldova entiende que los derechos que se le sustraen al condenado no cabe concretarlos específicamente, sino que forman parte o son manifestación de la libertad general del ser humano y del libre desarrollo de su personalidad, que se ven limitados por la imposición de esta pena (BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, en GRACIA MARTÍN Luis, BOLDOVA PASAMAR Miguel Ángel y ALESTUEY DOBON, M. Carmen, «Las consecuencias...», cit, pág. 133). No nos parece correcta esta postura en cuanto la inseguridad jurídica que la misma supone. Por otra parte, SERRANO BUTRAGUEÑO entiende que, dado lo difuminado del derecho que restringe, el trabajo en favor de la comunidad no es una pena sino un simple sustitutivo penal («Las penas en el Código penal de 1995... cit. pág. 113 y en «Las penas en el nuevo Código penal, Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre. Doctrina, jurisprudencia, Derecho comparado y casos prácticos», Granada, 1996, pág. 50), postura ésta que desoye la explícita manifestación legal de los artículos 33. 3 y 4, y 39 g) del Código penal.

entre un día y un año y no pudiendo prestarse en cada jornada más de ocho horas ni menos de cuatro (art. 5 del R.D. 690/1996). La constitucionalidad de la figura queda salvada por el hecho de que sea necesario el consentimiento del penado para poder imponerla, con lo que el fantasma de los trabajos forzados se diluye.

Los aspectos relativos a su ejecución han sido regulados en el Real Decreto 690/1996, tantas veces citado, que otorga gran protagonismo a los servicios sociales penitenciarios que serán los encargados de, previa entrevista con el penado, ofertarle la plaza y hacer un seguimiento del cumplimiento, informando al Tribunal sentenciador al respecto. El papel otorgado a la Administración penitenciaria en la ejecución de una pena que no es restrictiva de libertad y la configuración de la Ley Orgánica General Penitenciaria como derecho supletorio⁹⁶ permiten atisbar un tránsito del Derecho penitenciario español hacia un Derecho de ejecución de penas.

En cualquier caso, la consecución de una valoración positiva de esta nueva pena⁹⁶ requerirá la superación de los dos grandes obstáculos que a la misma se enfrenta: las dificultades de las Administración Pública de conseguir una oferta de puestos laborales y la evitación de conflictos entre el personal trabajador libre y los penados por problemas de una sentida «competencia desleal»⁹⁷.

5. EL SISTEMA DIAS MULTA Y EL ARRESTO SUSTITUTORIO

Otra de las novedades penológicas introducidas por el Código penal de 1995 es la configuración de la pena de multa por el sistema días-multa. Este sistema es también denominado sistema escandinavo, por ser el Anteproyecto de Código penal sueco de 1916⁹⁸ el primer texto en recogerlo, aunque existen precedentes en el Cód-

⁹⁶ De «enigmática» califica García Arán dicha remisión normativa. Vid. GARCIA ARAN, Mercedes, «Fundamentos y aplicación...», cit., pág. 53.

⁹⁷ Sobre la valoración positiva de algunos programas en el extranjero puede verse SANCHÁ MATA, Víctor, «Las medidas alternativas al internamiento», en *Infancia y Sociedad*, núm. 23, Madrid, 1993, págs. 77 y ss.

⁹⁸ Sobre estos y otros problemas puede verse PFOHL, Michael, «Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion», Berlín, 1983, págs. 149 y ss. Hace hincapié en la necesidad de contar con una infraestructura adecuada HUBER, Barbara, «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la privativa de libertad», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ascículo III, septiembre-diciembre 1994, pág. 165. En la doctrina española, véase últimamente, CID MOLINÉ, José, «Los trabajos en beneficio de la comunidad», en V.V.A.A., «Penas alternativas a la prisión», cit., págs. 91 y ss.

⁹⁹ Vid. JIMENEZ DE ASUA, Luis, «El Anteproyecto de Código penal sueco de 1916», Madrid, 1917.

go penal de Brasil de 1830⁹⁹. Su formulación es atribuida generalmente a THYREN, si bien se ha demostrado que fue el austriaco Otto FRIEDMANN el primero en realizar una elaboración doctrinal sobre el mismo en 1892¹⁰⁰. La finalidad del «*Tugessatzsystem*», a diferencia de la llamada multa temporal¹⁰¹, es pretender una racionalización en la determinación de la cuantía de la multa, haciéndola depender de la capacidad económica del penado y establecer un mecanismo de conversión en pena privativa de libertad, en caso de impago, que evite la arbitrariedad. Curiosamente esta es una ventaja del sistema días-multa que la doctrina no ha resaltado, y es que con el régimen anterior se producían situaciones injustas por discriminatorias, consistentes en que dos multas iguales, impuestas por el mismo delito, eran convertidas por distintos tribunales en diferentes días de arresto sustitutorio.

Se trata de que el Juez fije una extensión temporal de la multa dentro de la horquilla fijada legalmente, valore una cuota de día en función de la capacidad económica del penado y fije el número de cuotas a pagar. En caso de impago se produce una conversión automática en días de prisión fijada legalmente (generalmente dos cuotas impagadas se convierten en un día de privación de libertad).

En el Derecho comparado son muchos los países que ha acogido las cuotas multa, cabiendo citar a Finlandia (1921), Perú (1924), Cuba (1936), Dinamarca (1939), Brasil (1969), Costa Rica (1971), Bolivia (1972), Austria (1974), Alemania Federal (1975), Portugal (1982 y 1995), y últimamente el Código penal francés de 1993 (artículo 131-5).

El Derecho español desconoce el sistema escandinavo hasta el Código penal de 1995, en el que se introduce (artículo 50) con una doble naturaleza: como pena principal (extensión temporal de cinco días a dos años) y como pena sustitutiva tanto de las penas de prisión inferiores a dos años (1 día de prisión equivale a dos cuotas multa) como de los arrestos de fin de semana (un fin de sema-

⁹⁹ Vid. GARCIA VALDES, Carlos, «Teoría de la pena», cit., pág. 183.

¹⁰⁰ FRIEDMANN, Otto, «Sind Aenderungen des geltenden Recht erwünscht in Betreff des Verhältnisses zwischen Geld und Freiheitsstrafe?», en *Deutsche Juristenzeitung*, 1892, págs. 95 y ss. Vid. ROLDÁN BARBERO Horacio, «El dinero, objeto fundamental de la sanción penal», Madrid, 1983, págs. 44 y s.

¹⁰¹ La multa temporal consiste en la obligación para el Juez de imponer la multa fraccionada en plazos que el condenado debe observar, por lo que, aunque lo desea, no puede satisfacer la pena de una sola vez. Tiene su origen en el Proyecto Baumann de 1963, siendo acogida posteriormente en el Proyecto alternativo de 1966, sin que encontrara reflejo en el Código penal alemán, el cual optó en su segunda reforma (entrada en vigor 1 de enero de 1975) por el sistema de días multa.

na equivale a cuatro cuotas de multa). El valor de la cuota diaria se ha fijado entre 200 y 50.000 pesetas, para cuya fijación se habrá de tener presente la capacidad económica del penado, sus cargas sociales y familiares.... Para esta fijación no basta con que se le pregunte en el juicio al condenado, sino que debe realizarse por parte del Juez una investigación sobre la misma en base a sus rentas, patrimonio..., cosa que en la práctica puede resultar difícil si no se cuenta con un sistema ágil de acceso a la información (declaraciones de impuestos, registro de la propiedad...). En cualquier caso, ante la duda sobre la situación económica del penado, y por aplicación del principio de *in dubio pro reo*, se ha de establecer la cuota mínima legal (doscientas pesetas). Si después de la sentencia el condenado empeorara su situación económica se puede variar la valoración (art. 51), si bien hay que señalar que pese a que el sistema general con el que se configura la multa en el texto punitivo de 1995 es el de días multa, el artículo 52 establece que para determinados casos, que se prevén expresamente, se siga el sistema de multa proporcional.

En el caso de impago, cada dos cuotas se convierten en un día de prisión (que podrá cumplirse en forma de arresto de fines de semana) o en un día de trabajo en beneficio de la comunidad, siguiéndose con ello la equivalencia fijada en otros países como Austria. En cambio en otras legislaciones, como Alemania, la equivalencia es de una cuota impagada se convierte en un día de prisión. Por el contrario hay propuestas doctrinales (Beristain en nuestro país) que se inclinan por una conversión de tres cuotas impagadas igual a un día de prisión¹⁰². La conversión de multa impaga en días de prisión, es la que se ha venido en llamar «arresto sustitutorio», esto es, responsabilidad personal del condenado en caso de impago de la multa penal, instituto de importante repercusión penitenciaria¹⁰³.

¹⁰² Vid. BERISTAIN IPIÑA, Antonio, «La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad», en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Santiago de Compostela, 1976, pág. 37.

¹⁰³ Sobre el arresto sustitutorio Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, «Tratamiento penitenciario del llamado arresto sustitutorio», en *Actualidad Penal*, núm. 36, Octubre 1988, págs. 1869 y ss.; BOIX REIG, Javier, «Algunos aspectos de la responsabilidad personal subsidiaria», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 3, 1977, págs. 29 y ss.; BUENO ARUS, Francisco, «La constitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de una pena de multa», en *Poder Judicial*, núm. 9, marzo 1988, págs. 673 y ss.; CONDE PÚMPIDO FERREIRO, Cándido, «Los problemas penitenciarios de la responsabilidad personal por insatisfacción de la pena de multa» en V.V.A.A. «Fiscales de Vigilancia Penitenciaria», Madrid, 1988, págs. 159 y ss.; GIMENO GOMEZ, Vicente, «El arresto sustitutorio por impago de multa: problemáti-

Un primer problema jurídico que el arresto sustitutorio ha planteado ha sido su constitucionalidad. En efecto, a diferencia de lo ocurrido en otros países como Italia donde fue declarado anticonstitucional¹⁰⁴, nuestro Tribunal Constitucional en sentencia 19/88 de 16 de febrero de 1988 (Cuestión de inconstitucionalidad 593/87) estableció lo ajustado de este arresto a la Constitución. En primer lugar, el Alto Tribunal entiende (Fundamento Jurídico 4.º) que el arresto sustitutorio no conculca el derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 del texto constitucional ya que la previsión garantista de este precepto, consistente en que la privación o restricción de la libertad no se lleve a cabo sino «en los casos y en la forma previstos en la Ley», se cumple plenamente en los supuestos de arrestos sustitutorios impuestos judicialmente en virtud de las previsiones contenidas en el Código penal. Tampoco prospera la alegación consistente en que con el arresto sustitutorio se pariguala la libertad y el patrimonio, invirtiendo la escala de valores resultantes de las posiciones sistemáticas de los artículos 17 y 33 de la Constitución. Y es que (Fundamento Jurídico 5.º) el Código penal no ha buscado establecer una equivalencia entre el patrimonio y la libertad sino el hacer frente a un supuesto de inejecutabilidad de la pena principal atribuida por Ley al responsable de un determinado ilícito. Si la responsabilidad personal derivada del impago llegase a mostrarse desproporcionada con respecto a la gravedad del ilícito o de la pena de multa sería por medio de los pertinentes recursos como se solventaría ese reproche, pero no puede articularse como tacha de inconstitucionalidad frente al precepto que establece la sustitución misma y que deja a la decisión judicial la determinación concreta de la medida genérica así prevista. Como en

ca que plantea su ejecución», en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1438, 25 noviembre 1986, págs. 3 y ss.; JAREÑO LEAL, Angeles, «La pena privativa de libertad por impago de multa», Madrid, 1994.; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, «El arresto sustitutorio», en V.V.A.A. «Comentarios a la legislación penal. La reforma penal de 1983», Tomo V, Volumen 2.º, Madrid, 1985, págs. 501 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «Las penas patrimoniales en el Código Penal Español», Barcelona, 1983.; del mismo autor, «Apuntes sobre la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, en relación con el sistema de individualización científica y la libertad condicional», en V.V.A.A., Estudios de Derecho penal y Criminología en homenaje a José María Rodríguez Devesa, tomo II, Madrid, 1989, págs. 553 y ss.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «El arresto sustitutorio», en Cuadernos de Política Criminal, núm. 2, 1977, págs. 111 y ss.; ROLDAN BARBERO, Horacio, «Arresto sustitutorio y sanciones alternativas», en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fasc. II, mayo-agosto 1989, págs. 839 y ss.

¹⁰⁴ Por Sentencia número 131 de la Corte de Casazione de 16 de noviembre de 1979 se declaró contrario a la Constitución de 1947 lo dispuesto en el artículo 136 del Código penal, precepto que establecía la conversión de la multa impagada en pena privativa de libertad, hasta un máximo de dos o tres años según los casos.

aquellos supuestos en los que la ley penal establece alternativa-mente, para un mismo ilícito, penas patrimoniales o de privación de libertad, el artículo 91 del Código penal (texto refundido de 1973, correspondiente al artículo 53 del Código penal de 1995) no pretende establecer equivalencias abstractas entre los bienes objeto de la condena, sino atender a las exigencias de política criminal, inobjetable en sí mismas, consistentes ya en la más correcta individualización judicial de la pena ya en la predisposición de una sanción sustitutiva de la pena que, impuesta con carácter principal, resultó de ejecución imposible.

Otro de los reproches de constitucionalidad, que a la regulación que nuestro Ordenamiento hace de la responsabilidad personal derivada del impago de la pena patrimonial, consiste en la quiebra que el mismo puede suponer del principio de no discriminación, establecido en el artículo 14 de nuestra norma suprema, al establecer un tratamiento punitivo específico para los condenados insolventes, basado exclusivamente en esta condición económica y además haciendo caso omiso a si esta situación es o no imputable al condenado. Entiende el Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico 6.º) que la previsión del artículo 91 no entraña diferenciación normativa alguna entre el condenado insolvente y aquel otro que, por no serlo, no le es aplicable la responsabilidad personal subsidiaria; y es que el artículo 91 no es sino la regla adicional o complementaria que ordena una previsión específica, no diferenciadora, para la hipótesis en la cual la regla general (imposición de la pena de multa) no se cumple, y en éste objetivo se agota la finalidad de la institución, por lo que es lógico que no contemple la intencionalidad o no de la insolvencia, cuestión que deberá ser depurable a la luz de otros preceptos del Código penal.

Las posibles vulneraciones de los principios constitucionales de proporcionalidad y reinserción social también son negadas por la sentencia que comentamos (Fundamentos Jurídicos 8 y 9). Por un lado se entiende que la normativa que nuestro Derecho hace del arresto sustitutorio cuenta con paliativos y limitaciones que impiden la desproporción, y si ésta se produce en casos concretos por aplicación de determinados criterios judiciales éstos deberán ser corregidos, como ya dijimos, por vía de los recursos ordinarios. Por otra parte, la reeducación y la resocialización, que no descartan la existencia de otros fines de la norma punitiva, han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que éstas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el enunciado inicial del

artículo 25-2 de la Constitución tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática del precepto. No cabe entender, sin más, como inconstitucionales todas las medidas privativas de libertad, tengan o no carácter de pena, que puedan parecer inadecuadas, por su relativa corta duración, para cumplir los fines impuestos constitucionalmente a la Ley y a la administración Penitenciaria ¹⁰⁶.

Al margen de la armonización de la regulación del arresto sustitutorio por impago de la pena de multa con los principios constitucionales, una de las cuestiones que más polémica, tanto doctrinal ¹⁰⁶ como jurisprudencial, ha suscitado, es su naturaleza jurídica. A este respecto las tesis han estado confrontadas. Para algunos, siguiendo un criterio formalista, el arresto sustitutorio no era una pena al no contemplarse en el elenco de penas del artículo 27 del Código penal de 1973, aun reconociendo que ese mismo cuerpo legal la denominaba así en alguna ocasión (así en el artículo 93 al admitir la posibilidad de que se aplicara la remisión condicional de una pena cuando la misma se imponga como arresto sustitutorio). Para esta posición ¹⁰⁷ el arresto sustitutorio no es sino una modalidad elegida por la ley para que en lo casos de inejecución la pena efectivamente impuesta (la multa) se cumpla. Frente a esta posición, desde una perspectiva material ¹⁰⁸ se ha apostado por atribuirle una naturaleza jurídica de pena privativa de libertad ya que los efectos de arresto en nada se diferencian de estas penas, y por lo tanto ha de participar de los prin-

¹⁰⁶ Más ampliamente sobre la constitucionalidad del arresto sustitutorio Vid. BUENO ARUS, Francisco, «La constitucionalidad del arresto...», cit., *passim*, y JAREÑO LEAL Angeles, «La pena privativa de libertad...», cit., págs. 107 y ss. quien llega a la conclusión que el art. 91 del código penal es anticonstitucional por atentar contra el principio de igualdad.

¹⁰⁶ Por todos Vid. JAREÑO LEAL, Ángeles, «La pena privativa de libertad...», cit., págs. 31 y ss.

¹⁰⁷ A la que pertenecen autores como CONDE PUMPIDO («Los problemas penitenciarios...», cit., págs. 162 y ss.), MANZANARES SAMANIEGO («Apuntes...» cit., págs. 52 y s.) y QUINTERO OLIVARES («El arresto sustitutorio...», cit., 118 y ss.) y mantenida por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 21 de junio de 1955, 9 de mayo de 1977, 25 de mayo de 1985, 6 de julio de 1987... y, obiter dicta, por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 16 de febrero de 1988 (Fundamento Jurídico 4.º, apartado c).

¹⁰⁸ A la que pertenece JAREÑO LEAL («La pena privativa de libertad...», cit., págs. 37 y ss, esp. págs. 48 y s.) y en la que se alinean algunas resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (así los Autos de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Santander de 23 de septiembre de 1989, de Valladolid de 8 de noviembre de 1989, de Málaga de 20 de marzo de 1991, Tenerife de 11 de abril de 1994, entre otros).

cipios y fines de la misma. La opción por una u otras interpretación estaba preñada de importantes consecuencias en el mundo penitenciario, ya que la no consideración de pena impedía la aplicación de beneficios penitenciarios, clasificación de grado, libertad condicional y permisos de salida a estos arrestos. Para evitar las discriminaciones que esto podía acarrear a los internos, y siempre salvando el respeto a los distintos criterios judiciales, la Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 10 de mayo de 1990 acordó que los órganos colegiados de los Centros Penitenciarios procediesen a efectuar las correspondientes propuestas de permisos, redenciones y libertades condicionales de aquellos internos que se encontrasen cumpliendo arrestos sustitutorios. Este criterio de considerar, a todos los efectos, la responsabilidad subsidiaria por impago de multa como una pena privativa de libertad ha ido paulatinamente ganando terreno, hasta trasladarse al ámbito legal, y así el artículo 35 del Código penal de 1995, con la consagración de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa como pena privativa de libertad, ha venido a concluir la polémica antes indicada y a homologar la actuación administrativa penitenciaria.

Para terminar, y prescindiendo de otros aspectos de menor enjundia, nos resta por comentar la situación de concurrencia del arresto sustitutorio junto a otra u otras penas de prisión. Legalmente (artículo 91 párrafo 3.º del Código penal de 1973 y artículo 53 párrafo 3.º del Código de 1995) la responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a los seis años (Código de 1973) o cuatro años (Código de 1995). El problema se suscita cuando la concurrencia se produce con penas de prisión impuestas por otros delitos, bien en el mismo procedimiento bien en otros distintos¹⁰⁹. Aquí, en un principio, el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo fue entender que la pena de prisión que no debe exceder de los topes fijados es la impuesta por el mismo delito que la multa impagada¹¹⁰. Sin embargo, las últimas tendencias doctrinales apuntan a la necesidad de superar las limitaciones sectoriales referidas a cada pena,

¹⁰⁹ Sobre esta problemática véase MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «La renuncia a la responsabilidad subsidiaria por impago de multa», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo II, mayo-agosto 1989, págs. 553 y ss.

¹¹⁰ Así por todas, Sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1952 y 22 de octubre de 1970; en esta última sentencia se argumenta *a fortiori* que en el artículo 94 del Código penal de 1932 la responsabilidad subsidiaria del arresto se relacionaba con la pena de su principal. Posición mantenida doctrinalmente por MANZANARES (en «La renuncia...», cit., págs. 558 y ss.).

ya que esta visión se aleja de la concepción moderna de la pena, entendida como una concepción unitaria y en cierta manera global y referida a una persona determinada¹¹¹. Así se entiende que las previsiones contenidas en el Código penal se refieren a cada caso que se le plantee a un Tribunal sentenciador en el momento de concretar la condena, por lo que una sentencia ignora a las otras, debiendo cumplirse el arresto si la pena o penas que le acompañan en la sentencia no excede del tope legal (cuatro o seis años según el Código que se aplique) con independencia de que éste quede rebasado por la suma de otras penas impuestas en otras sentencias¹¹².

¹¹¹ Así se manifiestan las sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1985, 22 de enero y 15 de septiembre de 1986, 22 y 26 de diciembre de 1987, 1 de marzo de 1995 y 31 de mayo de 1997. En la Sentencia de 4 de marzo de 1995 se entiende que el límite de los seis años lo es de la suma definitiva en la que se incluyen tanto las penas privativas de libertad que acompañan a la multa como el arresto sustitutorio de la misma, por lo que no procede el cumplimiento cuando la suma de aquéllas por sí ya alcanza los seis años, porque, según las Sentencias de 13 y 14 de abril de 1993 (reproducidas por la de 6 de marzo de 1997), en otro caso se conduciría al absurdo de ser de mejor condición al condenado a seis años y un día que el que lo fue, por ejemplo, a la de cinco años y once meses, sin arresto sustitutorio aquélla y con un posible arresto sustitutorio ésta que pudiera exceder en su cómputo de los seis años y un día.

¹¹² Así Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza de 27 de octubre de 1994.

