

EL ARRESTO DE FIN DE SEMANA: LECCIONES A APRENDER DE SU BREVE HISTORIA (Sobre las razones y excusas para su reforma)

DANIEL VARONA GÓMEZ*
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Girona

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. EL EFECTO DE DESPLAZAMIENTO DE LA PENA DE ARRESTO DE FIN DE SEMANA. II.1. Los datos estadísticos sobre la aplicación práctica de la pena de arresto de fin de semana. II.2. El papel reservado por el legislador a la pena de arresto de fin de semana. III. ¿EN QUÉ CASOS SE HA PRODUCIDO EL DESPLAZAMIENTO? IV. VALORACIÓN DEL EFECTO DESPLAZAMIENTO. V. CONCLUSIONES: ¿REFORMA EN QUÉ DIRECCIÓN?

* Este trabajo tiene como origen la comunicación que con el título «The experience of a new penalty in Spain: the weekend detention» presenté en el II Congreso de la Sociedad Europea de Criminología, celebrado en Toledo (septiembre de 2002); y fue finalizado en la Universidad de Oxford gracias a la beca de movilidad del profesorado concedida por la Secretaría de Estado de Educación y Universidades (octubre 2002-mayo 2003). En este camino se ha beneficiado de los generosos comentarios de José Cid y Beatriz Tebar, a los que estoy muy agradecido. Este estudio se inscribe en el proyecto de investigación «Protección de la Víctima y Rehabilitación de los delincuentes en libertad» (BJU2001-2075). Agradezco también a la Universitat de Girona la ayuda prestada para llevar a cabo esta investigación (Grup de Recerca GRHCS59).

I. Introducción

La pena de arresto de fin de semana (en adelante AFS) fue bienvenida por la mayoría de la doctrina penal española, al considerarla una de las nuevas formas de penalidad que tenían como objetivo último la reducción del uso de la prisión (en concreto, de las penas cortas privativas de libertad) en nuestro sistema penal. Se solía de este modo señalar que el AFS era una pena que estaba en condiciones de sustituir a la prisión de corta duración (inferior a seis meses), por presentar un evidente contenido punitivo¹, que funcionaría como eficaz mecanismo preventivo-general, fundamentalmente en el caso de delincuentes primarios; sin presentar, por otra parte, los inconvenientes de la reclusión continua (ante todo, el «contagio criminológico» y la estigmatización del condenado, *vid.* un resumen en BOLDOVA, 1999: 220-222). Incluso para algunos autores, de su efectiva puesta en práctica dependía en gran parte el éxito del sistema global de penas alternativas a la prisión (*vid.* LORENZO SALGADO, 1997: 178-179).

En un estudio anterior (VARONA, 1997) ya expuse las razones por las cuales, a mi entender, la configuración llevada a cabo en el Código Penal de 1995 de la pena de AFS, impedía su consideración como una verdadera alternativa a la prisión. Fundamentalmente, debido al trascendental dato de su preferente lugar de cumplimiento: la prisión. Por ello, concluía en el mencionado trabajo, más modestamente debería hablarse del AFS como una pena de prisión atenuada o, más bien, intermitente. Si era una alternativa lo era, pues, únicamente al cumplimiento continuado de la pena de prisión. Sólo en este (reducido) sentido podía hablarse del AFS como una alternativa a la prisión.

Este no es obviamente el lugar para repetir esta ya vieja discusión sobre la naturaleza del AFS. Transcurridos ya más de siete años desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, y a la vista de, por un lado, los datos sobre el progresivo aumento del número de condenas a AFS², y por el otro, los diferentes estudios prácticos que se han publicado sobre la aplicación del AFS, lo que aquí me interesa es otro

¹ De «efecto shock» califica a esta pena GARCÍA ARÁN (en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000: 581), y de «cortas pero intensas descargas punitivas» habla MAPELLI (en MAPELLI/TERRADILLOS, 1996: 85).

² *Vid.* los datos presentes en las investigaciones realizadas sobre la aplicación práctica de la pena de AFS. Así, en el ESTUDIO CATALUÑA (2001, *vid. infra* not.8), se menciona que el número de mandamientos judiciales de AFS en Cataluña durante el periodo que abarca desde la entrada en vigor del CP 1995 a 31 de diciembre 2000 es de 3.478, lo que supone una cifra considerable. Por su parte, en el informe del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el AFS (INFORME, 1999: 43), se indica asimismo que el número

tema: ahora puede ya realizarse una valoración más informada sobre el verdadero papel que esta novedosa pena ha jugado en la práctica judicial española. ¿Realmente ha funcionado el AFS como una alternativa a la pena corta de prisión continua?, ¿y si es así, en qué casos?, ¿o más bien sus propias carencias y contradicciones han determinado que esta pena haya jugado otro papel distinto en la práctica? Responder a éstos y otros interrogantes es el primer objetivo del presente trabajo.

Para ello voy a presentar y defender dos tesis en este estudio. La primera de ellas hace referencia al «efecto desplazamiento» (de otras penas) que ha producido en la práctica la pena de AFS. La segunda tesis, por su parte, tiene que ver con las consecuencias de tal desplazamiento (*infra* III) y su valoración (*infra* IV).

Una última consideración. Probablemente, este esfuerzo por describir el funcionamiento real de la pena de AFS pueda parecer inútil a la vista del anunciado proyecto de reforma del Código penal (que casi con toda seguridad será ya ley vigente cuando se publique este trabajo), ya plasmado legislativamente en la LO 15/2003, de 25 de noviembre (BOE de 26 de noviembre), en el que se prevé, tal y como ha trascendido incluso a los medios de comunicación (así, por ejemplo *El Mundo*, 17-1-2003), la eliminación de esta pena. ¿Para qué preocuparse por pasado y presente de una pena que no tiene, según parece, futuro? Sin embargo, creo que es precisamente ahora cuando se hace más necesario saber qué es lo que ha sucedido realmente con esta pena, pues, ésta es la única manera de poder valorar si las motivaciones que se han argüido para su desaparición son o no reales; y sobre todo, es el único camino para determinar si, siendo de hecho necesaria una reforma de esta pena, cuál debería ser entonces su contenido (*infra* V.). Por otro lado, el análisis de la realidad práctica del AFS presenta interés también desde la perspectiva más general del funcionamiento de las penas alternativas a la prisión en el sistema penal, pues, según veremos, en esta pena se reproducen los problemas y desafíos que la literatura penal desde hace tiempo ha advertido que acechan a las alternativas a la prisión. Por ello, y éste es en suma el segundo objetivo de este trabajo, aunque esta pena desaparezca, es importante reconstruir la historia del AFS para tratar de evitar que los problemas que le acompañaron en su breve vida se reproduzcan en el futuro con otras penas,

ro de mandamientos de ejecución de AFS en Andalucía fue en 1997 de 1.237 y en 1998 de 2.028. En estas estadísticas puede apreciarse que la inicial reticencia a la imposición del AFS debido a su novedad y al complicado proceso de ejecución que la rodea, ha ido poco a poco dando paso a un constante aumento del número de condenados a esta pena.

particularmente, con la anunciada novedad constituida por la pena de localización permanente.

II. El efecto desplazamiento de la pena de arresto de fin de semana

En este apartado me voy a ocupar de la primera de las tesis de este estudio, la que denomino el «efecto desplazamiento» de la pena de AFS. Pero antes de exponer pormenorizadamente esta tesis, debe aclararse brevemente a qué me refiero con la expresión «efecto desplazamiento».

En un sistema penal que, como el nuestro, contiene diversas posibilidades de respuesta frente al delito, y en el que, el legislador concede un amplio margen de maniobra al aplicador del derecho para optar por una u otra sanción frente a la comisión del delito³, no puede extrañar que tal discrecionalidad conduzca en la práctica judicial a un mayor uso de una pena frente a otra, y en consecuencia, al progresivo desplazamiento de una sanción penal por otra en determinados delitos o incluso en general. El penalista debe estar atento a este fenómeno, y cuando se produzca debe tratar de indagar las causas y el efecto de tal desplazamiento, pues éste, amén de dibujar un cuadro más preciso de la realidad del sistema penal, puede conllevar determinadas consecuencias censurables, tal y como veremos en este trabajo que se puede predicar en el caso del AFS.

Así por ejemplo, en la doctrina penal anglosajona se ha advertido que la proliferación de penas alternativas a la prisión no tiene por qué conducir forzosamente a una reducción del uso de la prisión, ya que bien puede producirse un simple efecto de desplazamiento entre penas alternativas. Es decir: una pena alternativa se estaría aplicando en lugar de otra pena alternativa y no por tanto en lugar de la prisión, tal y como debería suceder⁴. Expresado gráficamente:

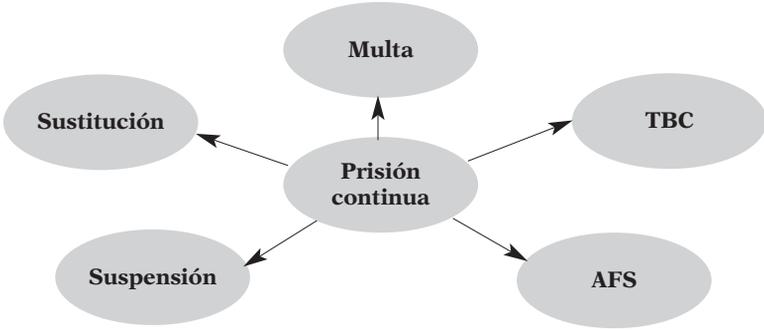
³ Creo que, efectivamente, el Código Penal de 1995 podría calificarse como un código penal que concede gran margen de maniobra a los jueces a la hora de la determinación del tipo de sanción aplicable a un hecho delictivo. Y ello tanto de forma «directa» (el propio legislador ha previsto una pena alternativa en el tipo delictivo, por ejemplo, art. 379 CP: AFS o multa), como «indirecta» (mediante el mecanismo de la sustitución y suspensión de la pena).

⁴ En concreto, en el caso de Inglaterra, señala por ejemplo ASHWORTH (2000: 264) que el aumento de las «community sentences» ha venido acompañado de un paralelo aumento del uso de la prisión, por lo que, concluye este autor «el desplazamiento no ha sido, pues, de la prisión, sino de la suspensión de la sentencia y de la multa». Esto es, según señala este autor, unas penas alternativas (probation, community ser-

FIGURA 1

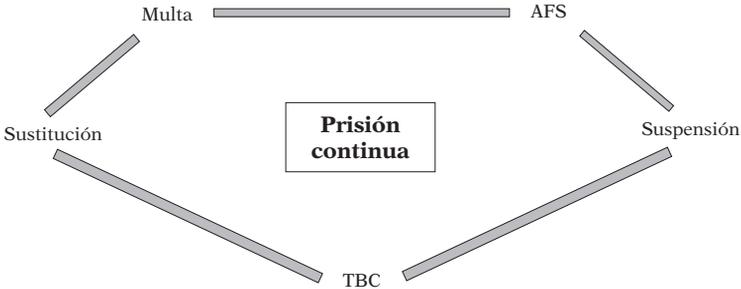
EFFECTO DESPLAZAMIENTO ENTRE PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

1.1. Inexistencia de desplazamiento TBC: trabajo en beneficio de la comunidad



En este supuesto, las penas alternativas encuentran su campo de aplicación en el universo de casos que, de no existir estas penas, significarían el ingreso en prisión continua de la persona. Por tanto, aquí estarían genuinamente desplazando a la prisión y no desplazándose entre ellas.

1.2. Existencia de desplazamiento



En este supuesto, sí se produce desplazamiento entre penas alternativas a la prisión, ya que, por ejemplo, la figura (imaginaria) mostraría que el TBC se está aplicando en casos en los que se acordaría la suspensión o sustitución de la pena, pero no la prisión, por lo que esta pena alternativa no tendría un efecto reductor de la prisión.

vice, combination orders, etc.) están en la práctica aplicándose, no en lugar de la prisión, sino de otras penas alternativas (en el caso inglés, de la multa —en declive a partir del rechazo del sistema de días-multa— y de la suspensión de la sentencia). Con ello puede apreciarse la conexión de este fenómeno con el más genérico, denominado (y denunciado hace tiempo en la literatura criminológica) «net widening», según el cual, las penas alternativas, lejos de cumplir su propósito (reducir el uso de la prisión), se convierten en añadidos o complementos del sistema carcelario, contribuyendo así a la expansión global del control penal (sobre el efecto net widening vid. por todos COHEN, 1985; y cuestionando este análisis desde diversas perspectivas, vid. BOTTOMS, 1983 y McMAHON, 1990).

Pues bien, esto es lo que ha sucedido precisamente en el caso del AFS. La primera tesis de este trabajo es, en suma, la siguiente: *la pena de AFS ha funcionado en la práctica no como una pena alternativa a la prisión* (recordemos, en el sentido mucho más modesto de alternativa a la prisión continua), tal y como se supone que debía suceder, *sino más bien como una alternativa a otras penas alternativas*; en concreto, la multa, el trabajo en beneficio de la comunidad (en adelante, TBC) y la suspensión de la pena. Por tanto, el AFS ha desplazado en la práctica, no a la prisión, sino a penas alternativas a la prisión.

Esto de entrada es criticable en una doble dirección. Primero, porque aunque es verdad que el papel reservado al AFS dentro del esquema de penas alternativas a la prisión era ciertamente uno muy modesto (meramente se trata de evitar su continuidad temporal, con los consiguientes beneficios para el penado), debe valorarse negativamente que ni siquiera haya cumplido este objetivo; desplazando además de esta manera a verdaderas penas alternativas que en mejores condiciones están por ello de servir de alternativas a la prisión. Y segundo, debe subrayarse que el AFS es una pena indudablemente más severa que la multa, el TBC o la suspensión de la pena. De hecho, el propio legislador, la concibió como una pena que debía llenar el espacio (intermedio) que en la escala de severidad existía entre la prisión (continua) y la multa⁵. Por tanto, el desplazamiento de la multa, el TBC y la suspensión de la pena por el AFS ha supuesto en la práctica el intercambio de penas que no deberían ser fungibles por tener distinta severidad. Un intercambio, además, y esto es lo relevante, que juega en contra del penado, que debe padecer con ello una pena más severa.

⁵ Así se señala claramente en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992: con el AFS se trata de «cubrir la reacción ante delitos que merezcan algo más que multa...de encontrar el equilibrio entre las proscritas penas cortas de privación de libertad y las multas» (cit. en SALGADO, 1997: 178, not. 44). El propio SALGADO (*idem*) alude a que el AFS «está llamado a desempeñar un importante papel, puesto que cubre, en primer término, como pena principal, el hueco punitivo que se produce como consecuencia de la desaparición de las penas de privación de libertad continua inferiores a los seis meses...». *Vid.* también CEREZO (1996: 3) quien manifiesta que esta pena está indicada «desde el punto de vista de la prevención general y de la reafirmación del ordenamiento jurídico, en aquellas infracciones para cuya sanción aparece como insuficiente una pena de multa».

II.1. *Los datos estadísticos sobre la aplicación práctica de la pena de arresto de fin de semana*

¿Cómo sabemos que se ha producido este efecto desplazamiento? La clave la proporcionan los datos estadísticos que se recogen en los diferentes estudios prácticos que se han realizado sobre la aplicación del AFS. De tales estudios pueden extraerse por lo menos los siguientes tres indicios del mencionado efecto desplazamiento del AFS.

Primero. El rotundo fracaso del mecanismo de sustitución de la prisión por el AFS previsto en el art. 88.1 CP. Una de las principales características del AFS radica en que es una pena que puede imponerse por vía directa o indirecta. Por vía indirecta puede llegar a aplicarse por tres caminos diferentes: la sustitución facultativa de la pena de prisión del art. 88.1 CP⁶, la sustitución obligatoria de la pena de prisión del art. 71.2⁷, y por último, la conversión de la multa impagada (art. 53 CP; la llamada responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, en adelante RPS).

Esta vía indirecta tan amplia, tal y como ha destacado ya la doctrina penal, podía convertirse de hecho en un cauce que posibilitase la frecuente aplicación del AFS, debido a su evidente potencial. Sin embargo, los datos estadísticos son claros. En el estudio sobre la aplicación del AFS en Cataluña (citado en adelante como Estudio Cataluña, 2001)⁸, se contiene la siguiente tabla ilustrativa (pp. 20-21):

⁶ Este artículo, como es sabido, faculta al juez, siempre que no se trate de reos habituales, para sustituir la pena de prisión de hasta 2 años por AFS o multa.

⁷ Se trata de la sustitución de la pena de prisión cuando, a resultados de la aplicación de las reglas sobre determinación de la pena, correspondería un pena de prisión inferior a seis meses. Debe aclararse que en esta sustitución lo obligatorio es acudir a las reglas de la sustitución del art. 88, no por tanto, el aplicar aquí el AFS (se puede imponer AFS o multa).

⁸ «L'arrest de cap de setmana a Catalunya (1996-2000)», publicado por el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 2001. En este estudio, que abarca desde la entrada en vigor del CP 1995 hasta el 31 de diciembre de 2000, se presentan los datos de la investigación realizada sobre el 52% (1.828) del total de expedientes (3.478) de AFS tramitados en los juzgados de Cataluña en ese período.

TABLA 1
VÍAS DE IMPOSICIÓN DEL AFS

<i>Imposición AFS</i>		<i>Porcentaje</i>
Pena principal.....	1.070	58,5%
Como RPS.....	723	39,6%
Sustitutiva prisión.....	35	1,9%
TOTAL.....	1.828	100%

RPS: Responsabilidad Personal Subsidiaria por impago de Multa.

Llama la atención poderosamente el escasísimo número de casos en los que el AFS se impone a través del art. 88 CP, esto es, como mecanismo de sustitución de la prisión (casos en los que, además de los supuestos de «sustitución facultativa», deben también incluirse los denominados de «sustitución obligatoria» de la pena, por ser ésta inferior a seis meses de prisión, ya que el art. 71.2 remite al 88 CP)⁹. Estos datos aparecen, además, contrastados en otros estudios sobre aplicación de las penas en el CP de 1995¹⁰.

Sólo, pues, a través de la vía indirecta de la RPS parece haber tenido el AFS cierto éxito como pena alternativa a la prisión continua. Sin

⁹ Por otra parte, en el mismo estudio (p. 22) se añade que del total de 35 casos en los que el AFS se aplica como pena sustitutiva de la prisión, en ninguno de ellos lo fue por una pena de prisión superior al año, aunque ésta sea una posibilidad prevista en el propio art. 88.1 CP. En concreto, en el 82,9% de los casos (29) el AFS sustituyó a una pena de prisión de entre 3 y 180 días, y en el 17,1% restante (6), hizo lo propio con una pena de prisión de entre 181 y 365 días.

¹⁰ Así, de los datos contenidos en el estudio de PARÉS (1999) sobre la aplicación del AFS (a partir de una muestra de 100 resoluciones judiciales que aplicaban esta pena), se extrae que de 100 casos sólo en 5 el AFS tuvo como origen una pena de prisión sustituida. *Vid.* también el estudio general sobre aplicación de las penas alternativas de CID/LARRAURI (coords.), en el que se citan los siguientes datos sobre una muestra de sentencias de los Juzgados de lo Penal de Barcelona (CID/LARRAURI, 2002: 64): de 88 casos en los que era obligatoria la aplicación de una pena alternativa a la prisión continua (supuesto del art. 71.2 CP), se impone pena de multa en el 93% de los casos (82), y sólo en el restante 7% (6) se aplica AFS (a lo que hay que añadir que de esos 6 casos sólo 2 implicaron el definitivo cumplimiento de la pena de AFS, pues en los 4 casos restantes el AFS fue suspendido). Y por otra parte, de una muestra de 93 casos en los que, por las condiciones de la persona, la única posibilidad de evitar la pena de prisión continua era mediante la aplicación del instituto de la sustitución de la pena previsto en el art. 88 CP, sólo en un caso se aplicó el AFS como pena sustitutiva de la prisión (CID/LARRAURI, 2002: 72-73, not. 89).

embargo, como veremos más adelante al estudiar los datos sobre aplicación del AFS como RPS, extraer esta conclusión sería un error.

Se podría especular sobre las razones del fracaso del AFS como mecanismo de sustitución de la prisión por la vía del art. 88 CP. No es ésta mi intención en este trabajo¹¹. Lo que me interesa aquí subrayar es que, de los datos que revelan este fracaso, se extrae que, por lo menos a través del instituto de la sustitución de la prisión, es indudable que el AFS no ha funcionado en la práctica como una pena alternativa a la prisión continua.

Segundo (indicio del efecto desplazamiento). De lo dicho hasta aquí sólo se podría razonablemente derivar que el AFS ha fracasado como mecanismo sustitutivo de la prisión continua. Esto sería, lógicamente, sólo el primer paso en la mecánica descrita del desplazamiento: una pena alternativa que no se aplica en lugar de lo anunciado (la pena de prisión continua). Para concluir además que esto se produce en lugar de otras penas alternativas necesitamos algo más.

Ese algo más empieza a revelarse cuando seguimos indagando en los datos estadísticos de aplicación del AFS y descubrimos que la gran mayoría de casos en los que se ha aplicado el AFS se trata de supuestos de comisión de faltas, esto es, de casos en los que no cabe la prisión (de acuerdo con los arts. 13 y 33 CP), y no por tanto, en delitos, en los que sería plausible la imposición de una pena de prisión. Los datos son, de nuevo, reveladores:

TABLA 2
RELACIÓN ENTRE AFS E INFRACCIÓN COMETIDA

Juicio		Porcentaje
Falta.....	1.408	77%
Delito	418	22,9%
Desconocido.....	2	0,1%
TOTAL.....	1.828	100%

Fuente: Estudio Cataluña (2001: 20).

¹¹ No obstante, no quisiera dejar de apuntar las siguientes hipótesis no excluyentes: el fracaso general del instituto de la sustitución de la pena (vid. CID/LARRAURI, 2002: 72 y ss.; 106 y ss.); la reticencia judicial a aplicar en los casos de sustitución el AFS debido al elevado número de AFS que deberían entonces imponerse (vid. *supra* nota 9 y estudio de PARÉS, en el que se señala que la media del número de AFS impuestos por esta vía al condenado asciende a 58); la reticencia judicial en general a imponer la pena de AFS.

Estos datos¹² son altamente sorprendentes; por lo menos, por las siguientes dos razones. En primer lugar, debe recordarse que es mayor en nuestro código penal el número de delitos para los que está prevista la pena de AFS (18) que de faltas (únicamente en 11 supuestos). Esto es, existe casi el doble de posibilidades de aplicar AFS por delitos que por faltas, y sin embargo el porcentaje de aplicación por faltas es mucho mayor que por delitos (en relación de 3 a 1), lo cual indica una decidida opción judicial por el AFS como sanción adecuada en el caso de la comisión de una falta¹³. Segundo, ello supone que una pena ciertamente severa se ha aplicado en la práctica para los comportamientos menos graves del código penal. En otras palabras, una pena que, según vimos, debía ocupar un espacio entre la prisión continua y la multa, y aplicarse por tanto en infracciones de gravedad media o medio-baja, se ha aplicado con gran preferencia en los supuestos de mínima gravedad penal.

Y por otra parte, y esto es lo que aquí nos interesa, estos datos dan ya pie para sostener el efecto desplazamiento que la pena de AFS ha tenido con respecto a otras penas alternativas, pues allí donde con más frecuencia se ha aplicado (las faltas), no ha obviamente sustituido a la prisión continua (¡que no cabe *ex lege* en ningún supuesto de falta!), sino a otras penas alternativas.

En este caso, concretamente, a la multa, que es la sanción penal opcional al AFS en la mayoría de faltas. Para ser exactos, de los 11

¹² Que coinciden también con lo destacado en el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz sobre la aplicación del AFS y del TBC en Andalucía (*vid.* INFORME, 1999: 47). *Vid.* también los datos expuestos en nuestro estudio sobre la aplicación de las penas alternativas a la prisión en los Juzgados de lo Penal de Barcelona (CID/ LARRAURI, coords.), en el que, del total de penas impuestas por estos Juzgados (que sólo pueden juzgar delitos) sólo un 2,4 % representaban AFS (2002: 24). Seguramente este porcentaje sería mayor si se tuvieran en cuenta las penas impuestas por los Juzgados de Instrucción, que son los que, en Barcelona, tienen la competencia para enjuiciar las faltas.

¹³ Ciertamente, hay que matizar esta afirmación: existen casi el doble de posibilidades «legales» de aplicar AFS por delito. Pero esto no nos dice nada todavía de las posibilidades «reales» de aplicar AFS por delito o falta, pues ello depende de la frecuencia estadística con la que se cometan las infracciones castigadas con AFS. Es decir, podría rebatirse la afirmación realizada en el texto aludiendo a que se aplica con más frecuencia el AFS por la comisión de faltas simplemente por la razón de que se cometen más faltas castigadas con AFS que delitos castigados con la misma pena. Desafortunadamente, en el estudio del que he extraído los datos reseñados (Estudio Cataluña) no se contienen datos sobre la comisión estadística de todas las infracciones castigadas con AFS. Aun así, creo que la afirmación realizada en el texto no está muy desencaminada, ya que hay que tener en cuenta que, por lo menos uno de los delitos en los que está prevista la pena de AFS es de muy frecuente comisión (me refiero al delito del art. 379 CP, esto es, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y/o drogas, *vid. infra* nota 34).

supuestos de falta en los que está prevista como pena el AFS, en 8 de ellos (que además, según veremos, son las faltas que en mayor proporción dan lugar a la aplicación del AFS) es pena opcional a la multa (sería, por tanto, realmente en estas ocho faltas donde se ha producido el desplazamiento), en 1 de ellos (art. 626 CP) el AFS es pena única, y en los 2 casos restantes (arts. 633 y 635 CP) es obligatoria la imposición de ambas penas.

En definitiva, allí donde con mayor frecuencia se ha aplicado la pena de AFS, de no existir esta pena se hubiera aplicado una multa, por lo que el AFS en la práctica ha desplazado a una verdadera pena alternativa a la prisión.

Tercero (indicio del desplazamiento). Hasta aquí he intentado argumentar, a partir de los datos estadísticos sobre aplicación del AFS, por qué puede razonablemente sostenerse que esta pena no ha sido aplicada en lugar de la prisión (continua) sino más bien en lugar de otras penas alternativas a ésta.

Pero frente a los datos que he presentado, utilizando las propias estadísticas, se podría replicar que esta tesis del desplazamiento no casa con los datos sobre la frecuente aplicación del AFS en los casos de RPS por impago de multa (recordemos que —*vid. supra* Tabla 1— el número de AFS impuestos como sanción por el impago de multa representa un 40% del total de AFS)¹⁴, pues aquí sí estaríamos ante un AFS que se impone en lugar de prisión continua, tal y como podría suceder según el art. 53 CP que regula el régimen de la RPS. La cuestión es, pues, la siguiente: ¿esta frecuente aplicación del AFS como mecanismo de conversión de la RPS contradice el efecto desplazamiento que he atribuido al AFS?

En mi opinión, no. La razón es que en estos ciertamente numerosos casos en los que el AFS se aplica como RPS por el impago de una multa, la pena que en realidad se hubiera aplicado de no existir el AFS hubiera sido el TBC y no, por tanto, la prisión. O en todo caso, si a esto se objeta la demostrada reticencia judicial a aplicar la novedosa pena de TBC¹⁵, entonces la pena impuesta por el juez hubiera sido la sus-

¹⁴ *Vid.* también estudio de PARÉS (1999), en el que, sobre un total de 100 imitaciones de AFS se observa que en un 54% de los casos se aplica como pena principal y en un 46% como pena substitutiva. Y de este 46% en que el AFS es pena substitutiva, a su vez, aproximadamente el 90% tiene su origen en la RPS.

¹⁵ *Vid.* CID/LARRAURI (2001: 89): el porcentaje de aplicación del TBC como forma de RPS es sólo del 1% de los casos. *Vid.* también, sobre la situación en Andalucía, INFORME (1999: 101).

pensión de la RPS (art. 80 CP, condicionada, eso sí, a la condición de delincuente primario). Por tanto, seguimos estando en la órbita del efecto desplazamiento. Sólo que ahora la pena alternativa desplazada por el AFS es el TBC o la suspensión de la pena.

Debo subrayar que aquí, aunque sea partidario de ello¹⁶, no estoy argumentando que el TBC o la suspensión de la RPS debieran haber sido las penas a imponer (y no la prisión) por la propia ilegitimidad de la prisión por impago de multa (lo cual nos debería llevar a aplicar otras penas). Esto sería confundir el deber ser con el ser. El «ser» en materia de RPS es, nos guste o no, que los jueces penales no parecen sentir ningún recato a la hora de imponer la pena de prisión por el impago de una multa (*vid.* CID/LARRAURI, 2002: 85 y ss.)¹⁷. Lo que quiero defender es, por tanto, una tesis más fuerte: que en aquellos supuestos en los que se aplica AFS como RPS, los jueces, de no existir el AFS, hubieran aplicado el TBC o la suspensión de esta pena y no la prisión *por provenir estos casos en su gran mayoría de multas impagadas impuestas en juicios de faltas y no por delito*.

Es decir, tal y como trataré de demostrar a continuación, los supuestos en los que se ha aplicado AFS como forma de reaccionar frente al impago de multa son, en su mayoría, casos en los que la multa se impuso por la comisión de una falta, y en estos casos, parece razonable afirmar que aquí los jueces, de no existir la pena de AFS, hubieran aplicado el TBC o la suspensión de la RPS. Obviamente, no puede saberse a ciencia cierta qué es lo que hubieran hecho en estos casos los jueces de no existir la pena de AFS, pero la cuestión es que parecen existir buenos argumentos para concluir que la prisión no hubiera sido la opción escogida, pues al margen de que en estos supuestos tal pena sería sin duda difícil de justificar¹⁸, existe además

¹⁶ Comparto los argumentos expuestos en detalle por ROLDÁN (1983: 87 y ss.; 1989).

¹⁷ Los datos de este estudio son claros: del total de condenados que no pagan la pena de multa (un 25,5%), la RPS alcanza la forma de prisión en un 56,5 % de los casos.

¹⁸ Lo sería porque parece evidente que si la pena de prisión no puede imponerse como sanción en ninguna de las faltas tipificadas en el Libro III del Código Penal, menos podría imponerse como sanción indirecta. Este es un argumento en contra de la prisión por impago de multa («el vuelco radical de la pena», *vid.* ROLDÁN; 1983: 48-49; y 1989: 853) que también podría argüirse en el caso de los delitos. Pero debe admitirse que aquí el argumento es algo más débil, pues, al margen de que la pena de prisión sí sea posible imponerla por la comisión de un delito, en algunos casos incluso el delito por el que se habrá impuesto la pena de multa puede tener prevista como pena opcional la prisión.

base legal, según creo, para defender que, de hecho, no es posible imponer la pena de prisión como RPS cuando la multa impagada haya sido impuesta por la comisión de una falta¹⁹. Por tanto, insisto, de no existir el AFS, en los supuestos de multa impagada impuesta en un juicio de faltas los jueces hubieran aplicado, no la prisión, sino otras alternativas.

Veamos, pues, los datos que indican que los supuestos de imposición de AFS como RPS derivan en su gran mayoría del impago de una multa acordada en un juicio de faltas.

En primer lugar, ya vimos (*supra* Tabla 2) que la gran mayoría (77%) de supuestos en los que se ha aplicado el AFS derivan de un juicio de faltas. Y si se confronta esta Tabla 2 con la número 1 puede observarse que dentro de estos datos están también incluidos los supuestos de imposición de AFS como RPS (esto es, el universo de casos es el mismo); por lo que, aunque de aquí no podemos saber el porcentaje exacto de casos en los que la RPS deriva de una multa impagada impuesta en un juicio de faltas, sí puede razonablemente deducirse que la mayoría de supuestos de aplicación de AFS como RPS derivan de la comisión de una falta.

En segundo lugar, en nuestro estudio sobre la aplicación de las penas alternativas a la prisión en los Juzgados de lo Penal de Barcelona (CID/LARRAURI, 2002: 88), se contienen los siguientes datos sobre aplicación de la RPS:

TABLA 3
IMPOSICIÓN DE RPS EN LOS JUZGADOS DE LO PENAL

<i>Forma de RPS</i>	<i>Porcentaje</i>
Prisión	56,5%
Suspensión	40,5%
Arresto domiciliario	2%
TBC	1%
AFS	0%

¹⁹ La base legal que justifica esta afirmación deriva de los arts. 13 y 33.5 CP. En concreto, este último artículo establece que la RPS tendrá naturaleza menos grave o leve según la que corresponda a la pena que sustituya. Por tanto, si sustituye a una multa impagada en juicio de falta (que por definición es pena leve), la RPS será pena leve, y por tanto le alcanzará la previsión del art. 33.4 CP, que no permite la imposición de la pena de prisión por penas leves.

Lo más destacable es, sin duda, que a pesar de que los datos hasta ahora citados señalan que un porcentaje importante de AFS se ha impuesto como RPS, en este estudio sobre aplicación de la pena en los Juzgados de lo Penal, el AFS es una pena desconocida como RPS. Esto sólo podría explicarse considerando que donde no tiene ninguna presencia el AFS como forma de RPS es, por tanto, en las multas impagadas impuestas por la comisión de un delito. Aquí se aplica la prisión u otra pena alternativa distinta del AFS, por lo que, de nuevo, el AFS no jugaría ningún papel como alternativa a la prisión continua. Esto por otra parte ratificaría que, entonces, donde ha impuesto el AFS como RPS sería en la multa impagada impuesta por la comisión de una falta.

Ciertamente, este desfase de datos podría también deberse a una deficiencia en el propio estudio empírico. Pero que la interpretación realizada parece la más correcta queda además refrendado (y esto sería en suma el tercer argumento que apoya nuestra hipótesis de partida), si observamos los datos sobre número de días-multa impuestos en los casos que acaban generando la aplicación del AFS como RPS:

TABLA 4
NÚMERO DE DÍAS-MULTA IMPUESTOS EN SUPUESTOS DE RPS
QUE DERIVAN EN LA IMPOSICIÓN DE AFS

<i>Días-Multa/Ptas.</i>	<i>Porcentaje</i>	
< 30 días x dif. cantidades.....	167	23,1%
30 días por 1.000 ptas.....	208	28.8%
30 días x dif. cantidades	236	32,6%
> 30 días < 385 días x dif. cantidades ...	112	15,5%
TOTAL.....	723	100%

Fuente: Estudio Cataluña (2001: 23).

Como puede observarse, en el 84,5% de los casos la pena de multa impuesta, cuyo posterior impago da lugar al AFS, tiene un número igual o inferior a 30 días-multa (esto es, un mes), lo que significa una clara muestra de que la pena de multa inicialmente impuesta lo había sido por la comisión de una falta; ya que, según el art 33.4 CP la multa de un mes es pena leve²⁰.

²⁰ Sólo en el caso de que la infracción cometida hubiera sido un delito en el que, por aplicación de circunstancias atenuantes, se tuviera que rebajar la pena en grado, sería entonces posible imponer una multa que no superase los dos meses.

En definitiva, todos estos datos avalan la interpretación arriba propuesta: el AFS no se ha aplicado como pena alternativa a la prisión (continua) ni siquiera en los supuestos de RPS, pues aquí, de no existir el AFS y al ser muy discutible la imposición de la prisión en estos casos, el juez hubiera aplicado otras penas alternativas a las que, por tanto, el AFS ha desplazado; en concreto, el TBC y la suspensión de la condena²¹.

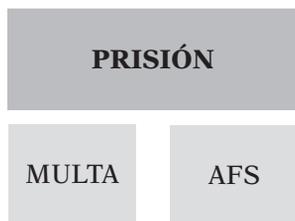
II.2. *El papel reservado por el legislador a la pena de arresto de fin de semana*

Hasta aquí he intentando demostrar que todos los datos estadísticos sobre la aplicación del AFS conducen a la conclusión de que esta pena ha desplazado en la práctica, no a la pena de prisión continua, sino a verdaderas penas alternativas a la prisión. Pero este trabajo quedaría en cierta forma incompleto si no se avanzara un paso más y tratara de presentar alguna de las causas que han llevado a esta «deformación» del papel del AFS.

En este apartado voy, por tanto, a discutir una de las que creo son causas de este desplazamiento; no sin antes advertir que, respecto a esta cuestión, no estoy muy seguro sobre si lo que ahora analizaré como una causa y lo que luego veremos que son los efectos del desplazamiento (*vid. infra* III.) no se encuentran en realidad entremezclados, y de este modo, los que luego analizaré como efectos podrían verse también (bajo cierta óptica) como causas del fenómeno.

Sea como fuere, creo que una de las causas por las que el AFS ha desplazado a verdaderas penas alternativas y no, tal y como debía suceder, a la pena de prisión continua, es la imagen que de esta pena ha fomentado el legislador con su regulación en el Código Penal de 1995. Esta imagen, en mi opinión, dentro de una escala de severidad de las penas (ordenada de mayor a menor), es gráficamente la siguiente:

²¹ Un último dato que avala que el AFS se aplica fundamentalmente en casos de criminalidad leve (faltas) es el relativo al número de fines de semana impuestos (*vid. Estudio Cataluña, 2001: 40*, en donde se señala que el 84% de las penas impuestas de AFS son inferiores a 12 fines de semana y más de la mitad —52%— tienen una duración de 1 a 6 fines de semana).



Cuando en realidad la imagen debiera haber sido, en mi opinión, otra bien distinta:



Es decir, en mi opinión, el legislador penal español ha propiciado, con la configuración legal de la pena de AFS, una visión judicial de esta pena según la cual ésta sería una pena intercambiable (y a la que por tanto puede sustituir) con la multa. ¿Cómo ha fomentado el legislador esta imagen del AFS?

Primero, con la escasa confianza que el propio legislador depositó en el CP 1995 en la pena de AFS como pena alternativa a la prisión. Aunque es cierto que nuestro legislador estableció el AFS como una pena alternativa a la prisión continua de corta duración (en concreto, a la prisión de menos de seis meses), lo cierto es que, como pena principal o directa, le concedió un papel testimonial en el Código Penal. Recordemos que el AFS se encuentra previsto como pena tan sólo en 29 conductas delictivas, y de estas 29 sólo en 7 ocasiones aparece como pena única (en otros 6 supuestos como pena añadida a la pena de multa y por último en los restantes 16 casos como pena opcional a la multa)²². Es decir, el propio legislador limitó claramente de entrada la

²² Esto, por otra parte, contrasta con los primeros proyectos de Código Penal. Así, tal y como puede observarse en HIGUERA (1982: anexo núm. 1), en el Proyecto de CP de 1980 el AFS estaba previsto como pena en más de un centenar de delitos.

potencialidad del AFS como pena alternativa a la prisión, pues únicamente en 7 infracciones delictivas le pareció que con esta pena era ya suficiente reacción frente al delito. Con ello le estaba haciendo un muy flaco favor a la consideración de esta pena como una seria alternativa a la prisión²³.

Segundo. Pero más flagrante me parece todavía el hecho de que en la mayoría de ocasiones el legislador se decantara por establecer el AFS como pena opcional o alternativa a la pena de multa. Ello sucede, según hemos visto arriba, en casi la mitad de las ocasiones en las que el AFS aparece como pena principal, y además (y esto es aún más significativo) en el supuesto en el que esta pena funciona como sanción sustitutiva de la prisión; esto es, en el mecanismo del art. 88 (al que recordemos que se puede llegar también por la vía del art. 71.2 CP). Con ello, el legislador contribuyó sin duda a esa imagen del AFS como una pena intercambiable con la multa (bueno, más que «contribuir», la ofreció ya directamente), cuando en realidad, por la evidente diferencia de severidad que presentan ambas sanciones, existen en mi opinión poderosas razones para criticar esa opcionalidad entre ambas penas, que sin embargo para el legislador fue la vía preferida²⁴.

Esta imagen del AFS creo que es una de las causas del estudiado efecto desplazamiento de esta pena, porque mal iba a funcionar el AFS como una alternativa a la prisión (continua) si el propio legislador fomentaba su consideración como una pena que en la escala de severidad está al mismo nivel que la multa. Si ello es así, nada impedía al juez que en la práctica considerase ambas penas intercambiables y que por ello en determinados casos se produjese un desplazamiento efectivo de la pena de multa por el AFS, sin cuestionarse siquiera la posible ilicitud de tal desplazamiento, ante el cambio cualitativo tan importante de la pena que con ello tiene lugar.

²³ En esta afirmación no hay, por lo demás, un juicio de valor. Pues uno puede estar de acuerdo con esta escasa presencia del AFS en nuestro CP debido a la configuración de esta pena en nuestro sistema penal. Lo único que ahora se quiere remarcar es que ésta es la imagen que de hecho se consigue marginando de esta manera al AFS como pena directa.

²⁴ Por ello no puedo sino sumarme a la crítica realizada ya por CEREZO a la penalidad opcional entre AFS y multa, ya que el AFS sería por su severidad una pena a imponer en aquellas infracciones para cuya sanción apareciera como insuficiente una pena de multa (CEREZO, 1996: 3). Por ello, apunta correctamente CEREZO (cit. en BOLDOVA, 1999: 243) que si el AFS tiene que aparecer junto a otra pena alternativa ésta podría ser la prisión de seis meses de duración.

III. ¿En qué casos se ha producido el desplazamiento?

Establecido en qué ha consistido el efecto desplazamiento de la pena de AFS y presentada una de sus posibles causas, lo que cabe preguntarse a continuación es en qué casos concretos se ha producido en la práctica esta suplantación de verdaderas penas alternativas por el AFS. De nuevo aquí los datos estadísticos nos proporcionan la respuesta:

TABLA 5
PERFIL DELICTIVO DE LOS CONDENADOS A AFS

<i>Infracción</i>	<i>Porcentaje</i>
Falta de hurto	27,8%
Falta de lesiones	19,5%
Faltas contra O. P.	14,2%
Delito de R/H vehículo.....	6,8%
Abandono famil./men./incap.	4,4%
Falta de daños.....	4,4%
Delitos de R. con fuerza.....	2,5%
Falta estafa/Aprop. ind.....	2,4%
Falta (otras) contra las personas	1,9%
Delito de hurto.....	1,8%
Contra la seg. del tráfico.....	1,5%
Delito contra la propiedad.....	1%
TOTAL.....	88,2% ²⁵

O.P: Orden Público

R.: Robo

H.: Hurto

Fuente: Estudio Cataluña (2001: 35-37).

²⁵ Como puede apreciarse los datos no abarcan el 100% de las condenas a AFS pues se han querido mencionar sólo los supuestos más significativos. Las demás conductas delictivas no alcanzan, pues, el 1% de los supuestos de AFS impuestos (*vid.* el cuadro completo en ESTUDIO CATALUÑA, 2001: 36).

Como puede observarse, destaca entre todos los hechos delictivos la falta de hurto; lo cual, por otra parte, no es sino la confirmación de datos ya presentados sobre el protagonismo de las faltas en la imposición del AFS. Una falta que, debe señalarse, tiene asignada la pena de AFS como pena opcional a la multa (*vid.* art. 623.1), por lo que éste es un caso en el que genuinamente se habría producido el efecto desplazamiento del AFS. Desplazamiento que tanto podría ser de la pena de multa (si el juez impuso como pena principal y directa el AFS) o del TBC/Suspensión de la RPS (si el juez impuso como pena principal por la comisión de la falta la multa, y es frente a su impago cuando reacciona con el AFS)²⁶.

Pero es más, si sumamos las infracciones relacionadas con el patrimonio obtenemos que el 42,3% de los AFS impuestos tienen que ver con este tipo de delincuencia. Es decir, los datos indican que el AFS se ha impuesto prioritariamente como forma de represión de las infracciones relacionadas con el patrimonio. Esto se confirma aun con mayor énfasis en los demás estudios realizados sobre la aplicación práctica de la pena de AFS²⁷.

Un segundo dato interesante se obtiene al observar la siguiente tabla comparativa:

²⁶ Este segundo caso, por otra parte, plantea un interesante problema de conversión penológica sobre el que me remito a VARONA (1997: notas 10, 11 y 14).

²⁷ Así, en INFORME (1997: 47) el Defensor del Pueblo de Andalucía señala que «son las faltas las que con mayor frecuencia han sido objeto de condenas de arresto de fin de semana ... Y dentro de las faltas, la de mayor frecuencia es la de Hurtos leves del artículo 623.1». En el estudio de PARÉS (1999), los datos son aún más concluyentes, pues sobre una muestra de 100 AFS, ya el 42% tenía su origen en el Hurto (además un 11% el robo/hurto de uso de vehículos, un 8% la tentativa de robo con fuerza y un 3% la estafa/apropiación indebida; para un total, pues, de un 64% de AFS impuestos en relación con la delincuencia patrimonial). Por último, en el estudio de ALEX GAYA sobre mujeres condenadas a la pena de AFS (este trabajo abarca una muestra de 70 casos de AFS, que son los que tuvieron lugar en el Centro Penitenciario de Mujeres de Barcelona, *Wad Ras*, desde el 30 de agosto de 1996 al 2 de enero de 1998), los datos son también muy contundentes: el 70% de las mujeres condenadas a AFS lo fueron por hurto, y contabilizando el total de infracciones contra el patrimonio obtenemos una cifra total de aproximadamente el 90% de AFS provenientes de este tipo de delincuencia.

TABLA 6
PERFIL CRIMINOLÓGICO DE LOS CONDENADOS A AFS²⁸

	<i>Sí</i>	<i>No</i>	<i>Total</i>
Reincidencia sociológica	50,7%	49,3%	100% (1.822)
Antecedentes penitenciarios	39,8%	60,2%	100% (1.805)
Antecedentes penales	24,8%	75,2%	100% (1.776) ²⁹

Fuente: Estudio Cataluña (2001: 35-37).

Llama la atención, sin duda, el considerable porcentaje de personas condenadas a AFS que, de una u otra manera, han tenido previamente contacto con el mundo criminal y penitenciario. Y esto, de nuevo, es una constante que se repite en todos los estudios que se han ocupado de la realidad práctica del AFS³⁰.

Estos datos, tal y como se reconoce en los propios estudios empíricos citados, chocan frontalmente con la anunciada imagen del arrestado de fin de semana como un delincuente primario, para el cual debería habilitarse esta pena, pues con ella se evitaría una pena de prisión que ejercería sobre él un nefasto efecto de contagio criminológico. Probablemente, al «debe» de la doctrina penal española ha de apuntarse

²⁸ Los conceptos que se emplean en la Tabla son los siguientes: Reincidencia Sociológica (aquélla que recoge, a través del expediente social del condenado, hechos delictivos no mencionados en la sentencia, en los antecedentes penales o penitenciarios, auto-inculpaciones, o en fin otros hechos que permiten deducir la comisión anterior de un hecho delictivo por el condenado; aunque este hecho no hubiera sido denunciado). Antecedentes Penitenciarios: este dato se extrae del expediente penitenciario del interno y muestra sus ingresos en un centro penitenciario desde el año de su primer ingreso, como penado o preventivo. Por último, el concepto de antecedentes penales no presenta mayor problemática al coincidir con su uso legal.

²⁹ Recordemos que la muestra de expedientes analizados en este estudio es de 1.828, y la pérdida de casos que se observa en esta Tabla se debe a la falta de datos sobre esta cuestión que existía en algunos expedientes.

³⁰ Así, en el Informe del Defensor del Pueblo de Andalucía se señala que «la gran mayoría de las condenas de arresto que se vienen imponiendo recaen...sobre delincuentes no primarios» (1999: 14, también, pp. 44 y 47, en la que se describe el perfil del arrestado a fin de semana como «un delincuente habitual, contra la propiedad, no excesivamente peligroso, y afectado por algún tipo de toxicomanía»). *Vid.* también el Informe del Consejo General del Poder Judicial (1999: 49), en el que, de nuevo, se señala que «esta pena se está imponiendo con mucha frecuencia, junto con otras penas de larga duración y a delincuentes multirreincidentes». Por último, también en el estudio de GAYA (1999: 62-63) puede apreciarse que el 48% de las mujeres de la muestra condenadas a AFS había tenido al menos un contacto previo con el mundo penitenciario.

el hecho de que no viera con claridad que, al decidirse el legislador por la prisión como lugar preferente de cumplimiento del AFS, los jueces iban a realizar una selección de los destinatarios de esta medida. Selección que, si a alguien iba a «dejar fuera», era precisamente a los delinquentes primarios. Y es que, a pesar de que también era una afirmación frecuente en nuestra doctrina penal la relativa a que el AFS se había introducido para evitar los nocivos efectos criminógenos de la prisión, lo cierto es que, como reconocía ya CERESO (1996: 3), el AFS, por su lugar de cumplimiento «implica todavía un contacto con el mundo de la prisión y un efecto estigmatizante», lo cual llevaba consecuentemente a este autor a defender los mecanismos de suspensión y sustitución de esta pena.

En suma, dos datos que, en mi opinión, son sumamente reveladores: el AFS se ha aplicado mayoritariamente, desplazando con ello a verdaderas penas alternativas a la prisión, en los supuestos de infracciones leves contra el patrimonio cometidas por personas con un historial criminal.

IV. Valoración del efecto desplazamiento

Llegado este momento es hora ya de presentar la segunda tesis que quería defender en este trabajo: analizados en qué casos se ha producido el efecto desplazamiento del AFS sobre verdaderas penas alternativas a la prisión, puede concluirse, en mi opinión, que *en la práctica judicial española, la pena de AFS ha sido utilizada (consciente o inconscientemente) como un medio de control social particularmente represivo sobre la pequeña delincuencia contra el patrimonio, llevada a cabo por personas con cierto historial criminal y pertenecientes a clases sociales marginadas*. Es decir, el AFS parece la pena elegida para responder de una forma particularmente severa frente a un tipo determinado de delincuencia leve (recordemos: fundamentalmente faltas contra la propiedad), debido probablemente al perfil criminológico y social del autor del delito.

Y es que, ciertamente, este tipo de delincuencia va frecuentemente ligada a importantes carencias socio-económicas del autor del delito, que dan lugar, en suma, a una imagen real del arrestado a fin de semana como una persona carente de recursos económicos, desestructurada socialmente y a menudo con problemas de consumo y adicción a sustancias estupefacientes. Esto no es una mera hipótesis sobre el perfil común de la pequeña delincuencia económica, sino que se refleja en diversos estudios prácticos sobre la aplicación del AFS.

Así, en el estudio de GAYA (1999) sobre las arrestadas de fin de semana en el Centro Penitenciario de Mujeres de Barcelona se contienen datos muy reveladores en este sentido:

TABLA 7
**PERFIL SOCIO-ECONÓMICO DE LAS ARRESTADAS A FIN DE SEMANA
 Y NÚMERO DE AFS IMPUESTOS**

	<i>Porcentaje</i>
Consumo habitual de drogas.....	48% ³¹
Desocupación.....	69,22% ³²
Vivienda en propiedad	18,75% ³³
Número de AFS impuestos.....	entre 2 y 7: 87%

Ante estos datos, no es de extrañar que el propio autor del estudio concluya que el AFS puede tratarse «como una herramienta de control de este colectivo que ya estructuralmente ronda la marginalidad...» (GAYA, 1999: 82).

Por otra parte, creo que la tesis aquí defendida queda confirmada cuando uno se pregunta por la casi nula presencia del AFS en el delito contra la seguridad del tráfico del art. 379 CP (la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y/o drogas). Este delito es, como

³¹ De este 48% un 56% no sigue ningún tipo de tratamiento contra la adicción. También en el Informe del Defensor del Pueblo de Andalucía se señala que el perfil del arrestado a fin de semana es el de «un delincuente habitual, contra la propiedad, no excesivamente peligroso, y afectado por algún tipo de toxicomanía; pequeña delincuencia, en suma...» (INFORME, 1999: 47-48, *vid.* también p. 91).

³² Según destaca GAYA (1999: 75-76), la población de mujeres en AFS sextuplica la incidencia del paro respecto de la población general de mujeres. Por otra parte, sólo 1,8 de cada 10 mujeres arrestadas manifiesta mantener algún tipo de actividad remunerada. Estos datos sobre la falta de ingresos coinciden también con otros más generales correspondientes a la cuantía económica media de la pena de multa cuyo posterior impago da lugar a la imposición del AFS como RPS: según el ESTUDIO CATALUÑA (2001: 24), en casi el 80% de los expedientes el importe de la multa no superaba las 30.000 ptas, lo cual da idea, o bien de una contumaz negativa a su pago, o más bien de una carencia bastante importante de recursos económicos. No obstante, toda interpretación que parta de datos sobre la cuantía económica de las multas ha de ponerse en entredicho mientras perdure la incorrecta práctica judicial de no investigar realmente la capacidad económica de los condenados (*vid.* por ejemplo CID/CACHÓN, en CID/LARRAURI, 1997).

³³ El índice de propiedad de la vivienda en Barcelona es, según el propio autor, de aproximadamente el 50%.

es bien sabido, una de las infracciones criminales con mayor índice de comisión en nuestro país³⁴, y al llevar aparejada la pena de AFS podría convertirse sin duda en una frecuentísima fuente de aplicación de esta pena. Ahora bien, ha de recordarse que el AFS es, en este delito, pena principal pero alternativa u opcional a la multa. ¿Qué pena han aplicado en este caso los jueces?: los datos son contundentes, la multa en la casi totalidad de las sentencias:

TABLA 8
RELACIÓN ENTRE EL AFS Y EL DELITO DE CONDUCCIÓN
BAJO LA INFLUENCIA DEL ALCOHOL Y/O DROGAS

<i>Pena impuesta por la comisión del art. 379</i>		<i>Porcentaje</i>
Días-Multa	461	99,13%
AFS	1	0,22%
Suspensión del AFS	3	0,65%
TOTAL.....	465	100%

Fuente: Cid/Larrauri (coords., 202: 63, nota 65).

La cuestión sería, entonces la siguiente: ¿por qué los jueces no han aplicado el AFS en el delito del art. 379 CP? En mi opinión, porque les parece una pena demasiado severa para un delito de escasa gravedad (fundamentalmente, y en esto hay que insistir, porque implica el ingreso, aunque sea por unas horas, en prisión), y porque la multa ya les parece una sanción apropiada para el autor de este delito. Apropiada porque el autor de una conducción bajo la influencia del alcohol/drogas normalmente ya tiene los recursos económicos suficientes como para hacer frente a su pago; ya que, como es sabido, este tipo de delincuencia es más bien propia de las clases medias (de hecho, para su comisión se necesita como mínimo gozar de la posesión de un bien preciado —un vehículo a motor—)³⁵.

³⁴ *Vid.* CID/LARRAURI (coords., 2002: 22-23): este delito representa nada más y nada menos que el 30% del total de delitos enjuiciados por los Jueces de lo Penal en Barcelona.

³⁵ *Vid.*, por ejemplo ROLDÁN (1983: 70, en donde se refiere a que los delitos de tráfico son «delitos cometidos por los socialmente integrados»), y el clásico estudio de KAISER sobre la delincuencia de tráfico, en el que se señala que en estos delitos «Se trata de la experiencia de *que ahora hay ciudadanos respetables* que no sólo por excepción, sino en gran número incurren en responsabilidad criminal» (1979: 28, énfasis).

Indudablemente el AFS es, ya he insistido en ello, una pena más severa que la multa³⁶. Pero entonces la cuestión es cómo es posible que se haya aplicado con mucha mayor frecuencia en las infracciones penales más leves (las faltas). La respuesta, en mi opinión, confirma la tesis defendida en este apartado: los jueces han tenido en cuenta, para seleccionar el tipo de pena en los supuestos de penalidad opcional, fundamentalmente la variable del autor del delito y no, por tanto, la de la gravedad de la infracción cometida, algo que parece contradecir de forma flagrante el principio de proporcionalidad de las penas.

Esto tiene que ver indudablemente con la imagen que, según vimos, el legislador había propiciado de la pena de AFS, pues si ésta es la de una pena intercambiable con la multa, ante la falta de una diferenciación entre ambas penas, *en función del delito*, los jueces habrían pro-

sis en el original). En la doctrina inglesa, *vid.* por ejemplo HOOD (1972: 3): «...existe un fuerte rechazo popular a la idea de que infracciones que son comúnmente cometidas por personas de todas las clases sociales y que, hasta cierto punto, son toleradas y objeto de broma, puedan ser realmente clasificadas como *delito*» (*vid.* también pp. 97 y ss., en las que este autor describe el resultado de la investigación realizada en los tribunales ingleses para verificar la imagen que éstos tienen de los delitos relacionados con el tráfico). Por otra parte, estas afirmaciones teóricas tienen reflejo en diversos estudios prácticos. *Vid.*, en cuanto a la conducción bajo la influencia del alcohol en Alemania las investigaciones recogidas en KAISER (1979: 300 y ss.) relativas al «status social» de los delinquentes, en las que puede apreciarse que la gran mayoría de los infractores tenían un trabajo remunerado. Por lo que respecta a Inglaterra, *vid.* el estudio empírico de CLAYTON/McCARTHY/BREEN (la investigación se realizó sobre una muestra de 1032 hombres conductores acusados de conducción bajo la influencia del alcohol en Birmingham durante un periodo de 18 meses desde el 1-1-1976), en el que se señala (1980: 16, Tabla 3) que sólo un 1,9% de los conductores se encontraban desempleados (en el estudio de HOOD, 1972: 104-105 ya se advertía que, paradójicamente, aunque los tribunales no consideran a los autores de los delitos de tráfico en muchas ocasiones como verdaderos «criminales», las multas que les imponían eran más altas que en el caso de los tradicionales delitos). En nuestro país, señala ROLDÁN (1983: 79) que en un estudio práctico realizado por él mismo en la Audiencia Provincial de Córdoba en relación a sentencias impuestas en 1977, se detecta un alto grado de impago de la multa «fuera de los delinquentes de tráfico, que son los únicos que, en la consulta realizada, aparecen por regla general como pagadores» (*vid.* los datos modernos recogidos en CID/LARRAURI, coords., en los que se puede apreciar la eficacia actual de la multa: *supra* not. 17 —sólo un 25,5% impaga la multa—).

³⁶ Esto lo demuestra claramente el hecho de que la mayoría de sentencias en juicios de alcoholemia son por conformidad, y el ciudadano prefiere invariablemente la multa antes que el AFS (en el estudio coordinado por CID/LARRAURI, 2001: 36-37, se alude a que aproximadamente el 70% de los juicios en los Juzgados de lo Penal acaban en sentencia de conformidad. Por otra parte, en el mismo estudio, 2002: 60, se alude a que en el 96,5% de los casos de juicios con conformidad —en general y no sólo en el delito de alcoholemia— en los que el delito tenía pena opcional de multa o privativa de libertad, se impuso la pena de multa).

cedido a establecer esta diferencia, entonces, *en función del autor del delito*. Así pues, allí donde la doctrina penal decía que el AFS debería preverse «en aquellas *infracciones* para cuya sanción aparece como insuficiente una pena de multa» (CEREZO, 1996: 3, énfasis añadido), la práctica judicial habría sustituido «infracciones» por «*delincuentes*» (o si se prefiere, simplemente habría añadido al término *infracciones* la especificación siguiente: «cometidas por aquellos delincuentes para los cuales aparezca como insuficiente...»).

¿Y qué delincuentes? Creo que aquí se entremezclan dos consideraciones. En primer lugar, sin duda, fundamentalmente aquéllos respecto de los cuales el juez sospecha que no van a pagar una pena de multa. Y en segundo lugar, probablemente también aquéllos frente a los que el juez no sienta tan «mala conciencia» enviándolos a prisión. Esto es, los delincuentes que ya hubieran pasado por prisión, o que no tuvieran una vida estable (en términos de vínculos sociales, ingresos económicos, etc.), que quedara gravemente amenazada por el ingreso en un centro penitenciario.

Si unimos ambas consideraciones no puede extrañarnos que el perfil del arrestado a fin de semana señalado en todos los estudios prácticos sobre la aplicación del AFS sea el de un delincuente no primario, condenado por la comisión de una falta contra el patrimonio (pues la pequeña delincuencia económica tiene indudablemente que ver con el acceso a los medios de los que se carece) y frecuentemente con problemas de desestructuración social (sin trabajo estable, sin vivienda estable, con problemas de consumo de drogas, etc.)³⁷.

De hecho, ésta es una consecuencia de la penalidad opcional entre multa y pena privativa de libertad que ya había sido advertida y censurada por la doctrina penal³⁸. La cuestión, tal y como la ha plantea-

³⁷ Quizás esto pueda también explicar, por lo menos en parte, el increíble índice de incumplimiento del AFS: el 50,9% de los arrestados no cumplen la pena (ESTUDIO CATALUÑA, 2001: 42-43; sin desdeñar la excesiva dilación judicial post-condena, *vid.* ESTUDIO CATALUÑA, 2001: 51 y ss.: el tiempo medio que transcurre entre la sentencia y el mandamiento de ejecución es de casi 300 días), pues muchas veces es difícil, por su propia situación vital, localizar al penado para llevar a cabo el plan de ejecución. De todas maneras, los datos sobre el elevado índice de incumplimiento del AFS deben ser matizados pues, como se señala en el propio estudio (p. 55), una parte del conjunto de incumplimientos puede deberse a que, finalmente, la persona ha podido pagar la multa inicialmente impuesta, por lo que ya no ha de cumplir el AFS como RPS.

³⁸ Así, respecto a Alemania, señala ROLDÁN (1983: 69 y 1989: 843) que estudios empíricos realizados en ese país sobre los criterios relevantes en la selección de la pena han demostrado que priman los motivos económico-sociales, «lo que se tradu-

do claramente en la doctrina inglesa ASHWORTH, tiene que ver con el principio de igualdad ante la ley.

Según este autor (ASHWORTH, 2000: 272) el principio de igualdad ante la ley, respecto a la imposición de la pena de multa, es relevante en dos sentidos. En primer lugar, este principio impediría que se castigara a una persona con recursos económicos a una pena de multa, si el delito que ha cometido es de tal gravedad que por su comisión, a otra persona carente de esos recursos, se le habría impuesto la pena de prisión³⁹. En segundo lugar, los tribunales penales no podrían imponer una pena más severa al autor de un delito, cuando éste carezca de los medios para pagar lo que se supone que es una multa adecuada. Según ASHWORTH, la actuación correcta en los casos en los que el tribunal no impone por esta razón la multa sería aplicar la suspensión de la pena y no una medida más severa, como sería en nuestro caso, el AFS.

Como puede apreciarse, en el caso del AFS se planteaba precisamente este segundo aspecto del principio de igualdad en la aplicación de la ley: las personas con posibilidad de pagar la multa recibían esta pena y a aquéllos que carecían de los medios económicos para ello se les imponía una pena más severa como es el AFS.

Excurso. Frente a la tesis defendida en este trabajo, se podría argüir que los jueces imponían con más frecuencia el AFS al tipo de delincuente mencionado porque éstos se encontraban ya en muchas ocasiones cumpliendo condena en la prisión por otras

ce en una preferencia judicial por la pena privativa de libertad en proporción directa a la falta de medios económicos o a la defectuosa integración social del penado». Y respecto a Inglaterra, *vid.* ASHWORTH (2000: 206-207) y FLOOD-PAGE/MACKIE (1998: 47-49, estos autores señalan, a partir de una investigación sobre las penas impuestas por los tribunales ingleses, que tras la abolición del sistema de días-multa, la aplicación de la multa en los casos de infractores desempleados disminuyó, y que los condenados con trabajo tienen más posibilidades de recibir una multa que los desempleados).

³⁹ Muy interesante es el caso que cita ASHWORTH (2000: 208-209) en apoyo de este aspecto del principio: el caso *Markwick* (1953). En él, un miembro adinerado de un club de golf había sido multado con 500 libras por el robo de 2 chelines y 6 peniques en el interior del vestuario del club. En apelación el tribunal condenó a *Markwick* a dos meses de prisión, pues, en palabras de uno de los jueces (Lord Goddard CJ), la imposición de una pena de multa de considerable cantidad «daría a las personas con medios económicos una oportunidad para comprar su libertad...No puede darse la impresión de que existe una justicia para el rico y otra para el pobre». Este caso, por otra parte, ilustra fielmente las dificultades que se plantean a la hora de aplicar el principio de igualdad ante la ley, pues uno podría argüir frente a la decisión en *Markwick* que si de lo que se trata es de evitar la pena de prisión ¿por qué descartar en estos casos la aplicación de la pena alternativa? (*vid.* esta discusión —el conflicto entre el principio de igualdad ante la ley y el principio de «parsimony» o «frugalidad punitiva»—, ampliamente, en ASHWORTH, 2000: 212-216).

causas, y en esta situación no parecía desproporcional imponer un AFS que finalmente cumplirían de forma ininterrumpida al refundir las condenas. Sin embargo, los datos del ESTUDIO CATALUÑA (2001: 42) desmienten esta posible interpretación, pues en este estudio se señala que sólo un 12,6% de los AFS se cumplen de forma ininterrumpida (de los cuales, además, sólo la mitad lo fueron por ya encontrarse el condenado cumpliendo pena de prisión, pues la otra mitad lo fue simplemente por su incumplimiento en régimen interrumpido). Otra hipótesis podría ser que los jueces imponían AFS a aquéllas personas que sospechaban que no iban a pagar la multa simplemente para ahorrarse el trámite de la RPS, en donde finalmente podían llegar también al AFS. Pero este es un procedimiento incorrecto pues el juez debería haberle dado la oportunidad a la persona de pagar, ya que si finalmente no pudiera hacerlo eran posibles medidas menos gravosas que el AFS (la suspensión de la pena o, si no era delincuente primario, el TBC). Una última hipótesis posible, limitada al caso del AFS impuesto como RPS, podría ser que los jueces imponían aquí el AFS simplemente como una especie de amenaza contundente para intentar lograr que la persona pagase finalmente la multa (*vid.* ESTUDIO CATALUÑA, 2001: 55, 58). Quizás con ello se lograba, efectivamente, que algunos «evasores» pagasen finalmente la multa, pero el coste es que muchos otros que realmente no podían pagarla acabaran finalmente en prisión.

V. Conclusiones: ¿reforma en qué dirección?

En mi opinión, por todo lo analizado en este trabajo urgía, sin duda, una reforma de la regulación de la pena de AFS en nuestras leyes penales. El problema no era sólo que, según denuncié hace tiempo (VARONA, 1997) tal regulación impedía su funcionamiento como una verdadera pena alternativa a la prisión. Los datos extraídos de los estudios efectuados hasta la fecha sobre su aplicación práctica han demostrado que a ello se añade además que en la realidad el AFS estaba funcionando como un censurable medio de discriminación en la imposición de la pena entre ciudadanos con más o menos medios económicos y estabilidad social.

Y esta discriminación no es sólo censurable por su consustancial efecto social (principio de igualdad ante la ley), sino porque tiene lugar a través de un incremento en la severidad de la sanción que vulnera el principio de proporcionalidad de las penas. De hecho, desde esta perspectiva el AFS sería un claro ejemplo de lo que COHEN (1985) denominó el efecto «*thinning the mesh*» de las penas alternativas a la pri-

sión, pues éstas no sólo habrían tenido como consecuencia el aumento de la red (*net widening*) de personas sometidas al control penal, sino que a ello debe añadirse el incremento de la severidad de la intervención sobre la persona que también se habría producido, pues de no existir esta pena alternativa se les hubiera impuesto una sanción con menor nivel de intrusión⁴⁰.

Ciertamente, esto no podía llevarnos a abogar por la imposición en todos los casos de la misma pena: esto es, el AFS. La igualación había de venir, no por arriba, sino lógicamente por abajo (ASHWORTH, 2000: 272). Por lo tanto, en mi opinión, dentro de las reformas legales del AFS habría que haber considerado las siguientes:

Primera. Debía insistirse, de nuevo (*vid.* VARONA, 1997), en la inclusión, dentro de las formas de cumplimiento del AFS, de la posibilidad del cumplimiento domiciliario⁴¹. Según creo, éste debería haber sido su único, o por lo menos preferente, lugar de cumplimiento. Los datos reproducidos en este trabajo avalan aún más esta opción, pues si hemos comprobado que el AFS se ha impuesto mayoritariamente por la comisión de faltas, esto es, los ilícitos penales más leves, ¿cómo puede justificarse que por estas infracciones se ingresara en prisión cuando ésta es además una pena proscrita para las faltas? La doctrina penal se manifestaba contraria a esta opción por el descrédito (en cuestión de severidad) que ello hubiera significado para el AFS como pena, pero lo que es un descrédito para el Derecho Penal es que se aplique una pena para los marginados y otra para las clases acomodadas. Si precisamente el AFS se estaba aplicando como respuesta a las infracciones penales más leves, entonces ¿qué mayor razón se precisaba para suavizar su régimen de ejecución, convirtiéndola incluso —lo que sería discutible— en una pena menos severa que la multa?⁴²

Segunda. Necesario hubiera sido también modificar la naturaleza legal del AFS (modificando el art. 33.3 i) y derogando el art. 33.4 d)

⁴⁰ En palabras de COHEN, las redes no sólo se amplían (*widening*) sino que se hacen más densas (*thinning*) «...y un número sustancial de clientes de las penas comunitarias —quizás una mayoría— recibirán un nivel de intervención más alto que el que habrían sufrido con la imposición de las anteriores penas alternativas, como la multa o la suspensión de la pena» (1985: 50).

⁴¹ En este sentido, se manifiesta el Consejo General del Poder Judicial (*vid.* INFORME CONSEJO, 1999: 60 y ss.), acogiendo los argumentos expuestos en VARONA (1997). *Vid.* también, aun presentando equivocadamente tal cuestión como una propuesta novedosa, SÁNCHEZ-VERA (2002: 70 y ss.).

⁴² Por otra parte, vale la pena recordar que uno de los argumentos que la doctrina penal española esgrimió en contra de la posibilidad de cumplir el AFS en el domicilio fue la gran tasa de incumplimiento del arresto domiciliario que existía, lo

CP) para que, mientras esta pena siguiera implicando el ingreso en prisión, en ningún caso fuera considerada pena leve. El AFS debiera ser en todos los casos pena grave o menos grave. La razón de ello es simple: con ello se impediría que esta pena pudiera ser aplicada como RPS por el impago de una multa impuesta en un juicio de faltas (*vid.* art. 33.5 CP). Ello reflejaría con mayor exactitud su naturaleza pues no puede olvidarse que el AFS implica el ingreso en prisión. De esta manera se evitaría que, tal y como hemos visto, el AFS desplazara en la práctica a las penas de TBC y la suspensión de la RPS.

Tercera. También debería haberse aprovechado una reforma del AFS para introducir la posibilidad de que la suspensión de esta pena pudiera venir acompañada (tal y como sucede cuando la pena suspendida es la prisión, art. 83 CP) de la imposición de una serie de obligaciones sobre el condenado, pues a mi entender ésta es la única manera de dotar de contenido rehabilitador a la pena de AFS. El propio legislador penal ha privado de posible eficacia rehabilitadora al AFS cumplido en prisión al impedir la clasificación del arrestado a fin de semana (art. 21.1 Reglamento de Ejecución del AFS y TBC), consciente sin duda de que el breve tiempo de estancia en prisión no parece posibilitar la ejecución de algún tipo de tratamiento sobre la persona. Siendo ello cierto, lo que el legislador no ha contemplado es la posibilidad de *dotar de eficacia rehabilitadora al AFS cumplido en régimen de suspensión de la pena*⁴³, pues en este caso podría obligarse al reo a llevar a cabo algún tipo de programa formativo o educacional (*vid.* art. 83.1 4.º).

Por poner un solo ejemplo significativo: en varios países de la órbita anglosajona, tras el demostrado fracaso de las penas «tradicionales» (la multa, fundamentalmente) en el caso del delito de conducción bajo la influencia del alcohol, se está ensayando desde hace tiempo la posibilidad de obligar a la persona condenada por este delito a la realización de ciertos programas de contenido rehabilitador (*vid.* por ejemplo, en el caso de Inglaterra, HOLLIN *et altri*, 2002: 27-30), con la esperanza de conseguir de esta manera una más eficaz prevención especial. En nuestro sistema penal, aunque el juez estuviera convencido de que éste es un prometedor medio para tratar con este tipo de delincuencia, no podía imponer un AFS para a continuación suspen-

cual acabaría redundando en el descrédito de la pena (*vid.* por ejemplo HIGUERA, 1982: 105, y VALMAÑA, 1990: 124-128). La cuestión es que su cumplimiento en prisión, incluso desde esta perspectiva, ha sido un fracaso, tal y como atestigua el elevado índice de incumplimiento del AFS (*vid. supra* nota 37).

⁴³ Esto es más difícil de entender si tenemos en cuenta que sí se ha previsto tal posibilidad en la sustitución de la prisión por AFS (art. 88.1).

derlo con la obligación adicional de someterse a un tratamiento rehabilitador. Sin duda, una oportunidad perdida desde la óptica rehabilitadora, que una reforma del AFS debería haber acometido.

Ninguna de estas reformas está, según sabemos, en la agenda de nuestro gobierno. Se ha decidido por una, ciertamente, mucho más drástica: la eliminación de la pena de arresto de fin de semana, tal y como se declara ya en la Exposición de Motivos de la referida LO 15/2003, que se ocupa consecuentemente de sustituir esta pena por otras en el articulado de dicha ley, reformando así todos y cada uno de los delitos que tenían prevista como pena el AFS. Como primera valoración de esta reforma deberían destacarse los siguientes puntos.

En primer lugar, por lo que hemos visto a lo largo de todo este estudio, vale la pena señalar que no es cierto que el AFS haya sido una pena «que no se aplicaba en la práctica», tal y como frecuentemente se ha alegado para justificar su supresión. Es sin duda cierto que los jueces nunca han sido muy proclives a su imposición (sobre todo, como sabemos, en algunos delitos y, en parte, debido a la inexistencia de infraestructuras adecuadas para ello), y que su índice de incumplimiento es muy alto; pero sólo de los datos existentes para Cataluña y Andalucía (*vid. supra* not. 2) puede apreciarse que la imagen de una pena «fantasma» o «cómica» que ha querido darse para motivar la reforma es falsa.

Quizá consciente de ello, la reforma del gobierno se limita crípticamente a señalar que se suprime la pena de arresto de fin de semana, «cuya aplicación práctica no ha sido satisfactoria» (énfasis añadido). Difícilmente se podía haber escogido una justificación que dijera menos, pues insatisfactoria puede haber sido la aplicación de una pena por ser demasiado severa, demasiado benévola, inadecuada a fines preventivo generales, preventivo especiales, desproporcional...¿qué es lo que en realidad le preocupaba a nuestro gobierno?

Ello sólo puede responderse analizando lo que, de todas formas es lo decisivo: ¿qué es lo que se quiere imponer en lugar de AFS?, pues es bien cierto que una reforma bien pensada podría cortar de raíz el desplazamiento que hemos visto que el AFS estaba provocando en la práctica de otras penas alternativas simplemente eliminándola y sustituyéndola por esas alternativas desplazadas. Pero parece que esto no es lo que persigue la LO 15/2003, por lo menos no en su totalidad, ya que en el caso de los *delitos* la pena que va a sustituir al AFS es, en casi todos los casos, la prisión⁴⁴.

⁴⁴ En el texto del Proyecto de Ley remitido por el Congreso de los Diputados al Senado (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VII Legislatura, 20 de sep-

Pero es más, no la prisión corta (de menos de 6 meses), sino una pena de prisión que en algunos casos es de 3 a 6 meses, en otros de 5 a 7 meses, en un caso (art. 227, delito de impago de pensiones), de 3 meses a 1 año (!), e incluso en otro (art. 170.2, amenazas), de 6 meses a 2 años (!!).

En otras palabras, estamos, por un lado, ante la introducción, por la puerta de atrás, de las penas cortas de prisión, cuya eliminación había sido precisamente uno de los pocos aspectos en los que se coincidía en alabar al código penal de 1995. No creo que haga falta repetir aquí el fracaso que en todas las épocas y sistemas ha tenido la pena corta de prisión, por lo menos, claro está, desde la óptica de la rehabilitación del delincuente. Pero por otro lado, y aún más grave, estamos también ante una agravación camuflada de la pena para todos esos delitos que de tener asignada pena de AFS pasan a estar castigados con penas de prisión (en algún caso de hasta dos años). Una agravación que llega hasta multiplicar por 20 la actual pena en algún caso⁴⁵(!).

Esto sin duda deja bien claro que la motivación de la reforma no es avanzar en el sistema de penas alternativas a la prisión⁴⁶, sino en la retórica de la prevención general como excusa para aumentar sistemáticamente las penas⁴⁷. Así las cosas, la eliminación del AFS parece haber sido una mera excusa para reintroducir las penas cortas de prisión y elevar solapadamente de forma considerable las penas.

tiembre de 2003, se puede consultar en <http://www.senado.es/legis7/actividad/index.html>) de los 18 *delitos* castigados en el CP 1995 con AFS, 10 pasan a tener asignada como pena (única u opcional) la prisión. Pero tras el paso del Proyecto por el Senado (*vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VII Legislatura, 28 de octubre de 2003, se puede consultar en <http://www.senado.es/legis7/actividad/index.html>), el Dictamen de la Comisión recoge una serie de modificaciones en el Proyecto remitido por el Congreso en donde se aprecia que en todos los *delitos* menos el recogido en el art. 244 (que, dicho sea de paso, vuelve a castigar la utilización ilegítima de vehículo de motor) el AFS se convierte ahora en pena de prisión.

⁴⁵ Me refiero en concreto al mencionado caso del art. 170.2, en el que la pena pasa de 7 a 18 fines de semana a prisión de 6 meses a 2 años. Por otro lado, en el caso del art. 227 la reforma supone multiplicar por 10 la gravedad de la pena.

⁴⁶ Si fuera así ¿por qué no sustituir el AFS por el arresto domiciliario o si se prefiere la localización permanente para determinados delitos?

⁴⁷ De hecho, la exposición de motivos de la reforma menciona expresamente que «La duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses, con lo que se consigue que la pena de privación de libertad de corta duración *cumpla una función de prevención general adecuada respecto de las infracciones de escasa importancia*» (énfasis añadido). Huelga decir que ningún dato o investigación empírica apoya semejante afirmación.

Y en segundo lugar, por lo que hace referencia a la introducción de la nueva pena de «localización permanente», que sustituye al AFS en las faltas, me temo que no va a ser una pena creíble por los jueces, pues sobre la clave de su implantación (esto es, el control de su ejecución) la LO 15/2003 no dice nada. Por ello puede vaticinarse que, al igual que sucedió con el AFS, los jueces se van a decantar por aplicar la pena (conocida) de multa, que salvo en un caso (art. 633) es pena opcional a la localización permanente. Veremos cómo reacciona nuestro gobierno a su más que previsible fracaso. Me temo que en el futuro alguien querrá plantear la introducción de la pena corta de prisión también en las faltas ante el fracaso de la localización permanente.

Por otra parte, la creación *ex novo* de esta pena no parece sino «marketing punitivo», pues si uno se pregunta ¿dónde van los jueces a obligar a una persona a estar localizada permanentemente?, se vienen a la cabeza pocos sitios aparte del propio domicilio, y entonces, siendo esto así, ¿no hubiera sido más fácil modificar el lugar de cumplimiento del AFS, en vez de introducir una nueva pena? Probablemente hubiera sido más fácil, pero menos efectista. Además, como hemos visto, la desaparición del AFS era un paso previo necesario para reintroducir las penas cortas de prisión, por lo que ciertamente interesaba hacerla desaparecer aunque en la faltas se le cambiase el nombre.

Dejando de lado ya finalmente el futuro legislativo del AFS, a nivel judicial y mientras la situación legal no cambie, debe reclamarse de los jueces que, siendo conscientes del efecto discriminatorio y de la vulneración del principio de proporcionalidad que puede producirse con la aplicación del AFS, se decanten por la imposición de la multa en aquellos casos en los que ésta sea pena alternativa al AFS (la mayoría según sabemos)⁴⁸. Y que en los casos de RPS hagan una apuesta decidida, de una vez por todas, por el TBC, o por la suspensión de esta pena.

Para acabar quisiera remarcar que, según hemos visto, la aplicación de las penas plantea interesantes problemas de justicia social que no pueden esconderse. A esto quizás podría replicarse, tal y como señala von HIRSCH (1998:152), que «La política penal no es un buen instrumento ni para reducir el delito ni para promover reformas sociales», pero como bien añade este autor (*ídem*):

El castigo de las personas condenadas, sin embargo, no puede esperar hasta que se remedien los males sociales subyacentes, ni

⁴⁸ Sólo se pide aquí, pues, que *generalicen* su propia actuación en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y/o drogas.

puede abandonarse una vez éstos se arreglen (...). Reformar los males sociales (deseable y esencial como es) no es un sustitutivo para conseguir que las penas sean más proporcionadas o justas.

Por desgracia, la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003 no va encaminada en esta dirección.

Referencias bibliográficas

- ASHWORTH, Andrew (2000): *Sentencing & Criminal Justice*, 3.^a edición, London: Butterworths.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (1999): «La pena de arresto de fin de semana», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, vol. III-1999, Madrid, pp. 219-245.
- BOTTOMS, Anthony E. (1983): «Neglected Features of Contemporary Penal Systems», en Garland, D/ Young (eds.), *The Power to Punish*, pp. 167-202.
- CEREZO MIR, José (1996): «Consideraciones político-criminales sobre el Nuevo Código Penal de 1995», en *La Ley*, 1996-3, D-217, pp. 1470-1478.
- CACHÓN CADENAS, Manuel / CID MOLINÉ, José (1997): «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», en CID/LARRAURI (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona: Bosch.
- CID MOLINÉ, J. / ESCOBAR MARULANDA, G. / LAHOZ ABÓS, J. / LARRAURI PIJOAN, E. / LÓPEZ FERRÉ, A. / TEBAR VILCHES, B. / VARONA GÓMEZ, D. (2002): *Jueces penales y penas en España*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CLAYTON, A. B. / MCCARTHY, P. E. / BREEN, J. M. (1980): *The male drinking driver: characteristics of the offender and his offence*; Accident Investigation Division, Transport and Road Research Laboratory, Crowthorne, Berkshire.
- COHEN, Stanley (1985): *Visions of Social Control*. Cambridge: Polity Press.
- ESTUDIO CATALUÑA (2001), AA.VV.: *L'arrest de cap de setmana a Catalunya (1996-2000)*, Generalitat de Catalunya: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- FLOOD-PAGE, Claire / MACKIE, Alan (1998): *Sentencing Practice: an examination of decisions in magistrate's courts and the Crown Court in the mid-1990's*. Home Office Research Study 180. London: Home Office.
- GAYA CORTÉS, Alex (1999): *Estudi de l'arrest de cap de setmana al Centre Penitenciari de Dones de Barcelona*. Manuscrito. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (1982): *La Pena de Arresto de Fin de Semana, Estudio, propuestas y documentación*, Madrid: Ministerio de Justicia.

- HOOD, Roger (1972): *Sentencing the Motoring Offender. A study of magistrates' views and practices*. London: Heinemann.
- HOLLIN *et altri* (2002): *Introducing Pathfinder programmes into the Probation Service: an interim report*. Home Office Research Study 247.
- INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL sobre el Nuevo Código Penal (1999).
- INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ sobre el Arresto de Fin de Semana y el Trabajo en Beneficio de la Comunidad en Andalucía (1999), 1.ª ed., Sevilla: Defensor del Pueblo Andaluz (texto en Internet: <http://www.defensor-and.es/informes/i-afs.htm>).
- KAISER, Günther (1979): *Delincuencia de tráfico y prevención* (traducción de J. M. Rodríguez Devesa), Madrid: Espasa-Calpe.
- LORENZO SALGADO, JOSÉ M.ª (1997): «Las penas privativas de libertad en el nuevo Código Penal español (Especial referencia al arresto de fin de semana)», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XX, pp. 149-224.
- MCMAHON, Maeve (1990): «Net-Widening. Vagaries in the Use of a Concept», in *The British Journal of Criminology*, Vol. 30, pp. 121-149.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, Mercedes (2000): *Derecho Penal, Parte General*, 4.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja / TERRADILLOS BASOCO, Juan (1996): *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Madrid: Civitas.
- PARÉS GALLÉS, Ramón (1999): «Apunts per a una discussió en major profunditat sobre la pena d'arrest de cap de setmana», en *Les Penes en el Codi Penal de 1995*, pp. 37-57. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio (1983): *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, Madrid: Akal.
- (1989): «Arresto sustitutorio y sanciones alternativas (A propósito de la STC de 18 de febrero de 1988)»; en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol.42/2, pp. 839-870.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier (2002): «La pena de arresto de fin de semana y sus actuales posibilidades: un juicio crítico y una alternativa de solución», en Pérez del Valle, C. / González-Rivero, P. / Sánchez-Vera, *El arresto de fin de semana en la Legislación española*, Madrid: Dykinson.
- VALMAÑA OCHAITA, Silvia (1990): *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal español*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- VARONA GÓMEZ, Daniel (1997): «El arresto de fin de semana: ¿Alternativa a la prisión o prisión atenuada?», en Cid / Larrauri (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona: Bosch.