



FACULTAD DE DERECHO

LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

ANÁLISIS COMPARATIVO EUROPEO

Autor: Miguel Ángel Alcántara Santillana
Director: Manuel Gallego Díaz

RESUMEN

Este trabajo trata sobre el estudio de la pena privativa de libertad en el ámbito europeo. El fenómeno de la integración europea cada vez da pasos más importantes, pero todavía hay varios que no han sido resueltos, si de verdad Europa quiere comportarse como una gran nación. Uno de estos puntos es el Derecho Penal europeo, puesto que cada país tiene su propia regulación, y dentro de ese Derecho Penal, es divergente el tratamiento de la pena privativa de libertad.

El objetivo de este trabajo será estudiar la posibilidad de una unificación del tratamiento de la pena privativa de libertad, y para ello veremos las visiones existentes en Europa acerca de las finalidades de la pena, las diferentes modalidades de penas privativas de libertad existentes, así como sus límites temporales, las medidas sustitutivas, suspensivas y accesorias que los jueces pueden imponer en las sentencias penales.

Palabras clave: pena privativa de libertad, Derecho Penal, Derecho comparado.

ABSTRACT

This work deals with the study of prison sentences in the European law systems. European's Union integration is taking more and more steps, but lots of them must be taken, if Europe really wants to behave like a big nation. One of these points to take is European Criminal Law, since each country has its own regulation, and, inside of that Criminal Law, we find several differences among the regulation of prison sentences.

The aim of this work is to study the possibility of unifying the treatment of prison sentences, and in order to see this we will see the different versions in Europe about imprisonment purposes, the types of prison sentences, their substitution, suspensive and additional measures that Penal Courts can impose in a sentence.

Key words: prison sentences, Criminal Law, European comparative study.

2. ÍNDICE

1. PORTADA.....	p.1
2. ÍNDICE.....	p.3
3. LISTADO DE ABREVIATURAS.....	p.5
4. INTRODUCCIÓN.....	p.6
4.1 Cuestión objeto de la investigación: justificación de su interés.....	p.6
4.2 Antecedentes.....	p.8
4.2.1 Antigüedad clásica: Grecia y Roma.....	p.8
4.2.2 La Edad Media.....	p.10
4.2.3 Siglos XVI y XVII.....	p.11
4.2.4 Siglos XVIII y XIX.....	p.12
4.3 Objetivos perseguidos.....	p.15
4.4 Metodología.....	p.15
4.5 Plan de trabajo.....	p.16
5 DESARROLLO.....	p.16
5.1 Concepto de pena privativa de libertad.....	p.17
5.2 Fundamento de la pena: la pena privativa de libertad.....	p.18
5.2.1 Teorías absolutas.....	p.18
5.2.2. Teorías relativas.....	p.19
5.2.3 Teorías unitarias.....	p.20
5.2.4. El fin de la pena en el Derecho comparado.....	p.21

5.3 Tratamiento de la pena privativa de libertad en algunos de los principales ordenamientos de la Unión Europea.....	p.25
<i>5.3.1. Tipos de la pena de libertad en el Derecho comparado europeo..</i>	<i>p.26</i>
<i>5.3.2. Límites temporales de la pena privativa de libertad en el Derecho comparado europeo.....</i>	<i>p.33</i>
<i>5.3.3. Medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad en el Derecho comparado europeo.....</i>	<i>p.37</i>
<i>5.3.4. Medidas que suspenden la pena privativa de libertad en el Derecho comparado europeo.....</i>	<i>p.40</i>
<i>5.3.5. Medidas accesorias a la pena privativa de libertad en el Derecho comparado europeo.....</i>	<i>p.42</i>
6 CONCLUSIONES.....	p.44
7 BIBLIOGRAFÍA.....	p.47

3. LISTADO DE ABREVIATURAS

TFUE – Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

EEUU – Estados Unidos.

BOE – Boletín Oficial del Estado

UE – Unión Europea.

CP – Código Penal.

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional.

PCCS – *Power of Criminal Courts (Sentencing)*.

CJA – *Criminal Justice Act*.

EM – Estados Miembros.

4. INTRODUCCIÓN.

4.1 Cuestión objeto de la investigación: justificación de su interés.

Desde hace siglos el hombre vive en sociedad, y dentro de ellas, han sido innumerables los conflictos que han surgido. Hoy en día nos resultan aberrantes las prácticas que se utilizaban hasta no hace tanto tiempo, como pueden ser las represiones y castigos físicos o también las torturas y los tratos vejatorios para quien había cometido un crimen. No obstante, seguimos viviendo en sociedad, incluso cada vez más integrada y con mayores vínculos de interconexión entre sus miembros. Es por ello que hay que prever de un mecanismo que garantice la paz en la comunidad cuando alguien ha cometido un crimen: la pena.

La medida más dura que el Derecho utiliza en los ordenamientos del ámbito europeo es la pena privativa de libertad. Atrás queda la pena de muerte cuyos últimos resquicios en Europa fueron abolidos durante la última década; sirvan de ejemplo Rusia, Montenegro, Grecia o Albania. Hay que destacar que este tipo de pena se reserva para los delitos más graves, mientras que para los delitos menores y las faltas se previeron inhabilitaciones específicas de derechos y las multas pecuniarias. Incluso se combinan varias de ellas en numerosas ocasiones.

El primer punto de primordial interés que justifica este trabajo tiene que ver con los fines de la pena. Brevemente se puede diferenciar entre las teorías absolutas y las teorías relativas. Las primeras entienden la pena como un restablecimiento de la paz social mediante el castigo, la pena, como contrapartida del daño causado por el delito, es decir, son teorías centradas en la idea del castigo. Por otra parte, ya en las relativistas, podemos observar la teoría de la prevención general, y la de la prevención especial, que están encaminadas a disuadir a los miembros de una comunidad y a quien ha cometido un delito, respectivamente, de no cometer futuros delitos. Por ello, dentro de esta última subdivisión, vemos que la

prevención especial busca también una reeducación del individuo, para que su inserción futura en la sociedad sea eficaz y sin peligro para los demás.

Sin embargo, en la actualidad vemos casos de terrorismo o de delitos muy graves en los cuales la sociedad clama por un endurecimiento de las penas de libertad (una vez ya superado todo resquicio de tortura o pena capital) en pos de un mayor castigo, mientras que realmente lo que debe de buscar la ley con sus sanciones, es la reeducación y la reinserción y no el sufrimiento de quien ha sido condenado. De esta manera, en un primer momento haremos un repaso de la utilización de la pena privativa de libertad a lo largo de la historia y veremos si realmente el ordenamiento jurídico español., así como los de su entorno más cercano utilizan esta con un fin reeducacional y de resocialización o si también conservan ciertas reminiscencias de las teorías retributivas de la pena.

Por otra parte, el fenómeno de integración europea sigue su curso imparablemente. No son pocas las voces que denuncian una falta de credibilidad en el proyecto comunitario, pues entienden que a la abolición de las fronteras y la unión económica y monetaria, se les debe de añadir una política y, por supuesto del Derecho Comunitario. Concretamente, uno de los aspectos más a tener en cuenta sería el Derecho Penal y la pena privativa de libertad.

Tal y como expone Rangil Lorente en *Algunas cuestiones sobre el Derecho de la Unión Europea*, p. 4, las pretensiones homogeneizadoras de los países miembro no llegaban a la creación de un Código Penal europeo sino tan sólo a ciertos delitos, especialmente los que afectan a los intereses económicos de la Unión. Asimismo, el TFUE también propone en su art.82 y 83 el objetivo de armonizar ciertos tipos de delitos transfronterizos. A largo plazo, podría intentarse una armonización de las penas privativas de libertad, y esto es lo que me dio la idea de analizarlas en distintos países europeos.

Esto sería un objetivo improbable ahora mismo, pero el estudio nos daría una visión del tratamiento que se le brinda en algunos de los principales países: su finalidad, la manera que tienen los jueces de fijar la pena, qué países son los que tienen unas penas de mayor duración y si no tienen incluidos algunos delitos como merecedores de un castigo más severo como la cadena perpetua. Una vez profundizada en la cuestión, podrán sacarse conclusiones para ver si es posible una futura unión de los países europeos en lo referente a sus penas

privativas de libertad o si tendrían que cambiar varias legislaciones para que pudiese armonizarse. De la misma manera, se comentarán los aspectos convergentes y divergentes en las regulaciones y algunos cambios básicos que nos puedan llevar a esta situación.

En mi opinión creo que es una investigación muy interesante pues ayudará a ver, que si bien muchos de los ordenamientos europeos tienen influjos similares, casi dividiéndose en los sistemas del *common law* y los sistemas continentales, existen diferencias notables entre ellos y por eso mismo puede ser un estudio muy provechoso.

4.2 Antecedentes.

Cuando comenzaba este trabajo se hizo una breve referencia a las formas de las que se ha servido el ser humano para castigar a quien había cometido un acto delictivo. En las sociedades modernas actuales la pena privativa de libertad es o suele ser la consecuencia jurídica del delito más severa de las que dispusieron nuestros legisladores, no obstante, conviene recordar que esta situación no fue siempre de la misma manera, ya que el hombre no siempre ha utilizado el ingreso en una prisión como forma de expiar los comportamientos antijurídicos del hombre.

En este epígrafe trataremos la evolución de la pena privativa de libertad a lo largo de la historia desde los momentos más antiguos de las civilizaciones clásicas hasta las épocas modernas en la que el uso del encarcelamiento se hizo una práctica habitual dentro de los sistemas penales occidentales.

4.2.1 Antigüedad clásica: Grecia y Roma.

La mayoría de autores concuerdan al indicar que en la Antigua Grecia no se utilizaba la privación de libertad como una medida punitiva en sí misma. El encarcelamiento de los

presos, en palabras de Luis Jorge González Harker de su obra *Situación penitenciaria y pena privativa de libertad*, Pontificia Universidad Javeriana, pp. 5 y 6, era de tipo preventivo, esto es, el tribunal o autoridad no condenaba al confinamiento del preso en la cárcel por la conducta digna de reproche que había cometido, sino que únicamente se recluía al sospechoso en esa prisión hasta que tenía lugar el juicio ante dicho tribunal. Por tanto vemos que no existía una cárcel pública para quien hubiese delinquido, en el sentido de impuesta por un acto contra la sociedad e impuesta por un árbitro público.

Lo que sí existía era la utilización del encierro como una pena subsidiaria para quien no había pagado a un acreedor, es decir, se utilizaba la pena de prisión como una medida para compeler al deudor que pagase lo que debía. Por eso sí entiende Neumann según dice González Harker *Situación penitenciaria y pena privativa de libertad*, Pontificia Universidad Javeriana, p.6, acertadamente a nuestra forma de ver, la existencia de una cárcel privada, es decir, la privación de libertad por el incumplimiento de la obligación contraída en el marco de relación jurídico privada o también para aquellos que eran esclavos. Por tanto, hasta que no se pagaba la deuda, el deudor permanecía en el cárcel, es decir no había un intervalo temporal que tuviese que permanecer el preso en prisión, sino que este concluía en el momento del pago, si es que éste se llegaba a producir.

En cuanto al Derecho Romano podríamos afirmar que existió un tratamiento parecido. Ruiz- Jarabo Colomer parafrasea a Ulpiano¹, en *Prisiones privadas* Akal, p.44, y remarcando el carácter preventivo que tenían las prisiones en Roma, en lugar de la función, principalmente punitiva que aparece hoy en día. Las pena privativas de libertad, como tal, no existían aunque se podrían mencionar la esclavitud, las galeras y los gladiadores como presos que no podían disponer de su libertad libremente. A pesar de esto, estas penas han sido consideradas por muchos penalistas como corporales pero no estrictamente restrictivas del libre albedrío.

¹ Ulpiano en sus textos refleja como la pena de prisión no existía sino tan solo como medida cautelar para que el preso fuera al juicio en el que se le impondría una condena. Dicho encierro no tenía límites temporales ni tampoco se consideraba como una restricción de la libertad del presunto delincuente: “*carece ad continendos homínines non ad puniendos haberi debet*”.

4.2.2 La Edad Media.

Tras las conquistas de los bárbaros y la desaparición de las civilizaciones clásicas, Europa se sumió en un período de decadencia cultural, social e ideológica.

Tal y como expone Luis Jorge González Harker en *Situación penitenciaria y pena privativa de libertad*, Pontificia Universidad Javeriana, pp.6-12 , el principal motivo de preocupación en los primeros siglos del medievo no era la reintegración de la persona que había cometido un delito en la sociedad sino reintegrar el menoscabo sufrido por la víctima ante la acción delictiva. Surgió en este contexto la figura de la *penance* que consistía en reprochar al culpable su acción con una sanción económica, cosa que casi nunca se daba pues la mayor parte de la población era pobre y no disponía de los recursos necesarios.

Vemos que era un sistema jurídico que carecía de los principios de justicia e igualdad de los que gozamos actualmente, con una dicotomía de penas, corporales y pecuniarias. La regla general era que las segundas sólo eran impuestas si quien había cometido el delito no pagaba, por lo cual la gente que sí tenía esos recursos casi nunca pagaba con su vida, tales eran las penas en dicha época.

A diferencia de lo mencionado anteriormente en Grecia y Roma, en donde la pena subsidiaria por el impago era la pena de prisión, aquí no existía tal posibilidad. Si alguien no podía ampararse en la figura de la *Penance* se enfrentaba a una pena corporal siendo las más conocidas la tortura, la pérdida de algún órgano o la pena de muerte. Por tanto las cárceles seguían con su función de aseguramiento del reo antes del juicio, pero no como un castigo por lo reprochable de una acción. Para resumir eran sólo una medida cautelar.

Especial mención merecen en este apartado la prisión eclesiástica en relación con la pena de prisión. Aquellos religiosos que habían cometido algún delito, y posteriormente los herejes, podían ser condenados a permanecer en una prisión eclesiástica en donde las notas del aislamiento y el racionamiento de comidas, que han podido observarse posteriormente en las cárceles, hacían su aparición por primera vez como algo habitual, como dice Alvarado

Sánchez² (*Perspectiva histórica y problemas actuales de la institución penitenciaria en España*, p.32).

Recordemos que el mundo religioso contaba con un gran poder en aquella época y poseían su propia jurisdicción, pudiendo imponer sus propias penas, distintas de las que imponían los señores feudales y demás árbitros privados. Podemos hablar entonces de un primer tipo de medida privativa de libertad, que luego fue expandiéndose más allá de las personas religiosas, debido en gran medida a la unión que existía entre el Estado y la Iglesia³.

4.2.3 Siglos XVI y XVII.

Durante estos siglos la pena privativa de libertad comienza a imponerse como pena principal, aunque todavía superada por los castigos corporales. Esto, según Alvarado Sánchez en *Perspectiva histórica y problemas actuales de la institución penitenciaria en España*, Ediciones Universidad de Salamanca, p.33., y la demás doctrina de la historia del Derecho tiene mucho que ver con la llegada de la Ilustración: “[d]urante este período se asiste a la muerte del hombre medieval, donde la posesión más preciada que tenía era su cuerpo y al nacimiento del hombre renacentista y del humanismo, donde el hombre pasa a ser titular de una serie de derechos y libertades...”. También son muy importantes como vemos el Renacimiento y el Humanismo, que ayudan a que los pensadores de la época aboguen por eliminar los castigos corporales.

² Ruth Alvarado Sánchez menciona el tipo principal de este tipo de confinamiento de los religiosos; era conocido como “detrusio in monasterium” que consistía en aislar al monje para expiar sus pecados mediante una vida aislada y llena de ayunos mientras leía las sagradas escrituras.

³ En este sentido, cabe mencionar que al principio eran los señores los que imponían las penas y cifraban a cuanto ascendía lo que debía pagar quien había obrado delictivamente, pero con la instauración de las ciudades en la Baja Edad Media, el Estado se apropió del Derecho Penal, pasando a ser quienes trabajaban para él los que dictaminaban las sentencias y la cuantía de las multas. Es por esto que no es raro que, dada la influencia de la Iglesia y el Papa en los jefes de Estado, que solían ser los reyes, al final en las ciudades también se optase por este tipo de prisiones para los civiles.

Es en este período cuando surgen las primeras prisiones. El primer antecedente lo encontramos en el sistema inglés con las *House of correction*. Estos eran edificios adonde se enviaba a los mendigos, y personas que no querían trabajar, como medida para corregir su comportamiento. Mitchel Roth, *Prisons and prison system: a global encyclopedia*, Greenwood Press, p. 129., señala la casa de corrección de *Bridewell*, Londres como el primer ejemplo en el continente europeo. Este ejemplo fue rápidamente asimilado en otros países protestantes de Europa como Suiza, Holanda y Alemania⁴ y en ellos no había límite temporal durante el cual se podía permanecer allí. Vemos aquí ya un punto de diferencia a lo largo de la historia entre los sistemas europeos, pues esta figura no apareció en muchos de los demás países.

4.2.4 Siglos XVIII y XIX

El siglo XVIII termina con la Revolución Francesa lo que lleva a la aparición de principios básicos de libertad, igualdad o justicia a niveles muy altos, como muestra de la ruptura con el Antiguo Régimen, en el cual la nobleza prevalecía sobre los burgueses y los plebeyos. Años más tarde, se produce la llegada de Napoleón y de su Codificación.

En este nuevo contexto, las acciones delictivas van a estar tipificadas en las leyes y estas, a su vez, van a estar escritas y públicas, a lo que hay que añadir van a ser iguales para todos y proporcionales con el delito cometido. Por lo tanto, vemos una ruptura total con el régimen anterior: los nobles podrían ser sometidos también a estas penas y no solo los burgueses y los plebeyos. Asimismo, las penas van a tener intervalos temporales en función de la gravedad de su delito y no va a prolongarse *sine die*. Además la pena capital, si bien

⁴ A finales del siglo XVI, se crea en Ámsterdam, como indica acertadamente Mitchel P. Roth, una casa de corrección para hombres y otra para mujeres *Rasphuis* y *Spinhuis* respectivamente, en las que se hacían trabajos forzados. También se crean las casas de corrección en Alemania, como la de Hamburgo y la de Bremen, en las cuales también se buscaba la recolocación de las personas en la sociedad tras un periodo de aprendizaje basado en la disciplina y el trabajo.

todavía seguía siendo muy utilizada cede protagonismo en favor del encarcelamiento de los presos.

Llegados a este punto, van a aparecer dos personajes muy importantes en el tratamiento de la pena privativa de libertad: en primer lugar el Marqués de Beccaria y en segundo, John Howard.

Beccaria incluye el fin de las penas en el capítulo XII de su obra, *Tratado de los delitos y las penas*, pp. 59-60, y en ella afirma que el fin⁵ de las penas es evitar que el reo cause ulteriores daños al resto de la sociedad, y por otra parte, disuadir a los demás ciudadanos de cometer actos delictivos del mismo tipo. Vemos que es una teoría relativa en la que abraza la finalidad disuasoria preventiva tanto general como especial de la pena. También se refiere Beccaria en su obra a la proporcionalidad de las penas que se pedía desde el Renacimiento y la Ilustración. Para ello pide que la pena sea puesta en proporción con la antijuridicidad de la acción contraria al bien público.

Por ello, vemos como esta introducción de los fines de la pena es muy importante para la posterior atenuación de las penas privativas de libertad por las que se abogaba durante los siglos inmediatamente anteriores.

Por su parte, John Howard se centró más en el tratamiento inhumano que se brindaba a los presos y las condiciones deplorables a las que eran sometidos. Por ejemplo, señala Luis Jorge González Harker en *Situación penitenciaria y pena privativa de libertad*, Pontificia Universidad Javeriana, pp.25-27, que gracias a la influencia de este autor se consiguió que los presos dejasen de tener que pagar sus comidas, se terminó de separar a los presos por sexo cuando antes estaban en algunas cárceles tanto hombres como mujeres y se dividió a los delincuentes según la gravedad de los delitos cometidos.

Todas estas ideas acaban aglutinándose y dando nacimiento a la pena privativa de libertad y a la creación de los establecimientos penitenciarios en Europa. Sin embargo, a pesar de que fue en Europa en donde comenzaron las ideas acerca de la creación de centros

5 Tal y como expone Beccaria en su obra, el fin de las penas no puede ser el castigo represivo que se utilizaba en la Edad Media, es decir, se muestra totalmente contrario a los castigos corporales, pues considera que la tortura no va a hacer que el tiempo vuelva atrás, hay que conseguir algo eficiente y no vengativo.

carcelarios, el Estado que instauró la pena privativa de libertad en todo su esplendor, no fue otro que el Estado de Pensylvania⁶, en EEUU. Defiende este mismo autor que esta creación se debió a la influencia europea en las nuevas instituciones americanas y no al revés, tal y como se ha sostenido en numerosas ocasiones por varios autores. En nuestra opinión, es más fiable esta postura, pues ya se había tratado doctrinalmente la cuestión en Europa y existían muchos pensadores como Beccaría o Howard que habían pedido, aunque fuese indirectamente, la supresión de la pena de muerte y la tortura.

Sea como fuere, la pena privativa de libertad queda como una medida punitiva del Derecho Penal, por la cual se castiga con una sanción a aquel que con sus actos ha transgredido los derechos y libertades de otro, violando la convivencia social sobre la que se asientan las comunidades. Además esas penas deben de tener unos límites tanto máximos como mínimos para mantener recluido al reo, y esto debe ir conforme a la necesidad de proteger a la sociedad, es decir, no se debe mantener encerrada a una persona por un tiempo superior al que se necesitaría como para poder volver a interactuar civilizadamente en la comunidad.

Con esto quedan examinados los antecedentes de la pena privativa de libertad, así como su origen. Se puede concluir que la pena privativa de libertad es una medida del Derecho Penal relativamente reciente, y que surgió del consenso de una sociedad contraria a la pena de muerte y los tratos inhumanos. Los fines históricos de la pena quedan bien definidos, si bien posteriormente explicaremos cuál es la finalidad de la pena de forma más exhaustiva y jurídica.

⁶ La pena privativa de libertad fue instaurada en Filadelfia en 1790, es decir tan sólo un año después de lograr la independencia de los EEUU. El Código Criminal francés incluyó también la pena privativa de libertad en 1971. Es por eso que algunos afirman que la influencia fue de Norteamérica a Europa, sin embargo para otros autores esta influencia se dio al revés.

4.3 Objetivos perseguidos.

Este trabajo busca profundizar en el análisis de los distintos sistemas europeos en lo relativo a la pena de libertad. Se buscará el fundamento de este tipo de penas para alguno de los principales países de la Unión Europea, la regulación de la institución, los límites máximos y mínimos de las penas y la manera de aplicar la justicia penal por los jueces teniendo en cuenta la principal diferencia entre los sistemas del *common law* y los sistemas continentales.

Una vez estudiados estos aspectos para cada uno de los países se hará una síntesis con las principales diferencias que existen y se procederá a mencionar las cuestiones que necesitarían una revisión más profunda con vistas a una posible, si bien no muy probable, homogeneización del tratamiento de las penas privativas de libertad en el ámbito de la Unión Europea.

Con esto no se pretende hacer una propuesta para que se produzca tal modificación, sino tan sólo realizar una investigación teórica de las materias que tratan sobre dicha cuestión debiendo desembocar en una propuesta original que indique los puntos en los que aparecen más puntos discordantes. Dichos puntos son los que se deberían de tratar con más cuidado en caso de que finalmente se dé un paso más en la comunidad europea y se proceda a la creación de una regulación europea para la pena privativa de libertad.

4.4 Metodología.

Para la realización de este trabajo se han consultado distintas fuentes entre las que figuran textos legislativos de diferentes países, sentencias y jurisprudencia relativa al caso y, de forma principal, bibliografía elaborada por distintos autores como son libros de texto de referencia básica así como artículos doctrinales de revistas jurídicas.

Para la búsqueda de la citada información se han utilizado principalmente fuentes de internet fiables, entre ellas la página del BOE y bases de datos como El Derecho, Aranzadi Westlaw y Dialnet. También se ha buscado en la biblioteca algún libro o revista que pudiera resultar de interés en caso de que no fuese posible obtenerlo en formato digital.

Una vez localizados los textos, se procedía a una lectura rápida para ver si realmente su contenido podía ser de ayuda, y si así era, se añadía a una lista en Excel. En dicha lista, se incluían todos los trabajos que podían resultar de utilidad y permanecían guardados por secciones. Esta lista ha servido para facilitar su manejo a la hora de completar el trabajo y acceder a los documentos rápidamente si era preciso para revisar algún punto.

4.5 Plan de trabajo.

Previendo un período de trabajo de noviembre a abril, es decir hasta la entrega del trabajo, durante los meses de noviembre y diciembre se procederá a la búsqueda de información y fuentes para la elaboración del trabajo.

El mes de enero se usará para la elaboración de la primera parte del desarrollo, el concepto y fundamento de la pena privativa de libertad. Los dos siguientes meses se estudiarán los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros sobre los que versa el trabajo y se hará el estudio comparativo de los mismos.

En último lugar, la semana previa a la entrega del trabajo se extraerán las conclusiones del mismo y se revisarán los aspectos formales del mismo.

5 DESARROLLO.

Una vez explicado el propósito de este trabajo y analizados los antecedentes de la pena de prisión, así como su origen, parece conveniente dar una definición de este concepto

jurídico. Posteriormente, trataremos el fundamento que tiene este tipo de medidas que utilizan los poderes públicos para mantener la paz en la sociedad. Además, para terminar el desarrollo de este trabajo concluiremos con el tratamiento de esta institución en una serie de países, con un peso muy considerable dentro de la UE, a saber: España, Italia, Francia, Portugal, Alemania y Reino Unido (más concretamente Inglaterra y Gales).

Sólo se va a estudiar el régimen jurídico para estos países principalmente por dos razones; por una parte disponemos de una extensión limitada como para estudiar el ordenamiento de veinticinco países, y por la otra con el estudio de estos países podremos concluir si es posible un futuro proyecto para homogeneizar la pena privativa de libertad en el ámbito comunitario.

5.1 Concepto de pena privativa de libertad

Para comenzar, daremos una definición de pena criminal enunciada por De la Cuesta Arzamendi dada en la obra de Sánchez García de Paz *Comentarios al Código Penal.2010*, Lex nova, 2010, p. 275:

La pena criminal puede definirse como aquella privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por el legislador al culpable de la comisión de un delito a través de un proceso ante Tribunales de justicia y por medio de cuya amenaza se trata de disuadir a los ciudadanos de la realización de conductas delictivas⁷.

El artículo 32 CP establece los distintos tipos de pena que pueden imponerse en el sistema penal español: “Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa”. El art.35 CP establece, a su vez, los distintos tipos de penas privativas de libertad:

⁷ Vemos que este autor no prevé la finalidad de prevención especial, esto es, prevenir que el individuo realice más delitos en la comunidad, de manera que esta quede a salvo. De esto nos ocuparemos en breves momentos cuando estudiemos los fines de la pena.

“Son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa”.

Como se puede apreciar de la dicción de los preceptos anteriores, la pena privativa de libertad es una sanción de tipo penal impuesta a una persona, condenada en un procedimiento del mismo carácter, por la cual ve restringida su libertad por medio de su encarcelamiento en un centro penitenciario o siendo obligada a permanecer en su domicilio u otro lugar fijado por el juez o tribunal.

5.2 Fundamento de la pena: la pena privativa de libertad.

Para este punto, nos basamos en lo dicho por Demetrio Crespo *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pp.57, que afirma: “la pena criminal representa el más grave medio de intervención en los derechos y libertades del individuo, lo cual exige [...] una justificación y legitimación satisfactorias”.

Larga ha sido la discusión doctrinal acerca de la finalidad de la pena, y en concreto de la pena privativa de libertad. Hay tres tipos de teorías que se encargan de explicar el fundamento por el cual las conductas reprobables deben y tienen que ser castigadas.

5.2.1 Teorías absolutas.

Señala Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, pp.57 y 58, que en este tipo de teorías confluyen los pensamientos de tres vertientes distintas. Lo que tienen en común todas es ellas es el

carácter retributivo⁸ que se le da a la pena. Es decir, la pena es la consecuencia jurídica para quien haya sido encontrado como culpable en un proceso penal.

Las tres vertientes que se citan son la retribución moral, defendida por Kant entre otros, la de la retribución jurídica, argumento que sostuvo principalmente Hegel y por último, la retribución de carácter divino, que afirmaba Santo Tomás de Aquino en sus estudios religiosos y filosóficos.

Para ellos, la pena nunca puede ser empleada por los poderes públicos con otros objetivos distintos a castigar a quien haya cometido un delito. Es decir, no cabría nunca en las premisas de este razonamiento castigar a alguien con el fin de disuadir a la comunidad de la comisión de hechos delictivos similares, o de disuadir al propio individuo que ha delinquido, de actuar de nuevo de forma antijurídica.

5.2.2. Teorías relativas.

Este tipo de teorías defiende que el fin de la pena debe ser, no el escarmiento o retribución del individuo que ha cometido un delito con la imposición de una sanción, sino prevenir ulteriores tanto en la comunidad, como por quienes han delinquido ya. Por lo tanto, vemos que es una justicia no material a diferencia de la anterior, puesto que lo que se busca no es el castigo en sí mismo para el delincuente.

Su origen se encuentra en una etapa avanzada de la historia, como ya hemos mencionado anteriormente, siendo Beccaria uno de sus primeros defensores, al que luego sucedieron otros como Feuerbach en cuanto a la dimensión general de esta finalidad preventiva. En lo relativo a la prevención especial, encontramos en el mundo jurídico alemán la figura de Von Liszt. Todos ellos consideran que las penas van a ser más efectivas, si sirven

⁸ Señalan también los defensores de esta teoría, que la autonomía de la voluntad que desencadene en un acto reprobable jurídicamente es merecedora de una sanción, que además debe de ser ajustada a la gravedad, esto es, no se pueden imponer penas mayores para que el escarmiento del sancionado sirva de ejemplo para los demás.

para que no se produzcan hechos que perturben la paz social de la comunidad, los hechos delictivos⁹.

En nuestra opinión, estas teorías no es que prescindan de una parte objetiva, una persona ha cometido un delito, sino que tan sólo dicen que lo que se pretende castigando a un individuo, es procurar que no se produzcan más tarde otros actos similares. Por lo tanto entendemos que también piensan que hay retribución, pero que esta no es la causa y objetivo último de la sanción.

5.2.3 Teorías unitarias.

Por último sólo queda por hablar de este tipo de teorías, que son las más vistas en los cuerpos legislativos actuales. Parece que se ha superado ya la discusión que ha existido acerca de la cuestión y se han sintetizado en otras que recogen tanto la retribución de la acción como la prevención en sus dos tipos.

Nuestra propia CE recoge estos aspectos en su art.25.2:

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

Como se puede apreciar se recoge en el propio precepto la reinserción y la reeducación, los cuales son los fines que propugnaban los defensores de la prevención especial. Asimismo, la prevención general aparece de manera implícita en la expresión “el sentido de la pena” ya que si se limita a alguien en sus derechos es en parte con vistas a evitar que ese individuo lesione otros bienes jurídicos dignos de valor para el constituyente. No

⁹ En cuanto a esta prevención especial, tenemos que hablar de dos aspectos que encierra. Se conoce como prevención especial positiva, y prevención especial negativa y consisten respectivamente en conseguir que el individuo no vuelva a vulnerar las normas protectoras del Derecho Penal y proteger a la sociedad de otros actos delictivos de dicho sujeto.

obstante, no aparece recogido el principio retributivo, esencial dentro de la argumentación propia de las teorías absolutas.

Aun así, aunque en este precepto no se hace referencia alguna al concepto de retribución sí pensamos que está incluido. Nuestro parecer es tal si tenemos en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, que ya mencionaba en la STC 19/1988 que aunque ese precepto constitucional nombre los fines reeducadores y resocializadores de la pena, estos no eran los únicos, y que una pena impuesta no tenía por qué verse fundamentada en estos dos fines únicamente.

De esta forma queda claro que las penas, y las penas privativas de libertad pueden ser tanto con el fin de retribuir como consecuencia jurídica del delito como para disuadir de la perpetración de más delitos. Creemos que si la finalidad retributiva no tuviese realmente cabida, el Tribunal Constitucional se habría expresado en términos jurídicos más claros, sin limitarse sólo a desmentir que los fines de la pena sean resocializadores o de reeducación de forma exclusiva.

5.2.4. El fin de la pena en el Derecho comparado.

En el derecho comparado, el fin de la pena viene a ser el mismo para todos los casos, por lo que vemos que los principios democráticos y propios de un Estado de derecho son comunes a los ordenamientos de los países que integran la UE. Aunque el reconocimiento de estos fines no viene siempre recogido de forma directa en la Constitución sí aparece recogido en la legislación penal de los Estados.

Asimismo, seguimos defendiendo la postura anterior, en que si bien la función retributiva no aparece de forma explícita en las leyes de estos países si se puede intuir pues algunas medidas no pueden estar dirigidas a reeducar a un individuo. Sin embargo, el fin último de la pena hoy en día sí es la resocialización del individuo.

En primer lugar, encontramos un artículo parecido al recogido en el texto constitucional español, el 27.3º de la Constitución italiana que menciona también la reeducación y que por lo tanto engloba la prevención especial. De otro lado, acierta al añadir la doctrina, que si persiste la figura de la cadena perpetua¹⁰ también pueden tener las penas un fin retributivo, es decir, para castigar, puesto quien sea condenado a pasar el resto de su vida encarcelado, no necesita reeducación ni resocialización, puesto que no va a volver a vivir en la comunidad y ya no puede ser una amenaza para los demás.

Para el caso del Derecho francés, el fin de la pena no aparece recogido en la Constitución, sino que aparece en el Código Penal francés. La retribución aparece de nuevo con la recogida de la cadena perpetua en el art.131-1.1º, tal y como sucedía con el derecho italiano, consideramos este hecho como suficiente para constatar la existencia del fin retributivo de la pena, así como para la prevención general, puesto que ver privada la libertad de una persona durante el resto de su vida, disuade al resto de la comunidad de la comisión de nuevos delitos. Para la prevención especial, tenemos una pena específica en el sistema francés, que aparece en el art.131-3.5º de su Código Penal, el curso de civismo, que está claramente orientado a la reeducación y la resocialización del individuo.

El Strafgesetzbuch o Código Penal alemán también prevé la pena de cadena perpetua, de esta forma ya tenemos la retribución y la prevención general como en el caso francés o el italiano. Más concretamente se recoge en el art.38.1. Por los mismos motivos anteriores también entendemos que si una persona ha cometido un hecho delictivo de tal magnitud como para no permitírsele volver a la vida en comunidad será para castigo del condenado y para proteger a esa sociedad. Asimismo, el art.46 hace una clara alusión a la prevención especial puesto que la traducción del Código Penal realizada por López Díaz refleja que se habla de “la vida futura del autor en la sociedad”.

¹⁰ Sobre la figura del *ergastolo* o cadena perpetua en el ordenamiento penal italiano ya hablaremos posteriormente en el apartado en que se traten los distintos tipos de pena privativa de libertad en la Unión Europea.

El caso inglés¹¹, es el más complicado de todos sin lugar a dudas dentro de la Unión Europea debido a la ausencia de codificación así como por el amplio, aunque menguante, poder de los jueces y tribunales ingleses. Mientras que el Derecho penal de Inglaterra tiene su parte especial recogida en un número considerable de *Acts*¹², la parte general apenas dispone de ningún texto y se han ido recogiendo gracias al papel predominante de sus órganos jurisdiccionales.

A pesar de esto, si podemos encontrar esa protección a la comunidad en la *Criminal Justice Act* puesto que en ella se dice en su art.1.2 que la pena privativa de libertad sólo ha de imponerse en aquellos casos en los que sea la medida más adecuada para asegurar la seguridad del resto de dicha comunidad.

Aquí la finalidad retributiva de la pena privativa de la libertad es clara. El art.142.1a) establece que los tribunales pueden imponer una sanción, dentro de la sentencia, con el fin de castigar a los condenados. Por ello, la finalidad retributiva de la pena también queda amparada. En los subapartados que le siguen se mencionan otros cometidos como pueden ser la reducción del crimen, la rehabilitación de los delincuentes, la protección de la comunidad y que las personas afectadas por los delitos puedan obtener la reparación de los daños causados por el acto delictivo.

En Portugal, la alusión a la prevención se hace en el art.71.1 del Código Penal portugués por lo tanto vemos que el legislador también da preferencia a este tipo de fin de la pena privativa de libertad. En concreto se dice que a la hora de determinar la pena ha de tenerse en cuenta la prevención así como el grado de culpabilidad del condenado. Por lo tanto, si se diferencia entre estos dos conceptos, presuponemos que se debe a que existe al menos otro fin de la pena distinto a la prevención, que no será otro que el de la retribución.

¹¹ Conviene recordar, dada la primera alusión al derecho de Reino Unido, que la jurisdicciones de Inglaterra y Gales se encuentran unidas, mientras que Irlanda del y Escocia tienen su propia jurisdicción, si bien las leyes que promulgue el Parlamento inglés les pueden ser aplicadas.

¹² En el Derecho Penal especial tenemos varias *Acts* como las de los delitos contra el patrimonio, los delitos sexuales o el acta de homicidios. En ellas se regulan muchos de los aspectos concernientes a cada tipo de delito, si bien la regulación no es completa como muestra del escaso valor que han tenido los textos codificados en el ordenamiento jurídico inglés y una vez el borrador del *Criminal Code*, cuya redacción comenzó en 1989, no ha visto (ni se tienen muchas esperanzas) luz como un texto normativo.

En esta ocasión, como sucede en España, nos encontramos inmersos en un sistema penal que no contiene la cadena perpetua entre sus penas privativas de libertad (aunque como veremos cuando tratemos las modalidades de penas privativas de libertad más adelante, esto puede cambiar en un futuro próximo), de forma que no se puede afirmar en una primera instancia la finalidad del castigo en la pena de prisión u otras privativas de la libertad ambulatoria del condenado. No obstante y como sucedía en nuestro país, se recalca que el fin de las penas no es únicamente la prevención, aunque en este caso sea el legislador y no el Tribunal Constitucional portugués el que se encargue de hacer tal precisión.

Una vez analizados los casos en estos ordenamientos podemos ver como las tendencias de las teorías relativas han acabado prevaleciendo sobre las absolutas. Esto no debe extrañarnos ya que casa con todos los principios que los distintos países han ido adoptando en compromisos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, en concreto la interdicción de los tratos inhumanos o degradantes.

A pesar de lo escrito en las líneas precedentes, no debemos olvidar la existencia de medidas como la cadena perpetua o las declaraciones jurisprudenciales negando que la pena privativa de libertad tenga sólo un fin preventivo. Situaciones así en el mundo jurídico, hacen que pensemos que la finalidad retributiva de la pena no ha desaparecido, puesto que si así fuese y en aras del principio de seguridad jurídica, lo más conveniente serían menciones que lo demostraran.

Por otra parte, en cuanto a una posible armonización del Derecho Penal de la UE, o al menos en un tratamiento igualitario de la pena privativa de libertad hay que decir que el análisis del fundamento de la pena ha dado perspectivas favorables. Es lógico que esto suceda ya que, como hemos visto el pensamiento tuvieron autores como Beccaria, Feuerbach o Von Liszt acabó predominando frente a las teorías absolutas que defendían Kant y Hegel. Así, todos los legisladores o constituyentes de los países estudiados parecen tener preferencia por la prevención, y yendo aún más lejos, por la prevención especial en cuanto en varias se menciona medidas tales como la reeducación, el curso de civismo o la resocialización.

Por ello vemos que la unificación del Derecho Penal no es una opción utópica si tenemos en cuenta la finalidad de la pena. Seguiría teniendo una orientación más proclive a

la prevención, pero tampoco dejaría de lado la finalidad retributiva de la pena para castigar aquellos comportamientos que merecen un reproche mayor por su especial antijuridicidad como pueden ser los delitos de terrorismo, los delitos contra la vida o contra la libertad sexual.

5.3 Tratamiento de la pena privativa de libertad en algunos de los principales ordenamientos de la Unión Europea.

Para este apartado vamos a proceder al estudio de la institución jurídica de la pena privativa de libertad en los ordenamientos europeos ya tratados anteriormente para proceder en apartados posteriores a tomar conclusiones para una posible unificación del Derecho Penal de la Unión Europea en cuanto a sus penas privativas de libertad.

Pero antes de esas conclusiones, dentro de este mismo apartado, empezaremos estudiando los distintos tipos de penas privativas de libertad existentes en el Derecho europeo para proseguir con el método que tienen los jueces y tribunales para determinar los límites temporales de la pena en el caso concreto, viendo casos específicos para cada país. Veremos que existen casos particulares dentro de cada ordenamiento aunque también otros comunes si bien su regulación variará en aspectos materiales e incluso formales. Esta parte nos llevará los dos primeros subapartados dentro de este punto y ya reflejará grandes diferencias dentro de los países, con lo que veremos la dificultad de una posible armonización del tratamiento de la pena privativa de libertad en la UE.

Más adelante, nos detendremos en las medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad así como aquellas medidas que la puedan suspender. Dichas medidas se producen porque las autoridades legislativas europeas buscan ante todo, como hemos dicho previamente, la resocialización y reeducación del individuo. Es por este motivo que a veces se prefiera suspender la pena de un individuo antes que éste siga cumpliéndola. Sin embargo, este tipo de medidas, aunque sean para la mayoría de casos, en ocasiones no se dan por la especial antijuridicidad de los actos perpetrados por el sujeto activo. De esa misma forma, también a veces, en aras de esa resocialización y reeducación, y sobre todo para delitos de

menor calibre, se utilizan medidas alternativas o sustitutivas de este tipo de penas, puesto que se considera que pueden bastar para lograr los objetivos de la Política criminal y delictiva.

Por último, veremos el régimen de medidas accesorias que se pueden imponer al delincuente ante una sentencia condenatoria con la privación de la libertad. Esto sucede porque a veces, además del encarcelamiento, localización permanente y demás medidas, se le añaden otro tipo de sanciones a quien ha delinquido como la suspensión de derechos específicos, como la privación de un permiso de conducir o la inhabilitación del sufragio activo o pasivo. Así, esas penas accesorias se añaden a la pena privativa de libertad, aunque ésta sea la principal de las que se le imponen a un condenado.

5.3.1. Tipos de la pena de libertad en el Derecho comparado europeo.

Indica Tamarit Sumalla, *Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo*, 2007, que un gran número de ordenamientos penales en Europa poseen distintos tipos de penas¹³, concretamente dice que las más usadas son la pena de prisión y la multa. El resto de inhabilitaciones y demás sanciones se utilizan como penas sustitutivas de las mismas o como penas accesorias, es decir que se añaden a la principal, se usan para ocasiones más concretas como accidentes de tráfico con responsabilidad penal o un delito perpetrado por alguien que ostenta un cargo público. No obstante, no sucede lo mismo en Reino Unido, en las cuales también se añade un tercer tipo, las sanciones en la comunidad¹⁴.

¹³ Se hace referencia al poco uso de la pena privativa de libertad en el Derecho Penal sueco y el finlandés, por lo que, en palabras de Tamarit Sumalla: “el desarrollo de las terceras sanciones ha ido asociado a un descenso en el uso de la prisión”. Aunque no se vean las penas privativas de libertad de estos dos países, sí vemos que se alejan de manera más determinante en el uso de la pena de prisión que el resto de ordenamientos europeos, que siguen teniendo en ésta su medida privativa de libertad más utilizada.

¹⁴ El mismo autor recoge las distintas modalidades de estas penas, que pueden consistir en hacer trabajos para la comunidad, verse incapacitado o inhabilitado para el ejercicio u ostentación de ciertos derechos o verse sometido a controles de drogas. El conjunto de este tipo de medidas se llaman las *community sentences*, que, además se pueden imponer de forma separada o simultáneamente.

De otro lado, el orden a seguir en los siguientes apartados será el siguiente: en un primer momento nos adentraremos dentro del sistema penal español, siguiendo por el italiano, el francés, alemán y portugués para acabar con el sistema inglés. El motivo de estudiar en un primer momento el ordenamiento español radica en que la explicación en el resto de países será más sencilla al poder compararlo con nuestro sistema.

Cuando se vio el concepto de pena privativa de libertad, decíamos que en el Código Penal español, más concretamente en su art.35 en el cual se establecen como penas privativas de libertad la pena, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Mientras que la primera supone el encarcelamiento del condenado en un centro penitenciario, la localización permanente¹⁵ consiste, según el art.37 de ese mismo Código, en obligar al “penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado”. Este tipo de pena privativa de libertad puede cumplirse también en un centro penitenciario los fines de semana y los días festivos si es que la localización permanente es una pena principal o en atención al carácter reincidente en la conducta del sujeto activo, aunque es una opción tasada para aquellos delitos en los que se mencione expresamente dicha posibilidad. En último lugar, tenemos la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa: consiste en imponer a un condenado una pena privativa de libertad de un período de un día por cada dos días-multa que no haya satisfecho, puede consistir en alguna de las dos modalidades anteriores, pero si se trata de localización permanente no hay un límite temporal.

La pena de prisión superior a cinco años se considera una pena grave y de tres meses hasta cinco años, pena menos grave. La localización permanente, por su parte es pena menos grave si es de tres meses y un día hasta seis meses, mientras que las inferiores se reputarán como penas leves.

Pasando ya al caso italiano¹⁶, en primer lugar decimos, que al igual que el caso español, existen otros tres tipos de penas privativas de libertad contempladas en su Código

¹⁶ El Derecho italiano comprende dentro de su Código Penal, la pena de muerte, lo cual sorprende dentro de una legislación europea occidental, no así la cadena perpetua que continua en la mayor parte de ellos.

Penal, promulgado en 1930. El art.18 recoge los mismos: son *l'ergastolo* (es una especie de cadena perpetua), la reclusión y el arresto. Los dos primeros casos se pueden establecer como pena principal de quien haya cometido un delito, mientras que el arresto está reservado para las faltas (*contravvenzioni*). Por tanto ya se pueden ver las dos primeras diferencias, no recogen la localización permanente, pero si tienen la cadena perpetua, además se prevé pena de arresto para las contravenciones (faltas en España).

L'ergastolo es una pena privativa de libertad, con aislamiento nocturno del condenado así como la imposición de trabajos forzados, tal y como establece el art.22 del Código Penal italiano. La misma definición se haya para la reclusión y el arresto, con la diferencia de que tienen unos límites máximos.

Aunque no se mencionen de forma explícita como penas privativas de libertad en el sistema penal italiano, sí existen otras formas. La libertad vigilada¹⁷ (arts. 228 y ss.) y otras medidas se imponen como sustitutivas de la pena de prisión, pero no como pena principal por sí misma. Además, también se recogía la responsabilidad subsidiaria por impago de multa en el art.136 aunque luego este supuesto fue declarado inconstitucional por la sentencia de la *Corte costituzionale*, de 21 de noviembre de 1979.

En Francia, tenemos que acudir al Código Penal francés, aprobado el 22 de julio de 1992, y que entró en vigor el 1 de marzo de 1994. En él, se dividen las penas privativas de libertad en dos tipos, por una parte está la reclusión criminal y por otro la prisión, que es una pena correccional y no criminal como la anterior. No aparece una definición de las mismas en el texto legislativo, pero mientras que la primera puede ir desde los diez años a la cadena perpetua, la segunda puede ser como máximo de diez años, pues se reserva para casos en los que el delito cometido no es tan grave, casos para los que se reservan las penas criminales.

La existencia de la cadena perpetua casa con la del ordenamiento italiano, aunque a diferencia de éste, se considera como un tipo de pena de reclusión criminal y no una

Sin embargo, la *Corte costituzionale* italiana declaro inconstitucional el precepto recogido en el art.17.1 en su sentencia nº 168 de 28 de abril de 1994 dejando *l'ergastolo* como máxima pena de su sistema penal.

¹⁷ La libertad vigilada es una figura parecida a la localización permanente y que puede prohibir entre otras cosas el traslado a otra *comune* sin autorización del juez. Por otra parte, también se impone al condenado la obligación de estar siempre localizable.

institución jurídica distinta como sucede en Italia con *l'ergastolo*. Además, el art.136-1.12º-14º, establece penas sustitutivas de la pena de prisión, como la prohibición de ir a lugares determinados, de relacionarse con otros condenados concretos o con la víctima y otras personas relacionadas. Como dice Torres Rosell, en *Contenido y fines de la pena de localización permanente*, enero 2012, pp.2 y 3., el arresto domiciliario “comporta la prohibición de ausentarse del propio domicilio o del lugar indicado por el juez de aplicación de penas por el período que éste último determine”.

De igual forma, el art.132.25 dice que la pena de prisión inferior a un año puede ser sustituida por una pena de semi-libertad o de colocación exterior, en los cuales se debe regresar al centro penitenciario los días determinados por el juez o trabajar en aquel oficio designado por éste, respectivamente. De igual forma, el art.132-26.1 establece la posibilidad de controlar al condenado por un tercer medio, la colocación bajo vigilancia electrónica, por el que se tiene prohibido ausentarse del domicilio u otros lugares indicados por el juez.

Vemos que aquí es una pena sustitutiva de la pena de prisión, pero no un tipo de pena principal que se pueda imponer directamente como ocurre en el sistema penal español. No obstante estas dos diferencias señaladas apenas tienen trascendencia práctica en tanto que se pueden aplicar las mismas sanciones si bien la dicción legal de los preceptos es distinta. Ahora bien, hay que recordar que al ser penas sustitutivas, no se pueden añadir como accesorias a la pena de prisión, según el art.131-9 del Código Penal francés. Además, como en España y en contraposición al arresto de Italia, no puede condenarse a un reo a la pena de prisión por una falta.

Respecto a la responsabilidad subsidiaria por impago de multa, hay que decir que el art.131-25 establece que ante el impago de una sanción de días- multa, el condenado tendrá que ingresar en prisión durante el tiempo que corresponda a los días- multa no satisfechos por el mismo.

La regulación existente en Alemania se encuentra principalmente en su Código Penal o *Strafgesetzbuch* aprobado en 1871 para la Confederación del Norte de Alemania si bien luego el texto inicial ha sufrido numerosas e importantes modificaciones. En su Capítulo III, Título I se enuncian las penas privativas de libertad que pueden ser la cadena perpetua, la

pena de prisión así como la responsabilidad subsidiaria por impago de multa. Así no se prevé la localización permanente como una pena privativa de libertad principal.

Aunque no haya localización permanente tal cual, sí existe la sujeción a vigilancia de la autoridad, que no deja de ser una libertad condicional y cuyas medidas se encuentran en el art.68, entre las cuales destacan la imposibilidad de abandonar el domicilio, presentarse ante la autoridad judicial en un momento y/o lugar determinado o no ir a ciertos lugares, por ello se asemeja mucho a la localización permanente con la que contamos en nuestro ordenamiento jurídico.

La responsabilidad subsidiaria por impago de multa viene regulada en el art.43 y recoge una definición parecida a las ya estudiadas. Se explicita que la conversión se hará por un día de encarcelamiento por cada día de multa no satisfecho.

En Portugal, el texto legislativo de tipo penal más importante es el Código Penal portugués, que fue aprobado en su versión original por el Decreto Ley nº 400/82, de 23 de septiembre, y publicado por la Ley nº 59/2007, de 4 de septiembre, fecha en la cual se introdujeron las últimas reformas. Dicho Código no recoge una enumeración de las medidas privativas de libertad, sino que viene introduciéndolas en su Capítulo II, Sección I. Como se va a poder apreciar, la cantidad de medidas privativas de libertad en este ordenamiento es abundante, lo cual puede ser positivo para que el juez adecúe la pena al caso concreto con la modalidad que estime más conveniente.

La primera de estas medidas es la pena de prisión y la segunda la prisión por días *livres* que consiste en que el condenado debe pasar en el centro penitenciario los períodos que determine el juez, entre treinta y seis y cuarenta y ocho horas dentro del fin de semana. El régimen de semi-detención es similar al de semi-libertad que se encuentra en Francia, pues se deja al condenado a menos de tres meses de prisión que pueda seguir su oficio, estudios u otros asuntos a cambio de que cumpla una serie de obligaciones que se le impongan. Por lo

tanto, vemos que no existe la cadena perpetua al igual que en el caso de España, siendo los dos únicos países estudiados hasta ahora que no recogen esta sanción penal.¹⁸

En último lugar, también se recoge la pena de prisión subsidiaria por impago de multa, que es el caso que hemos estudiado en casi el resto de los ordenamientos, con la excepción de Italia, cuyo artículo análogo fue declarado inconstitucional como ya hemos visto.

Para finalizar el estudio de las modalidades de penas privativas de libertad, tan sólo nos queda el estudio del ordenamiento de Inglaterra, aunque en esta ocasión, y como ya hemos mencionado varias veces, no existe una codificación amplia, y en concreto, es sabida la inexistencia de un Código Penal. La regulación se encontrará en los *Acts* a los que ya nos referimos anteriormente, que aunque suelen ser cumplidos por los jueces no son vinculantes a la hora de tomar sus decisiones. Como señala Ashworth (*Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 5ª edición, 2010, p.3), el Parlamento inglés decidió dar cuerpo a toda la producción jurídica inglesa en lo referente a las sentencias en la *Powers of Criminal Courts Sentencing Act* del año 2000, luego modificado de manera posterior por la *Criminal Justice Act* aprobada en 2003, es decir, tan sólo tres años después de la PCCS.

De una parte, nos encontramos con la pena de prisión, así como en todos los ordenamientos ya vistos. La cadena perpetua tiene varias vertientes, así como en el resto de países que hemos visto se trataba de penas privativas de libertad de por vida, pero eran revisables a partir de un tiempo determinado. En el caso inglés hay tres tipos: una para los delitos más leves, otra para delitos más graves¹⁹, en cuyo caso la fecha mínima para la excarcelación del condenado es posterior en todo caso, y por último, se dan aquellas sentencias en las que el delito cometido por el sujeto activo es de tal antijuridicidad que nunca será puesto en libertad. En la actualidad hay menos de cincuenta sentencias de este tipo.

¹⁸ Más concretamente, la pena de cadena perpetua está abolida en Portugal desde 1884, siendo el primer país tanto europeo, como en el resto del mundo, en no incluir este tipo de sanciones dentro de su ordenamiento jurídico penal.

¹⁹ Tanto las penas de cadena perpetua para delitos más y menos graves tienen el horizonte temporal en el que será revisada la condena prefijado por el *Criminal Justice Act* y se conocen como *mandatory life sentences* por el hecho de que vienen fijadas por la ley el tiempo mínimo de condena así como el momento que se revisarán. Por el contrario, las sentencias en las que el individuo pasará el resto de su vida en el establecimiento penitenciario se conocen como *discretionary life sentences*.

Ya comentamos previamente la existencia de las *community sentences* que pueden llegar a ser medidas privativas de la libertad del sujeto condenado. Esto se debe a que según establece el art.177 del CJA, pueden consistir, entre otras, en una *curfew* que implica en permanecer en un lugar determinado durante el tiempo especificado por el juez o tribunal. También puede tratarse de una *exclusion requirement* que consiste en no asistir a ciertos lugares o medidas para controlar por medios electrónicos el paradero del condenado.

De esta forma, vemos que en los ordenamientos de la UE estudiados, en cuanto a los tipos de penas privativas de libertad, existe cierta uniformidad. Tan sólo en Portugal y en España no existe la pena de cadena perpetua, mientras que la pena de prisión es común a todos los países, si bien su regulación depende de un país a otro. Al ser cadenas perpetuas condicionales, esto es, sujetas a revisión, se abre una puerta a una posible unificación aunque no parece fácil que Portugal acepten la cadena perpetua, aunque quizás sea por aspectos más diplomáticos. En España, parece más fácil ya que el Proyecto de reforma del Código Penal que se está tramitando sí incluye la pena de prisión perpetua pero revisable, tal y como sucede en la mayoría de ordenamientos vistos.

Existen formas de libertad vigilada, semi-libertad o medidas análogas en casi todos los ordenamientos por los cuales se pueden imponer ciertas condiciones a los condenados como prohibir su asistencia a determinados lugares o la permanencia en su domicilio durante un tiempo determinado. Hay ciertas diferencias ya que unas se usan como penas para delitos que revisten menor gravedad, mientras que otras son sustitutivas de la pena de prisión, aunque esto se trata de una cuestión sobre la que se podría llegar a un acuerdo entre los distintos países.

En último lugar, respecto a la responsabilidad subsidiaria por impago de multa, sí se encuentra un problema importante, ya que como hemos dicho la *Corte costituzionale* ha declarado la inconstitucionalidad de este tipo de medidas. Por ello parece difícil que en una futura armonización Italia acepte volver a tomar esta sanción dentro su Código Penal, cuando ha sido eliminada por su órgano constitucional.

5.3.2. Límites temporales de la pena privativa de libertad en el Derecho comparado europeo.

En este apartado veremos eminentemente los límites temporales de las penas entre los cuales los órganos jurisdiccionales tendrán que imponer el período temporal concreto al cual condenan al acusado.

En España, la pena de prisión tiene un intervalo temporal que va desde los tres meses hasta los veinte años, como norma general. Sin embargo, a través de los mecanismos para determinar la pena incluidos en los arts.70 y 71, se pueden superar esos límites, aplicando las penas en su grado inferior o superior. Otros casos generales son el concurso de delitos, que puede superar ese límite, así como la pena impuesta por impago de multa, que puede ser inferior. Los casos específicos también tienen su presencia, siendo un ejemplo el incluido para delitos de terrorismo que llega a treinta años de prisión en caso de muerte de la víctima (art.572.2.1º CP). La localización permanente, a su vez, puede ir hasta los seis meses (art.37 CP) y puede cumplirse de forma seguida, fraccionada o por fines de semana según establezca el juez. La responsabilidad subsidiaria por impago de multa durará un día por cada dos cuotas de multa no satisfechas.

En Italia, la reclusión puede ir desde los quince días hasta veinticuatro días como norma general y el arresto puede ir desde cinco días hasta los tres años de duración. Con las circunstancias agravantes las penas aumentan un tercio y las atenuantes lo disminuyen en un tercio (arts.64 y 65 CP italiano). Para el caso de *l'ergastolo* la pena pasa a ser una pena de reclusión de veinte a veinticuatro años. Los dos siguientes artículos regulan la situación en caso de que haya varias circunstancias agravantes (nunca puede superar el triple con límites de treinta años para reclusión y cinco para arresto) o atenuantes (la cadena perpetua sólo puede ser disminuida hasta los diez años, sin límite para el resto de penas).

En el ordenamiento francés, el Código Penal prevé en su art.131-1 cuatro grados para la reclusión criminal, con penas máximas de perpetuidad, de treinta años, de veinte y por último de quince años. Además de esto, se incluye un límite inferior absoluto para todas de diez años y en caso de reincidencia, las de veinte o treinta años pasan a ser de perpetuidad, mientras que las de quince años, tendrá el máximo en treinta años. Por otro lado, las penas

de prisión pueden imponerse en ocho grados (art.131-4), siendo el máximo de la menor de dos meses, mientras que el máximo puede llegar hasta los diez años. Si el condenado reincide, se duplica el máximo y el importe de la multa.

La prohibición de ir a lugares determinados, de relacionarse con otros condenados concretos o con la víctima y otras personas relacionadas puede alcanzar una duración máxima de tres años. Los regímenes de semi-libertad, de colocación exterior y de colocación bajo vigilancia electrónica, se extienden por el tiempo que faltase por cumplir de la pena de prisión, siempre menor o igual a un año. La responsabilidad subsidiaria por impago de multa dará lugar al encarcelamiento del condenado por el número de días correspondientes a las cuotas de días- multa no satisfechas.

En el Código Penal alemán, el máximo de la pena de prisión temporal llega hasta los quince años, siendo el mínimo de un mes a tenor del art.38.2. En caso de atenuantes la cadena perpetua pasa a ser una pena de prisión no inferior a tres años, y las de prisión temporal, los máximos pasan a ser de tres cuartos (art.49). Los mínimos pasar a ser de tres años, si el mínimo de la pena principal era de cinco a diez años, de seis meses si era de dos o tres años y de tres meses si el mínimo anterior era de un año. Las restantes pasan a tener un mínimo de un mes. Los agravantes se establecen según la Parte Especial de dicho Código sin que se mencionen límites en la Parte General.

La vigilancia judicial del condenado, por el art.68.1c) puede tener una duración de dos a cinco años, aunque este límite puede ser disminuido si así lo considera oportuno el juez. El apartado segundo regula los supuestos en los que ese límite superior se puede aumentar. De otro lado, la responsabilidad subsidiaria por impago de multa corresponde a un día de prisión por cada día- multa que se haya dejado de pagar.

En Portugal, el Código Penal establece un límite genérico al empezar a hablar de las penas de prisión en el art. 41.1, diciendo que el límite mínimo es de un mes y el máximo de veinte años. Además, en el siguiente subapartado, impone un límite absoluto diciendo que las penas de prisión en ningún caso pueden ser superiores a veinticinco años. El art.45.2 dice que las penas de prisión por *dias livres* tendrán un máximo de dieciocho períodos de entre

treinta y seis y cuarenta y ocho horas, contando estos períodos como cinco días de prisión continua.

Por otro lado, el régimen de semi-detención, al ser una pena sustitutiva de las sentencias a la prisión menores de tres meses, va a tener la duración que debiese cumplirse todavía por dicha sentencia.

Las atenuantes aparecen en los arts.72 y ss. y en el art.73.1.a) y b) se dice que el límite superior se reduce en un tercio, y el límite inferior en un quinto si la pena es de tres años o superior, mientras que si es menor, se reduce hasta el mínimo legal, que como hemos visto, es de un mes. La reincidencia, a su vez, se establece en los arts.75 y 76. En estos casos, el límite mínimo de la pena aumenta en un tercio, y el límite máximo permanece igual que para el caso de un delito sin reincidencia.

En Inglaterra, el *Schedule 21* de la CJA establece los puntos mínimos de cumplimiento de pena en una *mandatory life sentence*. Se ponen varios puntos de partida, según la gravedad del delito cometido y de la intención del infractor. De esta forma, hay varios puntos de partida como pueden ser treinta años, mientras que para otros casos son quince o doce, que es el mínimo punto de partida para una *mandatory life sentences*. Por ello, vemos que en pocos casos este tipo de condenas son de cadena perpetua. Las *discretionary life sentences* se reservan para casos de asesinato, robo o violación, y recordamos que en estos casos la pena es perpetua.

Las penas de prisión se establecen dentro de los *Acts* para cada delito, pero de las Secciones 224-227 se establecen casos en los que para penas de prisión menores de diez años se deben imponer sentencias más altas. Son casos de especial violencia o de carácter sexual del delincuente, en los que se pueda prever un posible daño ulterior a la víctima, pero se deja a discreción del juez el endurecimiento de las penas.

Ya sabemos que en cuanto a las *community sentences*, existen diferentes tipos. De esta manera, explicaremos los dos tipos que vimos antes, la *curfew requirement* y la *exclusion requirement*. La primera puede durar hasta seis meses, para quedarse en un lugar determinado por el Juez o Tribunal por un período entre dos y doce horas de un día. La segunda, no obstante, puede llegar hasta una duración de dos años.

Respecto de las circunstancias agravantes y atenuantes se establece que en los casos en los que aparezcan, las sentencias se deben imponer conforme a las mismas, y aunque aparecen numerosos casos dentro de la CJA de 2003 como ejemplos de agravantes o atenuantes, no se establecen plazos concretos en que las penas se alargan o contraen.

Una vez terminado este apartado, y sin tomar en consideración la cadena perpetua, vemos que las penas más duras se imponen en España y en Italia, luego seguida de Francia y Reino Unido, teniendo en último lugar a Alemania y Portugal.

Si las diferentes medidas punitivas de penas privativas de libertad ya eran diferentes en los distintos países estudiados, vemos que aquí las diferencias se acentúan puesto que se recogen márgenes muy distintos para aplicar las penas. Además los poderes de los órganos jurisdiccionales son muy divergentes, ya que algunos utilizan la pena superior o inferior en grado, como en España, mientras que en otros se utilizan tres cuartos como en Alemania, e incluso países como Portugal con reducciones de un tercio y hasta de un quinto del tiempo especificado de condena.

Por esto, vemos que los límites temporales para la determinación de la pena pueden suponer un gran obstáculo para la unificación del tratamiento de las penas privativas de libertad, en cuanto a los diferentes plazos que se imponen. Además, los, aún más si cabe, distintos mecanismos de los que se valen los legisladores para aumentar o disminuir las penas en función de los hechos circunstanciales que cualifican o minoran la antijuridicidad del delito hacen suponer que para un futura armonización haría falta un gran consenso por parte de los Estados Miembro, para llegar a cambios materiales muy sustanciales dentro de sus propios ordenamientos.

El análisis de los límites temporales para la determinación de la pena privativa de libertad, por lo expuesto dentro de este punto, es un problema serio para las aspiraciones a unir el tratamiento de las penas privativas de libertad dentro del espacio económico y político de la Unión Europea.

5.3.3. Medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad en el Derecho comparado europeo.

Como decíamos anteriormente, la orientación o finalidad principal de las penas es la resocialización o reeducación del preso, esto es, el fundamento preventivo especial de las mismas. Es por eso, que en ocasiones, el legislador prevea mecanismos con los cuales un condenado no tiene que afrontar la ejecución de la sentencia impuesta, sino que se cambian a otras, por entender que estas son mejores para la futura reintegración de quien ha delinquido en sociedad.

En este sentido, el propio Ministerio de Interior explica la finalidad con la que se toman estas medidas sustitutivas, suspensivas o los trabajos en beneficio de la comunidad “[s]e pretende con ellas evitar los efectos desocializadores que implican las penas privativas de libertad, y hacer, de alguna manera, que la persona condenada puede reparar el daño causado a la sociedad desde ésta misma”.

Vista ya la finalidad de este tipo de medidas, procedemos a la explicación de cómo están reguladas en los distintos ordenamientos jurídico-penales de los países que estamos estudiando.

En el Código Penal español, estas medidas se establecen en los arts.89 y 90. Se establece que las penas privativas de prisión menores a un año pueden ser cambiadas por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad. Si la pena es de hasta seis meses, se puede sustituir por la localización permanente. Las sustituciones se hacen por un día de localización permanente o de trabajos en beneficio de la comunidad por cada día de pena de prisión o por dos cuotas de multa por cada día de pena de prisión. En casos excepcionales, y para reos que no sean habituales, se puede sustituir la pena de prisión inferior a dos años por multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad.

De igual manera, el art.89 se encarga de los supuestos en que un extranjero sin residencia legal en España ha sido condenado a una pena de prisión de hasta seis años de duración. La sanción sustitutiva de dicha pena se establece en la prohibición de volver a

territorio español por un tiempo entre cinco y diez años, con la condición de que, en caso de que el condenado volviera a España en dicho período, se apliquen las penas sustituidas.

Por su parte, en Italia, las penas sustitutivas de las penas de detención se encuentran en la L. 689/81, por la que se modifica el Código Penal, aprobada por el Congreso de los Diputados de Italia el 24 de noviembre de ese mismo año, entrando en vigor el 15 de noviembre. Se prevén la semi- detención y la libertad controlada en los arts.55 y 56. La primera comporta la obligación de permanecer en el domicilio propio o en otro lugar indicado por el juez o tribunal durante diez horas al día. La libertad controlada implica la prohibición de ausentarse de la residencia sin autorización del órgano jurisdiccional. Se puede imponer la semi- detención cuando la pena de prisión es inferior a doce meses, la libertad controlada si es inferior a seis meses y por la multa en caso de que la pena sea menor a tres meses.

Tanto una como otra, según el art.57.3, la equivalencia se sitúa en un día de pena sustitutiva por pena de prisión. El 57.2 dice que la pena de multa se considera siempre como tal a pesar de que pueda ser sustitutiva. El límite para poder sustituir la pena de prisión por estas medidas en caso de reincidencia en el intervalo de cinco años desde la condena, es de dos años de pena de prisión. Además, no se puede aplicar para ciertos delitos, que se establecen en el art.60.1.

Para Francia, el Código Penal no establece un capítulo en concreto para las penas sustitutivas de la pena de prisión, sino que se recoge dentro de la regulación que hay para dichas penas. El art.131-5.1 establece la posibilidad de que el juez imponga, en lugar de la pena de prisión, una pena para seguir un curso de civismo. Por lo tanto, como veíamos antes, esta es una medida característica del ordenamiento penal francés y parece muy acertada, en tanto permite al juez decidir que el condenado no vaya a la prisión y sí siga un curso encaminado a su resocialización, en busca de ese fin preventivo de la pena.

En el 131-6 se establecen varias prohibiciones o inhabilitaciones especiales como medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad como, por ejemplo, la retirada del carnet de conducir, de la licencia de armas, prohibiciones para relacionarse con ciertas personas o acudir a ciertos lugares. El 131-7 incluye la posibilidad de condenar, de forma sustitutiva, al condenado a realizar trabajos en favor de la comunidad, tal y como ocurre en la mayoría de

los ordenamientos europeos. Se incluye la duración de esos trabajos en favor de la comunidad, que es de doscientas cuarenta horas.

Recordamos la existencia del régimen de semi-libertad, para penas de prisión inferiores o iguales a un año y el del régimen de colocación exterior o vigilancia bajo medios electrónicos, para penas privativas de libertad de igual plazo.

En el ordenamiento alemán no se recoge una regulación general dentro de su Código Penal sino que por norma general se pueden sustituir por multa, siempre que no excedan unos límites. Así, la pena privativa de libertad inferior a seis meses puede ser sustituida por la multa, tal y como indica el art.47.2. Asimismo, se indica que un mes de pena privativa de libertad corresponde a treinta cuotas.

La Parte Especial sí que recoge otras medidas más concretas como alternativas a la pena de prisión. Estos casos se dan como la confiscación de bienes en delitos de carácter patrimonial (arts.73 y ss.) o el pago de una cantidad dineraria a entes de carácter fundacional o asociativo sin ánimo de lucro (art.56).

El Código Penal portugués dice en su art.44 que las penas de prisión no superiores a seis meses, se sustituyen por otra pena privativa de libertad de las vistas anteriormente, o por la pena de multa, excepto en aquellos casos, en que, en aras de la prevención, fuera necesaria la aplicación de la pena de prisión. Las penas de prisión inferiores a tres meses, que no debiesen ser sustituidas por multa u otras privativas de libertad, se pueden cumplir en el régimen de *dias libres* que ya explicamos anteriormente. Lo mismo cabe decir para el régimen de semi-detención que se incluye en el art.46.

Para Reino Unido, entendiéndose por tal Inglaterra y Gales, vamos a seguir lo dicho por Fernández Muñoz, *La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla*. Universidad Autónoma Nacional de México, 1993, pp.140-151.

Dentro de las medidas privativas de libertad alternativas a la prisión, se incluye la posibilidad de que se cumpla la condena en un establecimiento externo, concretamente en un hospital. Para las medidas que no son privativas de la libertad, encontramos la compensación del daño causado a la víctima, mediante el pago de una cantidad, medidas de inhabilitación

para el condenado, medidas de reeducación sujetas a la supervisión de la autoridad jurisdiccional, y sobre todo, la *probation*. En ella se deja en libertad al condenado, pero se le imponen una serie de obligaciones, quedando bajo la supervisión de un asistente, que comprobará que se cumple el contenido de dichas obligaciones.

Por lo tanto, aquí observamos también profundas diferencias. Mientras que en algunos países como Alemania o Portugal se aboga por la sustitución de las penas privativas de libertad por la imposición de multas, vemos otros ordenamientos que prefieren la utilización de medidas más orientadas a la resocialización del individuo como Francia, con su curso de civismo, o de Reino Unido, con las *community sentences*.

También observamos medidas más duras como en España con la localización permanente, la semi-detención de Italia o la semi-libertad de Francia. Por lo tanto, vemos que las medidas alternativas a la prisión establecidas por los legisladores dependen del país y tienen una profunda dispersión. Esto tampoco es algo positivo para una posterior unificación en el Derecho de la Unión Europea, puesto que las diferencias que se han puesto de manifiesto nos hacen pensar que al haber distintas modalidades de pena, y al poder sustituidas por diferentes tipos de medidas alternativas, hacen que sea difícil a llegar a una postura común por los Estados Miembro.

5.3.4. Medidas que suspenden la pena privativa de libertad en el Derecho comparado europeo.

Estas medidas tienen la misma razón que ser que las anteriores. En otras palabras, se imponen cuando se considera más beneficioso para la sociedad, así como para el condenado que el individuo no cumpla su condena sino que se le da la oportunidad para que no vuelva a delinquir.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad se regula en los arts.80 y ss. del Código Penal español. Se permite suspender la ejecución de una pena privativa de libertad inferior o igual a dos años, por un período de dos a cinco años para penas graves y

de tres meses a un año para penas leves. A esto hay que añadir el requisito de que sea la primera condena para el sancionado así como la obligación de no volver a delinquir durante el período que esté suspendida la pena y de cumplir las obligaciones adicionales que se hayan impuesto.

Si el sujeto activo del delito vuelve a cometer otro nuevo en el plazo de la suspensión, se revocará la suspensión de la pena, derivando posteriormente en la ejecución de la misma. Si lo que se incumple es un deber u obligación adicional, lo que sucede es que el juez o tribunal sustituye dicha obligación, se revoca la pena o se prorroga el plazo durante el cual la pena se encuentra suspendida.

En Italia, la regulación se encuentra a partir del art.163 del Código Penal italiano. En él se dice que la pena de reclusión o de arresto, no superior a dos años, puede suspenderse durante cinco años en caso de delito, y de dos años para el caso de la contravención (nuestra falta). Aquí debe de ser la primera condena por delito, aunque puede estar condenado por falta. En caso de incumplirse las medidas impuestas por el juez o tribunal, se produce la revocación de la pena.

El Código Penal francés incluye la suspensión condicional de las penas en sus arts.132-29 y ss. Aquí se puede beneficiar cualquiera que no haya sido condenado en los cinco años precedentes a una pena de prisión o de reclusión. El plazo de suspensión de la pena para las condenas por delitos es de cinco años, durante los cuales no se podrá volver a ser condenado a pena de reclusión o prisión. Para el caso de las faltas, dicho plazo es de dos años.

El *Strafgesetzbuch* alemán prevé en su Título IV la posibilidad de suspender la pena privativa de libertad, concretamente en los arts.57 y 58. La suspensión condicional puede proceder para aquellas penas de menos o igual a un año de prisión, llegando a casos excepcionales, en los cuales éstas pueden ser de hasta dos años. Como en el ordenamiento español, la suspensión de la pena se produce durante un mínimo de dos años hasta un máximo de cinco años. De igual forma se pueden imponer condiciones, inhabilitaciones u obligaciones especiales. Si se incumple la suspensión condicional, tendrá lugar la revocación

de la misma, pasando a la ejecución de la condena; mientras que, si por el contrario, pasa el plazo para el cual se estableció la libertad condicional, se produce la condonación de la pena.

En Portugal, volvemos a ver un régimen, en los arts.50 y ss., más benévolo con el condenado, ya que se pueden suspender penas de hasta tres años de prisión, mientras que en el resto de casos era de dos años. Además, el período de suspensión puede ir de un año hasta los cinco, por lo que vemos que la pena puede llegar a su remisión en tan sólo un espacio de doce meses, esto es, un año antes que en el resto de las regulaciones europeas.

Encontramos un régimen parecido para las obligaciones y compromisos que adquiere el condenado para obtener la suspensión de la pena así como para la aplicación de la condena en caso de que sea revocada la suspensión. Una vez transcurrido el plazo de la suspensión sin que se hayan quebrantado las obligaciones y reglas de conducta, y desde luego, sin que el reo haya vuelto a delinquir, tiene lugar la extinción de las penas (art.57).

Terminamos este apartado con el ordenamiento jurídico penal inglés, concretamente, con sus *suspended sentences*. Éstas se prevén en la CJA de 2003, en el art.189. Se establece que las penas de prisión de entre veintiocho y cincuenta y una semanas pueden suspenderse imponiendo obligaciones especiales. De igual manera, se incluye la necesidad de cumplir esos requerimientos adicionales así como la obligación de no cometer ningún otro delito durante el plazo establecido. El condenado se somete a un período de supervisión de seis meses a no más de dos años, por lo que aquí vemos que es otro régimen menos duro que los primeros que estudiamos.

5.3.5. Medidas accesorias a la pena privativa de libertad en el Derecho comparado europeo.

Nos queda un último subapartado antes de proceder a la exposición de las conclusiones de este estudio, las medidas accesorias. Hay a veces, que el juez o tribunal consideran oportuno, en atención a la gravedad del delito, la consideración del sujeto activo

o a la concurrencia de diversos elementos que han aparecido en su comisión, añadir a la pena principal una serie de inhabilitaciones o sanciones accesorias.

El Código Penal español dispone las reglas relativas a las penas accesorias en los arts.54-57. La regla general es que las penas de prisión de diez años o superior, llevan anejas la pena accesoria de inhabilitación absoluta. Las menores pueden tener una serie de medidas como la inhabilitación para el ejercicio de cargo público, el sufragio pasivo, profesión u otras como la privación de la patria potestad.

Por otra parte, en la legislación italiana, las penas accesorias se mencionan en una lista, precisamente en el art.19 de su Código Penal. Éstas se explican posteriormente, a partir del art.28. Prácticamente encontramos los mismos tipos que en la regulación española, con inhabilitaciones para ejercer un oficio de carácter público, cualquier tipo de profesión o arte, así como también otros tipos.

En Francia, los casos de penas accesorias se reservan para la regulación específica para cada delito en el art.131-10 del Código Penal francés. En dicho precepto se establece cláusulas genéricas sin disponer medidas concretas, por ejemplo, retirada de un derecho, obligación de hacer, inmovilización o clausura de un establecimiento.

En el caso alemán, se incluyen una lista de penas accesorias a partir del art.44 del *Strafgesetzbuch*. Entre las penas posibles está la retirada de un carnet de conducir, prohibición de sufragio pasivo, ejercicio de cargo público... Por lo tanto, vemos que estas medidas son las que existen en los ordenamientos que hemos visto anteriormente.

El Código Penal portugués establece en su art.65 que ninguna condena al acusado por la comisión de un delito lleva directamente la aplicación de medidas accesorias que comporten la pérdida de derechos civiles, profesionales o políticos, no obstante la ley sí puede establecer algunos determinados. En los artículos que le siguen, se establecen los distintos tipos de medidas incluidas, aunque son prácticamente las mismas que hemos visto hasta ahora.

Para Inglaterra y Gales, las sentencias son impuestas caso por caso y la ley no vincula, por lo que las medidas accesorias como tal no se imponen, sino que la sentencia incluye

varias penas o únicamente una, de forma que no hay un capítulo específico en el CJA que recoja este tipo de medidas. A pesar de lo expuesto, algunas de las medidas que se imponen en el Derecho inglés son parecidas a las que vemos en los ordenamientos.

De esta forma, vemos que existe una gran uniformidad dentro de la regulación de las penas accesorias y no existirían mayores problemas para hacer coincidir las posturas de los Estados Miembro para un tratamiento parejo de estas medidas adicionales a la pena principal. Cabría mencionar la diferencia de Inglaterra, pero parece que se podría llegar a un acuerdo para su reconocimiento.

6 CONCLUSIONES.

Una vez terminado el análisis de la pena privativa de libertad tanto para sus finalidades en el ámbito europeo como para sus aspectos sustantivos dentro de las regulaciones de los EM, vamos a proceder a extraer las conclusiones para ver si es posible una futura unificación en el tratamiento de la pena privativa de libertad en la Unión Europea. Antes de proceder con las mismas, debemos mencionar la gran dificultad que supondría una futura unificación, por lo que las conclusiones que se deberían obtener para ver factible la futura deberían de ser muy positivas.

- Decíamos anteriormente que las teorías relativas han acabado prevaleciendo sobre las absolutas, a tenor de una mayor concienciación y humanización debidas a las declaraciones de derechos. Por el contrario, la cadena perpetua sigue existiendo en casi todos los ordenamientos jurídicos penales a excepción de Portugal y España, e incluso, en España, puede llegar a volver dicha institución jurídica. Con todo, en cuanto a la armonización del Derecho Penal de la UE hay que decir que no sería necesaria una negociación amplia por parte de los países, y no obstante, para que dicha armonización se produjese habría que convencer a países como Portugal para que aceptasen volver a incluir la pena de cadena perpetua dentro de su regulación penal.

- Con referencia a los tipos de penas privativas de libertad, se puede decir en líneas generales que se aprecia bastante uniformidad. Destaca el caso mencionado anteriormente de la ausencia de cadena perpetua en España y Portugal. Y como decíamos, no es algo sencillo que Portugal acepte volver a imponer penas de por vida, aunque éstas sean revisables.

- Las formas de libertad vigilada serían un menor problema ya que la principal distinción radica en que algunos países la utilizan como medidas privativas de libertad y otras como sustitutivas de la pena principal. Que sea un menor problema no significa que fuera sencillo, ya que es muy diferente un libertad vigilada después de un período de encarcelamiento, que sustituirla desde el principio, o tomando medidas accesorias.

- Para las multas, sí hay un problema mayor y es que el órgano constitucional italiano se ha mostrado totalmente contrario a la pena privativa de libertad como pena subsidiaria en caso de impago de la multa. Es una cuestión difícil en la que sería extraño un cambio de jurisprudencia en Italia y costaría mucho encontrar un punto intermedio. En todo caso, la solución pasaría por ese cambio jurisprudencial, pues la idea del encarcelamiento por insolvencia del condenado, es patente en el acervo europeo.

- Quizás el punto más controvertido se encuentra en los aspectos temporales de la pena privativa de libertad y los mecanismos de los que disponen los órganos jurisdiccionales a la hora de determinar la pena concreta. Esto es lógico ya que mientras que la finalidad y los tipos de penas privativas de libertad pueden ser más o menos comunes, los criterios de los que hablábamos dependen de la política criminal que decidan aplicar los legisladores. Aquí sí sería totalmente necesario un esfuerzo y puesta en común para todos los países miembro de la UE para determinar los mecanismos de atenuantes, agravantes, límites temporales y demás aspectos de la determinación de la pena. Es por esto que haya que concluir que es muy difícil un

posible acuerdo en este punto ahora mismo, ya que las distintas legislaciones deberían acercarse primer por separado, para luego establecer puntos comunes entre todos.

- En las penas sustitutivas de libertad tambien hay grandes distinciones. Por una parte en Reino Unido, Francia o España las penas sustitutivas encaminadas a la reintegración y reeducación de los condenados, pero por otro lado, Alemania y Portugal prefieren cambiar las condenas por la compensación al dañado con el pago de una multa por el condenado. De igual forma, hay penas que son sustitutivas en algunos países que son accesorias en otros ordenamientos. Es por estos motivos que vaya a ser difícil llegar a un consenso entre los Estados Miembro, al menos mientras que sus Códigos Penales sean tan distintos.
- Las medidas de suspensión de las penas y las penas accesorias muestran más homogeneización dentro de las regulaciones, pero siguen existiendo pequeñas diferencias que deberían de ser limadas para poder hablar de una homogeneización del tratamiento de la pena privativa de libertad en la Unión Europea.

Por todos los motivos aducidos, hemos de concluir que para que pueda existir una regulación única de las penas que privan de libertad deben producirse serios cambios en las leyes de los países estudiados. Ahora mismo no parece probable una unificación, pues aunque existen muchos aspectos congruentes y similares, hay muchísimos otros que la impiden. No existen los mismos tipos de penas y tampoco los mecanismos para establecerlas son los mismos, sin olvidar sentencias jurisprudenciales de los órganos constitucionales que hacen difícil la unificación, así como otros aspectos recogidos en las leyes de los países que difieren enormemente. Quizás sea posible en un futuro, pero hasta que la Unión Europea no consiga un compromiso fuerte de los países para que acepten sus Directivas en materia penal, en vez de sus propias medidas, no será posible un tratamiento igual de la pena privativa de libertad dentro de la Unión Europea.

7 BIBLIOGRAFÍA.

1. **CÁRDENAS RUIZ, M.**, *Las teorías de la pena y su aplicación en el Código Penal, Derecho y Cambio Social (Revista). Núm.2.*
<http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/pena.htm>. Consultado a fecha de 12 de marzo de 2014.
2. **RUIZ-JARABO COLOMER, D.**, *Prisiones privadas* Akal, Madrid. n.2 p.44
3. **ALVARADO SÁNCHEZ, R.**, *Perspectiva histórica y problemas actuales de la institución penitenciaria en España*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012, p.29-34.
4. **ROTH, M.P.**, *Prisons and prison system: a global encyclopedia*, Greenwood Press, Westport, 2006, pp. 129-130.
5. **BONESANA, C.** *Tratado de los delitos y las penas*, 2004, pp. 59-60.
6. **SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.** *Comentarios al Código Penal.2010*, Lex nova, Valladolid, 2010, p. 275
7. **DE VICENTE MARTÍNEZ, R.** *Estudios de criminología*, volumen II, Ediciones Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 1999, p.224
8. **DEMETRIO CRESPO, E.** *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pp.57-67.
9. **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad número 593/1987. Sentencia número 19/1988, de 16 de febrero.
10. **DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.** *Código penal francés traducido al español*, Facultad de Derecho, San Sebastián, 2005.
11. **LÓPEZ DÍAZ, C.** *Strafgesetzbuch*, 32a., edición, Deutscher Taschenbusch Verlag, C.H. Beck, Munich, 1998.
12. **GONZÁLEZ HARKER, L.J.**, *Situación penitenciaria y pena privativa de libertad*, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, 2000, pp. 1-46 y 142-161.
13. **GÓMEZ TOMILLO, M.** (Dir.). *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp.286-296 y 333-416.

14. **TAMARIT SUMALLA, J.M.** *Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo.* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007.
15. **DE LEÓN VILLALBA, F.J.** *La pena privativa de libertad en el Derecho comparado,* Revista General de Derecho Penal, Iustel, 2004.
16. **TORRES ROSELL, N.,** *Contenido y fines de la pena de localización permanente.* Revista InDret, Barcelona, enero 2012, pp.2-9.
17. **ASHWORTH, A.,** *Sentencing and Criminal Justice,* Cambridge University Press, Cambridge, 5ª edición, 2010, pp.3-9.
18. **FERNÁNDEZ MUÑOZ, D.E.,** *La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla.* Universidad Autónoma Nacional de México, México D.F., 1993, pp.140-151.
19. **RANGIL LORENTE, A.,** *Algunas cuestiones sobre el Derecho de la Unión Europea,* p.4.