

*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

89

Las Palmas de Gran Canaria, 1994



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario

IMPRIME: IMPRENTA PÉREZ GALDÓS, S.L.
PROFESOR LOZANO, 25 - EL CEBADAL
35008 LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPÓSITO LEGAL: G.C. 258/80

I.S.S.N.: 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

Antonio Inglott Domínguez

Diputado Segundo

Javier Ayala Galán

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

José C. Vidal Martínez

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Noemi Fernández Álvarez

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintes

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintes

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992

SANTIAGO MIR PUIG

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL Y DECANO DE LA FACULTAD DE
DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA

I

El Proyecto de Código Penal de 1992 (en adelante PCP 1992) presenta un sistema de sanciones muy parecido al del Proyecto de 1980 y, más aún, a la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Ello, que viene a confirmar la impresión de que todo el Libro I del PCP 1992 es mera puesta al día de los textos prelegislativos anteriores, obliga a reflexionar sobre la evolución de la Política Criminal en este último decenio y a valorar si sigue respondiendo a las exigencias de la actualidad el planteamiento que se mantiene. En 1980 el sistema de penas del Proyecto de Código Penal respondía al estado de evolución de la Política Criminal. Se había inspirado básicamente en el Código Penal alemán de 1975 y había dado incluso algún paso más adelante. En los años ochenta se ha producido diversas reformas en otros países europeos, como Francia, Italia o Portugal, que introducen nuevas formas de evitación de las penas de prisión que no han sido tenidas en cuenta en el PCP 1992.

Pero empecemos por el principio. ¿En qué sentido decimos que el Proyecto de 1980 se adecuaba a la evolución de la Política Criminal moderna? ¿En qué consiste esta Política Criminal? Se trata de la línea político-criminal que arranca de Beccaria en el ambiente reformador ilustrado del siglo XVIII,

renace en el último tercio del siglo XIX por obra de la Scuola Positiva, es continuada por von Liszt en Alemania y, a través de manifestaciones como la Asociación Internacional de Derecho Penal y la Nueva Defensa Social, llega a nuestros días y ha influido en numerosas reformas penales. En Alemania se expresó en el seno del largo proceso de preparación de la reforma que culminó en los años sesenta, propicios para la recepción de nuevas ideas. La dirección moderna sirvió de base al llamado Proyecto Alternativo que un grupo de profesores alemanes elaboró en aquellos años y cuya influencia es evidente en el sistema de penas del proyecto de 1980 —debido sobre todo al profesor Gimbernat Ordeig, uno de los miembros de la Comisión que lo redactó.

Una de las claves fundamentales de la moderna Política Criminal es que sólo considera legítima la intervención penal cuando resulta absolutamente necesaria para la protección, mediante la prevención de delitos, de los bienes sociales más importantes. Este principio ha determinado la tendencia a rechazar las penas que van apareciendo como innecesariamente crueles a los ojos de la colectividad. Primero fueron las penas corporales, luego la de la muerte y ahora la de la cárcel. En este siglo han ido apareciendo mecanismos tendentes a evitar la aplicación de las penas privativas de libertad, como la condena condicional y la libertad condicional. También se ha potenciado el papel de penas no privativas de libertad como, especialmente, la de multa. Éste era el contexto político-criminal en que se produjo el Proyecto de 1980. En 1981 decía Jescheck que en Alemania las condenas a prisión habían quedado reducidas al 17% de las pronunciadas. Puesto que más de un 65% de las mismas eran suspendidas condicionalmente, el resultado era que sólo el 10% de las penas cumplidas eran de privación de libertad. Es impresionante la comparación de estas cifras con las del siglo pasado, en que puede hablarse de un 7% de penas privativas de libertad.

En la conferencia que presentó Burgstaller en el XIV Congreso Internacional de la AIDP, celebrado en Viena, el 2 de octubre de 1989, sobre la Política criminal de los últimos 100 años, daba las siguientes cifras con relación a Austria y a su situación anterior al 1 de marzo de 1988 —fecha en que entró en vigor una importante reforma del sistema de sanciones de ese país—: Mientras que la proporción de penas de privación de libertad incondicionada respecto de todas las penas impuestas al finalizar el siglo pasado era aproximadamente de 9 de cada 10, era últimamente sólo algo superior al 1/10; casi el 2/10 de las penas se impusieron condicionalmente y alrededor del 7/10 eran penas de multa.

El Proyecto de 1980 utilizó varios mecanismos para evitar las penas, especialmente de prisión, no estrictamente necesarias: supresión de la prisión inferior a seis meses, introducción en su lugar del arresto de fin de semana y de una pena de multa configurada con arreglo al sistema de los días-multa,

ampliación de las posibilidades de suspensión condicional, en especial por medio de una nueva figura denominada “suspensión del fallo”, y posibilidad de sustitución judicial de las penas privativas de libertad no graves por penas de multa. El PCP 1992, como la Propuesta de Anteproyecto de 1983, mantiene el mismo planteamiento básico, aunque prescinde de la novedad de la suspensión del fallo. Antes de valorar si ello sigue siendo suficiente a la vista de las reformas habidas en la década que acaba de terminar, deberemos examinarlo más detenidamente.

II

Es en la delincuencia poco grave en la que la Política Criminal del presente trata de buscar alternativas a la prisión. Es en este ámbito en el que se mueven las formas de suspensión condicional que hace tiempo que existen en las legislaciones, y es también en él en donde las reformas penales se esfuerzan por hallar otras vías que permitan evitar la privación de libertad clásica. El Proyecto Alternativo alemán propuso, en este sentido, suprimir totalmente del catálogo de penas la prisión inferior a seis meses. En lugar de la misma, los delitos correspondientes deberían prever penas de multa. Esta propuesta fue estimada demasiado radical y no logró pasar al Código alemán de 1975, pero algo quedó de su espíritu: se suprimió la prisión inferior a un mes y se consideró excepcional la efectiva aplicación de las penas previstas inferiores a seis meses, que en principio debe sustituirse por una multa —salvo que la privación de libertad resulte imprescindible para incidir en el autor o para la defensa del orden jurídico (§47)—. El CPC 1992, siguiendo el ejemplo del Proyecto de 1980 y de la Propuesta de 1983, acoge la vía más avanzada del proyecto Alternativo, de supresión de las penas de prisión inferior a seis meses, pero con el paliativo de que en su lugar pueden preverse no sólo multas, sino también, la nueva figura del arresto de fin de semana, que implica privación de libertad.

¿Existe alguna excepción en el PCP 1992 a la desaparición de la privación de libertad continuada de menos de seis meses? En el Proyecto de 1980 se planteaba el problema de los casos en que una circunstancia atenuante conducía a la pena inferior en grado a una pena de prisión cuyo mínimo fuera de seis meses. Podía entenderse que en tales supuestos había que imponer una pena de prisión de menos de seis meses, que por esta vía volvía a aparecer. Para evitarlo, Luzón Peña propuso una interpretación algo compleja de los preceptos en juego. La Propuesta de Anteproyecto de 1983, en cuya redacción intervino el citado autor, acogió su solución, a saber: obligar al Juez en los casos mencionados a sustituir la pena de prisión por las de arresto de fin de semana o multa. El PCP 1992 sigue en esta línea y da un paso más al imponer que la sustitución sea siempre por multa.

Pero también el impago de una pena de multa puede dar lugar a un arresto sustitutorio que puede durar días, semanas o meses, lo que hace nacer de nuevo la posibilidad de una prisión inferior a seis meses. A tal efecto, hay que destacar que el Borrador prevé expresamente que la responsabilidad personal subsidiaria correspondiente en caso de impago de la multa debe consistir en privación de libertad. No se ha atendido a la recomendación del Tribunal Constitucional en el sentido de preferir otras formas de responsabilidad subsidiaria, como el arresto domiciliario o el trabajo comunitario. Del mismo modo, si se incumple por dos veces el arresto de fin de semana el Juez o Tribunal puede imponer su ejecución ininterrumpida, computándose dos días de privación de libertad por cada fin de semana. No se ha logrado, pues, hacer desaparecer por completo la privación de libertad de menos de seis meses, que parece resistirse a abandonar el sistema de penas.

Conviene advertir, por otra parte, que la supresión de las penas de menos de seis meses no entraña necesariamente una dulcificación del rigor penal. Así, para muchos de los delitos que en el Derecho vigente se castigan con privación de libertad de menos de seis meses, la propuesta de Anteproyecto de 1983 establecía penas de prisión de mayor duración. Ello se debió, sin duda, a la estimación de que resultaría inconveniente castigar tales hechos con pena de multa —que si no fuera muy elevada podría hacer económicamente rentable la delincuencia patrimonial y que si fuera de cuantía muy alta difícilmente podría pagarse por sujetos normalmente insolventes— o de arresto de fin de semana— porque la mayoría de los delincuentes contra la propiedad, que carecen de un trabajo lícito que sea conveniente proteger, podrían seguir delinquiendo entre semana.

También el PCP 1992 sigue en su Parte Especial, para delitos de gran importancia práctica, como algunos contra la propiedad, esta vía de sustitución de las suprimidas penas de prisión inferior a seis meses por penas de prisión de mayor duración. Ello parece del todo inadmisibile. Debe tenerse en cuenta que en el momento actual de evolución de la Política criminal la lucha contra las penas cortas de prisión ha perdido la fundamentación con que nació hace un siglo. De la mano del ideario resocializador que por aquel entonces empezó a propagarse, se consideraron inadecuadas las penas cortas de privación de libertad fundamentalmente por tener una duración insuficiente para llevar a cabo un tratamiento resocializador con alguna perspectiva de éxito. Fue la misma concepción que prefirió las condenas de duración indeterminada, que podían ser prolongadas en cuanto se comprobaba insuficiente el tiempo de tratamiento transcurrido. Pero esta ideología del tratamiento se halla en crisis desde los años setenta, no sólo por la comprobación de sus dificultades prácticas, sino también por otras razones de filosofía política, entre las cuales cuenta la vulneración del principio de seguridad jurídica y una tendencia a la expansión del intervencionismo penal bajo el eufemismo

de la resocialización. Las penas cortas de prisión siguen considerándose indeseables por muchos autores —aunque un sector las defiende para la delincuencia económica, para evitar que la alternativa de la multa fracase como riesgo económico que puede resultar rentable—, pero en cualquier caso no ya porque sean demasiado cortas para la resocialización, sino porque son demasiado gravosas, tanto en sí mismas como en sus consecuencias colaterales, en proporción a la escasa gravedad de las infracciones penales para las que se prevén. Según el planteamiento inicial del tratamiento, hubiera podido sostenerse la sustitución de ciertas penas cortas de prisión por otras de mayor duración en aras de las necesidades de resocialización. Hoy esto aparece precisamente como uno de los aspectos indeseables de la ideología del tratamiento. Las penas cortas de prisión sólo deben sustituirse por otras penas que resulten menos graves. Entre las penas de prisión cortas o largas no pueden preferirse éstas en un momento en que precisamente se aboga por el acortamiento y la reducción al mínimo de la privación de libertad.

Como penas menos graves llamadas a cubrir el espacio que dejan las penas de prisión inferiores a seis meses el PCP 1992 sigue previendo las mismas que el Proyecto de 1980 y la Propuesta de 1983: el arresto de fin de semana y la multa configurada con arreglo al sistema de los días-multa. Veámoslas brevemente.

El arresto de fin de semana constituyó una novedad en el Proyecto de 1980 que se mantuvo en la Propuesta de 1983. Pretende evitar la separación del sujeto de su contexto familiar y la pérdida de su trabajo. Se trata de una pena original, en cuanto pena principal, en el contexto del Derecho comparado. En otros países se conoce no como pena autónoma, sino como posible forma de ejecución de la pena clásica de privación de libertad (así, en Bélgica y Francia). En Italia y en Suiza se prevén otras modalidades de semidetención, que sólo privan de libertad durante un determinado número de horas al día (diez, p.ej., en Italia). El PCP 1992 español prevé el arresto de fin de semana como una privación de libertad intermitente, de 36 horas cada semana, a cumplir por regla general los sábados y domingos, y con una duración de uno a 24 fines de semana. Es nueva la matización de que el arresto sólo “por regla general” deba cumplirse los sábados y domingos. El Proyecto de 1980 no preveía otra posibilidad que el cumplimiento en los fines de semana, lo que chocaba con la dificultad de que en algunas profesiones el descanso semanal tiene lugar entre semana. Ahora seguirá existiendo el problema de que en muchos casos el sujeto que trabaja sólo dispone de un día libre a la semana. Mejor sería, tal vez, abandonar del todo la vinculación al fin de semana, y la misma designación de “arresto de fin de semana” —por cierto, quizás excesivamente festiva—, para pasar a una figura de “arresto discontinuo” que pudiera cumplirse también un día a la semana o con la periodicidad que aconsejara la ocupación —o desocupación, en su caso— laboral del suje-

to.

Con una nueva configuración, la pena de multa se presentó en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983 con un papel mucho más destacado que en el Código vigente. Lo mismo sucede en el PCP 1992. El nuevo sistema de los días-multa parece perseguir, en cualquier caso, potenciar las posibilidades de la multa como alternativa a las penas cortas de prisión. De origen escandinavo, este sistema ha sido acogido a través del ejemplo de la reforma alemana, que por lo visto está dando buenos resultados. Se basa en la separación de dos aspectos: por una parte, la determinación de una duración en días, semanas o meses; por otra parte, la fijación de una cuantía dineraria a cada día, semana o mes. Se impone así la pena en los términos siguientes: multa de equis días, semanas o meses —con un mínimo de un día y un máximo de 24 meses—, a razón de equis pesetas cada día, semana o mes —desde un mínimo de 300 ptas. al día hasta un máximo de 1.000.000 ptas. al mes—. Se trata de una “multa temporal”, según el modelo del Proyecto alternativo alemán, que se va pagando a medida que van transcurriendo los plazos. Si, por ejemplo, se impone una multa de cinco semanas, hay que satisfacer la cuota semanal correspondiente al término de cada una de las cinco semanas. Se persigue con ello facilitar el pago de la multa y evitar tener que acudir al arresto sustitutorio. He aquí una primera ventaja que se atribuye al sistema de los días-multa. Otra virtud del mismo es que permite una clara distinción de dos aspectos que no conviene mezclar en la determinación de la cuantía de la multa: por una parte, la gravedad del hecho, que ha de tenerse en cuenta como en cualquier otra pena al fijar la duración de la multa y, por otra parte, la capacidad económica del delincuente, único factor a contemplar para la determinación de la cuantía de la cuota diaria, semanal o mensual. La gran diferencia económica que se prevé entre los mínimos y máximos de cada cuota permite imponer multas de importe muy diverso, según las diferentes posibilidades de cada sujeto, con independencia de la gravedad del hecho. Estimo particularmente conveniente el poder señalar multas mucho más elevadas cuando se trate de delincuentes que puedan tener una inmensa capacidad económica, ante la cual la multa fácilmente puede resultar insignificante. Creo, por ello, que los límites máximos de las cuotas todavía deberían ser más altos, si bien convendría que se previeran con carácter excepcional a partir de determinada cifra. Finalmente, constituye también una característica positiva de los días-multa el hecho de que facilitan el cómputo del arresto sustitutorio en caso de impago. Así, el PCP 1992 puede convertir dicho cómputo en algo automático, al fijar un día, una semana o un mes por cada dos de multa.

Estas ventajas del nuevo sistema han determinado a la doctrina española a manifestarse favorable al mismo. De hecho, la experiencia alemana de la aplicación del sistema es muy positiva: el porcentaje de multas impuestas

en la República Federal Alemana aumentó de un 63% a un 83%, de las cuales sólo un 3% es de impagadas. Ahora bien, hay que tener en cuenta que sólo el 50% de las multas pagadas lo son de forma espontánea, mientras que el resto requiere conminación, embargo o amenaza de arresto sustitutorio. A su vez, en Alemania esta privación de libertad subsidiaria no es susceptible de suspensión condicional, a diferencia de lo que hasta ahora ocurre en nuestro Derecho. Con objeto de asegurar la eficacia que ello concede a la regulación de la multa, la Propuesta de 1983 estableció también la imposibilidad de suspensión condicional de la responsabilidad personal subsidiaria. Sobre esta restricción, sin duda polémica, volveremos más adelante.

III

Hasta aquí hemos expuesto brevemente los mecanismos que el PCP 1992 arbitra para evitar señalar con carácter general —esto es, en la conminación típica— penas cortas de prisión. A continuación nos ocuparemos de las formas de suspensión y sustitución de las penas que el Proyecto pone a disposición del Juez para que pueda dejar de aplicar, o para interrumpir, en el caso concreto penas —no sólo de prisión— que considere innecesarias.

La primera observación a efectuar al respecto es que el PCP 1992 prescinde de una de las novedades más llamativas del Proyecto de 1980 y de la Propuesta de 1983: la “suspensión del fallo”. Se trataba de una institución más favorable para el reo que la condena condicional, porque no sólo suspendía la ejecución de la pena impuesta, sino que suponía que el juzgador dejaba en suspenso el propio fallo condenatorio (en el Proyecto de 1980) o, por lo menos, se abstenía ya de imponer la pena, cuya inscripción en el Registro de antecedentes penales quedaba también en suspenso (en la Propuesta de 1983). La suspensión se condicionaba a que el delincuente no volviese a delinquir dentro del plazo fijado entre un mínimo de dos a un máximo de cinco años. La supresión de esta figura en el PCP 1992 constituye la diferencia más importante que separa al mismo de sus antecedentes. La renuncia a una de las propuestas más avanzadas de los textos prelegislativos anteriores confiere, sin duda, a la nueva revisión un signo político-criminal más conservador.

El Borrador mantiene las instituciones de la condena condicional y la libertad condicional, que, aunque menos que en la Propuesta de 1983, se amplían sensiblemente respecto al Derecho vigente. Por otra parte, conserva las posibilidades de sustitución judicial de la pena que se introdujeron en 1980 y se ampliaron en 1983.

La Propuesta de 1983 ampliaba las posibilidades de concesión de la condena condicional en varios aspectos. No requería que el delincuente fuera primario o rehabilitado (o rehabilitable), sino un pronóstico favorable de no delinquir en el futuro; permitía la suspensión condicional de toda clase de penas, y no sólo de las de prisión; y, por último, autorizaba su concesión en penas de hasta dos años de duración como posibilidad normal. Por contra, suprimía la posibilidad de conceder la condena condicional respecto a la privación de libertad subsidiaria por impago de multa. El PCP 1992 no es tan generoso. No acoge ninguna de las dos primeras ampliaciones mencionadas. Además del pronóstico favorable de que el condenado no cometerá delito en el futuro exige que el mismo no haya delinquido por primera vez —no computándose a tal efecto las anteriores condenas por delitos imprudentes, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o pudieran serlo—. Tampoco extiende la posibilidad de suspensión condicional a toda clase de penas, sino sólo a las privativas de libertad (que incluyen, eso sí, el arresto de fin de semana). En este sentido es más restrictivo que la Propuesta de 1983. Sigue siendo, no obstante, más amplio que el Código vigente en cuanto admite como normal la suspensión condicional de penas de hasta dos años. También amplía la suspensión de penas privativas de libertad por hechos motivados por dependencia de drogas que se introdujo en 1988 en el nuevo art. 93 bis del Código penal. El PCP prevé la posibilidad de suspensión en este caso de las penas inferiores a tres años (no sólo de las que no excedan de dos años, como actualmente se establece) y suprime el requisito 3º del actual art. 93 bis, que excluye a los reincidentes o que hayan ya disfrutado de la condena condicional.

Dos puntos merecen especial consideración. El primero es que en el PCP 1992 no queda claro si sigue siendo posible la suspensión condicional del arresto sustitutorio de la multa, como en el Derecho vigente, o si dicha posibilidad se suprime como hacía la Propuesta de 1983. En el art. 77, 2ª de ésta, se exigía para la suspensión “que la pena impuesta no sea grave y no consista en privación de libertad subsidiaria por insolvencia en caso de multa”. El art. 81, 3ª del PCP 1992 requiere “que la pena impuesta no sea grave o consista en privación de libertad subsidiaria por insolvencia en caso de impago de la multa”. La diferencia de redacción es, como se ve, mínima: se contrae sólo a la sustitución de las palabras “y no” por la conjunción disyuntiva “o” que he subrayado. Es dudoso si este cambio ha obedecido al propósito de *invertir* el sentido de la segunda parte del texto, o si sólo responde a una simplificación estilística que no afecta al contenido. Todo depende, desde el punto de vista gramatical, de si se entiende que el “no” de la primera parte rige también la segunda (“no sea grave o no consista”), o, por el contrario, que dicho “no” sólo vale para el primer verbo (“que la pena impuesta no sea grave o que dicha pena consista en...”).

Hay, por otra parte, argumentos materiales a favor de ambas interpretaciones. Más arriba he dicho que la negación de la condena condicional para el arresto sustitutorio de la multa constituye una medida polémica, y lo es en el sentido de que conduce a un trato más duro de la privación de libertad subsidiaria por impago de una multa que de las penas de prisión de igual o mayor duración. Dicho esto de otro modo: el sujeto puede preferir que le condenen a prisión que a una multa que no puede pagar. Téngase en cuenta, además, que el arresto sustitutorio puede ser inferior a seis meses, cuando el PCP 1992 parte del principio de que la prisión de duración menor a los seis meses ha de desaparecer. Todo ello habla en contra de la exclusión de la condena condicional en el caso que examinamos. Pero también es un hecho que la experiencia alemana en el mismo sentido ha contribuido de forma significativa al éxito de la pena de multa, y ello resulta de extremada importancia si es que la multa ha de poder desempeñar el papel de sustitutivo eficaz de la pena de prisión. En otros términos: la exclusión de la condena condicional en el arresto sustitutorio permite la utilización eficaz de la pena de multa en lugar de la de prisión y en definitiva, por tanto, redundaría en una disminución muy deseable del número de penas de prisión aplicables. Sin embargo, es importante resaltar que, a diferencia de lo que ocurre en el PCP 1992, en el CP alemán y en la Propuesta de 1983 se permite la condena condicional de la pena de multa, de suerte que el Juez puede evitar la ejecución de un arresto sustitutorio que considere improcedente suspendiendo condicionalmente la propia multa. Esta posibilidad ha desaparecido en el PCP 1992, lo que haría más insoportable la negación de la condena condicional en caso de arresto sustitutorio de la multa.

Otro aspecto de máxima importancia es la previsión de asistencia o control durante el período de suspensión condicional. El Proyecto de 1980 trató de incorporar la posibilidad de seguimiento del probando, pero la Propuesta de 1983 renunció a ello. Entre tanto, se ha ido generalizando en Europa la intervención asistencial y de control que en un principio distinguía a la *probation* anglosajona de la condena condicional continental. Hoy ambos sistemas se han aproximado. En nuestro país existe una corriente de opinión favorable a la introducción del seguimiento asistencial y/o de control durante el período de prueba. Sin embargo, la primera versión del actual PCP 1992, la del Borrador de 1990, no acogía ninguna forma de asistencia o control. A propósito de ello, escribí en su momento: "A mi juicio, es indiscutible la conveniencia de una intervención asistencial, tan favorable para la evitación de la reincidencia y, por tanto, para la prevención especial como vía de protección de los bienes jurídico-penales, como también para el propio delincuente, cuya necesidad de algún tipo de ayuda suele ser demasiado evidente. En cuanto al aspecto de control, que puede consistir en vigilancia y en la imposición de determinadas cargas o deberes, es cierto que supone un mayor menoscabo de la libertad del sujeto; pero podría permitir que la sociedad

aceptara una mayor ampliación de las posibilidades de suspensión de la pena. Como ambos aspectos, el de asistencia y el de control, no tienen por qué ir inexorablemente unidos, sería razonable proponer una admisión diferenciada de los mismos: mientras que la asistencia es siempre oportuna, el control podría reservarse para la suspensión de penas de más de un año de duración o de sujetos reincidentes, con la posibilidad de distinguir una forma de control menor y un control más intenso, procedente el primero para las penas de hasta dos años de no reincidentes y el segundo para reincidentes o para penas incluso superiores a los dos años. Es evidente que la suspensión de penas de mayor duración que se prevé para drogadictos se ha admitido, en parte, porque se acompaña de la posibilidad de un tratamiento de deshabituación. En cualquier caso sería imprescindible una nítida determinación legal de las posibilidades de intervención". El texto definitivo del PCP 1992 parece haber acogido una parte de esta propuesta. Diferencia en efecto, los casos de suspensión de penas de prisión superiores a un año de los restantes. Sólo para los primeros se prevén medidas de control y asistencia.

El PCP 1992 prevé una regulación de la libertad condicional que va más allá del Derecho vigente. No mantiene la ampliación propuesta en 1983 consistente en admitir, junto a la libertad condicional en sentido estricto, que se refiere a las penas de prisión, la posibilidad de suspender el cumplimiento final de toda clase de penas, como "suspensión del resto" de la pena que quede por cumplir. Ello era posible porque todas las penas que recogía la Propuesta de 1983 tenían carácter temporal —también la multa—. Tampoco suprime, como dicha Propuesta, la necesidad de haber observado buena conducta. Sin embargo, el PCP 1992 acoge otros elementos de la Propuesta de 1983 e incluso la supera en puntos fundamentales. Coincide, así, en los extremos siguientes: requiere que haya razones para suponer que el sujeto no volverá a delinquir, razones fundadas en informes de expertos; no se exige que el reo ofrezca garantías de hacer vida "honrada" en libertad; por último, se renuncia a imponer reglas de conducta al sujeto. En todo ello coincide fundamentalmente con la Propuesta de 1983. La supera, en cambio, en los puntos siguientes: deja de exigir el presupuesto de haber cumplido un mínimo de seis meses de prisión en esta clase de penas, permite que excepcionalmente se conceda la libertad condicional tras el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena y exime del requisito básico de haber extinguido las tres cuartas partes, o las dos terceras partes, en su caso, de la condena a los sentenciados que hubieren cumplido la edad de setenta años o la cumplieren durante el cumplimiento de la condena y a los enfermos muy graves con padecimientos incurables —en donde sin duda tendrían cabida los infectados de SIDA.

Una fuerte crítica merece, sin embargo, el tratamiento del extranjero al que se concede la libertad condicional. Según el número 2 del art. 93: "El

extranjero que haya delinquido en España podrá ser expulsado por la Administración del territorio nacional, de acuerdo con la legislación vigente, al concederle la libertad condicional”. En párrafo aparte se añade: “en todo caso, le será de aplicación lo dispuesto en el número 2 del art. 89 de este Código”. Este precepto establece, junto a otras posibilidades de sustitución de la pena por expulsión de España, que “los Jueces y Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, y previa audiencia del penado, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena”. Es inadmisibles que el extranjero que reúna los requisitos para la libertad condicional, se vea discriminado respecto de los españoles en iguales condiciones. Se impondría, pues, una interpretación de estos preceptos que restringiese la posibilidad de expulsión a los casos en que el extranjero se encuentra en situación ilegal en España y según la legislación administrativa procede su expulsión (con independencia de su situación penal, que en sí misma es de libertad condicional y no justifica la expulsión), o en aquellos otros casos en que, pese a haber transcurrido las tres cuartas partes de la condena, faltan otros requisitos para la concesión de la libertad condicional. Pero aun así es evidente el trato desigual que el PCP 1992 efectúa del extranjero.

El Proyecto de 1980 contaba entre sus novedades principales la concesión al Juez de la posibilidad de sustitución de las penas privativas de libertad por otras. La Propuesta de 1983 dio algún paso más en esta línea. El CPC 1992 sigue por esta vía, pero introduce importantes reservas que comprometen su viabilidad práctica. Según su art. 88, 1, “los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa conformidad del Ministerio Fiscal, vistas las posibilidades efectivas de cumplimiento en la forma que reglamentariamente se determine —todo este cúmulo de restricciones es nuevo—, las penas de prisión que no excedan de dos años impuestas a los delincuentes no habituales —esto último también es nuevo—, por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea esta pena para el delito de que se trate, atendidas las circunstancias personales del reo, su conducta y la naturaleza del hecho. En dichos casos, cada semana de prisión será sustituida por un arresto de fin de semana; y cada día, semana o mes de prisión será, respectivamente, sustituido por dos cuotas diarias, semanales o mensuales de multa”. El número 2 del mismo artículo establece: “En el supuesto de incumplimiento de todo o parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará hasta el cumplimiento de la condena, descontando, en su caso, la parte de tiempo que se haya cumplido de acuerdo con la conversión establecida en el párrafo precedente”.

Así como la posibilidad de sustitución de la prisión resulta positiva en términos generales, no lo es, sino todo lo contrario, cuando se utiliza como

vía de expulsión de extranjeros. El art. 89 del PCP1992 *obliga* a sustituir las penas privativas de libertad no superiores a dos años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España por su expulsión del territorio nacional; y *permite* dicha expulsión cuando la pena impuesta sea de privación de libertad superior a dos años e inferior a seis. También permite la expulsión en el caso antes indicado de penas de seis o más años de privación de libertad cumplidas en sus tres cuartas partes.

IV

En las páginas que anteceden se han expuesto los mecanismos que el PCP 1992 propone para evitar la intervención innecesaria del Derecho penal, en especial mediante penas de prisión. El Proyecto de 1980 y la Propuesta de 1983 merecieron elogios por parte de la doctrina especializada por suponer planteamientos político-criminalmente entonces avanzados. ¿Cabe mantener el mismo juicio respecto al PCP 1992 a la vista de la evolución que entre tanto ha experimentado la Política criminal y las reformas europeas? Aparte de que la supresión de la figura de la suspensión del fallo disminuye el elenco de medios de evitación de la ejecución de la pena, en general el PCP 1992 ha perdido terreno en la búsqueda de alternativas a la intervención penal clásica. En los últimos años se ha extendido en Europa —en parte con el estímulo del Consejo de Europa— la tendencia a prever una gama relativamente amplia de alternativas. Así, las posibilidades de evitar o paralizar el propio proceso penal mediante formas de *diversión* se están generalizando en los países europeos; el trabajo al servicio de la comunidad —que ya propusimos en 1980— se está afirmando como pena sustitutiva especialmente interesante; también se ha implantado por doquier el seguimiento asistencial y de vigilancia de la suspensión a prueba; y se aprecia una fuerte tendencia político-criminal a la potenciación de la responsabilidad civil como instrumento complementario o incluso alternativo, en ciertos casos, respecto a la pena. Nada o poco de todo esto se contempla en el PCP 1992.

Por último, el PCP 1992 no atiende a la recomendación del Tribunal Constitucional de búsqueda de formas de responsabilidad subsidiaria para el caso de impago de la multa. Frena, incluso, esta vía al no hablar sólo de “responsabilidad personal subsidiaria” —expresión que el Tribunal Constitucional cree posible no reducir a la privación de libertad—, como el Derecho vigente, sino de concreta “privación de libertad” (art. 49). El arresto domiciliario, el trabajo comunitario o incluso la reparación civil son otras posibles alternativas que contempla la Política criminal del presente.