

PENA DE PRISIÓN: REFLEXIONES SOBRE SU EXCEPCIONALIDAD Y LAS ALTERNATIVAS

Prison sentence: reflections on its exceptionality and alternatives

Manuel Jaén Vallejo*

Resumen

Partiendo de un breve recorrido histórico sobre los fundamentos de la pena de prisión, con breves referencias a las teorías de la pena, se afirma tanto la excepcionalidad de la prisión perpetua como de las penas de prisión en general, que deberían ser hoy la excepción en los códigos penales, contemplándose con mayor amplitud las alternativas, como la suspensión de la pena de prisión, multa, trabajos comunitarios, arrestos domiciliarios y penas privativas de derechos, añadiéndose que, en cualquier caso, deberían eliminarse las penas de privación de libertad de corta duración.

Palabras clave

Prisión, pena de prisión perpetua, penas de privación de libertad de corta duración, alternativas a la prisión.

Información del artículo:

Fecha de recepción: 20/12/2022

Fecha de aceptación: 27/12/2022

Abstract

Starting from a brief historical trail on the basis of the prison sentence, with brief references to the sentence theories, both the exceptionality of the life sentence and prison sentences in general are asserted, which should be an exception in penal codes these days, considering with more broad-mindedness the alternatives as the suspended prison sentences, fines, community works, house arrests and custodial sentences involving deprivation of rights and, in any case, deprivation liberty sentences for short times should be erased.

Keywords

Prison, life prison sentence, deprivation liberty sentences for short times, prison alternatives.

Cómo citar este artículo:

Jaén Vallejo, M. (2022). Pena de prisión: reflexiones sobre su excepcionalidad y las alternativas, *El Criminalista Digital*, 10, 38-50.

Sumario: I. Introducción; II. Excepcionalidad de la pena de prisión perpetua; III. Crisis de las penas cortas privativas de libertad; IV. Alternativas a la prisión; V. Conclusiones; Bibliografía.

* Magistrado y Profesor titular de derecho penal.

I. Introducción

Aunque la pena de prisión fue producto del pensamiento liberal preponderante a partir del siglo XVIII, siendo a partir de entonces la pena más común en los diferentes códigos penales, lo cierto es que hasta entonces fueron las penas corporales, como azotes, tormentos, pena de muerte, o los trabajos forzados, en galeras o laboreo en minas, las más comunes, siendo la privación de libertad un mero instrumento para poder asegurar la presencia del acusado en un proceso, y poder aplicar así aquellas otras penas.

Puede decirse que con la obra de Cesare Beccaria y con las ideas humanitarias defendidas en la misma, mostrándose contrario a la pena de muerte, la tortura y la desproporción entre los delitos cometidos y los castigos aplicados, así como con la Revolución francesa y la codificación, se inició una nueva etapa en el derecho penal, basada en su racionalización y humanización, perfilándose la pena privativa de libertad como la más idónea en los distintos sistemas punitivos liberales del siglo XIX, pasando entonces a ser la regla general de los códigos penales.

El penalista alemán, aunque nacido en Viena, Franz von Liszt, cuya grandiosa obra, en especial su *Lehrbuch*, es una de las obras de derecho penal que más difusión internacional ha tenido, mostró un especial interés por la pena de prisión, en el marco del positivismo y de las teorías basadas en la prevención especial, tendentes a prevenir los delitos que pudieran proceder de una persona determinada, como puede verse en su Programa de Marburgo¹. Para von Liszt ya no interesaba tanto el aspecto de la pena como retribución de las teorías absolutas de Kant y Hegel, basadas en razones de justicia o de imperio del derecho, como aquel otro aspecto preventivo.

Lo que se perseguía con la pena, mirando ya hacia el futuro, no hacia el pasado como las anteriores teorías, era evitar que el delincuente volviera a delinquir, es decir, se trataba de evitar la reincidencia, aunque para ello fuera necesario secuestrar o deportar al delincuente, medida esta última muy frecuente en la Francia de Luis XIV, en la que se deportaba a los reincidentes a las colonias de América.

Y en España no cabe duda de la importancia que tuvo Jiménez de Asúa, discípulo de Von Liszt, quien en su tesis doctoral sobre la sentencia indeterminada (1913)² decía que debía someterse la pena al delincuente, de la misma manera que un enfermo es tratado en un hospital, hasta que su curación fuera absolutamente completa, sin duda con cierta influencia en este aspecto de Dorado Montero. Por eso, en su tesis proponía que a los delincuentes peligrosos se les aplicara una medida sin limitación temporal, para lograr así su resocialización, aunque para él todos los delincuentes eran corregibles, susceptibles de algún tipo de tratamiento, a diferencia de lo que pensaban otros autores de aquella época, como su maestro alemán Franz von Liszt, que en el programa de política criminal de Marburgo contemplaba la inocuización para los incorregibles.

No obstante, Jiménez de Asúa, en su último artículo, publicado en 1969³, en el quincuagésimo aniversario del fallecimiento de von Liszt, aun mostrando su agrado por el retorno de la idea político criminal de la prevención especial, de ahí el título de su artículo “la vuelta de von Liszt”, se refiere ya en él a la prevención especial del Proyecto Alternativo, con cita de Roxin, uno de cuyos propósitos era la humanización del derecho penal “ya que la ejecución de la pena debe servir en general para la resocialización del delincuente, en tanto sea posible”⁴. Como lo explica uno de sus discípulos directos, E. Bacigalupo, el pensamiento de Jiménez de Asúa

¹ V. VON LISZT, F. (1882). *La idea del fin en el derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, Marburgo: Universidad de Marburgo. pp. 41 y ss., traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE, con introducción y nota biográfica de JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, Granada, 1995.

² JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1913). *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas a posteriori*. Madrid: Reus. Prólogo de BERNARDO DE QUIRÓS.

³ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1969). *Corsi e ricorsi, die Wiederkehr Franz von Liszt*. ZStW, 81, 1969, pp. 685 y ss.; versión en español publicada en *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 1972, revista fundada por el propio JIMÉNEZ DE ASÚA, editorial Astrea, pp. 191 y ss.

⁴ *Ibidem*, p. 202.

atravesó distintas fases, participando siempre de las ideas de su tiempo, y “pasados los años de su juventud y su admiración por el Proyecto Ferri de 1921, Jiménez de Asúa no volvió a insistir en la sentencia indeterminada”⁵, y no hubiera podido imaginar, añade E. Bacigalupo, que un siglo después de su tesis doctoral, el desarrollo de las ideas penales trajeran al primer plano la concepción básica de la sentencia indeterminada, bajo el ropaje de la llamada *prisión permanente revisable*, aunque “en ningún caso Jiménez de Asúa hubiera pensado que el ingenuo endurecimiento de las penas, sin establecer para la ejecución un sistema de tratamiento serio y adecuado a la dignidad de la persona, puede mejorar nuestra situación criminológica y la seguridad de la sociedad”⁶.

No cabe duda que una de las manifestaciones del principio de humanidad que ha de regir el derecho penal actual, aparte de la negación de la pena de muerte y de las penas inhumanas o degradantes, es que las penas privativas de libertad, independientemente de otras funciones que se le puedan atribuir⁷, estén orientadas a la reeducación y reinserción social. Una pena privativa de libertad que excluya la posibilidad de tratamiento resocializador y, en consecuencia, la puesta en libertad del condenado, una vez cumplido un determinado período de años, sería una pena carente de legitimidad, por ser contraria al principio de humanidad que debe regir el derecho penal.

En fin, tanto una pena privativa de libertad de por vida, sin mecanismo alguno de revisión, o con revisión tras un período excesivamente largo de cumplimiento, como una pena privativa de libertad de larga duración de cumplimiento efectivo, por más que pudiera demandarlas ocasionalmente la sociedad ante determinados hechos de especial gravedad, serían penas incompatibles con el principio de humanización de las penas y del derecho penal.

Pero si a partir del siglo XIX se generalizaron las penas privativas de libertad en los diferentes códigos penales, lo cierto es que el propio von Liszt fue muy crítico con las penas cortas privativas de libertad, buscándose su reemplazo por otras formas de reacción penal, como luego se verá, apareciendo así las alternativas o sustitutivos a la pena de prisión, en especial en relación a las penas cortas privativas de libertad, pero no sólo en relación a estas, pues poco a poco va imperando en el marco de un derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho la idea de que la privación de libertad ha de ser una consecuencia realmente excepcional, buscándose otros medios menos nocivos, pero acaso más efectivos, para la prevención y sanción del delito, de acuerdo con el principio de *ultima ratio* que rige en el derecho penal, de ahí la enorme importancia que tienen los sustitutivos o alternativas penales.

Naturalmente, si la pena de prisión ha de entenderse con carácter de cierta excepcionalidad en los códigos, muy excepcionalmente, para supuestos de extrema gravedad, ha de contemplarse la pena perpetua o reclusión de por vida.

II. Excepcionalidad de la pena de prisión perpetua

Una vez que a partir del siglo XVIII se fue excluyendo del pensamiento imperante la pena de muerte, y no teniendo todos los países, como era el caso de Alemania, a diferencia de España y Francia, colonias donde deportar a los delincuentes incorregibles, la especial preocupación por la reincidencia es lo que permitió que fuera surgiendo la pena perpetua, como sustitutivo de la pena de muerte. Pena privativa de libertad a perpetuidad que hoy se mantiene en la mayor parte de los códigos penales para delitos de extrema gravedad,

⁵ BACIGALUPO, E., en la presentación de la obra, en facsímil: JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (2013). *La sentencia indeterminada*, cit., p. 21.

⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁷ Bien funciones en el plano de las teorías clásicas basadas en la racionalidad instrumental, en el sentido de entender la pena como medio para lograr ciertas metas, como las teorías absolutas de KANT y HEGEL y las relativas, de FEUERBACH o VON LISZT, bien funciones en el plano de las modernas teorías de la prevención general positiva, basadas en la racionalidad comunicativa, en el sentido de entender que la pena es una respuesta al ilícito, comunicándose a través de la misma la decisión de ratificación de la norma quebrantada, es decir, lo que se pretende afirmar es, lisa y llanamente, la estabilización de la norma a través de la aplicación de la pena, sin llegar a generar falsas expectativas; v. AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A.L. (2017). *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Dykinson, pp. 22 y ss.

aunque sin excluir, en especial a partir de la década de los sesenta del siglo pasado, la idea de resocialización. Al respecto, el Tribunal Constitucional federal alemán afirmó en su Sentencia de 21 de junio de 1977, que la prisión perpetua sólo es compatible con la dignidad humana, siempre que su ejecución presuponga que el condenado tenga la posibilidad de recuperar la libertad.

Algo parecido ha ocurrido ahora en España, cuyo Tribunal Constitucional, en su Sentencia 169/2021, declaró también la compatibilidad de la prisión permanente revisable con la Constitución, señalando que dicha pena no es una pena indeterminada, sino una pena determinada con arreglo a criterios legales, que se completa en fase de ejecución mediante la aplicación de unos parámetros, previstos en el art. 92.1 del Código penal⁸, claros, cuya finalidad no es asegurar el encierro perpetuo del penado, sino supeditarlos a su evolución personal, concretamente, a su conducta penitenciaria y la evolución personal que experimente a lo largo del cumplimiento de la condena.

Por tanto, el condenado a pena de prisión perpetua, de conformidad con reiterada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tiene el derecho a conocer, desde el mismo momento en que se inicia su cumplimiento, qué debe hacer para obtener su libertad y bajo qué condiciones, y el momento en el que se va a producir la revisión de su condena o puede ser solicitada, derecho que según la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional, “queda salvaguardado en el régimen jurídico aplicable a la pena de prisión permanente revisable”.

En España, esta pena, máxima expresión de la prisión, está prevista para supuestos de extrema gravedad, como son ciertos asesinatos graves, terrorismo con resultado de muerte, supuestos graves de genocidio y lesa humanidad, homicidio del Rey o de la Princesa heredera y homicidio de Jefe de Estado extranjero. Y es una pena que tiene una duración mínima de 25 años, aunque a partir de los 15 años, si tiene un buen pronóstico de reinserción, el penado podrá acceder al tercer grado. A partir de ese momento, esto es, cumplidos los 25 años, el condenado tiene derecho a la revisión periódica de su situación, y ello en el marco de un procedimiento oral contradictorio, con presencia del Ministerio Fiscal y el penado, asistido de abogado, en la que el tribunal sentenciador decidirá si debe continuar cumpliendo la pena en establecimiento penitenciario, o si, al concurrir un pronóstico favorable de reinserción social (previa clasificación del tercer grado), puede concedérsele la suspensión, por un período que va desde los 5 a los 10 años.

Si al penado se le concede la suspensión, valorándose para ello la personalidad del penado, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados en caso de reiteración delictiva, su conducta durante el cumplimiento de la pena, los informes de evolución del centro penitenciario y de los especialistas que se consideren necesarios, una vez transcurrido el período de suspensión

⁸ Artículo 92. 1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.

b) Que se encuentre clasificado en tercer grado.

c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos.

El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

impuesto, la pena quedaría extinguida, en caso de confirmarse el pronóstico favorable de reinserción social en dicho período.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2021, aunque desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra la regulación legal de la prisión permanente revisable, proporcionó una interpretación conforme a la Constitución del art. 92.3, párrafos 3º y 4º del Código penal, que tiene que ver con los presupuestos y efectos de la revocación de la suspensión condicional de la prisión permanente revisable. Y ello porque, por un lado, el art. 92.3, párr. 3º, concede al juez de vigilancia una facultad excesivamente amplia para ordenar el reingreso en prisión del liberado, que le puede generar incertidumbre, razón por la que el Tribunal Constitucional ofrece una interpretación teleológica restrictiva, remitiendo a las causas generales de revocación de la suspensión condicional, de manera que sólo se podrá revocar la suspensión en alguno de los supuestos previstos en el art. 86.1 CPº. Y, por otro, en cuanto al párrafo 4º del art. 92.3, que tiene que ver con las consecuencias de la revocación de la suspensión condicional de la prisión permanente revisable, deja claro la Sentencia que, tras la revocación de la libertad condicional, deben quedar subsistentes las exigencias impuestas al tribunal sentenciador en el art. 92.4, esto es, verificar, con una periodicidad bianual, el cumplimiento de los requisitos para el acceso a la libertad condicional y resolver las peticiones que el penado le dirija con los condicionamientos temporales establecidos en dicho apartado (una petición anual).

Naturalmente, la duración máxima de la prisión permanente revisable es ilimitada, mientras que no se den los requisitos para la suspensión.

La situación descrita será la que se dé normalmente, y es la prevista para aquellos casos en los que el autor ha cometido un delito que tenga prevista esa pena. Pero puede ocurrir que el autor cometa, no uno, sino varios delitos, y que cada uno de esos delitos tenga prevista la prisión permanente revisable, en cuyo caso la duración mínima de cumplimiento va subiendo desde los 25 a los 35 años, supuesto este último que es aquel en el que el sujeto ha cometido varios delitos de terrorismo, estando dos o más castigados con dicha pena.

III. Crisis de las penas cortas privativas de libertad

Aunque la “reeducción y reinserción social”, a la que se refiere el art. 25.2 de la Constitución, en la línea de otros textos constitucionales, no tiene por qué ser el único fin de la pena, sí debe ser, por imperativo constitucional e incluso del principio de humanidad que ha de regir el derecho penal, la orientación que deba asignarse a las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad. Es decir, hoy tiene una enorme relevancia la ejecución penal basada en la idea de tratamiento para la resocialización social, aunque esta orientación de las penas no ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental, en el sentido de que no se apliquen medidas que dificulten la reinserción social, y ello a pesar de la ubicación sistemática de aquel precepto, entendiéndose el alto Tribunal que lo que contiene el art. 25.2 es un simple mandato del constituyente al legislador referido a la configuración de la ejecución penal¹⁰.

⁹ Artículo 86. 1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁰ V., por todas, en este sentido, la Sentencia 2/1987.

Esa finalidad de la pena de prisión en el momento de su ejecución tiene mucha importancia en la previsión de determinados beneficios penitenciarios, ineludibles para poder dar a la pena de prisión aquella orientación de reinserción social, así como a la hora de fijar límites máximos para las penas privativas de libertad, pues las penas de larga duración difícilmente pueden tener asignada tal orientación reeducadora. Y también la tiene en orden a las penas cortas privativas de libertad, que en lugar de resocializar pueden tener en muchos casos un efecto contrario, de disocialización.

La eliminación de las penas cortas privativas de libertad es un principio irrenunciable de la política criminal moderna, que arranca del mismo von Liszt cuando decía que estas penas no intimidan, no mejoran y sólo corrompen¹¹, y cuya aceptación fue generalizándose principalmente a partir del Proyecto Alternativo alemán (1966)¹². Penas cortas privativas de libertad que se ponen como ejemplo de “prevención especial al revés” (resocialización negativa). Naturalmente, ello no ocurriría si existieran centros adecuados para su cumplimiento, con buenas terapias y expertos en el tratamiento resocializador. También pueden tener un buen resultado en el ámbito de los menores. Ello ocurre, por ejemplo, en relación a la medida de arrestos de fin de semana, previstos en el ámbito de la responsabilidad penal de menores. Así, en Alemania, la Ley de Tribunales de Menores (*Jugendgerichtsgesetz*) contempla el “arresto de tiempo libre” (*Freizeitarrrest*)¹³. También en nuestro país se prevé la llamada “permanencia de fin de semana”, que se puede cumplir en el propio domicilio o en un centro¹⁴.

La tendencia que se observa en el derecho comparado es la de prescindir de estas penas privativas de libertad de corta duración, acudiendo en su lugar a alternativas, como la suspensión condicional de la pena, que tiene su origen en la *probation*, de los países anglosajones, y los sustitutivos penales.

Se trata de hacer realidad otro de los principios básicos de la política criminal moderna, cual es el de que los códigos penales contemplen la pena privativa de libertad, no como la regla general, sino como la excepción. Como dice Hurtado Pozo, luego de hacer hincapié en la necesidad de utilización racional de la pena privativa de libertad, sólo se debe recurrir a esta pena “en la medida que no haya otro medio menos dañino para evitar que tanto el delincuente como las demás personas cometan delitos (*ultima ratio*)”¹⁵.

Como muestra del anterior punto de vista, puede señalarse cómo en el I Encuentro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano¹⁶, celebrado en Bogotá en 1995, se acordó la eliminación de penas cortas privativas de libertad, así como la previsión del máximo de alternativas y sustitutivos de la pena privativa de libertad, de manera que esta sea realmente la excepción, posibilitando la suspensión de la ejecución de la pena en delitos de hasta tres o cinco años de privación de libertad, con el establecimiento de determinadas reglas de conducta y control.

Todo código penal debe ofrecer un amplio abanico de posibilidades alternativas en el ámbito del sistema de consecuencias jurídicas, proporcionando a la fase de ejecución de las sanciones penales la importancia que

¹¹ VON LISZT, F. (1905). *Strafr. Vortr. U. Aufsätze*, I, p. 513.

¹² V. JAÉN VALLEJO, M. (2002). *Sistema de consecuencias jurídicas del delito: nuevas perspectivas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 29 y ss.

¹³ V. al respecto, CANO PAÑOS, M.A. (2006). *El futuro del derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del derecho penal juvenil en Alemania y España*. Barcelona: Atelier.

¹⁴ Art. 7.g), de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de menores (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero).

¹⁵ HURTADO POZO, J. (2000). *Revista de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano*, vol. I, Santafé de Bogotá, p. 124; y HURTADO POZO, J. (1999). *Revista Canaria de Ciencias Penales*, número monográfico 1, p. 292.

¹⁶ Comisión que arrancó en 1994, con ocasión de la X Conferencia de Ministros de Justicia de los países iberoamericanos, a iniciativa del Colegio de Abogados Penalistas de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, nombrándose secretario de la misma al entonces presidente de dicho Colegio de Abogados, Antonio Cancino. La anterior Comisión, que inició sus trabajos en 1962, había surgido a iniciativa del Instituto de Ciencias Penales de Chile, dirigido entonces por Eduardo Novoa Monreal.

realmente tiene, aunque ello puede llegar a poner en evidencia las carencias materiales de la justicia penal. Por supuesto debe quedar desterrado todo trato inhumano y degradante, situaciones que quedan proscritas en el art. 15 de la Constitución, debiéndose hacer los esfuerzos necesarios para que ninguna pena privativa de libertad llegue a ejecutarse en condiciones que impidan la autoreflexión y un mínimo de intimidad, tal como queda señalado en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), evitándose la sobrepoblación penitenciaria.

En España fue en el código penal actual de 1995 cuando se pudieron eliminar las penas cortas privativas de libertad, fijando la duración mínima de prisión en los seis meses (art. 36, en su redacción inicial), previendo en su lugar la pena de multa, según el sistema de días-multa, que es el más satisfactorio, por cuanto que reduce el impacto desigual sobre las personas y la dificultad de garantizar el pago efectivo¹⁷. Pero el código no se conformó con la simple multa, sino que introdujo una figura nueva, como era la del arresto de fin de semana, muy criticada en la doctrina, pues no deja de ser una pena privativa de libertad, aunque de ejecución discontinua, luego con todos los inconvenientes de las penas cortas de ejecución continuada. Con buen criterio, en la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se suprimió la pena de arresto de fin de semana, sustituyéndose, según los casos, por la pena de prisión de corta duración, esto es, de tres meses en adelante (art. 36.2), trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49), o por la nueva pena de localización permanente (arts. 35 y 37).

Lamentablemente, la mencionada ley orgánica rebajó la duración mínima de la prisión desde los seis a los tres meses, reducción que se ha mantenido hasta el momento, aunque, ciertamente, ampliando las posibilidades de inexecución de las penas cortas privativas de libertad, e incluso, excepcionalmente, de penas de prisión de hasta los cinco años en algunos casos (penados, por ejemplo, que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de sustancias estupefacientes: art. 80.5), a través de la nueva regulación de la suspensión (arts. 80/87), como verdadera alternativa a la prisión, sometida, aparte de las prohibiciones y deberes que se impongan (art. 83), al cumplimiento de diversas condiciones, entre ellas el cumplimiento de lo acordado por las partes en mediación, pago de una multa o realización de trabajos comunitarios (art. 84).

IV. Alternativas a la prisión

Fue en el siglo veinte cuando fueron surgiendo las alternativas o sustitutivos a la pena de prisión, en un principio como mecanismo para reemplazar las penas cortas privativas de libertad, aunque también las de mediana duración y, sin duda, la más significativa alternativa es la pena pecuniaria, según el sistema de días-multa. También fueron apareciendo como alternativas los trabajos en beneficio de la comunidad, los arrestos domiciliarios o localizaciones permanentes, así como un amplio abanico de inhabilitaciones, bien con carácter principal, bien con carácter accesorio. A lo anterior hay que sumar, naturalmente, la suspensión de la pena de prisión, esto es, su inexecución bajo determinadas condiciones.

1. Comenzando por la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, que es una pieza clave en el sistema penológico, de una extraordinaria importancia en orden a la resocialización y reinserción social, y ampliamente reconocida, con mayor o menor amplitud, en las diferentes legislaciones, llama la atención que sólo se aplique a las penas privativas de libertad. A mi juicio, su aplicación debería extenderse también a otras penas, como las pecuniarias y las inhabilitaciones, pues aunque estas no generan, ciertamente, «contagio criminológico» alguno, que es lo que se quería evitar inicialmente con esta figura, no cabe duda que la suspensión en estos casos también favorece la reeducación y reinserción social¹⁸. Por ello, aunque esta figura ha estado reservada tradicionalmente a la pena privativa de libertad, no faltan códigos que, con buen criterio, la contemplan con más amplitud, como es el caso del *Codice penale* italiano, que en su art. 163 (*sospensione*

¹⁷ Según el art. 50.5, “los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo”.

¹⁸ V. JAÉN VALLEJO, M. (2003). *Derecho penal aplicado*. Madrid: Colex, p. 138.

condizionale della pena) prevé la suspensión también con respecto a la pena pecuniaria, y el código penal francés, que en su art. 132.31 prevé la aplicación de la remisión condicional (*sursis*) “a las condenas de prisión impuestas por una duración de un máximo de cinco años, a la multa o a la pena de días-multa, a las penas privativas o restrictivas de derechos... y a las penas accesorias...”¹⁹. En el debate parlamentario que precedió a la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 se llegó a tratar esta cuestión, partiendo de la base de que una regulación tipo de la suspensión debía ser generosa, extensiva a penas pecuniarias y de privación de derechos, especialmente en delincuentes primarios, pero lo cierto es que finalmente no prosperó la propuesta.

La reforma de 2015 introdujo cierta flexibilidad en esta materia, al suprimir el requisito en virtud del cual no se podían tener antecedentes penales para suspender una pena de prisión, cerrando la posibilidad de obtener este beneficio a todo aquel que hubiera sido condenado con anterioridad, a diferencia de lo que venía ocurriendo en el derecho comparado. Es decir, sólo se podían beneficiar de la suspensión los delincuentes primarios. Además, la comisión de un nuevo delito en el período de suspensión generaba, automáticamente, su revocación, aunque fuera un delito de diferente naturaleza; por ejemplo, si una persona, que hubiera cometido un delito patrimonial, estando suspendida su condena, diera positivo en alcoholemia en un control preventivo, debería cumplir inexcusablemente la pena de prisión por la que había sido condenado por aquel delito hacía ya varios años. A partir de 2015 se flexibilizó la aplicación de la suspensión, permitiendo que los tribunales pudieran acordarla, o no revocarla, valorando la gravedad del delito cometido y de los antecedentes existentes.

En la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 se mantuvo la misma condición de que el penado haya delinquirido por primera vez, pero se flexibiliza este requisito, al añadir que no se tendrán en cuenta “los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros” (art. 80.2.1^a) y, además, se contempla la posibilidad de que, excepcionalmente, aun no concurriendo la anterior condición, siempre que no se trate de reos habituales, pueda acordarse “la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen” (art. 80.3, párr. 1^o), condicionada a la reparación efectiva del daño o al cumplimiento del acuerdo alcanzado en caso de mediación, imponiéndose además bien el pago de una multa, bien la realización de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 80.3, párr. 2^o, en relación al art. 84).

Con dicha reforma, pues, aparte de unificarse la suspensión y la sustitución en un único sistema de suspensión de la pena privativa de libertad, la pena suspendida, en los supuestos excepcionales de delincuentes no primarios, queda condicionada al cumplimiento de aquellos sustitutivos penales (multa y trabajos comunitarios), aparte de otras eventuales condiciones que, en general, puede imponer el órgano judicial sentenciador, como medidas de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima, participación en programas formativos, de deshabitación al consumo de alcohol o de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, etc.

Por tanto, a partir de entonces, en el sistema penológico español no queda excluida totalmente la posibilidad de aplicación de la suspensión a los reincidentes, y en cuanto a la revocación, esta ya no es automática, por cuanto que dicha reforma abrió la posibilidad de que los jueces y tribunales puedan acordar la no revocación, valorando la gravedad del delito cometido y otras circunstancias (art. 86), que permitan basar racionalmente un pronóstico individualizado favorable sobre el comportamiento futuro del penado, que permita seguir manteniendo el beneficio de la suspensión.

En cuanto a la comisión de delitos por toxicómanos, personas drogodependientes o con dependencia al alcohol, que siempre ha sido objeto de preocupación, concurriendo por lo general en estos casos una menor o incluso nula culpabilidad, que requiere una medida de tratamiento de tales dependencias, y ello por razones humanitarias, pues un Estado que se define como social y de derecho no debe desentenderse de la posibilidad de curar y atender a una persona que ha cometido un delito por una situación de grave dependencia a alguna

¹⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. y ALARCÓN NAVÍO, E. (2000). *El Código penal francés, traducido y anotado*. Granada: Comares, p. 56.

de aquellas sustancias, debiéndose hacer los esfuerzos necesarios para la recuperación física y psíquica de estas personas, también resulta satisfactoria la reforma del régimen aplicable a estos casos plasmada en el código penal en 2015. A partir de entonces, la suspensión se puede acordar incluso respecto a condenas de hasta cinco años de prisión y, además, las simples recaídas en el tratamiento que ha de seguir el sujeto sometido a él no significará necesariamente un abandono del mismo que haya de traducirse en la revocación de la suspensión, pues según el art. 80.5, párr. 3º, “no se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación”.

Por último, en aquella reforma también se pudo eliminar del texto hasta entonces vigente la posibilidad de revocación por la comisión de delitos cometidos con anterioridad al plazo de suspensión, de manera que, con el texto reformado y hoy vigente, cuando el art. 86.1 se refiere a la revocación de la suspensión aclara que el penado debe haber sido condenado “por un delito cometido durante el período de suspensión” (apartado a), no con anterioridad al mismo.

2. En cuanto a la pena de multa, surgió también con la finalidad de desplazar a las penas privativas de libertad de corta duración, como así lo afirmara Mezger en 1933, al decir al respecto que “su importancia se ha elevado en los últimos decenios merced a la triunfadora lucha contra las penas cortas privativas de libertad”²⁰. Y desde luego el sistema de días-multa, que permite valorar en la determinación de la multa tanto la gravedad del hecho como la capacidad económica del sujeto, es el más satisfactorio²¹, al menos en condiciones de prosperidad económica, propia de países desarrollados, pues en cierto modo supone una restricción de la libertad, desde el momento en que supone la privación de una parte del patrimonio, que le va a impedir al penado realizar ciertas actividades y el consumo de ciertos productos, por lo que puede ser un medio eficaz para reprimir ciertos delitos. Por el contrario, en sociedades sin ese desarrollo económico es evidente que esta alternativa hace difícil su utilización como medio eficaz de lucha contra la delincuencia, pues sus autores no tienen capacidad para poder soportar tal pena pecuniaria. En cualquier caso, esta pena no debería afectar al mínimo vital que permita a las personas obtener los recursos necesarios para satisfacer las necesidades primarias, pues si así fuera debería acudir a otras alternativas, tales como trabajos comunitarios o localización permanente.

En nuestro país, aunque esta pena de días-multa ya se recogía en algunos proyectos y anteproyectos posteriores a la Constitución, fue en el vigente Código penal de 1995 cuando finalmente pudo incorporarse al sistema de penas.

Su redacción actual se encuentra en el art. 50, modificado por la Ley Orgánica 15/2003, que en su exposición de motivos explicaba el sentido de las modificaciones introducidas, afirmando que “tienen como principales objetivos su coordinación con la pena de prisión, su adaptación a la verdadera situación económica y familiar del condenado y su imposición atendiendo a la verdadera naturaleza del delito. Estas modificaciones respetan el modelo del Código penal actual, tanto, en términos generales, en cuanto a los supuestos en que configura la multa como una alternativa a la prisión, como en cuanto a la proporcionalidad de dos días de multa por uno de prisión”.

Causa cierta perplejidad el hecho de que en determinados supuestos se haga acompañar la pena de prisión de una pena de multa, cuando parece evidente que si el penado ha de ingresar en prisión no podrá obtener los necesarios recursos económicos para afrontar el pago de la multa. También causa perplejidad que en delitos como, por ejemplo, los relacionados con el impago de pensiones, en los que la responsabilidad civil, que tiene carácter prioritario, suele ser elevada, se imponga además pena de multa, dificultando el pago de esta y, por tanto, el riesgo de una responsabilidad personal subsidiaria, que puede culminar en el ingreso en prisión

²⁰ MEZGER, E. (1957). *Tratado de derecho penal* (traducción de la segunda edición alemana y notas de derecho español por RODRÍGUEZ MUÑOZ y QUINTANO RIPOLLÉS). Madrid: Jiménez, p. 411 (trabajo original publicado en 1933).

²¹ Aunque, como atinadamente lo advierte E. BACIGALUPO (2009): “el incremento del uso de la pena de multa en la parte especial según el modelo del Código alemán requiere, como es claro, que se aseguren los mecanismos que garanticen su ejecución”. *Teoría y práctica del Derecho penal*, tomo II. Madrid: Marcial Pons, p. 957.

del penado y, por tanto, frustrando más aún el abono de aquella responsabilidad civil, en detrimento de la parte perjudicada.

3. Los trabajos en beneficio de la comunidad constituyen otra de las alternativas a la pena privativa de la libertad, que se viene aplicando en Inglaterra desde 1972, como expresión de la lucha contra la superpoblación carcelaria, estando a la base de esa lucha “razones humanitarias, escepticismo respecto de la eficacia de la pena privativa de libertad..., necesidades financieras y superpoblación de los establecimientos”²².

Pena alternativa que se ha ido estableciendo en los catálogos de penas de los diferentes códigos penales, al menos en los de nuestro entorno cultural, en aplicación de esa política criminal tan arraigada que pretende reducir el número de personas privadas de libertad, aunque no cabe duda que para ello el Estado ha de contar con capacidad suficiente para organizar un sistema eficaz para la ejecución de esta pena de trabajos en beneficio de la comunidad, en el que se pueda gestionar y controlar su cumplimiento, lo que naturalmente requiere contar con medios personales y materiales suficientes para ello.

En el Código penal español está regulada esta pena alternativa en el art. 49, en el que se hace hincapié en la necesidad de que el penado preste su consentimiento, que es una cooperación, no retribuida, en actividades de utilidad pública, con una duración diaria máxima de ocho horas y con unas condiciones que quedan detalladas en dicho precepto.

Con más concreción aún, el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de estas penas (también las referidas a la localización permanente en centro penitenciario, y otras medidas), dedica todo el capítulo segundo a los trabajos en beneficio de la comunidad, estableciendo como inicio de la ejecución la recepción de la resolución o mandamiento judicial que determine las condiciones de cumplimiento de esta pena, por parte de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia, para que los mismos realicen las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena. Además, esta normativa de desarrollo deja claro que el trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración estatal, autonómica o local, por lo que a tal fin estas “podrán establecer los oportunos convenios entre sí o con entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública, debiendo remitir mensualmente a la Administración penitenciaria la relación de plazas disponibles en su territorio” (art. 4), siendo, pues, la Administración penitenciaria la encargada en cualquier caso de la supervisión de sus actuaciones y deberá prestarles el apoyo y asistencia necesaria.

En cuanto a la valoración y selección del trabajo, está encomendada a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas²³, que deben efectuar la valoración del caso para determinar la actividad más adecuada, debiendo informar al penado del cometido y del horario en que debería realizarlo, pudiendo escuchar posibles propuestas del penado. Y en relación con el posible quebrantamiento de condena por incumplimiento de la pena, se prevé que los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, cuando citen al penado, le advertirán de las consecuencias de su no comparecencia, y además se establece que realizada la valoración, se elaborará el plan de ejecución dándose traslado al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su control (art. 5).

4. La pena de localización permanente fue introducida en nuestro código por la Ley Orgánica 15/2003²⁴, una importante novedad que, en palabras de la exposición de motivos de dicha ley, “trata de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología”, añadiendo que “la configuración de esta pena permite su aplicación con éxito

²² HUBER, B. (2005). Cuestiones del derecho penal europeo. *Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa»*, 24, p. 13.

²³ Unidades administrativas dependientes de la Administración penitenciaria que están configuradas como equipos multidisciplinares en los que se integran los servicios sociales penitenciarios, y que tienen encomendado el cumplimiento de las penas y medidas alternativas a la privación de libertad.

²⁴ V., sobre las reformas introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, además de las operadas por las Leyes Orgánicas 11/2003 y 7/2003: PRAT WESTERLINDH, C. (2004). *Alternativas a la prisión*, Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa», Madrid: Dykinson.

para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios”, y “en relación con su aplicación, se prevé que se cumpla en el domicilio o en otro lugar señalado por el juez o tribunal...”. La Ley Orgánica 5/2010 introdujo importantes modificaciones en esta pena, dándole una mayor extensión (inicialmente con un máximo de doce días), previendo una duración mayor de hasta seis meses, aunque si bien la pena aparece en el catálogo de penas leves cuando su duración es de un día a tres meses (art. 33.4 h), no figura en cambio en el catálogo de penas menos graves (art. 33.3) cuando su duración es superior a los tres meses.

Esta pena de localización permanente aparece regulada en el art. 37 del Código penal, obligando al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en la sentencia o en un auto motivado posterior, pudiéndose cumplir de manera continuada o no continuada, así como en sábados y domingos. El precepto añade que “en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado”, debiendo estar en tal caso a lo dispuesto sobre el cumplimiento de la pena de localización permanente en centro penitenciario en el mencionado Real Decreto 840/2011, de 17 de junio.

5. Las penas privativas de derechos constituyen un grupo de penas que, aunque en ocasiones sólo operan como penas accesorias, pueden suponer una buena alternativa a la de prisión, en especial las inhabilitaciones. Como decía Antón Oneca, bajo la rúbrica de «penas privativas de derechos» “se acostumbra a comprender de modo exclusivo las que consisten en ciertas incapacidades jurídicas parciales”²⁵. Por ejemplo, en materia de delincuencia económica, qué mejor pena que una buena inhabilitación para el ejercicio de la profesión que permitió al autor cometer el delito.

Estas penas privativas de derechos han llegado a tener una extraordinaria gravedad, como era el caso de la muerte civil, que subsistió en Francia hasta bien entrado el siglo XIX, y por la que se consideraba al condenado como muerto para la sociedad, cesando en todos sus derechos políticos y civiles²⁶.

Las penas privativas de derechos aparecen reguladas en el art. 39 del Código penal (inhabilitaciones, suspensiones, privaciones de otros derechos, prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima, etc.), aunque el apartado b), al referirse a las inhabilitaciones especiales, “para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio”, deja claro que hay otras penas privativas de derechos a lo largo del articulado de la parte especial, al referirse a “otras actividades determinadas en este Código”, así como cuando al referirse a las inhabilitaciones “de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo”, añade “o de cualquier otro derecho”. Y entre esas penas privativas de derechos cabe destacar las que fueron introducidas por la Ley Orgánica 1/2015: inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, prevista para los «delitos de odio», genocidio, delitos de lesa humanidad y delitos de terrorismo, e inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, prevista para los delitos de agresiones sexuales y relativos a la prostitución, la explotación sexual y la corrupción de menores; la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar, pescar o realizar actividades de marisqueo, prevista en el art. 335.1; e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con animales y para la tenencia de animales, prevista en el art. 337.

²⁵ ANTÓN ONECA, J. (1986). *Derecho penal* (2ª ed. anotada y corregida por JOSÉ JULIÁN HERNÁNDEZ GUIJARRO y LUIS BENEYTEZ MERINO), Madrid: Akal, p. 572.

²⁶ Cfr. AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A.L., *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 139 y ss.

V. Conclusiones

1. La pena de prisión ha de tener un carácter extraordinario, es decir, debería ser la excepción en los códigos penales²⁷, y no la regla general, como ocurre en la actualidad, al menos en el código penal español. Naturalmente, la pena de prisión permanente revisable, cuya constitucionalidad en España ya ha sido declarada por el Tribunal Constitucional, debe quedar reservada exclusivamente para los delitos de extrema gravedad.

2. Deberían eliminarse las penas de privación de libertad de corta duración, al menos por debajo de los seis meses.

3. Deben contemplarse con la mayor amplitud posible las alternativas a la prisión, tales como la suspensión de la pena de prisión – no sólo para delincuentes primarios, y aplicable no sólo a las penas privativas de libertad –, multa, trabajos en beneficio de la comunidad, arrestos domiciliarios o localizaciones permanentes, y penas privativas de derechos, como es el caso de las inhabilitaciones, que en muchos casos podría ser la pena principal y no con carácter meramente accesorio.

Bibliografía

- AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A.L. (2017). *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Dykinson.
- ANTÓN ONECA, J. (1986). *Derecho penal* (2ª ed. anotada y corregida por JOSÉ JULIÁN HERNÁNDEZ GUIJARRO y LUIS BENEYTEZ MERINO). Madrid: Akal,
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. y ALARCÓN NAVÍO, E. (2000). *El Código penal francés, traducido y anotado*. Granada: Comares.
- BACIGALUPO, E. (2009): *Teoría y práctica del Derecho penal*, tomo II. Madrid: Marcial Pons.
- CANO PAÑOS, M.A. (2006). *El futuro del derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del derecho penal juvenil en Alemania y España*. Barcelona: Atelier.
- HUBER, B. (2005). Cuestiones del derecho penal europeo. *Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa»*, 24.
- HURTADO POZO, J. (1999). *Revista Canaria de Ciencias Penales*, número monográfico 1.
- HURTADO POZO, J. (2000). *Revista de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano* (vol. I).
- JAÉN VALLEJO, M. (2002). *Sistema de consecuencias jurídicas del delito: nuevas perspectivas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- JAÉN VALLEJO, M. (2003). *Derecho penal aplicado*. Madrid: Colex.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1913). *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas a posteriori*. Madrid: Reus.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1969). *Corsi e ricorsi, die Wiederkehr Franz von Liszt*. ZStW, 81, 1969.
- MEZGER, E. (1957). *Tratado de derecho penal* (Traducción de la segunda edición alemana y notas de derecho español por RODRÍGUEZ MUÑOZ y QUINTANO RIPOLLÉS), Madrid: Jiménez (trabajo original publicado en 1933).
- PRAT WESTERLINDH, C. (2004). *Alternativas a la prisión*, Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa», Madrid: Dykinson.

²⁷ Aunque tal reforma, en palabras de E. BACIGALUPO, con cita de E. SCHMIDT, debería ir acompañada “de una amplia campaña tendente a que la sociedad comprenda que el «derroche sin sentido de la pena privativa de libertad», del que habló E. Schmidt, no resuelve el conflicto social que plantea el delito mejor que los sistemas más modernos”, con referencia a las alternativas a la pena de prisión, *Teoría y práctica del Derecho penal*, cit., p. 958.

VON LISZT, F. (1882). *La idea del fin en el derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, Marburgo: Universidad de Marburgo.