

## **Sobre las difíciles alternativas a las penas de prisión\***

**Dr. Lorenzo Morillas Cuevas**  
**Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Granada.**

\* Artículo publicado en el Libro: “La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil”, que contiene las memorias del Seminario Internacional celebrado en La Habana, Cuba, los días 24 y 25 de febrero de 2005, con el auspicio de Reforma penal Internacional y de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

### **I. Introducción.**

La situación de crisis de la pena privativa de libertad, sobre todo en su versión más frecuente de prisión y su absoluta necesidad de ser estimada como *ultima ratio de la ultima ratio* que es el Derecho penal, hace que su consideración en los Textos punitivos y su aplicación concreta como el medio más duro de control social de los ciudadanos, al menos desde una perspectiva de reflexión intelectual y crítica, se deba de plantear como un mecanismo represivo aplicable únicamente en aquellos supuestos en los que realmente no existen otras vías para proteger a la sociedad de los ataques más intensos a los bienes jurídicos más esenciales para el mantenimiento de la convivencia y de los postulados esenciales que describen y limitan constitucionalmente a los Estados sociales y Democráticos de Derecho.

Con esta perspectiva, muchas legislaciones actuales se empeñan –en la mayoría de los casos bien es cierto que no se hace con una profunda convicción del legislador que sigue apostando, a veces con un profundo empecinamiento, por el mantenimiento e incluso aumento de las penas de prisión, en un continuo alarde de expansionismo del propio Derecho punitivo, no sólo en la elaboración de nuevos tipos sino también en el incremento de la duración de las penas privativas de libertad- en buscar alternativas, más o menos válidas, a la excesiva aplicación de la prisión como respuesta.

Son bastantes los especialistas penales y penitenciarios que han profundizado en el tema en una indagación, siempre inacabada, de modelos alternativos a la prisión, que llegan incluso a planteamientos revisionistas del propio Derecho penal y de su función en un Estado moderno. A veces, desde posiciones restrictivas que identifican alternativas con sustitutivos penales; otras, desde perspectivas más amplias.

En las primeras se mueven, por ejemplo, las opciones de Cobo del Rosal-Vives Antón, que contemplan la expresión “sustitutos de las penas” en un sentido limitado, modesto, como la propuesta de “determinadas y concretas opciones en lugar de la ejecución de la pena privativa de libertad por lo general para determinados supuestos específicos”<sup>1</sup> y que, a su vez, distinguen lo que para ellos no son, estrictamente, auténticos sustitutivos de las penas de prisión ya que lo que hacen no es sustituir dichas penas por otras o por medidas, sino que comportan, en una mera función suspensiva, su inejecución o ejecución incompleta, de los verdaderos, al menos en su comprensión estricta, en los que el lugar de la pena privativa de libertad es ocupado por una pena de otra naturaleza y contenido o, simplemente, por una medida.

---

<sup>1</sup> COBO DEL ROSAL, M-VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Valencia, 1999, pág 844.

La segunda va mucho más allá y en la expresión máxima del positivismo criminológico lo que se ha de buscar son opciones de política y prevención social que estructuren fórmulas alternativas para la evitación de la criminalidad y para la reducción cada vez más, hasta llegar a la utopía de su eliminación, del Derecho penal y en coherencia de sus consecuencias jurídicas. En esta línea de comprensión, pero con una perspectiva mucho más moderada y realista, Roxin pone de manifiesto cómo en el futuro la pena será completada por una variedad de otras reacciones a la conducta punible<sup>2</sup>. Tradicional, por su relevancia conceptual, es en la doctrina española la distinción que en su momento realizó Sáinz Cantero, desde la posición amplia en la que se ubica, entre medidas de sustitución que se inscriben en un momento procesal anterior a la resolución judicial sobre la culpabilidad, en las que se incluyen la detención o suspensión de la persecución y la transacción entre el Ministerio Público y el delincuente, y medidas posteriores a dicha resolución judicial, que son las más, y en las que incluye el descargo absoluto o condicional, el perdón judicial, la *binding over*, las amonestaciones, la *probation*, el *sursis* o remisión condicional, servicios en provecho de la comunidad, arresto de fin de semana, permanencia disciplinaria y sanción pecuniaria<sup>3</sup>.

Sobre estas últimas propuestas de comprensión amplia de las posibilidades alternativas a la pena de prisión estimo que son tres fundamentalmente las formas en que se pueden presentar las hipótesis a cubrir. Por un lado, las del propio catálogo de penas, que en realidad no están concebidas o, al menos, descritas como sustitutivos, pero que sí es cierto que evitan, en los pocos casos que están utilizadas sin las de privación de libertad, que se apliquen éstas. Por otro, en íntima relación con lo anterior, los instrumentos alternativos a dichas penas señalados de una manera general en los diversos tipos. Por último, las que se encuentran agrupadas bajo un epígrafe específico de formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. En consecuencia, y a los efectos de este trabajo, uniremos las dos primeras en un epígrafe único, para después valorar los sustitutivos en sentido estricto, y continuar, para finalizar, con la incidencia de la posible discrecionalidad judicial en esta materia y su valoración concreta en la ejecución de la pena.

## II. Alternativas dentro de las propias penas.

La publicación en España del Código penal de 1995 –Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre- supuso un cierto avance, con sus aciertos y errores, en la historia de la codificación penal española y situó a la legislación penal hispana entre las más actualizadas dentro del Derecho comparado. Y ello no solo porque, después de muchos intentos fallidos, se consiguió un Texto adaptado a las exigencias y valores proclamados por la Constitución de 1978, que, a su vez, articuló el sistema democrático y de libertades durante tantos años demandado por la ciudadanía, sino también porque se presentó con una mejor estructura y sistematización que los anteriores; porque intenta reformar a fondo el sistema de penas sobre la base, destacada en su propia Exposición de Motivos, de una más intensa profundización en objetivos resocializadores, una simplificación del entramado de las consecuencias jurídicas derivadas del delito o falta, una ampliación de sustitutivos penales, o la introducción de nuevas fórmulas como, por ejemplo, los días multas, el arresto fin de semana o los trabajos en beneficio de la comunidad; por la incorporación de las medidas de seguridad, o la supresión de la redención de penas por el trabajo;

---

<sup>2</sup> ROXIN, Claus. “El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo”. En *Dogmática penal y Política Criminal*, Lima 1998, págs. 453 y ss.

<sup>3</sup> SÁINZ CANTERO, José Antonio. “La sustitución de la pena de privación de libertad”. En *Estudios Penales II. La reforma penitenciaria*. Santiago de Compostela, 1978, págs 239-240.

y porque se esfuerza en equilibrar las exigencias del principio de intervención mínima y las demandas de criminalizar nuevas formas de delincuencia, surgidas de la rapidísima evolución social y de los avances tecnológicos. Todos estos ingredientes y algunos más que se podrían detallar, conducen a la afirmación inicial positiva que, lógicamente, debe ser matizada, porque una cosa son los objetivos a cubrir y otra, a veces bien distinta, las realidades conseguidas.

Es cierto, por otro lado, y esto hay que admitirlo sin especiales dudas, que de todo el entramado por el que se desliza el Texto punitivo, es, precisamente, el sistema de penas la estrella referencial para realizar un análisis verdaderamente valorativo de su alcance y compromiso.

Se ha planteado con excesiva frecuencia que el Código penal español tiene una cierta tendencia retribucionista, que influye consecuentemente en el sistema de penas que desarrolla. Afirmación ésta que es necesario cuestionar, al menos en principio. Si atendemos a sus propios planteamientos no parece que el legislador de 1995 pretenda ir por semejantes derroteros ni incluso por los de una intensa prioridad de la prevención general sobre la especial. La adscripción a los objetivos resocializadores, el respeto a los derechos fundamentales del individuo, el avance y profundización de los principios básicos en cualquier estructura penal moderna, son planteamientos que pueden encontrarse, al menos proclamados en el Texto punitivo, y que son fruto, en relación con el sistema de sanciones de cierta tendencia doctrinal influenciada por un sector de la doctrina germana, partícipe del Proyecto Alternativo alemán, y del cual Roxin es uno de sus máximos representantes. En este sentido, Jorge Barreiro hace una estimación sumamente positiva al afirmar que este nuevo sistema de sanciones trata de ajustarse a los principios de la moderna Política criminal y a las exigencias formales –consagración del principio de legalidad- y materiales –dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad, principio de igualdad, principio de humanidad- de un Estado de Derecho; y la hace sobre las que considera directrices político-criminales del sistema: expreso reconocimiento de las garantías penales y aplicación de la ley penal; supresión de la pena de muerte; consagración del sistema dualista de penas y medidas de seguridad; reconocimiento del principio de responsabilidad subjetiva; mantenimiento de la pena privativa de libertad como la sanción penal más relevante, aunque simplificada; huida de la prisión hacia la aplicación de sustitutivos penales, con marcada referencia hacia los fines preventivo-especiales; simplificación de las penas privativas de derechos e incorporación de nuevas penas; preferencia en la pena pecuniaria por el sistema de días-multa; integración de las medidas de seguridad; incorporación de las consecuencias accesorias<sup>4</sup>. Igualmente otro autor, en este caso crítico con el Texto punitivo, salva, sin embargo, el contenido de esta parte, Queralt califica de revolucionario y necesario el cambio en el sistema de penas, “con mucho la mayor y mejor aportación del Código penal de 1995”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> JORGE BARREIRO, Agustín. “Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, nº 23, 2000, págs. 488 y ss.

<sup>5</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Nota preliminar a la tercera edición, Barcelona, 1996, pág. VII. De interés también es la Nota a la cuarta edición donde valora la falta de motivación de algunos preceptos esenciales y las actuales circunstancias de los Tribunales en España, en especial del Tribunal Supremo. 4ª edición, Barcelona, 2002, págs. XXI-XXIII.

Sin embargo, desde mi percepción no creo que todo esté tan perfectamente definido. La respuesta del Código español ha ido bastante más allá de las coordenadas iniciales. Frente al equilibrio proyectado y anunciado para el sistema de penas se ha producido, y me temo que se seguirá produciendo, una mayor intensidad punitiva, que puede cambiar la propia esencia del sistema, una cierta descoordinación e indiscriminación delictiva y un escaso logro en la presencia real y práctica de penas alternativas a la de prisión, que afecta al necesario equilibrio entre los objetivos preventivos generales y especiales y al alejamiento de los criterios retribucionistas. Si como anuncia, el Código penal parte en esta materia de tres objetivos básicos -reducir los límites de la pena de prisión al tiempo de su efectivo cumplimiento para lograr un más eficaz efecto de prevención general; acabar con las penas excesivamente largas, poniendo su límite superior en los veinte años; finalizar con las penas cortas suprimiendo las de duración inferior a las de seis meses, que, en principio, son sustituidas por otras, como las de arresto fin de semana o multa-, a los que se han de añadir la búsqueda de penas unitarias, con el fin de disminuir la multiplicidad de clases de los Códigos anteriores, y la idea de homogeneizar criterios en la aplicación de las penas, no parece, con los datos existentes en la actualidad, que semejantes objetivos hayan sido cubiertos del todo.

Pero es que además, toda esta situación, en bastantes casos especialmente mejorable, se ve agravada hacia peor con las posteriores reformas que se han llevado a cabo, fundamentalmente la de 11/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, en la que, junto a algunas aportaciones de interés, las menos, incrementa el carácter retribucionista y preventivo general del Código y es una negativa muestra de descoordinación y de oportunismo legislativo.

En lo que respecta en concreto a la utilización de criterios para la fijación de penas alternativas no es el legislador de 1995 especialmente coherente, a pesar de su compromiso expresado en la Exposición de Motivos, de ampliar los sustitutivos a las penas privativas de libertad por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos. Todavía se detecta en el Código penal una excesiva utilización de las penas privativas de libertad, especialmente de la prisión<sup>6</sup>.

El importante Informe que elabora el Consejo General del Poder Judicial sobre la aplicación del nuevo Código penal, de 10 de septiembre de 1999 señala cinco cuestiones a tener en cuenta para mejorar el régimen de sanciones y que no gire, con absoluta prioridad, alrededor de la pena de prisión: a) existen muy pocos casos en los que el legislador directamente prescinda de la prisión, imponiendo pena de multa –los supuestos más proclives a esta alternativa podían ser los relacionados con el patrimonio sin violencia o intimidación que, sin embargo, son sancionados con penas de prisión de una dudosa proporcionalidad, sobre todo en el hurto y en el robo con fuerza en las cosas-; b) las alternativas se regulan solo para las penas cortas –de seis meses a dos años-; c) el número de alternativas novedosas introducidas por el Código es escaso –días-multa, trabajo en beneficio de la comunidad, posibilidad de imponer reglas de conducta a la suspensión-; d) las alternativas establecidas son en general muy severas en relación a los ilícitos que castigan; e) la regulación de las alternativas no siempre es respetuosa con el principio de legalidad –ejemplos,

---

<sup>6</sup> Mapelli Caffarena considera a la pena de prisión como la más significativa y grave del sistema penal; por más que sea la de multa la más empleada y por más que desde hace ya varias décadas se viene incorporando a los distintos Códigos penales alternativas a la prisión. MAPELLI CAFFARENA, B-TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed., Madrid 1996, pág.67.

posibilidad de suspender o no la condena “atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del reo” (artículo 80), ausencia de criterios que indiquen cuando el Juez debe de optar por la sustitución o suspensión de la pena y la posibilidad de que el Juez pueda imponer las reglas de conducta “que estime conveniente para la rehabilitación social del penado” en la suspensión (artículo 83) y sustitución de la pena de prisión (artículo 88)<sup>7</sup>.

Sobre semejante realismo político-criminal hay que volver a plantear, una vez más, con la frustración de la todavía escasez de respuestas alternativas, sobre todo para las penas de larga duración, el predominio de la pena de prisión tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. Junto a ello es necesario instrumentalizar sustitutos adecuados, no sólo en su regulación específica, sino también en la concreta tipificación de los delitos y en el mismo catálogo de penas.

En este último sentido, dentro del elenco de penas descritas por el artículo 33 del Código penal español –privativas de libertad: prisión, localización permanente, responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa; privativas de otros derechos: inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión oficio(...), suspensión de empleo o cargo público, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, trabajos en beneficio de la comunidad; multa- es necesario potenciar algunas de ellas, dado que la mayoría aparecen como complementarias y no como alternativas, por ejemplo la utilización y los contenidos de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, corrigiendo sus defectos actuales y siendo empleada como pena principal, por su voluntariedad siempre acompañada de otra pena –puede ser una fórmula idónea como alternativa a las penas cortas privativas de libertad-<sup>8</sup>, o como sustitutivo, en sentido estricto. En parecida línea cabe situar la localización permanente y la multa, con especiales cautelas para esta última.

Mención especial merece la valoración del arresto fin de semana. Una pena que desde su inicio -fue introducida, con grandes expectativas, por el Código de 1995- provocó sentimientos jurídicos encontrados, incluso en los propios debates parlamentarios. Desde los que la saludaron como una de las mejores y más avanzadas fórmulas de una política criminal de las alternativas a la pena de prisión hasta los que mostraron su escepticismo, cuando no rechazo, frente a ella. El propio Consejo del Poder Judicial en el Informe emitido sobre el Anteproyecto de 1992, de reforma del Código penal, afirmaba que “la conciencia general de que se trata de un experimento -bien intencionado, pero experimento- obliga, en este punto, a adoptar cuantas cautelas sean precisas para intentar que el espíritu humanitario que anima la reforma –y explica su persistencia en las múltiples propuestas- no se frustre”. Dudas que se han ido confirmando, con el paso del tiempo, aunque siga siendo elogiado en sus concepciones teóricas –de una de las más relevantes y

---

<sup>7</sup> *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre aplicación del nuevo Código penal, de 10 de septiembre de 1999*, págs. 43-45. La última de las objeciones será tratada en profundidad en otro apartado de este trabajo.

<sup>8</sup> Ya la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el Código penal la incluye, con buen criterio, como pena principal en algunos de los delitos del Libro segundo. Por ejemplo, para el hurto de uso de vehículos o ciclomotores, del artículo 244.1, fija la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días o multa de seis a doce meses.

laudables novedades establecidas en el nuevo Código penal, lo califica el Informe de 1999-, y que lo cuestionan cada vez más como una pena eficaz.

Problemas en cuanto a su naturaleza –en el fondo no deja de ser un régimen de aislamiento, planteado como de corta duración, pero que podía llegar, como sustitutivo de la penas de prisión inferiores a uno o dos años, hasta 208 fines de semana; pero aislamiento en definitiva más pensado éste, en teoría general, para delincuentes sumamente peligrosos e inadaptados al régimen penitenciario que para autores de delitos menos graves o faltas y en principio no habituales; pero esa es otra de sus grandes condicionantes: sus receptores son, en su mayoría (se calcula que en un porcentaje por encima del 60%) reincidentes y multireincidentes, con lo que los objetivos iniciales de no desocialización, como consecuencia de la no prisionalización, tampoco se cumplen en una gran medida; además, y como derivación de lo anterior, al concurrir en los supuestos concreto con otras penas, dada la personalidad del infractor, se ha transformado, en muchos casos, en un cumplimiento ininterrumpido-, a su relativa presencia en el Código –aparecía en veintiséis delitos y nueve faltas-a su muy limitada utilización en las legislaciones extranjeras, a su escasa aplicación, a su complicada y severa ejecución, al régimen sancionador en caso de incumplimiento, que conducen, todas ellas, parece que inevitablemente, a la desaparición.

Es lo que hace la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, al suprimir dicha pena “cuya aplicación en la práctica no ha sido satisfactoria, sustituyéndose, según los casos, por la pena de prisión de corta duración, por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad o por la pena de localización permanente”. Semejante criterio sustitutivo, sobre todo el de las penas no privativas de libertad, atenúa sensiblemente el impacto político criminal que ha de tener esta supresión, más basada en criterios de eficacia preventivo-general que en fines preventivo-especiales, aunque la consecución de estos por la pena de arresto fin de semana no deja de ser cuestionable en muchas de sus circunstancias; una pena, que es, no se olvide, privativa de libertad. En el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de reforma del Código penal se afirma, en parecida línea, que “la supresión del arresto fin de semana constituye una opción de política criminal que resulta avalada por las experiencias del Derecho comparado, por las propias derivadas de la aplicación práctica de la pena, y por las tendencias doctrinales dominantes en la actualidad”<sup>9</sup>. En todo caso la polémica está servida y no sería de extrañar, y posiblemente de desear, que en fechas no muy lejanas vuelva al catálogo de penas del Texto punitivo español.

Parecido al español se muestra el Código penal brasileño que, de igual manera, distingue tres grandes bloques de penas: privativas de libertad, restrictivas de derechos y multa. Las primeras a su vez se desglosan en reclusión o detención; aquélla ha de ser cumplida en régimen cerrado, semi-abierto o abierto; ésta, en régimen semi-abierto o abierto, salvo necesidad de transferencia a régimen cerrado. Las segundas, en prestaciones pecuniarias, pérdida de bienes y valores, prestación de servicios a la comunidad o a entidades publicas, suspensión temporal de derechos, limitación de fin de semana –esta última consiste en la obligación de permanecer, los sábados y domingos, por cinco horas diarias en casa de albergue o en otro establecimiento adecuado; opción esta mucho más restrictiva y benévola que la anteriormente contenida en el Código penal español. Interesante es el carácter sustitutivo de las privativas de libertad, con que

---

<sup>9</sup> Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal de 26 de marzo de 2003, pág. 12.

las desarrolla el artículo 44, cuando: a) la pena privativa de libertad no sea superior a cuatro años y el crimen no haya sido cometido con violencia o grave amenaza a persona o, cualquiera que sea la pena, si el delito es culposos; b) el reo no sea reincidente en crimen doloso; c) la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del condenado, además de los motivos y circunstancias indicaren que esa sustitución es suficiente. Por último, la pena de multa.

Más limitado es el catálogo de penas del Código penal cubano, orientado fundamentalmente a las penas privativas de libertad. El artículo 28.1 establece, como penas principales, para las personas naturales las siguientes: muerte, privación de libertad, trabajo correccional con internamiento, trabajo correccional sin internamiento, limitación de libertad, multa y amonestación. La privación temporal de libertad que no exceda de cinco años puede ser sustituida por las de trabajo correccional con internamiento, sin internamiento y la limitación de libertad siempre que el sancionado haya extinguido, por lo menos, la tercera parte de la sanción impuesta cuando se trate de sancionados primarios, la mitad de la sanción impuesta cuando se trate de un reincidente o las dos terceras partes si es un multirreincidente. No obstante, en los dos últimos casos, el tribunal podrá disponer la sustitución de la sanción cuando el sancionado haya extinguido, por lo menos, la tercera parte de aquélla, teniendo en cuenta la índole del delito y sus circunstancias, la connotación social del hecho, el comportamiento del sancionado en el establecimiento penitenciario, así como sus características personales.

### **III. Alternativas específicas.**

La situación narrada en relación con las penas privativas de libertad, en especial, y sobre todo, la de prisión, hace que las legislaciones más modernas se esmeren en regular substitutivos específicos a este tipo de penas. El Derecho penal español acoge tres modalidades como formas alternativas, aunque una de ellas, la tercera, presente peculiaridades diferenciadas a tener en cuenta, incluso desde el punto de vista conceptual. Son: la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, la sustitución y la libertad condicional (Capítulo III- De las formas substitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional-, Título III –De las penas-, Libro primero).

La primera –artículos 80 a 87- deja en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años. El plazo de suspensión es de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los jueces o tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena. Como condiciones indispensables para dicha suspensión se establecen: a) que el condenado haya delinquido por primera vez; b) que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de multa; c) que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el juez o tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas. La suspensión queda siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal.

Especial consideración tiene el legislador español en el artículo 87 para los penados, incluso reincidentes, a penas privativas de libertad no superiores a cinco años que hubiesen cometido el delito a causa de su dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. Previsión ampliatoria digna de ser aplaudida pues introduce criterios específicos para personas diferentes que necesitan un tratamiento especial.

Muy parecida regulación a la suspensión genérica española se encuentra en el Código penal de Brasil que dedica el Capítulo IV, del Título V, artículos 77 a 83 a la suspensión condicional de pena. También se refiere a la pena privativa de libertad no superior a dos años, que puede ser suspendida por dos a cuatro años, siempre que el condenado no sea reincidente de delito doloso; que la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del agente además de los motivos y circunstancias que autoricen la concesión del beneficio; que no sea indicada o aplicable la sustitución prevista en el artículo 44. También el Código penal cubano recoge una figura semejante en el Capítulo VI, del Título VI, artículo 57, la de remisión condicional de la sanción, que podrán disponer los tribunales para sanciones de privación de libertad que no excedan de cinco años, si, apreciando las características individuales del sancionado, su vida anterior, sus relaciones personales y el medio en que se desenvuelve, existen razones fundadas para considerar que el fin de la punición puede ser alcanzado aun sin la ejecución de la sanción. No es aplicable a los reincidentes, excepto en circunstancias extraordinarias y muy calificadas.

La segunda –artículos 88 y 89- prevé la simple sustitución de las penas de prisión. Como bien dice Gracia Martín, la sustitución es una alternativa frente a la posibilidad de la suspensión<sup>10</sup>. Sucede, sin embargo, que entre ambas existe una clara identidad entre los requisitos para aplicar una y otra, lo que, con frecuencia lleva a dudar de cual ha de ser la de aplicación preferente. Borja Mapelli presenta tres soluciones: a) aplicar el concurso aparente de normas, en el que la sustitución es la especial, y por tanto de aplicación preferente, y la suspensión la general; b) tener en cuenta los límites exteriores de ambos beneficios, que vienen determinados por las exigencias preventivo-especiales –características del hecho y duración de la pena-; c) concebir ambos institutos como una fase más del proceso de individualización de la responsabilidad penal en base a necesidades preventivo-especiales, y en consecuencia, el órgano judicial debe aplicar uno u otro acuerdo con la conveniencia resocializadora de cada caso<sup>11</sup>. Gracia Martín estima en este sentido que serán razones de prevención especial las que indiquen la conveniencia de que no se ejecute la pena de prisión impuesta, pero serán, por otro lado, razones derivadas de las exigencias de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general las que indicarán la necesidad de que se ejecute la pena; en semejante conflicto se ha de optar por la sustitución por otras sanciones que se estimen idóneas para alcanzar el fin de prevención especial sin menoscabo de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de las exigencias de prevención general<sup>12</sup>. Por mi parte no creo que sea necesario llegar a una real antinomia entre prevención especial y prevención general. Estoy en la línea de que los jueces han de tener en cuenta en la individualización de la pena fundamentalmente las exigencias de prevención especial pero también las de política-criminal que derivan en una aceptación social de los mecanismo alternativos a las penas de prisión. Desde esta perspectiva me parece de aplicación preferente la suspensión sobre la

---

<sup>10</sup> GRACIA MARTÍN, Luis y otros. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, 1998, pág 253

<sup>11</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja-TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed., Madrid, 1996, pág. 105.

<sup>12</sup> GRACIA MARTÍN, Luis y otros. *Lecciones... cit.*, pág. 253.

sustitución, que, más que alternativa a aquélla, ha de concebirse como una derivación suplementaria para determinados casos. Hay que tener en cuenta que, incluso, el legislador es más generoso, en cuanto a requisitos, con la suspensión que con la sustitución.

En su aplicación concreta, los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconseje, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. Excepcionalmente se podrán sustituir, con los mismos requisitos anteriores, por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años. En el caso de que el reo hubiera sido condenado por el delito de violencia doméstica tipificado en el artículo 173.2, la pena de prisión solo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. Como se ha visto anteriormente, tanto el Derecho penal brasileño como el cubano acogen, con carácter general, esta modalidad de sustitución.

El Texto punitivo español, especialmente sensible a los extranjeros con residencia ilegal en España, introduce en el artículo 89 una sustitución especial. Se trata de sustituir las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España por la de expulsión del territorio español. Si la pena es igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, también se producirá la expulsión. En ambos casos se exceptúa la sustitución cuando excepcionalmente y de forma motivada, se aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Cuestión ésta, la de la expulsión, sobre todo en el primer caso, criticada por un amplio sector de la doctrina, a la que me uno, por discriminatoria, posiblemente en positivo, en relación con los ciudadanos extranjeros residentes legalmente en España y con los propios españoles.

La tercera esta referida a la libertad condicional, para aquellos sentenciados en los que concurren las circunstancias siguientes: a) que se encuentren en tercer grado de tratamiento penitenciario; b) que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta; c) que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reincidencia social –circunstancia que no se entenderá cumplida si el penado no hubiere satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley penitenciaria-. Semejantes requisitos se endurecen sensiblemente para las personas condenadas por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

El Código penal brasileño, regula en el Capítulo V del Título V el “livramento” condicional, en los artículos 83 a 90. El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena de prisión de libertad igual o superior a dos años, desde que: a) cumplido más de un tercio de la pena si el condenado no es reincidente en crimen doloso y tenga buenos antecedentes; b) cumplida más de la mitad si el condenado fuera reincidente en crimen doloso; c) comprobado su comportamiento satisfactorio durante la ejecución de la pena, un buen desempeño en las actividades laborales que le fueran atribuidas y capacidad para proveer su propia subsistencia

mediante un trabajo honesto; d) tenga reparado, salvo efectiva imposibilidad de hacerlo, el daño causado por la infracción; e) cumplido más de dos tercios de la pena, en casos de condenados por crimen hendiondo, práctica de tortura, tráfico ilícito de estupefacientes y drogas similares, y terrorismo, si el penado no es reincidente específico en crímenes de esta naturaleza<sup>13</sup>. Para el condenado por crimen doloso, que lo haya cometido con violencia o grave amenaza a la persona, la concesión de la libertad condicional estará sujeta a la constatación de condiciones personales que hagan presumir que dicho liberado no volverá a delinquir. Como puede comprobarse la tipificación de Brasil es más generosa en relación a las exigencias a cumplir por los condenados que la española.

De igual manera, aunque desde una perspectiva más simplificada y atendiendo preferentemente a criterios subjetivos de resocialización y enmienda del delincuente, el Código penal de Cuba acoge la libertad condicional en el Título VII, al manifestar el artículo 58.1 que el tribunal puede disponer la libertad condicional del sancionado a privación temporal de libertad si, apreciando sus características individuales y su comportamiento durante el tiempo de su reclusión, existen razones fundadas para considerar que se ha enmendado y que el fin de la punición se ha alcanzado sin la necesidad de ejecutarse totalmente la sanción, siempre que se haya extinguido, por lo menos, uno de los términos siguientes: a) la tercera parte de la sanción impuesta, cuando se trate de sancionados que no hayan arribado a los 20 años de edad al comenzar a cumplir la sanción; b) la mitad del término de la sanción impuesta, cuando se trate de sancionados primarios; c) las dos terceras partes de la sanción impuesta, cuando se trate de reincidentes o multirreincidentes. En casos extraordinarios, el Ministerio de Justicia, oyendo previamente el parecer del Ministerio del Interior, puede proponer a las Salas correspondientes del tribunal Supremo Popular y éstas otorgar, la libertad condicional aunque no se haya extinguido la parte de la sanción establecida en la narración anterior.

#### **IV. Sustitutivos y discrecionalidad judicial**

Una de las constantes más evidentes del estudio desarrollado anteriormente, es las amplias facultades que se les conceden a los jueces y tribunales a la hora de concretar y aplicar las diferentes alternativas a la pena de prisión. Tanto es así que se ha comentado, y se ha hecho con razón, que uno de los problemas que con mayor intensidad es planteado en toda la estructura normativa de los Códigos penales, y más concretamente en atención con el sistema de penas, sobre todo en fase de individualización, y todavía más en orden a los sustitutivos penales, es el del cumplimiento efectivo de algunas previsiones del principio de legalidad a veces enfrentado con dicha amplitud discrecional del aplicador de la norma.

Barquín Sanz, con carácter general, alude a determinadas quiebras del susodicho principio en el Código penal español: a) la regulación legal es oscura y ambigua, de tal forma que por vía interpretativa se puede llegar a diversas soluciones igualmente razonables; b) la regulación penal es incierta y deja al juzgador la tarea de decidir en cada caso cómo aplicarla, con mayor o menor margen existe un cierto arbitrio judicial en la determinación de la pena; c) varias normas suficientemente claras y precisas, son contradictorias entre sí, de modo que lo previsto por una es

---

<sup>13</sup> *Vid.*, con mayor profundidad, por todos: FABBRINI MIRABETE, Julio. *Código Penal. Interpretado*. 4ªed., São Paulo, 2003, págs. 572 y ss.

incompatible con lo regulado en la otra; d) varias normas son de aplicación a un mismo supuesto sin que se indique al intérprete cuando optar y como optar por una u otra, relación sistemática entre la suspensión de la ejecución y la sustitución de la pena; la regulación deriva, en ocasiones, en irrazonable, llevando a los órganos judiciales o bien a no aplicar la institución, posibilidad de llegar hasta 208 fines de semana de arresto en la sustitución de la pena de prisión, o bien a apartarse de lo previsto legalmente para evitar soluciones absurdas, procedimiento para atribuir tareas en el trabajo en beneficio de la comunidad; e) el Código se abstiene de regular algún instituto punitivo, dejando al reglamento o directamente al órgano judicial la concreción de las cuestiones esenciales, trabajo en beneficio de la comunidad<sup>14</sup>. Estos y otros muchos ejemplos que se podrían añadir ponen de manifiesto una situación ciertamente delicada en torno al cumplimiento de los desarrollos del principio de legalidad, y que nos conduce directamente a uno de las cuestiones de mayor debate tanto doctrinal como jurisprudencial, el del arbitrio judicial. Tema éste que no puede ser planteado en exclusiva con argumentos especialmente formalistas de rancia concepción legalista, sino abierto a las necesarias precauciones de concreción y taxatividad de las normas penales pero también a las exigencias sociales de valoración y de respeto a las coordinadas preventivas de la aplicación e individualización de la pena.

Ciertamente puede pensarse en el juez como una instancia político-criminal esencial, como hace, Silva Sánchez<sup>15</sup>. Eso es así porque al juez se le confiere, en determinadas situaciones y supuestos legalmente establecidos, un margen de libertad para decidir en la individualización de la pena y también en la ejecución. El Código penal español de 1995 asume e incluso refuerza este planteamiento, lo que no deja de ser una previsión de cierto interés si es coherentemente supeditada a otras exigencias garantistas<sup>16</sup>. En términos generales el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho de obtener de los órganos judiciales una “respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes”, por lo que la motivación de las resoluciones judiciales, además de venir expresamente requerida por el artículo 120. 3 de la Constitución, es una exigencia asimismo derivada del artículo 24.1 del mismo Texto. Existe en consecuencia un cobertura constitucional que posibilita semejantes planteamientos y que ayuda a reducir sus efectos perturbadores. Además, el legislador penal ha sido acaso excesivamente reiterativo a la hora de marcar semejante exigencia de motivación en muchos de los supuestos en los que posibilita un cierto margen de arbitrio judicial. Así, artículos 36.2 (“acordar razonadamente” –periodo de seguridad-), 45 (“ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia” -inhabilitación especial, 80.1 (“resolución motivada” –suspensión de pena-), 87.2 (“resolución motivada” –suspensión para drogodependientes-), 88.1 (“auto motivado” –sustitución de las penas privativas de libertad-, 129.1 (“motivadamente” – consecuencias accesorias-).

Las anteriores previsiones legales del Código penal español marcan al mismo tiempo, y en sentido contrario, los niveles de arbitrio judicial, en ocasiones descritos con cierta amplitud, que

---

<sup>14</sup> BARQUÍN SANZ, Jesús. “Sistema de sanciones y legalidad penal”. En *Aequitas-Revista Jurídica del Poder Judicial*(México), 2000, págs. 280-281.

<sup>15</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Política Criminal del Legislador, del Juez, de la Administración Penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal”. En *La Ley*, 1998, pág. 1451.

<sup>16</sup> Por el contrario, en la Exposición de Motivos de la Ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas se afirma que “la realidad diaria y la experiencia ponen de manifiesto cómo en el cumplimiento de las penas existe amplios ámbitos de discrecionalidad, ámbitos variables en los que resulta oportuno, según la mejor doctrina, establecer reglas para hacer un pronóstico más certero de la pena a cumplir”.

pueden inquietar al principio de legalidad en instituciones de importancias, de las que hay que seleccionar a efectos de este trabajo las de suspensión y sustitución de la pena, que han llevado a algún autor a afirmar con manifiesta dureza dialéctica “que en materia de penas, los responsables de la elaboración del Código de 1995 no fueron muy respetuosos del principio de legalidad. Si hubieran acometido sus muy altas responsabilidades legislativas con la mitad de empeño con que maltrataron este derecho constitucional, tendríamos un buen sistema de consecuencias jurídicas del delito en vez de esta mezcla de píos deseos, incoherencia e improvisación”<sup>17</sup>.

El problema es más de ponderación y de equilibrio entre ambos factores. Así lo ha visto la jurisprudencia tanto constitucional como judicial. La importante sentencia, corolario de otras muchas anteriores<sup>18</sup>, del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2001 –2001/108, ponente: Viver Pi-Sunyer-, marca con precisión el camino seguido.

El deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por tanto, en la necesidad de evidencia de que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho. En consecuencia, la exigencia de motivación cumple una doble finalidad: a) por un lado, exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; b) de otro, garantizar la posibilidad de control de las resoluciones por los Tribunales superiores, mediante los recursos que procedan (Fundamento Jurídico 2).

Sobre los anteriores criterios que marcan una notable garantía en la actuación de los órganos jurisdiccionales, el propio Tribunal Constitucional español exige una canon todavía más riguroso en la motivación cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental, en particular cuando se conecta, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal: en una sentencia penal, el deber de motivación incluye la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, así como la pena finalmente impuesta.

En un sistema legal de determinación de la pena caracterizado por la estrecha vinculación del Juez a la Ley, como bien manifiesta la sentencia en cita, el arbitrio judicial se encuentra fuertemente limitado y poco espacio queda para la motivación judicial, en la medida en que esta se erige en expresión de la racionalidad de la decisión y, por tanto, en excluyente de la arbitrariedad judicial. De este modo aparece conectado, en los presupuestos constitucionales, el margen del arbitrio judicial fijado en el Código para la individualización e imposición de la pena, e incluso para su ejecución o no, por el delito cometido, con la medida de la motivación constitucionalmente

---

<sup>17</sup> *Vid.*, BARQUÍN SANZ, Jesús. *Sistema...cit.*, pág. 313.

<sup>18</sup> *Vid.*, en la misma o parecida línea, entre otras: 20/1982, de 5 de mayo; 14/1984, de 3 de febrero; 177/1985, de 18 de diciembre; 23/1987, de 23 de febrero; 159/1989, de 6 de octubre; 63/1990, de 2 de abril; 69/1992, de 11 de mayo; 55/1993, de 15 de febrero; 169/1994, de 6 de junio; 146/1995, de 16 de octubre; 2/1997, de 13 de enero; 235/1998, de 14 de diciembre; 214/1999, de 29 de noviembre; 163/2000, de 12 de junio; 187/2000 de 10 de julio; 214/2000, de 18 de septiembre.

exigible. El binomio arbitrio judicial-motivación judicial ha de impedir que la primera pase a ser arbitrariedad irracional, subjetiva e injustificada.

Doctrinalmente existen profundas discrepancias sobre este tema. No es infrecuente, sin embargo, en un amplio y relevante sector doctrinal encontrar argumentos de cierta flexibilidad interpretativa. En este sentido, Roxin afirma que en las consecuencias jurídicas se puede aceptar una indeterminación algo mayor que en los presupuestos de la punibilidad, porque el principio de culpabilidad y los principios codificados de la medición de la pena le dan al autor un cierto grado de seguridad compensatoria, aunque, asimismo matiza, que la cuantía de la pena, que debe de calcularse mediante esos principios, es menos calculable y además no es independiente del marco penal; por eso el legislador alemán, “que aún es poco consciente de los problemas en este campo, se ajustaría mejor a la Constitución si de modo general se decidiera a ceñirse a unas penas de dimensiones determinadas y precisas”. No es de extrañar esta última afirmación de Roxin si se analiza el amplísimo margen de discrecionalidad que desarrolla el Texto germano. En España, Barquín Sanz se muestra disconforme con los términos en que el Código plantea la cuestión al considerar que existe un exceso de discrecionalidad que plasmada en la realidad cotidiana ofrece demasiados ejemplos de arbitrariedad y “en la jurisdicción penal se ventilan asuntos de tan trascendental relevancia que conviene acentuar las precauciones<sup>19</sup>. En sentido contrario se manifestó Prat Canut que sobre el análisis específico del antiguo artículo 37 – arresto fin de semana-, generalizaba su planteamiento en relación al cumplimiento de la condena a su individualización, donde si bien es cierto, para el autor, que el principio de legalidad impone límites a la discrecionalidad judicial no lo es menos que debe cohonestarse con otros principios de igual rango constitucional como el de individualización de la pena. Desde esta perspectiva abogó por una mayor discrecionalidad judicial en términos de individualización y, sobre todo, para el juez de ejecución penal, en los de ejecución para, de esta manera, poder en clave de criterios de individualización de la pena y en función de la evolución del condenado, y si ello fuera posible en términos de legalidad, disminuir la duración de dichas penas cuando las mismas ya solo supusieran un castigo desprovisto de cualquier finalidad<sup>20</sup>.

El problema no es baladí. Es real que el Código penal de 1995 establece frecuentes ámbitos de disposición, esencialmente en el sistema de consecuencias jurídicas. Espacios que para unos son insuficientes para lograr una auténtica política criminal preventivista, en concreto preventivo-especial; y para otros, son especialmente amplios, con lo que se pone en peligro los fundamentos del principio de legalidad, y de certeza y taxatividad de las normas jurídico-penales. Nadie duda, en este sentido, o al menos yo no lo hago, que las leyes han de ser claras y precisas; pero ello no es incompatible con la fijación legal, en determinados supuestos, de un cierto margen de arbitrio judicial que puede y deber reforzar los criterios político-criminales del sistema de penas en el Estado social y democrático de Derecho, a través de un sistema de indeterminación legal relativa. Opto, en definitiva, por una posición intermedia entre las posiciones más extremas, basada en la confianza en la profesionalidad, conocimientos y prudencia del juzgador pero también en el buen hacer del legislador que sepa introducir suficientes criterios legales para orientar adecuadamente las resoluciones judiciales y para conseguir los suficientes mecanismos de control que eviten disfuncionalidades en las actuaciones judiciales y la consecuente

---

<sup>19</sup> BARQUÍN SANZ, Jesús. *Política...cit.*, pág.314.

<sup>20</sup> PRATS CANUT, JOSEP MIQUEL, en Quintero Olivares y otros. *Comentarios al nuevo Código Penal*. Navarra, 2ª ed., 2001, págs. 342-343.

indefensión y perjuicio para el ciudadano o para la propia sociedad y siempre sobre la exigencia legal de motivación.

El incumplimiento del deber legal de motivar es una perturbación del sistema, en forma de no respeto individual a las prescripciones legales que tal proceder exigen, pero no puede anular las bondades de aquél, y requiere, en todo caso actuaciones contundentes para su evitación en el futuro.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España es reiterativa en este sentido. La sentencia 1064/2002, de 7 de julio afirma que es ésta una cuestión que se presenta con más frecuencia de la que sería de desear y respecto de lo que la Sala tiene ya una sólida doctrina al respecto. Cuestión que desarrolla la sentencia 455/2002, de 13 de marzo en los siguientes términos: “En estos casos de falta de motivación de la individualización de la pena, la doctrina de esta Sala apunta tres modos posibles de remediar la infracción al resolver el recurso de casación en que la misma se denuncia: a) devolver la sentencia al Tribunal de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado; b) subsanar el defecto en el supuesto de que en la sentencia recurrida se ofrezcan tantos elementos útiles para la individualización que permitan al Tribunal de casación realizar una operación reservada en principio al de instancia; c) imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión. Esta última parece ser la solución más adecuada y justa y justa en el caso sometido ahora a nuestra censura puesto que, si acogemos la primera, es previsible que demoremos la finalización del proceso más allá de lo razonable y, si optamos por la segunda, tropezaremos con obvias dificultades planteadas por el relato fáctico —el de la Sentencia recurrida— que no permite formular un juicio fundado sobre el grado de peligrosidad de la acusada”. Solución ésta, compartida por otras muchas sentencias<sup>21</sup>, que, sin embargo, se me presenta como cuestionable, posiblemente no más que las otras dos, pero criticable en definitiva. Es la búsqueda de la solución más fácil, la que no necesita motivación al menos para el condenado, la más favorable al reo; pero que puede ser desigual con otros pronunciamientos en los que el Juez o Tribunal de instancia haya actuado correctamente motivando la decisión. Así entendido, el reo hará rogativas para que lo juzgue un Juez no motivador.

En definitiva, como bien define Silva Sánchez política criminal de los jueces dentro del marco de la legalidad, conforme a las reglas de argumentación jurídica, sometida a las reglas de tutela judicial efectiva y proscripción de la indefensión<sup>22</sup>. Política criminal en la individualización de la pena y en la ejecución que tienda con prioridad a la aplicación, en la medida de lo posible, de los sustitutivos penales legalmente reconocidos, en especial la suspensión de la pena de prisión.

## **V. La cuestión en la fase de ejecución de la pena.**

La última de las fases por las que transcurre la concreción de la pena es la que posiblemente levanta más expectativas en la doctrina y más alicientes para la imaginación de los que optan por alternativas reales, incluso en este momento. Es la fase donde con mayor intensidad intervienen

---

<sup>21</sup> Entre otras, *vid.*, SSTS: 623/1999 de 25 de abril, 743/1999 de 10 de mayo, 783/1999 de 26 de mayo, 981/1999 de 11 de junio, 117/2000 de 28 de enero, 306/2000 de 22 de febrero, 1746/2000 de 8 de noviembre, 1582/2000 de 18 de octubre, 2084/2001 de 13 de diciembre, 715/2002 de 19 de abril. En la gran mayoría de ellas se admite el motivo del recurso, la falta de motivación, con lo que se demuestra un importante sensibilidad sobre esta cuestión.

<sup>22</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *¿Política...cit.*, pág. 1451.

no sólo los jueces sino también, y en determinados supuestos, la propia Administración penitenciaria. Tanto es así que algún autor ha considerado que la ejecución constituye un subsistema autónomo respecto a las anteriores, en el que han de someterse, sean cuales sean las previsiones legales de las sanciones, a consideración hipótesis parcialmente distintas, como la posibilidad de acoger un modelo de amplia flexibilidad favorable al reo, sin que ello de lugar a consecuencias político criminales indeseables<sup>23</sup>.

No es sencillo confirmar este, en principio, atractivo planteamiento. Consideraciones de legalidad, de seguridad jurídica y de prevención general pueden limitarlo sensiblemente. El propio contenido del Código penal español, más con la incorporación de las últimas reformas, apunta hacia caminos diferentes. Sin embargo, algunos autores parecen decididos a plantearlo o, al menos, a abrir el debate. En esta línea, para Silva Sánchez la ejecución no debe de estimarse, en absoluto, la consecuencia directa y automática de la imposición de la pena por lo que no puede sentirse como la regla, sino que ésta habría de ser la no ejecución; lo importante, entonces, es el elemento simbólico de la condena, su efectiva ejecución adquiere una limitada incidencia político criminal; con lo que, el autor en cita, llega a la deducción de un principio favorable a la máxima explotación posible de las instituciones que limitan la ejecución de las penas de la manera más personal o que abonan una ejecución lo menos aflictiva posible<sup>24</sup>.

El objetivo de la ejecución efectiva de las penas es multidimensional: por un lado, la necesaria actuación preventivo especial sobre el sujeto condenado, en sus diferentes posibilidades; por otro, el aspecto preventivo general de su real ejecución material. Este último difícilmente puede quedar, como propone Silva Sánchez, en el puro simbolismo de la publicidad de la imposición, si luego ésta no se ejecuta; pues ello alertaría a los ciudadanos sobre un incompleto proceso de la pena, con graves carencias no solo preventivo generales sino, en cierta medida y para determinados delincuentes, también preventivo especiales. Es comprobable como muchos de los Código penales vigentes están dirigiendo sus premisas, cada vez más, hacia la neutralización de estas últimas consecuencias sobre la finalidad de la pena, por lo que la ejecución efectiva no es que sea la regla general es que la están convirtiendo en la “super-regla”.

Dicho todo esto, hay que añadir, en un alejamiento por mi parte de las coordenadas excesivamente preventivo generales, cuando no retribucionistas, de los Textos punitivos vigentes, que la clave no es la inejecución como regla, sino que lo es la ejecución; pero, sobre ello, hay que dirigir los esfuerzos, del legislador y de los jueces, como instancias político criminales, a fortalecer los mecanismos sustitutivos y suspensivos, así como las instituciones más beneficiosas para el reo en la ejecución de la pena, también en el ámbito penitenciario donde la Administración tiene un papel relevante, bajo el control de los órganos judiciales correspondientes; todo ello con la cobertura de las normas y en todo caso que su aplicación no repugne a los objetivos preventivo generales y especiales. En definitiva, intensa defensa de las alternativas a la pena de prisión, en todas las fases por las que transcurre la vida de la pena, con especial detenimiento en las

---

<sup>23</sup> En este sentido, *vid: Ibid.*, pág. 1452

<sup>24</sup> *Ibid.*, págs. 1452-1453.

auténticos y específicos sustitutivos a dichas penas, al menos para las privativas del libertad de corta duración; las de larga, es otra cuestión, todavía más difícil de plantear y, sobre todo, de resolver.

**\* Artículo publicado en el Libro: “La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil”, que contiene las memorias del Seminario Internacional celebrado en La Habana, Cuba, los días 24 y 25 de febrero de 2005, con el auspicio de Reforma penal Internacional y de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.**