

ELENA LARRAURI PIJOÁN

**Profesora de Derecho Penal y Criminología
Universidad Autónoma de Barcelona**

**Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo
Código Penal**

Sumario

**I. INTRODUCCIÓN. II. SUSPENSIÓN DE LA PENA EN EL
NUEVO CÓDIGO PENAL. II.1. Regulación. II.2. Valoración.
III. SUSTITUCIÓN DE LA PENA. IV. CONCLUSIONES. V.
BIBLIOGRAFÍA**

He visto condenas más bárbaras que el delito
(Michel de Montaigne)

I. INTRODUCCION

La introducción de alternativas a la cárcel en el nuevo código penal ha sido saludada por algunos sectores como un gran avance, otros han destacado que éste es más restringido y conservador que los proyectos (de 1980 y 1983) precedentes.

Pienso que el debate no puede afrontarse encerrándose en la disyuntiva de "es insuficiente" frente a "es mejor que el código de 1944". Debido a que el código se aprueba en 1995 el debate, que se produce en el ámbito norteamericano y anglosajón¹ no versa acerca de la necesidad de introducir alternativas a la cárcel. Ello ya está contestado afirmativamente. Las discusiones residen más bien en cómo introducir alternativas a la cárcel conjurando tres riesgos que éstas conllevan².

a) conseguir que las alternativas se configuren como alternativas a la cárcel en vez de como "añadidos" a ésta. Esto es, configurar las alternativas de forma que éstas no se conviertan en un complemento (p.ej.además de la cárcel) o añadan nue-

1 Ver Cohen (1988).

2 He expuesto esta discusión en Larrauri (1991).

vos motivos de entrada en la cárcel (p.ej. cuando se prevé la cárcel por incumplimiento de la alternativa). Se trata de que las alternativas consigan efectivamente disminuir el número de personas encarceladas. Su objetivo no es ampliar el conjunto de población sometida a algún tipo de control penal, produciendo el efecto de "ampliar las redes penales" ("*net widening*").

b) definir qué medidas deben ser favorecidas por tener el carácter de alternativa y cuáles presuponen la existencia de la cárcel. Así se discute el carácter de alternativa de medidas como la libertad condicional o la suspensión de la cárcel ya que ambas presuponen una condena de cárcel. De lo que se trata es de auspiciar alternativas que no impliquen una condena de cárcel y de buscar métodos de aseguramiento de las alternativas distintos de la cárcel.

c) delimitar las condiciones que se pueden exigir al amparo de las alternativas para evitar su contribución a la formación de una "sociedad disciplinaria". Esto es, cuestionar aquellas alternativas que conllevan por sus condiciones, por su gravosidad, por sus efectos estigmatizadores, por el grado de intromisión en la persona, un aumento excesivo de control.

Conjurar estos riesgos es, en mi opinión, el reto que tiene planteado cualquier regulación y aplicación que se realice de las alternativas a la cárcel en la década de los noventa.

II. SUSPENSIÓN DE LA PENA EN EL NCP

III. Regulación

Las *novedades* más importantes que ofrece el nuevo código penal de 1995 respecto la regulación del código penal anterior son las siguientes:

a) Toda suspensión pasa a ser *facultativa* (art. 80.1).

b) Figura como novedad el requisito de dar *audiencia a las partes* (art. 80.2) para fijar el *plazo* de la suspensión³ en toda suspensión.

c) Son susceptibles de suspensión las penas privativas de libertad, esto es la prisión, el arresto de fin de semana y el arresto sustitutorio (art. 80.1)⁴

d) La suspensión de la pena no suspende la responsabilidad civil (art. 80.3)⁵.

e) La pena impuesta o la *suma* de estas puede ser de hasta dos años: se aumenta en consecuencia el plazo (art.81.2)⁶.

f) Es condición el haber satisfecho la *responsabilidad civil*, si bien se impone una regulación que niega virtualidad a esta exigencia, ya que el Tribunal puede declarar la imposibilidad de hacer frente a las mismas (art. 81.3).

g) Se inscribe en una sección especial la pena suspendida, de la cual sólo pueden pedir informes los jueces⁷.

h) Se incorpora la posibilidad de suspender *cualquier pena* y sin sujeción a requisito alguno si la persona está aquejada de una enfermedad incurable (art. 80.4).

i) La novedad más llamativa es la posibilidad de que el juez o tribunales impongan adicionalmente a la condición de no

3 Si es para decidir acerca de la suspensión no tiene sentido el art. 86, pues ya estaría previsto con carácter general en el art. 80.2.

4 Se ha discutido la eficacia de la multa si ésta se asegura con una pena que puede ser suspendida. A favor de ello se alega que cuando no se reconoce la suspensión de la multa debe admitirse la posibilidad de suspender el arresto sustitutorio, pues de lo contrario podría ser más gravosa la condena de multa que la de cárcel.

5 Se entiende por el contrario que sí suspende las penas accesorias.

6 Advierte sin embargo Carlos González que ello puede ser restrictivo respecto de las prácticas judiciales habituales que suspendían aun cuando existiesen múltiples penas si ninguna de ellas era superior a un año. En consecuencia la exigencia de la "suma de penas" restringe, no amplía.

7 Con ello se incorpora la ventaja asociada a la suspensión del fallo, cual es, que no debe inscribirse la condena.

delinquir unas *reglas de conducta* a la persona condenada (art. 83)⁸.

j) Se mantiene una suspensión especial para las personas drogodependientes (art. 87), la cual introduce como novedad que se aumenta el plazo de pena suspendida hasta *tres años* siempre que no sean *reos habituales* (art. 94).

II.2. Valoración

En una primera valoración de *urgencia* aparecen los siguientes temas destacables:

a) *La suficiencia de la suspensión.*

Es discutible el alcance: sólo a las penas privativas de libertad, cuando la suspensión podría extenderse a otras penas p.ej. la multa o las penas privativas de derechos⁹.

Son discutibles las condiciones: entre ellas destaca negativamente la exigencia de que el condenado haya delinquirido por primera vez¹⁰.

También discutible es el plazo: si lo que se quería era que fuese posible suspender las penas menos graves podría haberse

8 Debe observarse que estas reglas de conducta sólo son imponibles si la pena privativa de libertad es la de prisión, pero no la de arresto (art.83). Sin embargo es posible imponer reglas de conducta cuando el arresto aparezca como sustitutivo de la prisión (art.88).

9 El problema refleja una falta de discusión acerca del fundamento de la suspensión. Si se pretende evitar la entrada en la cárcel entonces parece lógico limitar la suspensión sólo a ésta; si la suspensión se concibe como un beneficio que se otorga a la persona porque la pena en este caso no aparece proporcional o adecuada desde un punto de vista de prevención especial entonces todas las penas podrían ser objeto de suspensión.

10 Las investigaciones empíricas realizadas en Catalunya (Redondo-Funés-Luque, 1993) destacan que existe aproximadamente un 47% de reincidencia, índice que aumenta entre los menores de 18 años, que siguen sometidos al código penal, hasta un 70%.

elegido tres años (art. 33.3), o desde un punto de vista más ambicioso no haber marcado una pena ya que en definitiva también en delitos más graves puede faltar la "peligrosidad criminal del sujeto".

Finalmente excesivamente drástico aparece el hecho de que la realización de un delito comporte automáticamente el cese de la suspensión. Debido a la regulación de reglas de conducta podría haberse establecido un sistema graduado (p.ej suspensión sin reglas de conducta y suspensión con reglas de conducta para la persona que realizara un nuevo delito).

Todo ello muestra que se ha mantenido una concepción "estática" de la suspensión en vez de una concepción "dinámica" ligada a las necesidades de prevención especial de la persona que ha delinquido (Padovani, 1988).

b) La introducción de reglas de conducta.

La doctrina penal se había manifestado en general favorable a la posibilidad de incluir reglas de conducta que condicionasen la suspensión de la pena (además de a no delinquir) a su cumplimiento. Sin embargo también había insistido en enfatizar que éstas debían tener carácter asistencial (más que de control) y había destacado la escasez de medios disponibles para llevar estas reglas de conducta a término.

El nuevo código penal ha decidido introducir un catálogo de reglas de conducta (art.83) que en mi opinión son excesivamente gravosas. Esta impresión obedece a: las tres primeras reglas de conducta son exclusivamente de control¹¹ e implican una afección a derechos civiles ya que estas medidas recortan

11 Un problema detectado por May (1995) es el recelo que suscitan los agentes de probation cuando se pretende que sean ellos quienes controlen las "exigencias negativas" (medidas de control), debido a que éstos no pueden aparecer frente a la persona condenada como el agente encargado de ayudarle y proporcionarle asistencia y al propio tiempo el agente encargado de informar al juez de cualquier quebrantamiento de las condiciones.

también la libertad¹²; existe una *discrecionalidad* excesiva acerca de las personas¹³ a las que se les va a conceder (art. 80.1) y las condiciones que se van a imponer (art. 83.5); finalmente el *incumplimiento de la regla de conducta* puede llevar al cese de la suspensión, esto es, a la cárcel (aun cuando la persona no haya delinquido), con el agravante de que no está previsto que se compute el tiempo que la persona ha pasado con la pena suspendida y cumpliendo las diversas reglas de conducta.

En síntesis, se abre una doble vía: la suspensión normal y la suspensión agravada. Late el temor de que la (nueva) suspensión agravada se configure como alternativa (no a la cárcel sino) a la antigua suspensión.

c) *La mantención de un régimen especial para las personas drogodependientes.*

La persona drogodependiente puede verse sometida a grandes trazos a un doble régimen: a) medidas de seguridad, si cuando comete el hecho delictivo está bajo la influencia de las drogas o a causa del síndrome de abstinencia (art. 20.2)¹⁴; b) si no entra dentro de estos supuestos pero ha cometido el hecho delictivo "a causa de su dependencia", entonces se abre la vía de la *suspensión específica* de pena prevista en el art. 87.

De esta suspensión la doctrina ha destacado: que debería poder aplicarse también a personas alcoholizadas; que puede representar un agravio comparativo debido a que la condena suspendida puede ser de hasta tres años y la persona puede ser

12 El control de las obligaciones y deberes impuestos lo realiza el Juez Penal pero nada se dice del control de los derechos que pueden resultar conculcados. Por otra parte quizás sería más adecuado que el control lo ejerciese el Juez de Vigilancia ya que es la Administración quien pondrá en funcionamiento estos "servicios" y se trata de una forma de ejecución de la pena.

13 Aun cuando el carácter de las mismas deja entrever que el legislador está pensando exclusivamente en la delincuencia común.

14 Estas podrán ser privativas de libertad (art. 102.1) o no privativas de libertad. No queda claro si pueden ser ambas (ver art. 102.1, pero compárese con art. 105).

reincidente; que la condición de someterse a tratamiento de desintoxicación no es tal debido a que ello es un requisito previo para conceder la suspensión.

Debe observarse sin embargo que es difícil concluir que la suspensión específica represente trato privilegiado alguno. Un breve examen de las posibilidades existentes nos muestra el siguiente panorama.

Si a la persona drogodependiente se le impone una medida de seguridad que consista en su internamiento en un centro de desintoxicación el juez puede suspender la ejecución de la medida en atención al resultado obtenido (art. 97 c); si concurre con una pena, el tiempo transcurrido bajo una medida de seguridad se computa a efectos de pena, la cual puede también suspenderse (art. 99).

Si a la persona drogodependiente se le impone una suspensión genérica agravada con la obligación de participar en algún programa (art. 83.5), el tiempo transcurrido no se computa en caso de que se proceda a ejecutar la pena, pero cuando menos la infracción de las reglas de conducta no comporta ineludiblemente la revocación de la suspensión (art. 84).

Finalmente si se le impone la suspensión específica nos encontramos con que: a) se impone la revocación automática en caso de infracción de alguna condición (art. 87.5); b) no se computa el tiempo transcurrido con la pena suspendida (art. 87.5); c) la remisión de la pena se condiciona a que la persona no delinca, no abandone el tratamiento y además tenga éxito en el tratamiento (sic!) (art. 87 in fine).

Debido a la existencia de una suspensión agravada que posibilita someter condiciones específicas para las personas drogodependientes no se ve la necesidad, pero sí los inconvenientes, de seguir reforzando la imagen de un trato diferenciado, benévolo, especial, para las personas a las cuales no se les castiga por drogarse sino por delinquir.

d) La audiencia a las partes

Los diversos estudios de la victimología pueden haber influido en el intento del legislador de dar una mayor participación a la víctima en el proceso penal. El mecanismo en base a como se ha articulado ello parece ser el de dar audiencia a las partes, a juzgar por la profusión con que ello está previsto: en el art. 80. 2 (plazo de la suspensión); en el art. 81.3 (imposibilidad de satisfacer responsabilidades civiles); en el art. 84.2 (infracción de regla de conducta y sustitución); en el art. 86 (delitos privados para conceder la suspensión); en el art. 87.1 (suspensión de la condena para personas drogodependientes).

Sin embargo sorprende que el legislador haya ignorado otra serie de medidas propuestas desde la victimología. Así por ejemplo es curioso que en las reglas de conducta previstas para la suspensión de la pena (art. 83.5) no se haga referencia en ningún momento a la posibilidad de reparación del mal a la víctima¹⁵.

También sorprende que en la regulación del trabajo en beneficio a la comunidad (art. 49) no se mencione la posibilidad de que el trabajo consista en algún tipo de reparación a la víctima. Además podría haberse previsto para estos mismos supuestos la posibilidad de una mediación con la víctima en aras de estipular cualquier otra medida que no tiene por qué limitarse a prestaciones estrictamente económicas.

Finalmente se ha pasado por alto la posibilidad de introducir para algunos delitos (p.ej. delitos patrimoniales) la reparación como pena alternativa a la cárcel.

15 Posibilidad en cambio prevista para la sustitución de la pena (art. 88).

III. SUSTITUCIÓN DE LA PENA

En este caso podría señalarse que toda la regulación (artículo 88) es novedosa. En síntesis la sustitución de la pena consiste en: a) posibilidad de sustituir la pena de prisión por arresto de fin de semana o multa (art. 88.1). b) posibilidad de sustituir la pena de arresto de fin de semana por multa o trabajo en beneficio de la comunidad (art. 88.2).

También en una valoración de *urgencia* aparecen los siguientes aspectos destacables:

a) Contrasta en principio algunas diferencias inexplicables entre la suspensión y la sustitución de la pena. Así por ejemplo para la suspensión de la pena el delito debe tener una pena máxima de dos años, por el contrario para sustituir la pena debe ser inferior a un año (excepcionalmente dos). Ello es difícilmente comprensible si se admite que a efectos de prevención general la suspensión aparece como más benevolenta que la sustitución¹⁶.

b) Los angostos límites en que está concebida la sustitución de la pena de cárcel. Indudablemente la mejor sustitución sería que se aumentasen los tipos penales en los que el juez puede optar por la imposición de la pena de multa en vez de la cárcel, pero debido a que ello no es así, sorprende que la pena de cárcel sólo pueda ser sustituida por arresto de fin de semana o multa pero no por trabajo en beneficio de la comunidad¹⁷. De

16 Hay también otras diferencias para las cuales no encuentro explicación: p.ej. para sustituir la pena se tomará en cuenta el esfuerzo para reparar el daño causado, posibilidad que no se menciona en la suspensión; o en el supuesto de que se revoque la sustitución se computará el tiempo transcurrido, aspecto que tampoco se menciona en la suspensión.

17 Hay una forma expuesta por Carlos González. Si la pena es inferior a un año, el juez puede sustituir la pena de cárcel por multa (art. 88.1). Si posteriormente la persona es declarada insolvente deberá procederse al arresto subsidiario, el cual puede cumplirse en forma de trabajo en beneficio a la comunidad (art. 53.1).

esta forma el trabajo en beneficio de la comunidad se configura como una "alternativa de la alternativa"¹⁸.

c) La desaparición del arresto domiciliario. Anteriormente sólo se preveía la sustitución del arresto menor por arresto domiciliario. Ahora hay la posibilidad de sustituir penas de un año (excepcionalmente dos), pero la opción del arresto domiciliario se ha eliminado y en su lugar aparece el arresto fin de semana que se cumplirá en Centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado o en depósitos municipales¹⁹. Si se piensa en el distinto impacto psicológico y social que ello comporta pienso que la desaparición del arresto domiciliario debe valorarse como un retroceso²⁰.

d) Finalmente se prevé la posibilidad de imponer reglas de conducta además de la pena. Ello comporta algunos inconvenientes ya detectados anteriormente: además de una pena se establecen otras cargas, con lo cual cada vez más las alternativas a la cárcel van endureciendo sus condiciones y con ello perdiendo el carácter de "alternativa"; a su vez el incumplimiento de estas reglas de conducta, y no la realización de un delito, constituyen un motivo para revocar la sustitución de la pena e ingresar en prisión.

18 El trabajo en beneficio a la comunidad sólo procede en sustitución del arresto fin de semana (art.88.2) o como forma de cumplimiento del arresto subsidiario por impago de multa (art.53).

19 Ello afecta también al arresto subsidiario, debido a que la multa no se puede suspender ni sustituir lo único que podrá el juez en el supuesto de insolvencia es imponer su cumplimiento mediante el arresto de fin de semana en la cárcel o depósito municipal.

20 Antes existía el problema de que la ausencia del domicilio daba lugar al delito de quebrantamiento de condena, pero también actualmente dos ausencias injustificadas darán lugar a que se procese por quebrantamiento de condena y a que el arresto se ejecute ininterrumpidamente (art.37.3), lo que implica, como ha detectado la doctrina, que en este supuesto existirá una pena de cárcel inferior a seis meses.

IV. CONCLUSIONES

Sería prematuro aventurar alguna conclusión sin esperar a ver como se procederá a su puesta en funcionamiento y supervisión. Sólo quisiera insistir en que el objetivo de las alternativas a la prisión no es establecer más control penal sobre más gente sino conseguir que entre menos gente en la cárcel.

Al respecto debe recordarse que debido a que la introducción de alternativas ha ido acompañada de una eliminación de los beneficios penitenciarios que acortan la pena ello comportará quizás, además de problemas de gobernabilidad en las cárceles, que entren menos (personas) pero estén más (tiempo).

V. BIBLIOGRAFÍA²¹

CLEAR, T.; HARDYMAN, P. (1990) "The new intensive supervision movement" en *36 Crime and Delinquency* 42.

COHEN, S. (1988) *Visiones de control social*. Barcelona, P.P.U.

de la CUESTA, J. (1993) "Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992" en *Política Criminal y Reforma Penal*. Libro Homenaje a J. del Rosal. Madrid, EDESA.

GONZALEZ, C. (1996) "El sistema de penas en el nuevo código penal". Conferencia inédita, organizada por *Jueces para la Democracia*, Barcelona.

LARRAURI, E. (1991) "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en derecho penal español" en *Anuario de Derecho Penal*.

de LEÓN, F.J. (1994) "Suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma" en *Anuario de Derecho Penal*.

²¹ La bibliografía sobre alternativas a la cárcel es extensa; me limito a citar fundamentalmente los estudios que realizan una valoración de la regulación contenida en el proyecto de nuevo código penal.

- LUZÓN, D.(1983) "La aplicación y sustitución de la pena en el futuro código penal" en *Estudios Penales*. Barcelona, P.P.U.,1991.
- MAY, T. (1995) "Probation and community sanctions" en *The Oxford Handbook of Criminology*. Maguire-Morgan-Reiner (eds). Oxford, Clarendon Press.
- MAPELLI, B. (1993) "Normas penitenciarias en el anteproyecto de código penal de 1992" en *Política Criminal y Reforma Penal*. Libro Homenaje a J. del Rosal. Madrid, EDESA.
- MIR, S.(1993) "Alternativas a la prisión en el borrador de anteproyecto de código penal de 1990" en *Política Criminal y Reforma Penal*. Libro Homenaje a J. del Rosal. Madrid, EDESA.
- REDONDO, S.-FUNES, J.-LUQUE, E. (1993) *Justicia Penal Reiniciencia*. Centre D'estudis. Departament de Justícia. Generalitat de Catalunya.
- de SOLA, A. (1991) "Formes substitutives de l'execució penal a (l'esborrany) d'avantprojecte de codi penal 1990" en *Papers D'estudi i Formació*, n. 7. Centre D'estudis. Departament de Justícia. Generalitat de Catalunya.
- PADOVANI, T. (1988) "Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio" en *R.I.D.P.P.*