

La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?

Daniel Varona Gómez
Profesor Titular de Derecho Penal
Universitat de Girona¹

RESUMEN

La Ley Orgánica 15/2003 de reforma del Código Penal, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, introduce cambios significativos en la regulación de las penas no privativas de libertad. El objetivo del presente trabajo es analizar si dichas modificaciones suponen un avance en el sistema de penas alternativas a la prisión, o más bien es producto de otras motivaciones. La conclusión fundamental es que dicha reforma no aborda los problemas más importantes que presentan en la práctica las penas de multa y trabajos en beneficio de la comunidad y por ello no puede decirse que suponga un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión. Para cualquiera que crea en la viabilidad y utilidad de las penas alternativas a la prisión como efectivos mecanismos de reducción del uso de la prisión estamos, pues, ante una oportunidad perdida.

ABSTRACT

The 15/2003 Bill, in effect from October 1, 2004, introduces significant changes in the regulation of non-custodial penalties. The aim of the present work is to analyze if the above-mentioned modifications significantly develop the system of alternatives to custody, or rather it is a product of other motivations. The fundamental conclusion is that the 15/2003 Bill does not approach the most important problems faced by fines and community penalties in Spain and therefore it cannot be said that it constitutes a step forward in the system of alternatives to prison. For anyone who believes in the viability and usefulness of alternatives to prison as effective mechanisms for the reduction of the use of custody we have lost an opportunity.

1. Introducción

El objetivo de este artículo es analizar los cambios que la reforma del Código Penal (en adelante CP) llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de 2003 (BOE, 26 de noviembre), en vigor desde el 1 de octubre de 2004, introduce en el régimen de las penas no privativas de libertad, esto es, la multa y las penas privativas de derechos.

No obstante, mi propósito no es la mera exposición detallada de tales cambios, sino que se realizará también una valoración crítica de los mismos. Debe aclararse que esta valoración crítica tiene como eje básico nuestra creencia en las penas alternativas a la prisión como instrumentos de reducción del uso de la prisión, para hacer efectivo el principio de la prisión como “último recurso”.

Una política criminal reduccionista parte de la premisa de que el Derecho penal (y en particular la pena de prisión) no es el instrumento principal de cara al objetivo de

¹ El origen de este artículo es la conferencia que presenté en el “Curso sobre la reforma del Código Penal”, celebrado en Vitoria (Colegio de Abogados) el 22 de abril de 2004 y en el Seminario “Reforma y Contra-reforma Penal” del curso de doctorado inter-universitario (Empresa y Derecho Penal) que tuvo lugar en Morella (Castellón) el 28 de mayo de 2004. Agradezco a los asistentes a ambos cursos sus observaciones, y en particular a Ester Blay (becaria de investigación del Área de Derecho Penal de la UAB) la ayuda prestada en relación con la pena de Trabajo en Beneficio de la Comunidad. Este estudio se inscribe en el proyecto de investigación “Protección de la Víctima y Rehabilitación de los delincuentes en libertad” (BJU2001-2075), financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológico).

reducir o contener la criminalidad, sino que, al contrario, el mayor nivel de desarrollo y de igualdad social de un país se demuestra por su capacidad de resolver los conflictos sociales con el menor uso de los instrumentos más coactivos (CID-LARRAURI, 1997). Bajo esta filosofía, insisto, se analizarán los cambios introducidos en nuestro sistema penal por la LO 15/2003.

2. Reformas en la pena de multa

2.1. Datos sobre el protagonismo de la multa en nuestro sistema penal

Lo primero que debe destacarse es que la multa es, a tenor de los datos que a continuación se presentarán, la pena protagonista en el ámbito de la delincuencia más común, esto es, aquélla que es competencia de los Juzgados de lo Penal. Ello puede apreciarse en el siguiente gráfico:

Penas definitivas impuestas a los infractores/as en los Juzgados de lo Penal (grafico 1):

TIPO DE PENA	Nº	%
	Infractores-as	Infractores-as
PRISIÓN	241	17%
ARRESTO FIN SEMANA	33	2.4%
ARRESTO DOMICILIARIO	2	0.1%
TRABAJO BENEFICIO COMUNIDAD	0	0%
SUSPENSIÓN PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	333	23.5%
MULTA	809	57%
TOTAL	1409	100%

Fuente: CID/LARRAURI (2002:24)

Este gráfico precisa una serie de aclaraciones. En primer lugar, cabe destacar que los datos se han extraído de una investigación empírica expuesta con detalle en el libro citado, y metodológicamente basada en una muestra significativa de sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal de Barcelona durante los meses de abril y mayo de 1998 (sobre los aspectos metodológicos de la investigación vid. CID/LARRAURI, 2002:13-20). En segundo lugar, debe tenerse en cuenta de que en el periodo elegido (abril-mayo 1998) la competencia de los juzgados de lo penal abarcaba aquellos delitos que no superaban los 3 años de prisión. Ello sería modificado por la Ley 36/1998 de 10 de noviembre que amplió la competencia de estos órganos a los delitos castigados con pena máxima de 5 años de prisión. En tercer y último lugar, debe aclararse que los datos se refieren a la “pena definitiva”, esto es la respuesta judicial a la infracción cometida una vez que ya se ha decidido sobre la posible suspensión o sustitución de la pena².

Podría replicarse que estos datos carecen de verdadera representatividad al estar basados en un estrecho ámbito territorial. La cuestión es que, hasta donde he podido comprobar, no tenemos datos fiables a escala nacional sobre la imposición de penas en

² No se toman en cuenta, no obstante, en este gráfico las penas privativas de derechos que se imponen como añadidas a una pena privativa de libertad o a una multa, ni tampoco la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (sobre esto último vid. gráfico 2), ni por último las posibles revocaciones de la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad.

nuestros juzgados y tribunales penales. Por un lado, los datos ofrecidos en las *Estadísticas Judiciales* contenidas (las más recientes) en el volumen 12 de la Revista de Derecho Penal y Criminología (2003:528), sólo llegan hasta 1997, y están por ello muy marcados todavía previsiblemente por la aplicación del antiguo código penal (véase simplemente la propia terminología de las penas, basada en el anterior CP)³. Son datos, por tanto, desfasados. Pero por otro lado, los datos actualizados disponibles hasta el año 2002 en la web del *Instituto Nacional de Estadística* (www.ine.es) tampoco parecen fiables por lo menos por lo que respecta a la pena de multa. Las dudas se deben en este caso a que los citados datos parecen estar distorsionados al computarse erróneamente las condenas a la pena privativa de derechos consistente en la privación del derecho de conducir, siendo así que ésta no es, en ningún caso, pena única, sino añadida a otra u otras penas principales o accesoria a éstas. El problema no es, en sí, que se contabilicen estas penas, sino que, tal y como puede apreciarse con facilidad si se analizan los datos de los delitos contra la seguridad del tráfico, sólo parecen haberse computado una de las penas impuestas en la sentencia, y no todas ellas. Por tanto, los datos serían inexactos⁴.

2.2. Contenido concreto de la Reforma

La LO 15/2003 modifica la regulación de la pena de multa en los siguientes aspectos:

1. *Aumento de la cuota y de la extensión mínima.* Según el nuevo art. 50.3 CP la extensión mínima de la multa pasa de 5 a 10 días. Y el art. 50.4 CP establece que la cuota diaria pasa de tener un mínimo de 200 y un máximo de 50.000 pesetas a ser, respectivamente, de 2 a 400 euros. Un aumento significativo de la cuota-día de la multa que no parece corresponderse con un respectivo aumento del nivel de renta de los ciudadanos desde la aprobación del CP 1995. Por otra parte, según veremos, con este aumento de la cuota parece seguirse la inercia histórica consistente en aumentar periódicamente la cuantía nominal de la multa sin preocuparse por el verdadero problema que se plantea en su aplicación práctica que es el respeto del principio de “igualdad de impacto” para asegurar su efectividad.
2. *Previsión legal del pago aplazado.* Se introduce un nuevo párrafo al art. 50.6 CP que expresamente autoriza el pago aplazado de la multa. De hecho, esto no añade nada a la realidad ya existente en la ejecución de la multa pues el pago aplazado era algo que al amparo de la flexible fórmula del actual art. 50.6 CP se venía realizando sin problemas. Su

³ Por otra parte, se aprecia una grave deficiencia metodológica al incluir un apartado de “otras penas” que tiene bastante importancia en los datos de 1997 y que puede por ello intuirse que se trata de alguna pena novedosa introducida por el nuevo CP, pero que sin embargo no sabemos de cuál se trata.

⁴ Por ejemplo, los datos del INE para el año 2002 (sobre sentencias de las Audiencias Provinciales y los Juzgados de lo Penal) muestran que hubo un total de 28.201 sentencias referidas a delitos contra la seguridad del tráfico. Sin embargo, si consultamos las penas impuestas en estas sentencias tenemos como resultado que se impusieron 23.074 privaciones de derecho de conducir (de 1 a 6 años), 3907 penas de multa, casi 700 condenas de prisión y algo más de 450 arrestos de fin de semana. Estos datos no pueden ser correctos, pues la privación del derecho de conducir es siempre pena añadida en los delitos contra la seguridad del tráfico, no pena única. Con ello se demuestra que las penas, por lo menos en estos delitos, están mal registradas, al computarse en algunas (o quizás todas las) ocasiones la privación del derecho de conducir como pena única.

expresa previsión crea, sin embargo, alguna duda (¿la previsión del pago aplazado sólo en la multa por cuotas implica su inaplicación en la multa proporcional?⁵). Por otra parte, debe destacarse la rígida regla sobre el incumplimiento que incorpora (“el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes”), que quizás trata de hacer frente al problema de la posible prescripción de la multa en aquéllos casos en los que los plazos fueran tan dilatados y su efectivo pago tan irregular que pudiese plantearse tal prescripción.

3. *La revisión “bi-direccional” de la multa.* Según la nueva redacción del art. 51 CP el importe de las cuotas (y los plazos de pago) puede revisarse ahora tanto al alza (si la fortuna del penado aumenta) como a la baja. Sin embargo, en el caso de la multa proporcional, el nuevo art. 52.3 CP, sólo prevé dicha modificación en el supuesto de que “empeorase la situación económica del penado”. La diferencia tiene su explicación en la propia lógica de los dos diversos sistemas de multa previstos en nuestro ordenamiento penal (cuota-día y proporcional), ya que en el caso de la multa proporcional, al determinarse ésta en función del daño ocasionado, el valor del objeto del delito o el beneficio obtenido con el delito, en puridad no tiene sentido su modificación en función de la capacidad económica del condenado. De todas formas, toda regla sobre revisión de la multa impuesta de acuerdo con las variaciones que pueda experimentar la capacidad económica de la persona se ve muy limitada en la práctica (en los casos de variación al alza)⁶ por el problema más importante que veremos que presenta la aplicación práctica de la pena de multa: la falta de investigación de la capacidad económica del condenado. Si ya no tiene lugar tal investigación para determinar la multa en sentencia, menos factible será ello tras la condena.
4. *Impago de multa: Responsabilidad Personal Subsidiaria (RPS).* En el caso de impago de multa la reforma del art. 53 CP prevé la posibilidad de aplicar la nueva pena de Localización Permanente, siempre que se trate de multas impuestas por la comisión de faltas. Por otra parte, se aumenta el límite de su “exención” por condena conjunta a pena privativa de libertad (de 4 a 5 años).
5. *Multa en el caso de personas jurídicas.* Fuera del ámbito específico de regulación de la multa debe también señalarse la reforma del art. 31 CP, según la cual cuando la multa se imponga a los administradores de hecho o de derecho de una persona jurídica, o a los que actúan en

⁵ No parecen existir razones para no permitir el pago aplazado también en la multa proporcional, por lo que creo que sería factible una interpretación analógica favorable al reo en este caso. Sin embargo, debe reconocerse que en contra de esta posibilidad juega el hecho de que la no previsión del pago aplazado en la multa proporcional no parece una omisión involuntaria del legislador, ya que se prevé específicamente en el supuesto excepcional del art. 52.3 CP (empeoramiento de la situación económica del penado tras la sentencia).

⁶ Diferencio en este punto el caso de que la variación sea al alza o a la baja porque en este último caso, al ser el propio condenado el interesado en que esta modificación llegue a conocimiento del tribunal sentenciador, será lógicamente más usual que ello efectivamente suceda.

nombre o representación legal o voluntaria de otro, del pago de la misma ahora responde solidariamente la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó el autor. Un paso adelante, pues, en el espinoso tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2.3. Valoración de la Reforma

Como valoración crítica general debe señalarse que la reforma no aborda los dos problemas principales que plantea en la práctica la pena de multa:

Primero. La investigación de la capacidad económica del condenado. En nuestra investigación llevada a cabo en los Juzgados de lo Penal de Barcelona (CID-LARRAURI, 2002) pudimos comprobar como, a pesar de que tal y como claramente establece el art. 50.6 CP, la multa impuesta de acuerdo con el sistema de días-multa se debe determinar en función de la capacidad económica de la persona, sólo en el 10% de los casos existe previa investigación de la capacidad económica del condenado (debido en estos supuestos a la existencia de la respectiva pieza de responsabilidad civil). La multa, pues, en la gran mayoría de casos se determina en el momento del juicio oral en base a unos conocimientos muy limitados sobre la real capacidad económica de la persona. Ante ello no debe extrañar que el valor medio de las cuotas sea muy bajo: 5.21 € (CID-LARRAURI, 2002)⁷, ya que el juez, ante la carencia de datos tiende a imponer unas cuotas diarias de escasa cuantía, que de esta manera difícilmente serán objeto de recurso por parte del condenado⁸. Por otra parte, también contribuyen a esta dinámica a la baja de la cuota-diaría de multa las propias reglas procesales penales (vid. por ejemplo la STS 12-11-2001, RJ 2001/9701)⁹.

⁷ Ello está produciendo en la práctica desajustes entre las multas penales y las administrativas, lo cual puede repercutir en la respectiva percepción social del desvalor de la conducta, ya que las multas administrativas suelen ser de mayor cuantía que las penales (un caso claro es el de la falta de conducción sin seguro –art. 636 CP– en el que la multa administrativa meramente por no llevar en el vehículo el recibo del seguro es en la práctica más grave que la multa penal por conducir sin estar asegurado el vehículo). Quizás por esta razón la reforma exceptúa ahora expresamente la conducción de vehículos a motor y ciclomotores de la comisión de la falta del art. 636 CP. Vid. sobre estos desajustes entre las multas penales y administrativas el interesante caso planteado en la STS 15-10-2001 (RJ 2001/9421).

⁸ Se podría plantear que este valor medio tan bajo de las cuotas encuentra su explicación en el bajo nivel económico de los delincuentes, pues la pequeña delincuencia económica encuentra parte de su explicación en carencias económicas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un porcentaje importante de la delincuencia competencia de los jueces de lo penal (de donde hemos extraído el dato del valor medio de la cuota), es aquélla que protege la seguridad del tráfico, y este tipo de delincuencia no puede decirse que sea característica de las capas más desfavorecidas de la población.

⁹ En esta sentencia el Tribunal Supremo declara lo siguiente: “El art. 50.5 CP dispone que, al fijarse en la sentencia el importe de las cuotas, se tendrá en cuenta «exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo». Ninguna referencia a tales circunstancias encontramos en la sentencia recurrida, sin que esta omisión pueda entenderse subsanada con la alusión a la gravedad de los hechos, ya que el único criterio autorizado por la ley para la fijación del importe de las cuotas es la «situación económica del reo». Es cierto que la cuota establecida en la sentencia está mucho más cerca del límite mínimo que del máximo legalmente previstos en el art. 50.4 CP, pero el silencio que guarda el Tribunal de instancia sobre dicha situación no nos permite saber siquiera si la misma ha sido tenida en cuenta. En todo caso, hemos de ponderar que, en supuestos no demasiado infrecuentes, la necesidad de pagar mil pesetas diarias en concepto de multa puede ser extremadamente gravosa, por lo que esta Sala, al dictar nueva sentencia tras la estimación parcial de este motivo, por el incumplimiento en la sentencia recurrida del mandato de motivación contenido en el art. 50.5 CP, fijará la cuota diaria mínima que prevé el ap. 4 del mismo artículo, por no constarle dato alguno que le permita conocer las posibilidades económicas del acusado”.

Todo ello a pesar de que incluso nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que la determinación del valor de las cuotas sin un previo conocimiento documentado sobre la capacidad económica del condenado vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, y en concreto, a que la condena que se impone a la persona esté motivada (STC 108/2001, de 23 de abril, FJ. 4º). Por otra parte, la cuestión se ha agravado todavía más con el impulso de los juicios rápidos, que no favorecen evidentemente la existencia de una fase de investigación previa a la sentencia.

No obstante, al margen de este problema de legalidad constitucional y ordinaria, el problema principal de la falta de una investigación real sobre la capacidad económica del condenado es que supone una vulneración frontal del espíritu de la pena de días-multa, pues con ello se imposibilita que esta pena cumpla su función primordial: la igualdad de impacto entre los condenados. Es cierto que la falta de investigación no ha redundado en la práctica en un perjuicio para el condenado (pues ya hemos visto que cuota-media es bastante baja), pero sin duda está privando de efectividad a esta pena. Efectividad que podría afectar a su capacidad para erigirse como una alternativa creíble a la pena de prisión para el legislador y los jueces¹⁰.

La reforma se podría así haber aprovechado para aclarar quién tiene la competencia judicial a la hora de realizar la investigación sobre la capacidad económica, o para prever el sistema o los medios a través de los cuales debe llevarse a cabo (por ejemplo, aclarando cuál es la fórmula concreta que debe emplearse para calcular la cuota-día). O, en fin, para dotar de medios administrativos a las oficinas judiciales para que tal investigación se lleve efectivamente a cabo¹¹. Sin duda estamos ante una oportunidad perdida para dotar de mayor eficacia y legitimación a la pena de multa. Aunque se ha dado mucha publicidad al (presunto) fracaso de algunas penas (como el arresto de fin de semana), lo cierto es que la multa es una pena en cuya aplicación práctica sí cabe hablar verdaderamente de un auténtico fracaso. Tras comprobar la dimensión cuantitativa de ese fracaso (vid. Gráfico 1) podemos apreciar el grave problema que ello supone y que debería haber hecho reflexionar a nuestro legislador. Es cierto que en nuestro país no ha sucedido como en Inglaterra, en donde el sistema de días-multa duró apenas pocos meses¹², pero mientras la situación no cambia puede decirse que la igualdad de impacto es meramente virtual en el actual sistema penal español, lo cual, insisto, puede afectar gravemente a su credibilidad como pena.

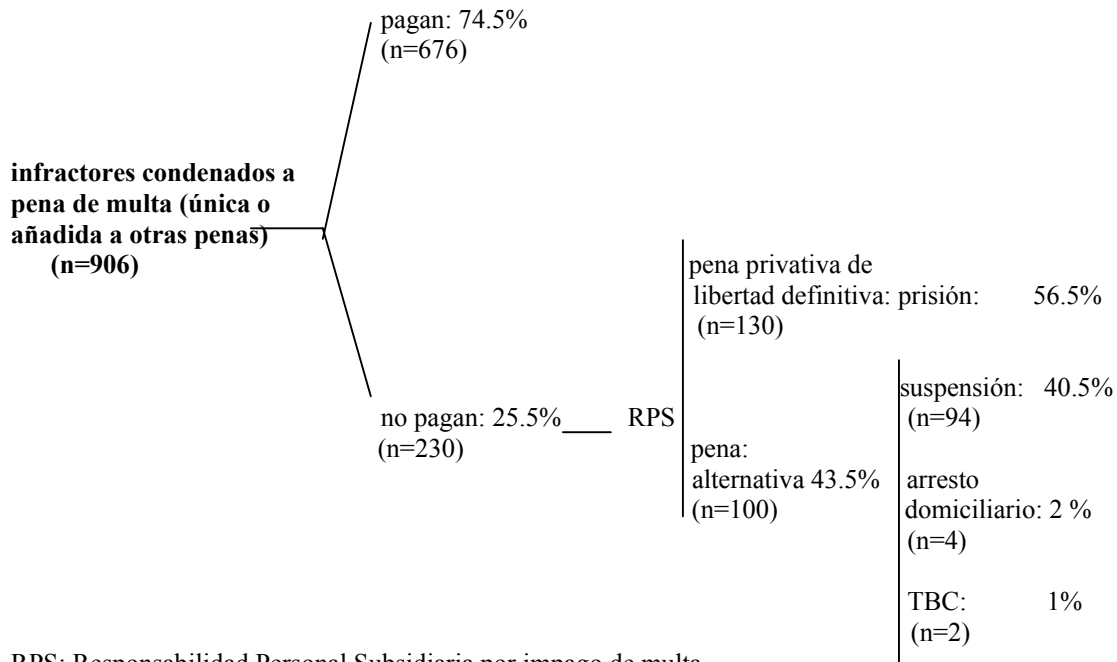
Segundo. No se modifica en profundidad el sistema de Responsabilidad Personal Subsidiaria por impago de multa. Por otra parte, la reforma en ciertos aspectos del régimen de la multa tampoco se ha aprovechado para, una vez suprimida la pena de Arresto de Fin de Semana (AFS), revisar el sistema de responsabilidad subsidiaria por impago de multa (RPS). La única reforma es, según hemos visto, la sustitución del AFS por la nueva pena de Localización Permanente para el caso del impago de multas impuestas por la comisión de faltas, lo que lleva a pensar que la prisión seguirá teniendo un papel protagonista aquí, tal y como se deduce de los datos de nuestra investigación (gráfico 2):

¹⁰ Así, la citada STS 15-10-2001 (*supra* nota 7) menciona que “Es claro que aun cuando la cuantía de la cuota y la extensión temporal de la multa cumplen una función diferenciada en el sistema, también lo es que por la vía de la minimización de la cuota diaria puede vaciarse de contenido efectivo la sanción en su conjunto”.

¹¹ Vid. las propuestas concretas que realizábamos en CID/LARRAURI (2002:114-116).

¹² Sobre esta cuestión vid. en general ASHWORTH (2000).

Respuesta judicial ante el impago de multa (gráfico 2):



Fuente: CID/LARRAURI (2002:88; datos sobre muestra significativa de sentencias en los Juzgados de lo Penal de Barcelona)

Este problema no se aborda en la reforma (más adelante presentaré una propuesta sobre cómo se podría haber actuado en este ámbito), con lo que el mecanismo de la RPS seguirá siendo un censurable medio de discriminación en la imposición de la pena entre personas con más o menos recursos económicos.

3. Reformas en las penas privativas de derechos

3.1. El Trabajo en Beneficio de la Comunidad (TBC)

3.1.1. Contenido concreto de la reforma.

1. *Se subraya la vertiente resocializadora y reeducadora de la pena*, mediante la inserción en su contenido de la mención a las “labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas”.
2. *Se modifica la extensión del TBC*. La nueva redacción del art. 33.3 k) CP amplía de hecho de forma notable la posible extensión máxima del TBC, que de estar calculada en horas (máximo de 384 horas, que en razón a una jornada de 8 horas serían 48 días de cumplimiento, y si la jornada fuera de 4 horas estaríamos ante 96 días) pasa a computarse en días; con un máximo de 180 días (x jornada de 4 horas/día = 720; x 8 horas/día = 1440 horas!). Probablemente la explicación a este importante aumento resida en la modificación, tal y como veremos, del instituto de la sustitución de penas (art. 88 CP).

3. Tal y como destaca la propia Exposición de Motivos de la LO 15/2003 *se incorpora parte de la regulación reglamentaria de esta pena (RD 690/1996) al Código Penal*; en particular lo referente al régimen de su incumplimiento. Ello plantea la duda relativa a si el mencionado RD ha quedado entonces derogado. Lo más lógico parece ser entender que sólo en parte queda derogado, en concreto, su art. 8 relativo al incumplimiento del TBC y el art. 9, que pasa a ser una condición del art. 49 CP. De lo contrario se crea un vacío poco operativo, pues sólo una parte del contenido del RD de ejecución del TBC se ha trasladado al Código Penal.
4. *Cambia el órgano encargado de controlar la ejecución del TBC*: del Juez/Tribunal sentenciador al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Ello debe valorarse positivamente y había sido una demanda de buena parte de la doctrina penal. Por otra parte, parece que se quiere de hecho potenciar el control de la ejecución TBC pues los informes sobre el desempeño del trabajo son ahora preceptivos (frente a la facultad anterior).
5. *Regulación del incumplimiento, con remisión expresa al delito de quebrantamiento de condena*. Se establece expresamente que el incumplimiento del TBC trae como consecuencia la comisión de un delito de quebrantamiento de condena. Sin embargo, ello provoca problemas de duplicidad sancionadora (*bin in idem*) respecto al TBC impuesto, no como pena directa (opcional), sino como pena sustitutiva (art. 88 CP) y como RPS (art. 53 CP). En mi opinión (siguiendo a BLAY, 2004), el quebrantamiento de condena sólo sería justificable, en su caso, en el supuesto de incumplimiento del TBC impuesto como pena directa (opcional), mientras que en los casos de TBC como pena sustitutiva, en caso de incumplimiento deberíamos remitirnos al art. 88.3 CP (que ya regula específicamente las consecuencias de un incumplimiento), y en los supuestos de TBC como RPS la consecuencia del mismo debería ser la utilización de las otras vías que el art. 53 CP prevé para la ejecución de la RPS.
Por otra parte, en los supuestos de incumplimiento de TBC impuesto como pena principal, respecto a su quebrantamiento cabría hacer dos consideraciones. En primer lugar, el hecho de que en el momento de la sentencia el condenado no goce de plena información sobre el puesto de trabajo a desempeñar puede ocasionar problemas prácticos importantes, pues la persona puede consentir en abstracto a la pena de TBC pero una vez ofrecidos los puestos concretos del trabajo no querer realizarlos. ¿Debe considerarse ello un incumplimiento que acarrea la comisión del delito de quebrantamiento de condena?. La previsión del TBC como pena principal (aun opcional) conlleva de esta manera un importante problema (la falta de plena información sobre el trabajo a desempeñar) que debería hacernos reflexionar sobre la posibilidad del quebrantamiento. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que no todo incumplimiento del TBC debería dar lugar de forma automática a la comisión de un quebrantamiento de condena, ya que ello debería reservarse para los casos de plena frustración del cumplimiento de la condena.
6. *Potenciación del TBC*. La aspiración global de la Reforma parece ser, tal y como se destaca en la Exposición de Motivos, la potenciación del TBC como

pena alternativa a la prisión. Esta mayor relevancia del TBC se aprecia en dos aspectos fundamentales:

- i) Previsión del TBC como pena directa (opcional) en varios delitos (arts. 244, 379, 468.2, 618.2, 620, 626 y 632 CP). Al margen de su previsión en el art. 153 CP en virtud de la reforma del CP llevado a cabo por la LO 11/2003.
- ii) Previsión del TBC como pena sustitutiva general de la prisión de hasta 2 años (reforma del art. 88 CP). En penas de prisión de hasta 1 año como pena sustitutiva única, y en penas de prisión de hasta 2 años como pena sustitutiva conjunta con la multa. Destaca, además, la regulación específica en los supuestos de violencia doméstica del art. 173.2 CP (art. 88.1 párrafo tercero CP). Se genera con ello, no obstante, un problema respecto al máximo de cumplimiento del TBC (art. 33.3.k) *versus* art. 88 CP).

3.1.2. Valoración de la reforma: el (supuesto) “leit-motiv” de la reforma (la potenciación del TBC)

Según hemos visto, la importante reforma en el régimen e imposición del TBC se justifica aludiendo a la potenciación que quiere realizarse de esta pena alternativa a la prisión. De hecho, en una primera aproximación puede destacarse que tal potenciación, por lo menos a efectos meramente cuantitativos, parece claramente factible, pues la posibilidad genérica del art. 88 CP y (por sólo enumerar un delito) la previsión de esta pena en el delito del art. 379 CP (conducción bajo la influencia del alcohol y/o drogas) llevan a pensar que el TBC tendrá tras la LO 15/2003 una importancia mucho mayor que la que ha tenido hasta ahora.

Como es de sobras conocido, efectivamente, el TBC no ha jugado el papel que se esperaba de él en el nuevo sistema de penas alternativas a la prisión configurado por el CP de 1995. Ya hemos visto su fracaso como forma de cumplimiento de la RPS (gráfico 2), a lo que debe añadirse la escasísima aplicación del mecanismo de sustitución de AFS por TBC prevista en el art. 88 CP. Todo ello se refleja en los datos de que disponemos (gráfico 3):

Gráfico 3: comparativa sobre imposición del TBC en Cataluña y España

	Cataluña		España	
	Nº	P	Nº	P
1997	77	1,26	21	0,06
1998	184	2,99	84	0,25
1999	281	4,53	193	0,57
2000	307	4,90	252	0,74
2001	244	3,84	333	0,96
2002	235	3,61	305	0,86
Enero /				
Mayo 2003	98	1,51	159	0,45

P: nº de TBC impuestos por cada 100.000 habitantes (según datos de población del IDESCAT y el INE)
 Fuente: JUSTIDATA 36. Centre d' Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (disponible en <http://www.gencat.net/dji/cejfe/justidata/jdata36.pdf>).

Un primer aspecto a destacar de la reforma es, en suma, la diferente suerte que han corrido las penas de AFS y TBC. Respecto de ambas se ha subrayado su escasa aplicación (de hecho los datos disponibles, vid. el propio JUSTIDATA 36, desmienten la inaplicación del AFS y muestran que así como en Cataluña se aplica más el TBC que el AFS, en el resto del Estado la tendencia es claramente inversa), y sin embargo frente a ello una pena es eliminada (AFS) y otra por el contrario potenciada (TBC).

No es éste el lugar para realizar una valoración de la eliminación de la pena de AFS (sobre ello vid. VARONA, 2004), pero sí deben señalarse ciertas dudas respecto a la presunta potenciación del TBC:

- i) Existen fundadas dudas sobre la efectividad del mecanismo general de sustitución de penas del art. 88 CP (vid. CID/LARRAURI, 2002:72 y ss., 106 y ss.). A ello deben añadirse problemas particulares de la regulación del TBC como pena sustitutiva (ausencia de criterios sobre su imposición e interrogantes sobre la duración de la pena) que difícilmente le auguran un buen porvenir como mecanismo de sustitución de la prisión.
- ii) El artículo más relevante a efectos prácticos (art. 379 CP) presenta una redacción que limita de forma relevante las posibilidades de aplicación del TBC¹³.
- iii) Anteriormente el TBC podía sustituir al AFS, pero ahora no puede sustituir a la pena que lo reemplaza en las faltas (la Localización Permanente), con lo que disminuye el posible papel del TBC en las faltas.

Por todo ello, en realidad, no creo que pueda afirmarse que el objetivo de la reforma fuera la revitalización del TBC como pena alternativa a la prisión, pues si ello hubiera sido así se imponían otras reformas más necesarias y efectivas. Entre ellas quisiera destacar las siguientes:

- i) Sustitución del AFS por el TBC y no por la pena de prisión, tal y como ha sucedido en la reforma (ej. art. 147.2 CP, vid. con más detalle, VARONA, 2004).
- ii) Previsión del TBC como medida primaria de cumplimiento de la RPS.

¹³ En este artículo se establece que “El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses y, *en su caso*, trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días...” (énfasis añadido). El problema viene con la fórmula empleada por el legislador para prever la posible aplicación del TBC, pues al establecer esa mención a “en su caso” (que debe entenderse como “en caso de que consienta la persona”), hace con ello muy difícil su efectiva imposición. La cuestión es que si el condenado no quiere realizar el TBC no existe ninguna consecuencia de tal rechazo. Es decir, en los supuestos de pena alternativa opcional (prisión o TBC, por ejemplo) el rechazo del TBC por parte del condenado tiene un claro desincentivo, pero en la redacción del art. 379 CP se limita en gran manera la posible opción por el TBC al no ir acompañado su rechazo de ninguna consecuencia para la persona. El condenado obviamente preferirá la pena de prisión o multa, más la privación del derecho de conducir, que todo ello y *además* un TBC. Sólo a través de soluciones imaginativas que puedan articularse en la conformidad antes del juicio podrán evitar, en mi opinión, que el TBC sea una pena fantasma en el delito recogido en el art. 379 CP.

- iii) En el ámbito administrativo y orgánico, dotación de medios humanos y materiales para hacer real la posibilidad de imposición del TBC. Como ha sido destacado por toda la doctrina penal, la falta de estos medios es lo que ha impedido que el TBC juegue un papel significativo en la práctica penal, y ante este problema la reforma no aporta nada¹⁴.

En conclusión puede decirse que, en realidad, el aumento nominal que experimenta el papel del TBC en el sistema de penas no es la consecuencia de una apuesta decidida por una pena alternativa a la prisión (tal y como sin embargo se arguye en la motivación de la reforma), sino, tal y como destaca BLAY (2004), el fruto de una mera imposibilidad de aplicar otras penas (tras la eliminación del AFS, y la inadecuación de la multa en algunos delitos –art. 153 CP-). Ello concuerda, de hecho, con la valoración que debe hacerse de otras reformas (en particular la eliminación del AFS) que demuestran que la motivación de la LO 15/2003 no es avanzar en el sistema de penas alternativas a la prisión.

3.2. Otras penas privativas de derechos

3.2.1. Contenido de la reforma

La reforma afecta básicamente a las penas privativas de derechos encaminadas a luchar contra el fenómeno de la violencia doméstica. En concreto:

- i) Se *regulan separadamente* las penas privativas de derechos más relacionadas con este tipo de delincuencia (según la Exposición de Motivos “con el fin de que se pueda imponer la que corresponda a la verdadera naturaleza del delito”):
 - a. privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
 - b. prohibición de aproximarse a la víctima (o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal).
 - c. prohibición de comunicarse con la víctima (o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal).

Los datos de las órdenes de protección dictadas hasta la fecha¹⁵ muestran que, como medida cautelar, la más empleada por los jueces es la prohibición de aproximación de la víctima.

- ii) *Aumenta la duración máxima* de estas tres penas privativas de derechos (de cinco a diez años, art. 40 CP) y se prevé además, cuando se imponen como accesorias de la prisión (art. 57 CP), su *cumplimiento simultáneo y posterior a la excarcelación* (“para

¹⁴ No obstante, como bien destaca LARRAURI (2004) la alusión a la falta de provisión de servicios por parte de la Administración es una “explicación incompleta y empieza a constituir un tópico. Así por ejemplo en las últimas cifras a las que he tenido acceso la oferta de plazas del trabajo en beneficio de la comunidad para España en el año 2001 era de 3.088, mientras que el número de sentencias dictadas a trabajo en beneficio de la comunidad fue en este mismo año de 615”.

¹⁵ Accesibles en la web del Observatorio de la Violencia Doméstica (Consejo General del Poder Judicial): <http://www.poderjudicial.es/cgpj/Docuteca/default.asp?opcion=ultimos&cbostrdo=27&CodTema=802&opcionIdioma=sp&tipo=docuteca>

- evitar [dice la Exposición de Motivos] el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios o después de su cumplimiento”).
- iii) Se modifica el contenido de la pena de prohibición de aproximación a la víctima, para *evitar la colisión de esta pena con el régimen de visitas* a los hijos establecido en un procedimiento civil (art. 48.2 CP).
 - iv) Se establece que el juez o tribunal podrá acordar el control de estas penas privativas mediante dispositivos electrónicos (*control electrónico*).
 - v) Se modifica el régimen de las penas accesorias del art. 57 CP para establecer que en los supuestos de violencia doméstica la adopción como pena accesoria de la prohibición de aproximación a la víctima (art. 48.2 CP) es *obligatoria* (con el mismo régimen de cumplimiento simultáneo y posterior a la excarcelación del autor del delito).
 - vi) Estas penas accesorias se configuran también como *condición obligatoria de la suspensión* de la pena en los casos de violencia doméstica (art. 83 CP); y de la *sustitución* de la pena de prisión por TBC (art. 88.1 CP).

3.2.2. Valoración de la reforma

La reforma debe valorarse positivamente, pues trata sin duda de afrontar los problemas que se venían detectando en la aplicación práctica de las penas privativas de derechos encaminadas a luchar contra la violencia doméstica. No obstante, subsisten todavía algunas cuestiones problemáticas:

- i) Particularmente problemática es la cuestión relativa al *quebrantamiento o incumplimiento de las penas privativas de derechos* analizadas. Para tratar de aclarar esta cuestión es necesario distinguir los diversos supuestos en los que podemos encontrarnos ante una de estas penas:
 - a. Como *medida cautelar* (orden de protección) o *pena accesoria*. En este caso, el incumplimiento de la medida cautelar o pena privativa de derechos puede suponer que el juez acuerde la prisión provisional. Esto era dudoso hasta la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 503 LECrim., redactado conforme a la Ley Orgánica 13/2003). Además, nos encontramos ante un quebrantamiento de medida cautelar o condena previsto en el art. 468 CP, que contempla una regulación específica del incumplimiento de la prohibición de aproximarse a la víctima (art. 468.2 CP).
 - b. Como *condición de la suspensión de la pena de prisión* (art. 83 CP): causa de revocación específica de la suspensión y, por tanto, ejecución de la pena de prisión inicialmente impuesta (art. 84.3 CP). Es además posible que el juez decrete en estos casos prisión provisional. Ahora bien, en este supuesto no parece posible la condena, además, por el delito de

quebrantamiento del art. 468 CP, ya que nos encontramos ante una regulación específica del incumplimiento. Por tanto, añadir a la ejecución de la condena inicial la pena del quebrantamiento supondría un *bis in idem*.

- c. Como *condición de la sustitución de la pena de prisión* (art. 88 CP). El art. 88.2 CP establece que el incumplimiento “en todo o en parte” de la pena sustitutiva (en nuestro caso sería “en parte”: cumple el TBC pero incumple la prohibición de aproximarse a la víctima, por ejemplo) acarrea la ejecución de la pena inicialmente impuesta (prisión), pero descontando, en su caso, “la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas”. Por tanto, parece que éste es un supuesto equivalente al anterior: el incumplimiento de la pena privativa de derechos acarrea una consecuencia específica: la ejecución de la pena inicial, y en consecuencia a ello no debe añadirse la condena por quebrantamiento (art. 468 CP), ya que estaríamos de nuevo ante un *bis in idem*. Sigue siendo factible, no obstante, que el juez acorde en estos casos prisión provisional (ex. art. 503 LECrim.).
- ii) Se pueden producir problemas por la diferente remisión que el legislador realiza cuando se trata de violencia doméstica: la remisión al sujeto pasivo del delito (art. 57 CP) o a los delitos concretos (art. 83 CP). Estos problemas traen por causa la disfunción creada por el legislador en la reforma sobre violencia doméstica llevada a cabo en la Ley Orgánica 11/2003 (ELENA LARRAURI, comunicación personal).
- iii) Como ya se ha destacado respecto de otras penas (en particular el TBC), sigue echándose en falta la dotación de medios humanos y materiales para hacer efectivo el control de estas penas privativas de derechos, en particular mediante los nuevos dispositivos electrónicos.

4. Conclusiones

La reforma no aborda los problemas principales de las penas de multa y trabajo en beneficio de la comunidad y por ello no puede decirse que suponga un avance en el sistema de penas alternativas a la prisión establecido en el CP 1995.

Una valoración más positiva merece la reforma de las penas privativas de derecho encaminadas a luchar contra la violencia doméstica. No obstante, no puede olvidarse que el principal problema que plantean estas medidas es su control eficaz. En este sentido, la previsión del control electrónico debe valorarse positivamente, aunque debemos esperar a su efectiva puesta en práctica para confirmar este juicio favorable.

Bibliografía

ASHWORTH, Andrew (2000): *Sentencing and Criminal Justice*, 3ª ed., London: Butterworths.

BLAY GIL, Ester (2004): “La pena de trabajos en beneficio de la comunidad en la reforma de la LO 15/2003” (de próxima publicación en *Jueces para la Democracia*).

Revista Española de Investigación Criminológica

REIC AC-04-04

<http://www.criminologia.net>

ISSN 1696-9219

CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena (1997): *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch.

CID MOLINÉ, José / LARRAURI PIJOAN, Elena/ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo / LAHOZ LÓPEZ, Jennifer / LÓPEZ Y FERRER, Marayca / TÉBAR VILCHES, Beatriz / VARONA GÓMEZ, Daniel (2002): *Jueces Penales y penas en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

JUSTIDATA nº 36: “Les mesures alternatives a la pena de presó sota el control de l'Administració -maig 1996/maig 2003-”. Centre d' Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya (novembre 2003). Accesible en <http://www.gencat.net/dji/cejfe/justidata.htm>

LARRAURI PIJOAN, Elena (2004): “Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión” (de próxima publicación, UAM).

VARONA GÓMEZ, Daniel (2004): “El arresto de fin de semana: lecciones a aprender de su breve historia (sobre las razones y excusas para su reforma)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 13, págs. 47-80-

EL AUTOR

Daniel Varona Gómez es doctor en Derecho por la Universitat de Girona y en la actualidad es Profesor Titular de Derecho Penal de la misma universidad, donde imparte clases en los estudios de Derecho y Criminología. Sus principales áreas de interés son la filosofía del derecho penal (su tesis doctoral versó sobre la exigente de “miedo insuperable”, y su libro más reciente –de próxima publicación- trata la controvertida cuestión relativa a la promoción de la solidaridad mediante el derecho penal) y la penología (en particular las penas alternativas a la prisión).