

**AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR**

**Catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto de Criminología  
de la Universidad de Santiago de Compostela.**

**La ejecución de las penas privativas de libertad en la  
reciente legislación española**

## 1. CAMBIO POLITICO Y REFORMA PENAL

Es una constante en todo sistema legislativo, que a un profundo cambio político producido en un pueblo, corresponda un distinto enfoque de su Derecho Penal. La relación existente entre uno y otro sector del ordenamiento jurídico se hace más acusada cuando nace una nueva Constitución.

Si observamos con detenimiento la evolución de la legislación penal española habida durante el pasado siglo y el actual, se podrá apreciar que a toda nueva Constitución o nuevo régimen político corresponde un nuevo Código Penal o, por lo menos, un nuevo texto "refundido", "revisado", o "revisión profunda"; denominaciones estas al gusto de sus redactores, pero que suelen esconder nuevas orientaciones, de acuerdo con el momento político. A título de ejemplo es conveniente recordar el paralelismo entre, por un lado, la Constitución de 1812, los movimientos revolucionarios de 1848, la Constitución de 1869, la Dictadura de 1923, la Constitución de 1931, el denominado Nuevo Estado, que surge con la guerra civil de 1936, y, por otro lado, los Códigos Penales de 1822, 1848, 1870, 1928, 1932 y 1944 (1).

---

(1) Vid. Barbero Santos, M., *Política y Derecho Penal en España*, Madrid, 1977, p. 17 ss. Rodríguez Devesa, J.M<sup>a</sup>, *La Reciente Reforma*

El reciente cambio político español ha destacado con claridad la disparidad existente entre la sociedad y las normas que la regían. Afloran ahora opiniones, que estaban aletargadas pero no fosilizadas, ante el claro cambio social, al que nos hemos referido en otra ocasión con respecto a su evidente proyección penal (2). El legislador se ve obligado a acometer la tarea consistente en acomodar la legislación vigente a lo que demanda la evolución social y política producida. En ocasiones acude a la reforma de las normas existentes, con mayor o menor profundidad, pero otras veces —ante el claro espacio vacío que ahora se nos presenta— se ve obligado a acudir a disposiciones legales de nueva planta. Y es aquí cuando la interrelación o, mejor aún, la integración del ordenamiento jurídico se manifiesta con toda claridad ya que toda modificación, aparentemente sencilla, va a repercutir en todos sus variados sectores, al igual que la piedra lanzada a la superficie tranquila del agua produce la consabida ondulación que será mayor o menor según la fuerza que se le haya imprimido. Si la norma que aparece es fundamental la proyección ha de ser, evidentemente, muy fuerte; si, por el contrario, es de menor importancia la repercusión será apenas perceptible.

## 2. LA EJECUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LA RECIENTE LEGISLACION ESPAÑOLA

Si limitamos el tema al sector jurícopenal y más concretamente a la ejecución de las penas privativas

---

del Código Penal Español (Ley 23/1976, de 19 de julio), en *Festschrift für Eduard Dreher*, Berlín-New York, 1977, p. 763 ss.

(2) Vid. Fernández Albor, A., *Cambio social y Derecho Penal*, en *Estudios penales, I*, Universidad de Santiago de Compostela, 1977, p. 139 ss.

de libertad, forzosamente hemos de coordinar las disposiciones que nos ofrecen la nueva Constitución, la nueva Ley General Penitenciaria y la profunda revisión que se nos anuncia del Código Penal.

### 2.1. CONSTITUCION

La nueva Constitución no duda en afirmar, de acuerdo con la orientación hoy dominante, que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (3).

### 2.2. LEY GENERAL PENITENCIARIA

La exposición de motivos del Anteproyecto de la Ley General Penitenciaria, después de subrayar que las prisiones son un mal necesario, categóricamente afirma que la finalidad fundamental de las penas de privación de libertad "es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados, sin perjuicio de prestar la atención debida a las finalidades de advertencia e intimidación que la prevención general demanda, y a la proporcionalidad de las penas con la gravedad de los delitos cometidos que el sentido más elemental de justicia requiere".

---

(3) Art. 25.2. Vid. también la Constitución italiana, art. 27, párr. tercero. En fecha reciente se ha manifestado Bettiol en posición contraria al decir: "Así sobre el tema de la pena el inciso que "la pena debe tender a la reeducación del condenado" que ha determinado el caos en nuestra dogmática y política criminal"; Bettiol, G., *Ricordo di Aldo Moro*, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, 1978, p. 730. Sobre las penas privativas de libertad y constitución vid. el oportuno y acertado estudio de Enrique Ruiz Vadillo, *Incidencia del Anteproyecto de texto constitucional en los Derechos Penal y Procesal Penal*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1978, separata, especialmente, p. 16 ss.

### 2.3. CODIGO PENAL

Por último, las *líneas generales de la reforma* del Código Penal ya señalan que algunos aspectos fundamentales, como es el sistema de penas, implican auténticas innovaciones; es pues algo más que una simple revisión. En efecto, las viejas escalas de penas con su variada nomenclatura y pormenorizada y minuciosa división de grados, devienen en inservibles por estar ya desajustadas, ante los avances de la Ciencia Penitenciaria y aparición de nuevas penas privativas de libertad que un nuevo Código Penal no puede, ni debe, ignorar.

### 3. NECESIDAD DE COORDINAR LA NUEVA LEGISLACION Y CRITERIOS

Es necesario coordinar las tres vertientes, Constitución, Ley General Penitenciaria y Código Penal, y de esta coordinación se puede observar que la nueva o reformada legislación tiende a potenciar el principio de legalidad en su referencia expresa a la ejecución de las penas *nulla poena sine lege*, segunda parte del conocido aforismo, que es el que había sufrido más ataques con la sutil apreciación de estimar que se trataba de avances de la Ciencia Penitenciaria que beneficiaban al reo al tratar de reeducarlo socialmente.

También se puede apreciar la aparición de nuevas penas con las que se trata de suprimir la clásica y fracasada pena privativa de libertad o, por lo menos, paliar muchos de sus efectos al acudir a instituciones que la acortan en su duración, tales como la extensión y mayor facilidad en la concesión de la remisión condicional y libertad condicional. A esta orientación

ha contribuido en gran medida el problema de la prisión preventiva que al aumentar el número de la población penitenciaria ha originado diversos conflictos que han desembocado en los motines acaecidos en los últimos años en los establecimientos penitenciarios, de todos conocidos.

### *3.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD*

Por lo que respecta a la potenciación del principio de legalidad, el art. 17 de la Constitución señala que nadie podrá ser privado de su libertad, más que en los casos y en la forma previstos por la ley y añade que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. Y el art. 25 subraya que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

Abunda en esta orientación de protección del principio de legalidad la Ley General Penitenciaria al destacar en primer lugar, en el resumen de su exposición de motivos, de entre los rasgos más sobresalientes de la nueva Ley “la consagración expresa del principio de legalidad con referencia a la ejecución de las penas y medidas penales”. Espíritu este que se puede hallar a lo largo de su articulado.

El principio de legalidad es también preocupación fundamental para la Ponencia especial a quien se encomendó la elaboración de la última reforma del

Código Penal. En uno de sus primeros documentos de trabajo, en el que traza las *líneas generales de la reforma*, expresamente declara que la reforma se inspirará en este principio hasta tal punto que se revisarán todos los preceptos del texto punitivo que quebranten “las exigencias de certeza y seguridad jurídica que derivan del principio de legalidad, que habrán de ser asimismo escrupulosamente respetadas en las disposiciones de nueva creación”. Y en efecto, de acuerdo con esta manifestación programática el primer párrafo del nuevo artículo primero dice que “no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración, ni sancionada con pena distinta a la que se halle igualmente establecida”. El hecho de recoger este principio en el artículo primero y en su primer párrafo, en el pórtico del nuevo texto punitivo, parece indicar el firme criterio de sus redactores en mantenerlo como piedra angular sobre la que deberán asentarse todos los demás preceptos. Criterio que se refuerza en el artículo segundo, de especial interés para el tema que nos ocupa, al decir que “no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme dictada por Tribunal competente”. Y añade —en el segundo párrafo del mismo precepto—, “tampoco podrá ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la Ley y los Reglamentos, que la desarrollen, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. En todo caso la ejecución de la pena será intervenida judicialmente”.

De esta redacción parece deducirse que, además de potenciar el principio de legalidad, se trata de insistir en el ensamblaje entre el nuevo Código Penal y la Ley y Reglamentos Penitenciarios, sin olvidar la aparición en la reciente Ley General Penitenciaria del “Juez de Vigilancia” o Juez de ejecución de

penas, nueva figura de intervención judicial en la fase de ejecución de la pena, al que parece referirse el último inciso del nuevo artículo segundo.

A mayor abundamiento el "borrador de Anteproyecto de la Ley reguladora de la ejecución penal" dedica el Libro VII a la ejecución de sentencias y en las reglas generales con las que inicia su regulación se dice que "no será ejecutada pena alguna sino en virtud de sentencia firme dictada por órgano jurisdiccional" y que "las penas se ejecutarán conforme a las prescripciones legales y sin otras circunstancias o accidentes que los establecidos en la Ley y en la sentencia o sus modificaciones judiciales". Es también de destacar en este borrador de Anteproyecto de Ley la minuciosa regulación que hace de la figura del Juez de Vigilancia, de indudable interés habida cuenta de su novedad en el ordenamiento jurídico español; además de continuas referencias en diversos artículos, dedica el Título II, "Del Juez de Vigilancia", a las atribuciones, competencias y obligaciones que le corresponden (4).

### *3.2. APARICION DE NUEVAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD*

Pero de todas las novedades que nos brinda la nueva normativa española atrae nuestra atención, de

---

(4) Sin embargo, no acertamos a comprender las referencias y remisiones que hace al articulado del Código Penal, en trance de variación e incluso supresión en muchos casos, ni a la pena de muerte que no figura ni en la nueva Constitución ni entre las penas del reformado Código Penal; en efecto, la Sección 2ª del citado borrador de Anteproyecto, que lleva por epígrafe "De las reglas especiales de ejecución de las penas" dice: "Cuando la pena impuesta en sentencia firme sea la de muerte, la Sala del Tribunal Supremo...", y añade: "Ejecutada que sea la pena de muerte, se extenderá en los autos diligencia por el Secretario que hubiese asistido a ella..."



manera especial, la, en efecto, “revisión profunda” del sistema punitivo con respecto al Código Penal de 1944 y reformas posteriores, que realiza la Comisión nombrada al efecto.

Como es sabido, el Código Penal de 1944 estaba estrechamente ligado a un sistema penal anticuado habida cuenta que muchas de las penas que en sus escalas se mencionaban respondían a su relación con la ejecución de la pena en establecimientos y sistemas penitenciarios que habían desaparecido. La excesiva variedad de sanciones privativas de libertad no conducía a ningún resultado práctico ya que la aplicación de las accesorias no justificaba la prolijidad legislativa.

### *3.2.1. SUPRESION DE LA PENA DE MUERTE*

Por otro lado, tanto en la escala general del art. 27 —repetida en el art. 70 a los efectos de señalar el orden de gravedad para el posible cumplimiento sucesivo—, como en las escalas graduales números 1 y 2 del art. 73, nos encontrábamos con la pena de muerte como sanción única. Y si bien es verdad que como tal sanción única no se recogía en ningún delito —al acudir a la fórmula más elástica de “reclusión mayor a muerte” y la limitación de los artículos 61 y 75 cuando el grado o la pena superior, respectivamente, fuese la de muerte—, también lo es que la pena capital, como hemos manifestado en diversas ocasiones, no era otra cosa que un vestigio de las penas corporales existentes en otras épocas: azotes, marcas, mutilaciones... No vamos ahora a adentrarnos en esta polémica cuestión, ya que nos alejaría del tema, pero sí es necesario considerar que el momento cultural de la actual sociedad española está suficientemente evolucionado para comprender que llegó el

momento de la supresión de la pena capital. No podemos aceptar que nuestro momento cultural sea inferior al de Italia, Portugal y otros países pertenecientes a nuestra esfera cultural que hace ya muchos años han suprimido la pena de muerte; más de treinta países han suprimido la pena de muerte en los últimos treinta años y en Portugal está abolida desde 1867. Un índice de la evolución en una determinada colectividad social viene dado por el tratamiento que da a su delincuencia.

En los modernos ordenamientos penales, en los que prevalece la finalidad preventiva, la pena de muerte resulta un cuerpo extraño. Por ello, si las *líneas generales* de la reforma, en su apartado segundo, manifiestan la necesidad de borrar los rasgos del período político anterior, "mediante la dulcificación y humanización del sistema penal", la primera tarea a realizar ha de ser la abolición de la pena de muerte, como así se afirma en el "Esquema de la reforma" (5). Y de acuerdo con esta afirmación, el nuevo Tít. III del L. I dedicado a las penas ni menciona ya la pena capital, que desaparece así —y esperamos que definitivamente— del Código Penal. Al fin se hace realidad la petición manifestada, por unanimidad, de todos los Profesores de Derecho Penal de la Universidad española que de forma particular habían solicitado su abolición en las II Jornadas, celebradas en Barcelona en 1974, y reiterado su petición en las III Jornadas, celebradas en Santiago de Compostela en 1975 (6).

---

(5) Vid. *Esquema de la reforma*, L. I, nº 8, apart. A.

(6) Vid. *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Universidad de Santiago de Compostela, 1976, p. 343.

### 3.2.2. SIMPLIFICACION DEL SISTEMA. OPCIONES QUE OFRECEN LAS "LINEAS GENERALES DE LA REFORMA" Y SISTEMA DE LA NUEVA REFORMA DEL CODIGO PENAL

Pero de especial interés es para nosotros el nuevo tratamiento que la reforma lleva a cabo en relación con las penas privativas de libertad por diversas causas entre las que queremos resaltar las siguientes: simplificación, mediante la supresión del absurdo casuismo anterior, acortamiento en su duración y aprovechar la coyuntura que le brinda la reforma para introducir otras que ya se habían ensayado con éxito en otras legislaciones extranjeras e incluso en la nuestra, si bien en leyes especiales, así el arresto fín de semana (7).

En efecto, si analizamos la génesis de la reforma con respecto a las penas privativas de libertad se puede observar que la larga retahíla de los Códigos Penales anteriores —reclusión mayor, reclusión menor, presidio mayor, prisión mayor, presidio menor, prisión menor, arresto mayor... (arts. 70, 73, 78)—, ha desaparecido. Las *líneas generales de la reforma* arrancan de la pena privativa de libertad única, al mismo tiempo que marcan la distinción también única según el período de duración al decir que la du-

---

(7) Se destaca también por la doctrina extranjera que la pena privativa de libertad no siempre es necesaria; presenta contradicciones graves entre las que se pueden destacar el estigma o señal de infamia que dejan en todo aquél que ha estado en prisión, perjuicios familiares y económicos, y ser muy costosa; se critica también la hipertrofia legislativa que con frecuencia se utiliza por diversos ordenamientos jurídicos. Vid. Mantovani, F., *Pene e misure alternative*, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1977, p. 77 ss. Bricola, F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, en *Riv. it. di Dir. e Proc. Pen.*, 1977, p. 13 ss. Palazzo, F.C., *Le interdizione nella prospettiva delle misure alternative alla pena*, en *Riv. it. di Dir. e Proc. Pen.*, 1977, p. 190 ss.

ración máxima efectiva será de quince años; si bien admite, con carácter excepcional, la posibilidad de duración superior para hechos de gravedad también excepcional. Sin embargo, la Comisión ofrece —en estas *líneas generales de la reforma*— una alternativa con una triple vertiente: reclusión para los delitos graves, prisión para los menos graves y arresto para las faltas.

De esta alternativa que se ofrece supone una mayor novedad la primera, la pena privativa de libertad única; la segunda, con su triple vertiente, presenta una ruptura menos fuerte respecto a la legislación anterior, aún cuando las diferencias sean también notables. En efecto, el artículo 6 del Código Penal de 1944 al decir “Son delitos las infracciones que la Ley castiga con penas graves. Son faltas las infracciones a que la Ley señala penas leves”, está marcando la doble distinción entre delitos y faltas, y penas graves y leves. La alternativa distingue entre delitos graves, delitos menos graves y faltas, lo cual supone una variación. Otra novedad es la modificación que se hace con relación a la pena de arresto ya que al limitarlo a las faltas supone la supresión de la conocida distinción entre arresto mayor y arresto menor, que el Código Penal anterior hacía según se aplicara, respectivamente, a los delitos o a las faltas.

El Anteproyecto de Código Penal parece, en principio, en su art. 37, que se ha inclinado por la primera opción que se le brindaba: la pena de prisión, a la que se señala una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años (excepcionalmente ampliable a 25 años en los supuestos de los artículos 79-1º y 84-2º). Estos anchos linderos temporales suponen una mayor flexibilidad en la aplicación de la pena y la eliminación de las penas privativas de libertad tra-

dicionales inferiores a seis meses, tales como el arresto mayor y menor. Pero más adelante, artículo 64, acude a la triple clasificación de penas graves, menos graves y leves; en las primeras figuras, en primer lugar, la prisión de cuatro a veinte años; entre las penas menos graves, también en primer lugar, la prisión de seis meses a cuatro años y en último lugar el arresto de siete a veinticuatro fines de semana; y entre las leves, el arresto de uno a seis fines de semana. En preceptos anteriores (arts. 60 a 62) se determinan las penas accesorias que conllevan las privativas de libertad. En cuanto al límite máximo, supone la desaparición de las penas de treinta años, grado máximo de la suprimida reclusión mayor, e incluso de cuarenta años en el supuesto del art. 75, 1ª, que se determinaban en el Código Penal anterior.

En el mencionado artículo 37 se dice que la pena se cumplirá según el sistema establecido en la Ley penitenciaria y su Reglamento; posición totalmente lógica si se considera que un Código Penal no puede caer en el casuismo que supone la ejecución de la pena y, al mismo tiempo se aprecia, la coordinación que debe existir entre las nuevas leyes que regulan el ordenamiento penal y penitenciario español.

Sin embargo, no siempre es fácil marcar los límites entre la determinación de la pena y la ejecución de la pena, de aquí que, en ocasiones, se entremezclen o repitan disposiciones, quizá por el afán de reafirmar los criterios a seguir. Como confirmación de esto se pueden citar los nuevos artículos 38 y 39 del Anteproyecto de Código Penal con su expresa, y quizá excesivamente minuciosa, mención del trabajo durante la ejecución de la pena: fines que debe perseguir, retribución conforme a las ordenanzas laborales y aplicación del salario del penado. Si se estima

que todo ello está regulado suficientemente en los artículos 26 y siguientes de la nueva Ley General Penitenciaria podemos llegar a la conclusión de que los preceptos del texto punitivo son superfluos y que su lugar adecuado es otro.

### *3.2.3. EL ARRESTO FIN DE SEMANA*

Es de destacar la aparición en el arsenal punitivo del Anteproyecto de Código Penal del denominado arresto fin de semana, pena que, como hemos adelantado, ha sido ensayada en otros ordenamientos punitivos y en el nuestro en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de Agosto de 1970 en sus artículos 5º y 6º como medida de seguridad aplicable a determinados sujetos peligrosos. El artículo 40 del Anteproyecto de Código Penal determina que "el arresto fin de semana tendrá una extensión mínima de un fin de semana y máxima de veinticuatro. Se cumplirá los sábados y domingos, sin que la duración de cada arresto pueda exceder de 36 horas". Precepto que se completa con el art. 64 que al determinar la gravedad de las penas especifica, como hemos adelantado, que el arresto de siete a veinticuatro fines de semana es una de las penas menos graves y el arresto de uno a seis fines de semana es una de las penas leves. En cuanto al límite máximo, el artículo 79 recoge la posibilidad de ampliar su duración hasta treinta y seis semanas en los supuestos de determinación de la pena superior en grado cuando esta excediere de los límites máximos fijados a cada pena.

A nuestro entender, es acertada la posición del legislador al incluir entre las penas privativas de libertad al arresto fin de semana. Y decimos entre las penas privativas de libertad porque no compartimos la posición de quienes estiman que el arresto fin

de semana supone uno de los medios utilizados para sustituir la pena de privación de libertad; creemos que en realidad se trata de una pena privativa de libertad, ya se considere como medio de ejecución fraccionada, ya como pena independiente. Si bien la pena privativa de libertad parece que sólo va referida a la supresión continuada, ininterrumpida, de libertad, si profundizamos en la cuestión se puede observar que no es así; prueba de ello es que las secciones abiertas de las prisiones tradicionales aún cuando rompen por muy corto espacio de tiempo la permanencia en el establecimiento penitenciario no por eso se puede decir que se ha sustituido la ejecución de la pena privativa de libertad por otra, es simplemente un nuevo matiz, una actualización de la fórmula tradicional. Se trata, por tanto, de una nueva pena corta de privación de libertad, que sustituye las así denominadas tradicionalmente.

Así pues, según se deduce de la reforma, la naturaleza jurídica del arresto fin de semana, que basculaba entre su consideración como pena independiente con categoría para figurar entre las sanciones privativas de libertad o un simple modo de ejecución que se introduce en la Administración penitenciaria en los Reglamentos por los que esta pueda regirse, se ha clarificado con esta regulación (8).

Otra cuestión que se plantea es si su lugar adecuado es el Código Penal, como una más de sus sanciones,

---

(8) Vid., sobre la discusión doctrinal y posición legislativa, Sáinz Cantero, J.A., *Consideraciones sobre el arresto fin de semana y su utilización para el tratamiento del delincuente*, en Estudios en homenaje al Profesor López Rodó, vol. III, Madrid, 1972, p. 384 ss. Del mismo autor, *Arresto fin de semana y tratamiento del delincuente*, en Revista de Estudios Penitenciarios, Madrid, 1970, p. 1064. Vid. también Jorge Barreiro, A., *El arresto fin de semana como medida de seguridad*, en Revista de Estudios Penitenciarios, Madrid, 1974, p. 185 ss.

o una de las medidas de seguridad de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. La doctrina, con anterioridad a la reforma, se había manifestado señalando que el lugar más adecuado era el Código Penal al estimar que prevalece más su carácter de pena sobre la medida de seguridad (9). Es más, se había augurado ya que debido a la inexistencia o insuficiencia de medios, especialmente centros adecuados y personal penitenciario, el arresto fin de semana regulado en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social pasaría a ser una auténtica pena privativa de libertad (10).

Pues bien, las *líneas generales de la reforma*, al trazar el esquema general en el número nueve del Libro I, se refiere a las medidas de seguridad postdelictuales para los sujetos peligrosos. Es decir, el Código Penal introduce en su articulado medidas de seguridad pero se limita a las postdelictuales; con lo cual se produce una nueva colisión que obliga a una reestructuración de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social que, como es sabido, no tiene esta limitación al abarcar tanto a las postdelictuales como a las predelictuales. Ello obliga a una reforma en profundidad ya que en otro caso nos encontraríamos con el arresto fin de semana como pena privativa de libertad o como medida de seguridad postdelictual en el propio Código Penal y como medida postdelictual y predelictual en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

Además, es conveniente subrayar que el arresto fin de semana puede actuar como sanción sustitutiva de la pena de prisión, lo que no contradice lo antes

---

(9) Sáinz Cantero, *Consideraciones*, cit., p. 385 y nota (30) y *La sustitución de la pena de privación de libertad*, en *Estudios Penales II, La reforma Penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978, pp. 242 y 245.

(10) Jorge Barreiro, *El arresto fin de semana*, cit., p. 197.



expuesto de que una y otra son penas privativas de libertad, como en efecto afirma el artículo 36 citado que distingue dos penas privativas de libertad: la prisión y el arresto fín de semana. El nuevo artículo 97 dice que “cuando la condena a pena de prisión no exceda de dos años, se podrá sustituir por la de arresto de fín de semana al arbitrio del Tribunal en atención a las circunstancias del reo y la naturaleza del hecho”. Estas facultades concedidas al arbitrio judicial al estar concretadas a las circunstancias del reo y la naturaleza del hecho está ya rozando los linderos entre pena y medida de seguridad. Pero es más, el inciso segundo del párrafo primero de este artículo añade que “en tales casos, el culpable vendrá obligado a ingresar en el establecimiento penitenciario adecuado los fines de semana comprendidos en el tiempo de la condena”. Pero creemos que esta sustitución de la pena deberá ser aceptada por el condenado (11), lo que contradice “el culpable vendrá obligado” en que está redactado el precepto. El párrafo segundo de est art. 97 es buena prueba de ello al añadir que “si incurriese en dos ausencias no justificadas, la pena de prisión impuesta se ejecutará ininterrumpidamente hasta el cumplimiento de la condena, sin que puedan computarse para establecer la duración de aquélla los fines de semana ya cumplidos”. Hemos de añadir que este último párrafo refuerza también que el arresto fín de semana es pena de prisión, como se deduce de la afirmación *la pena de prisión impuesta* que en caso de incumplimiento dejará paso a la ejecución ininterrumpida.

---

(11) Vid. Sáinz Cantero, *La sustitución de la pena de privación de libertad*, cit., p. 245.

### 3.3. FORMAS SUSTITUTIVAS O MODIFICATIVAS DE LAS PENAS DE PRIVACION DE LIBERTAD

Con la misma orientación de paliar muchos de los problemas que se derivan de la ejecución de las penas privativas de libertad, se acude a su acortamiento, a su suspensión o a la utilización más frecuente de la pena de multa si bien con notables variaciones y actualizaciones mediante la aceptación de los denominados días-multa.

El Capítulo III, del Título III del Libro I, “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas”, titula la sección 1<sup>a</sup> “De la suspensión de sentencia y de la remisión condicional de la pena” y en el primer precepto, el artículo 88, dice: “Se confiere a los Tribunales la atribución de suspender motivadamente el fallo de las Sentencias condenatorias o de otorgar por sí o aplicar por ministerio de la Ley, la condena condicional, que deja en suspenso la aplicación de la pena”. De la redacción del nuevo precepto del Anteproyecto parece deducirse que el legislador da entrada a la denominada “suspensión condicional” o “prueba” utilizada en los sistemas anglosajones (*probation*) en que la pena no se pronuncia y, además, mantiene el sistema clásico europeo de la “remisión condicional” o “condena condicional” —expresiones ya utilizadas con anterioridad por nuestro Código Penal como equivalentes— que requieren el pronunciamiento de la condena, aún cuando ésta no se ejecute, y anotación de antecedentes penales en el correspondiente Registro. Esta deducción se deriva del tratamiento por separado, que se hace en los artículos 89 y 91, de una y otra forma sustitutiva de libertad, y del último párrafo del artículo 90 donde se determina que transcurrido el plazo de suspensión el Tri-

bunal "acordará dictar el fallo o dejar definitivamente sin efecto la sentencia".

Sin embargo, la redacción del nuevo artículo 88 no es clara y puede inducir a confusión al entremezclar las expresiones "suspensión de sentencia", "remisión condicional" y "condena condicional"; para una mayor comprensión de la "remisión condicional" o "condena condicional", por un lado, y por otro "la suspensión de sentencia" bastaría con hacer referencia más clara al no pronunciamiento de la condena a resultas del comportamiento del reo, con una clara fórmula que podría ser la siguiente: "Se confiere a los Tribunales la atribución de suspender motivadamente el *pronunciamiento* del fallo de las sentencias".

Por otro lado, el acercamiento entre una y otra institución quizá tenga su justificación en la reciente creación del juez de ejecución de penas en el nuevo ordenamiento penitenciario y en el Anteproyecto de Código Penal, pero sin embargo puede originar algunas cuestiones no fáciles de resolver, habida cuenta de sus distintos orígenes y planteamientos, pues si bien pueden coincidir en muchos puntos también difieren en otros no menos importantes; la suspensión de la sentencia si bien se aproxima al sistema anglosajón al no aceptarlo en su totalidad conduce a un sistema híbrido que puede producir más confusión que ventaja.

### 3.3.1. SUSPENSIÓN DE SENTENCIA

Por lo que respecta a la suspensión de sentencia, el nuevo artículo 89 del Anteproyecto exige como condiciones necesarias para dejar en suspenso el fallo de la sentencia las siguientes: 1ª Que el reo haya delinquido por primera vez, y no haya sido declarado

en rebeldía. 2ª Que la infracción cometida no constituya delito grave. 3ª Que del delito no se deduzcan responsabilidades civiles o se hayan satisfecho las que se hubieren originado. 4ª Que el culpable sea menor de 21 años, al tiempo de cometer el delito. Sin embargo, el propio precepto fija excepciones a los requisitos enumerados; así, en relación con la edad, menor de 21 años, excepcionalmente se podrá aplicar el beneficio de la suspensión de sentencia a los mayores de dicha edad, siempre que al delinquir no hubieren obrado por móviles abyectos o de lucro, hayan dado muestras probadas de arrepentimiento o regeneración y la pena a imponer consista en prisión que no exceda de un año, cuotas-multa que no rebasen los seis meses o arresto de fin de semana. También se podrá aplicar la suspensión de la sentencia con la sola concurrencia de las dos primeras condiciones en los casos de imposibilidad de producción de un delito por falta de idoneidad de los medios empleados o por ausencia de objeto.

Estas condiciones ofrecen algunas novedades tales como la refundición en la primera de ellas de dos estudiadas por separado en la condena condicional: que el reo haya delinquido por primera vez, y no haya sido declarado en rebeldía. Esta refundición, en un mismo número, no parece desacertada, pero debiera haberse hecho lo mismo en el artículo 91, donde se mantiene la separación tradicional, o aplicar esta separación al artículo en comentario. La segunda condición recoge la nueva distinción de delitos graves, menos graves y faltas (art. 18) y limita la aplicación de la suspensión de sentencia a los delitos menos graves y creemos que también a las faltas abarcando así el arresto de uno a seis fines de semana incluido entre las penas leves con que se castigan las faltas;

no parece justo, dada la nueva orientación del Anteproyecto de Código Penal, interpretar la redacción del precepto —al decir que la infracción cometida no constituya *delitto grave*— en un sentido rigorista de limitación a los delitos menos graves y exclusión de las faltas. La tercera condición parece justa, y no debe ofrecer problemas, pero no así la última con su rígida concreción a los 21 años aún cuando se trate de paliar acudiendo a la excepción antes expuesta; los márgenes de edad deben ser más elásticos con mayor arbitrio judicial —arbitrio que, por otro lado, se utiliza en el propio número al apreciar las excepciones—, o utilizar la edad de 18 años para una mayor concordancia del ordenamiento jurídico civil y penal; salvo que se pretenda una mayor coordinación entre el texto punitivo y la reciente reforma penitenciaria, en cuyo caso debiera ampliarse a los 25 años.

Por otro lado, la expresa referencia en el art. 90 al Juez de Vigilancia, al cual queda encomendada la observación del reo durante el período de suspensión, confirma el acercamiento al sistema de “suspensión condicional de la pena” o “prueba”. El Juez de Vigilancia puede acudir en cualquier momento al Tribunal interesando la revocación del beneficio y, en todo caso, deberá ser oído cuando haya transcurrido el plazo de suspensión.

Por último, la mención concreta a los *móviles abyectos*, al lado de otros ya recogidos en Códigos Penales anteriores, es digna de elogio al valorar los motivos para una más precisa concreción de la responsabilidad por ser índice de una mayor peligrosidad; los motivos determinantes de la acción se aprecian por la doctrina científica y recientes legislaciones penales (12).

---

(12) Vid. Fernández Albor, A., *Homicidio y asesinato*, Madrid,

### 3.3.2. REMISION CONDICIONAL

La remisión condicional o condena condicional deja en suspenso la aplicación de la pena. Esta forma sustitutiva de ejecución de la pena está enraizada en nuestro sistema penal desde la Ley de 17 de marzo de 1908 y otorga a los Tribunales la facultad de su aplicación en algunos casos y la impone, por ministerio de la Ley, en otros. Es una institución que ya ha adquirido carta de naturaleza así como su denominación "condena condicional", denominación que había suscitado críticas por parte de la doctrina científica. Mediante el incremento de la condena condicional se pretende disminuir el cumplimiento de las penas privativas de libertad y al disminuir la población penitenciaria se facilita la reeducación de los reclusos (13).

De acuerdo con el nuevo art. 91 del Anteproyecto son condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena las siguientes: 1ª Que el reo haya delinquido por primera vez. 2ª Que no haya sido declarado en rebeldía. 3ª Que la pena consista en privación de libertad, cuya duración no exceda de doce meses y esté impuesta como principal del delito o falta o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa.

Estas condiciones son las mismas que exige el antiguo artículo 93 del Código Penal de 1944; tampoco ofrece variantes la condena condicional facultativa, se atenderá para su concesión, si se estima proceden-

---

1964, p. 154 ss. y bibliografía que se cita.

(13) Jescheck, H.H., *Orígenes, métodos y resultados de la reforma del Derecho penal alemán*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976, p. 13.

te, la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de toda clase que concurrieren en su ejecución; y aún añade en el párrafo último, con ligeras variantes con respecto al antiguo artículo 93, que “el Tribunal sentenciador podrá ampliar el beneficio de la condena condicional a los reos condenados a penas de hasta 24 meses de duración cuando así lo estimare procedente, en resolución expresa motivada, si en el hecho delictivo concurriere alguna exención incompleta o atenuante muy calificada, apreciadas como tal en la sentencia”. Se ha introducido la expresa mención de las eximentes incompletas.

Las modificaciones se producen al tratar la condena condicional impuesta por ministerio de la Ley. En efecto, de los dos supuestos recogidos en el antiguo artículo 94 —“1º Cuando en la sentencia se aprecie el mayor número de requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad con arreglo a este Código. 2º En los delitos que se persiguen a instancia del agraviado, si mediare solicitud expresa de la parte ofendida”— solamente se repite el segundo de ellos en el nuevo artículo 93. Los siguientes preceptos, al igual que el Código Penal anterior, hacen referencia a la posibilidad de utilizar el recurso de casación contra la resolución del Tribunal y obligación de éste, en los delitos que sólo pueden ser perseguidos a instancia de parte, de oír a la persona ofendida o a quien la represente antes de conceder el beneficio de la remisión condicional. El último de estos artículos expone que “la condena condicional no será extensiva a las responsabilidades civiles derivadas del delito o falta penados” (art. 96); desaparece pues la expresa mención que en el concordante artículo se hace, en el Código Penal aún vigente, a las penas de suspensión de derecho de sufragio y de cargo

o función de carácter público, habida cuenta que estas sanciones desaparecen de la clasificación de penas que el Anteproyecto de Código Penal hace en el artículo 64.

Hemos de añadir que el plazo de suspensión será de dos a cinco años y para su aplicación los Tribunales atenderán a la personalidad del culpable, circunstancias del hecho y la duración de la pena a imponer o impuesta. Esta última matización, "la pena a imponer o impuesta", confirma la distinción entre suspensión de sentencia y remisión condicional y que el plazo fijado será aplicable a una u otra al figurar en el párrafo segundo del artículo 88 y marcar el párrafo primero la distinción entre ambas instituciones. La mención expresa a la personalidad del culpable, que no figura en el Código Penal aún vigente, es plausible y responde a las orientaciones criminológicas que, con la conveniente cautela, pueden ser admitidas en el texto punitivo.

La segunda redacción del Anteproyecto de la Parte General del Código Penal añadió un nuevo artículo 92 en el que condiciona la remisión de la pena a que el condenado no delinca de nuevo y guarde buena conducta durante el período de suspensión y añade, en su inciso último, que estará sometido a la observación del Juez de Vigilancia, "quién deberá acudir al Tribunal interesando la revocación del beneficio si el reo no cumpliera esas condiciones". Obsérvese el carácter imperativo que se marca al Juez de Vigilancia, que si bien puede parecer justo en los casos en que el condenado delinca de nuevo, quizá no lo sea en algunos supuestos de su conducta durante el período de suspensión que pueden ser valorados, mejor que nadie, por el Juez de Vigilancia, a quien se obliga con esta redacción a interesar la revocación del beneficio.



### 3.3.3. SUSTITUCION DE LA PENA; LA PENA DE MULTA Y DIAS-MULTA

La Sección 2ª del Anteproyecto lleva por epígrafe “De la sustitución de la pena” y abarca, en solamente dos artículos (97 y 98), el arresto fín de semana y la pena de multa. Por lo que al primero respecta, ya hemos adelantado nuestra opinión que nos lleva a la modificación sistemática en la exposición del tema. Nuestra atención se centra ahora en la pena de multa, donde se pueden apreciar profundas variaciones en relación con la legislación anterior.

Como es sabido, uno de los medios más utilizados en la actualidad para sustituir las penas privativas de libertad es la pena de multa, con la que se trata de suprimir los defectos detectados por la Ciencia Penitenciaria en las penas carcelarias. Hasta tal punto es importante en la actualidad —especialmente para algunos delitos, tales como los de circulación y para la llamada criminalidad económica— que, a juicio de Jescheck, ha llevado a un segundo plano las penas de privación de libertad en muchos Estados; a su entender, y a las luces de una política criminal, la pena pecuniaria debe ser aplicada a todos los delitos menos graves y a la criminalidad media hasta un límite que corresponda a una pena de prisión de seis meses, “la pena de prisión de breve duración deberá representar en la confrontación de esta categoría una excepción absoluta y ser aplicada únicamente cuando lo requieran claros motivos de prevención especial o general; también en el ámbito de la criminalidad media más grave, caracterizados hasta hoy por penas privativas de la libertad de seis meses a un año, la pena pecuniaria deberá llegar a ser la regla en todo caso en la confrontación de personas no reincidentes”. Solamente se deberá recurrir a las penas privativas de libertad en aque-

llos supuestos en que la gravedad del delito sea particularmente elevada (14). Estas palabras del Profesor de Friburgo evidencian el papel que desempeñan las sanciones pecuniarias en un moderno catálogo de penas y que, en efecto, ha llegado el momento de romper con los esquemas clásicos que aún predominan en algunas colectividades que estiman —con una visión excesivamente simplista y habida cuenta del fracaso de las prisiones— que a todo delito corresponde una pena privativa de libertad.

La sanción pecuniaria ofrece claras ventajas sobre el sistema tradicional de privación de libertad, al evitar las conocidas consecuencias que se derivan del régimen carcelario; si bien es verdad, no debemos ocultarlo, que suscitan cuestiones de difícil solución cuando se llega al momento de su aplicación práctica.

El sistema a elegir nos ofrece una alternativa: fijar una determinada cantidad según la gravedad del delito —antiguo sistema del importe total—, o aceptar el sistema escandinavo de días-multa en que se valora la situación económica y personalidad del delincuente. Si se acepta este último sistema se evita la tremenda injusticia que supone tratar por igual a los desiguales económicamente. Se fija por el juez el número de días-multa, según la gravedad del delito cometido y, a continuación, se determina la cantidad que corresponde a cada día-multa, atendidas la situación económica y cargas familiares; multiplicando el número de días-multa por la cantidad que corresponde a cada día se obtiene la cantidad que deberá pagar el reo

---

(14) Jescheck, H.H., *La pena pecuniaria, moderno mezzo di politica criminale ed i problemi ad essa connessi*, en *L'Indice Penale*, 1977, pp. 366 ss. y 379. Del mismo autor, *Orígenes, métodos y resultados de la reforma del Derecho penal alemán*, cit., p. 14.

por el delito cometido, cantidad que, si se estima, puede ser pagada de manera fraccionada (15).

Nuestro Anteproyecto de Código Penal acepta el sistema de día-multa como sustitutivo de la pena privativa de libertad. Los delitos que se especifican en el art. 98 cuando se castiguen con penas privativas de libertad inferiores a dos años se les podrá aplicar la pena de multa, mediante la sustitución de cada día, semana o mes de privación de libertad, por cuotas diarias, semanales o mensuales de multa, respectivamente, aunque la ley no prevea esta pena para tales delitos. Para ello se atenderá a las circunstancias del hecho y personalidad del autor.

El precepto ha de ser completado con los artículos 52 y siguientes y 64. Según el primero de ellos, la pena de multa se impondrá por cuotas diarias, semanales o mensuales; su extensión oscila entre un límite mínimo de un día y máximo de veinticuatro meses, que se determinará, dentro de los límites establecidos para cada delito, de acuerdo con las reglas del Capítulo II del mismo Título. También se determina la cuantía de las cuotas, diaria, semanal y mensual, pero teniendo en cuenta *exclusivamente* la situación económica del reo. La cuota diaria se fija entre un mínimo de 100 y un máximo de 20.000 pesetas; la semanal entre 700 y 140.000 pesetas; y la mensual entre 3.000 y 600.000 pesetas. En los dos siguientes artículos se especifica que la sentencia señalará la extensión de la condena y el importe de las mencionadas cuotas

---

(15) Vid. Jescheck, *La pena pecuniaria*, cit., pp. 366 ss. y 372. Manzanares, J.L., *La pena de multa*, p. 140. Sáinz Cantero, *La sustitución de la pena de privación de libertad*, cit., p. 237 ss. Beristain, A., *La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad*, en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Universidad de Santiago de Compostela, 1976, p. 29 ss.

que se abonarán de la siguiente forma: las diarias en el momento en que sea firme la condena; las semanales y mensuales, el último día de cada semana o mes, respectivamente. Se conceden facultades al Tribunal, en el art. 54, aunque excepcionalmente, para reducir el importe de las cuotas, cuando el delincuente empeore de fortuna después de la sentencia.

Sin embargo, parece excesivamente rígida, poco flexible, la fórmula que determina el art. 55 para los casos de impago, al aceptar como solución única la responsabilidad personal subsidiaria, “que el Tribunal fijará, estableciendo un día, semana o mes de privación de libertad por cada dos cuotas diarias, semanales o mensuales no satisfechas”. Y esta falta de flexibilidad no se suprime por el inciso que le añade la segunda redacción del Anteproyecto (que no figuraba en el art. 54 de la primera redacción): “salvo que por razones de equidad estimare reducir ese tiempo”; ni tampoco por la nueva fijación de un día, semana o mes de privación de libertad por cada *dos* cuotas diarias, semanales o mensuales no satisfechas (el art. 54 de la primera redacción establecía como responsabilidad personal subsidiaria, un día, semana o mes de privación de libertad por cada cuota diaria, semanal o mensual no satisfecha). Se atenúa, sí, la dureza de la responsabilidad personal subsidiaria que figuraba en la primera redacción, pero no se da entrada a posibles alternativas para los casos de impago de la pena de multa impuesta con las que se podría evitar el acudir a la responsabilidad personal subsidiaria como solución única. Añade el artículo algo que resulta obvio al decir que “el cumplimiento de dicha responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de multa, aunque el reo mejore de fortuna”. No se nos oculta que la solución tradicional para los supuestos de impago es el arresto sustitutorio, pero un Código Penal que

trata de incorporar nuevas penas con las que suprimir, en lo posible, la privativa de libertad no debiera acudir únicamente a la fórmula que le lleva nuevamente a algo que trata de evitar, sin haber ensayado, además, otros sistemas ya utilizados por la legislación penal de otros países. La doctrina más autorizada es contraria al automatismo en la conversión de la pena —que es el sistema que prácticamente sigue nuestro Anteproyecto de Código Penal a pesar del nuevo inciso añadido— y las legislaciones alemana, suiza, austriaca e italiana confirman esta opinión. En estas legislaciones el juez puede excluir la conversión cuando pruebe que no se puede proceder al pago, sin haber tenido culpa alguna el reo; o suspender condicionalmente la pena pecuniaria; embargar el salario o los bienes hasta determinados límites, de tal manera que no le impida atender sus necesidades mínimas; trabajo en beneficio de la colectividad; optar por la pena pecuniaria sustitutiva pero que pueda ser suspendida condicionalmente, solución ésta aceptada por Suiza e Italia y que por algún autor se estima como la única solución justa (16).

En cuanto al art. 64 al clasificar las penas según su gravedad, incluye la multa de doce o más meses entre las graves, la multa de tres a doce meses entre las menos graves, y la multa de un día a tres meses como pena leve. De esta regulación se deduce que la pena pecuniaria no se limita a los delitos menos graves y leves —como se recomendaba por algún autor, al que antes nos hemos referido— sino que abarca también a los delitos graves, habida cuenta de la relación entre el art. 64 y el art. 18, al apreciar éste que son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena

---

(16) Jescheck, *La pena pecuniaria*, cit., p. 378.

grave, delitos menos graves los sancionados con pena menos grave, y faltas las infracciones a que la Ley señala pena leve.

La pena pecuniaria en su nueva estructura, más actualizada, más moderna y más ágil con la concesión que se hace al arbitrio judicial —que no creemos vaya a poner en peligro el principio de legalidad (17)— va dirigida al fin primordial de la reforma: sustituir, hasta donde sea posible, las penas privativas de libertad. A pesar de algunos defectos, que hemos tratado de resaltar, supone un paso adelante de indudable valor, si bien sería de desear que tuviera repercusión en la detención preventiva, prisión provisional (según la L.E.Crim.) o preventiva (según el Código Penal) (18) y una más amplia regulación para los supuestos de impago.

### 3.3.4. LIBERTAD CONDICIONAL

Otra de las instituciones que inciden sobre la ejecución de la pena privativa de libertad, al acortar su duración, es la libertad condicional. El Anteproyecto de Código Penal hace referencia a ello en dos artículos, 99 y 100, que ofrecen solamente dos modificaciones con respecto a la regulación (arts. 98 y 99, respectivamente); el párrafo último del art. 100 sustituye la expresión “reincidencia o reiteración” por “reincidencia

---

(17) Vid. Fernández Albor, A., *Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales*, en Estudios Penales Homenaje al P. Pereda, Bilbao, 1965, p. 369 ss.

(18) Vid. sobre las denominaciones prisión preventiva (utilizada por el Código Penal) y prisión provisional (utilizada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal) Prieto Castro, L. y Gutiérrez de Cabiedes, E., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1978, p. 263. Casabó Ruiz, J.R., *Comentarios al Código Penal por J. Córdoba Roda y G. Rodríguez Mourullo*, II, Barcelona, 1972, p. 75.

genérica o específica”, modificación consecuente con la supresión de la reiteración en el nuevo articulado con lo que se acerca a la regulación seguida en las legislaciones extranjeras. Por lo demás, el nuevo art. 99 mantiene la libertad condicional para los sentenciados a más de un año de privación de libertad en quienes concurren las circunstancias que ya señala el aún vigente art. 98, a saber: 1<sup>a</sup> Que se encuentren en el último período de la condena; 2<sup>a</sup> Que hayan extinguido las tres cuartas partes de ésta; 3<sup>a</sup> Que merezcan dicho beneficio, por su intachable conducta; y 4<sup>a</sup> Que ofrezcan garantías de hacer vida honrada en libertad. Y también, al igual que en la regulación anterior, el nuevo art. 100 determina: “El período de libertad condicional durará todo el tiempo que falte al liberado para cumplir su condena. Si en dicho período vuelve a delinquir u observa mala conducta, se revocará la libertad concedida y el penado volverá a su situación anterior, reingresando en prisión y en el período penitenciario que corresponda, según las circunstancias”. Se añade en el párrafo segundo, ya citado, que “la reincidencia genérica o específica del reo llevarán aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional”. La mención expresa al “reo” sustituye a la que hace la legislación aún vigente al “delito”.

Obsérvese el carácter imperativo que el precepto conserva; quizá hubiera sido conveniente aprovechar la reforma para modificarlo dando entrada al arbitrio judicial con objeto de alcanzar la proporcionalidad y finalidad de la pena a que se alude en las líneas generales de la reforma: que si bien debe ser proporcional al hecho cometido, “su ejecución —lo hemos dicho ya— deberá orientarse a finalidades preventivas, en particular la readaptación social del condenado”. Es decir, en aquellos supuestos en que el liberado vuelva

a delinquir u observe mala conducta, debiera darse facultad al juez para que el penado vuelva a su situación anterior —única solución que contempla el Anteproyecto Código Penal— o sustituir la pena privativa de libertad por otra que bien podría ser la expuesta en el apartado anterior de nuestro trabajo; solución más individualizada y más fácil también de alcanzar hoy, habida cuenta de la existencia en nuestra legislación del juez de ejecución de penas. Se puede pensar a este respecto en supuestos en los que el liberado delinca pero que no tengan relación con el delito anterior cometido ni supongan un peligro para la vida en libertad o la pena que lleven aparejada sea de multa en la nueva versión de días-multa, en los cuales el juez imperativamente se verá obligado a revocar la libertad concedida sin margen alguno para la discrecionalidad; discrecionalidad que, sin embargo, sí podrá utilizar —a pesar del mencionado carácter imperativo del precepto en comentario— con respecto al segundo supuesto de la revocación, si “observa mala conducta”, ya que ésta sí admite interpretaciones.

La solución de darle una nueva oportunidad al liberado condicionalmente que ha delinquido, a nuestro entender más justa, ya se puede encontrar desde hace años en la legislación extranjera; el Código Penal suizo de 1937 en su artículo 38 regula la libertad condicional de manera similar a nuestro Código Penal e incluso con la fórmula conocida sobre el supuesto de delinquir en cuyo caso “la autoridad competente ordenará su reintegración en el establecimiento”, pero a continuación añade: En los casos de muy poca gravedad, la reintegración podrá ser sustituida por una amonestación, por nuevas reglas de conducta o por la prolongación del plazo de prueba que puede llegar hasta la mitad de su duración primitiva. Solución que se aplica también por este Código Penal suizo en los



supuestos de suspensión de la ejecución de la pena si el condenado durante este período delinque (19).

Por último, hemos de añadir que la libertad condicional se contempla, y completa lo dispuesto en el Código Penal, en el art. 72 de la Ley General Penitenciaria, al decir que “las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema progresivo, que comprenderá cuatro grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal”. Señala el apartado tercero una regla según la cual el interno puede ser situado inicialmente en grado superior sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden, si de la observación y clasificación correspondiente se deduce que está en condiciones para ello, pero de esta regla se excluye, precisamente, el grado de libertad condicional\*.

---

(19) Artículo 41. n° 3: “En los casos de muy poca gravedad, el juez podrá sustituir la ejecución de la pena por una amonestación, por nuevas reglas de conducta o por la prolongación del plazo de prueba que podrá llegar hasta la mitad de su duración primitiva”.

(\*) El presente trabajo ha sido elaborado conforme a la segunda redacción del Anteproyecto de Código Penal. Recientemente han aparecido importantes estudios sobre el tema que por razones de imprenta no se citan en el texto: Vid. Ruiz Vadillo, E., *La ejecución de las penas privativas de libertad, bajo la intervención judicial*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1979, p. 15 ss. y Luzón Peña, D., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979.

## **MANUEL LOPEZ-REY Y ARROJO**

**LL. D.; antiguo Catedrático de Derecho Penal, España y Bolivia; Jefe de la Sección de Defensa Social de las Naciones Unidas, 1946-1965; desde 1966 *Visiting Fellow*, Instituto de Criminología, Cambridge; Miembro del Comité de Prevención y Control del Crimen y de Justicia Penal de las Naciones Unidas.**

**Criterios y perspectivas de la Codificación penal**