

SISTEMA DE SANCIONES Y POLÍTICA CRIMINAL

Un estudio de Derecho comparado europeo ¹

Josep M. Tamarit Sumalla

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Lleida

TAMARIT SUMALLA, Josep M. Sistema de sanciones y política criminal: un estudio de Derecho comparado europeo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-06, p. 06:1-06:40. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-06.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 09-06 (2007), 30 ago]

RESUMEN: El trabajo aborda una comparación de los diversos sistemas de penas estatales en Europa, con el objetivo de sistematizar los diversos modelos político-criminales y de calibrar la afflictividad de los mismos. A través de determinados indicadores

se pone de relieve que los sistemas jurídicos que abren un mayor espacio a la discrecionalidad judicial en la selección y la determinación de la pena muestran una mayor moderación del rigor punitivo y están en mejores condiciones de dar respuesta a una fenomenología criminal cada vez más diversa.

PALABRAS CLAVE: pena, sanción penal, política criminal, Derecho penal comparado, determinación de la pena.

Fecha de publicación: 30 agosto 2007

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y PREMISAS CONCEPTUALES. II. EL ANÁLISIS DE LAS SANCIONES PENALES EN EL CONTEXTO EUROPEO. III. LA COMPARACIÓN DE LOS SISTEMAS LEGALES: AFLICTIVIDAD DE LAS PENAS Y FLEXIBILIDAD EN SU IMPOSICIÓN. IV. ELEMENTOS PARA LA COMPARACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS PENALES “IN ACTION” 1. Sistema jurídico “on the books” y sistema “in action”. 2. ¿Suavidad o flexibilidad? 3. ¿Por qué algunos Estados castigan más duramente el delito que otros? 4. La libertad anticipada. 5. Las penas largas como indicador del rigor de un sistema punitivo. 6. El contexto social de los sistemas de sanciones: indicadores. 7. Especial consideración de algunos países. V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS POLÍTICO-CRIMINALES

¹ Este trabajo se ha llevado a cabo gracias a la financiación obtenida del Ministerio de educación y ciencia español a través del proyecto “Las sanciones en el sistema penal europeo” (SEJ2004-07819-C02-01), del que el autor es investigador principal. Ha colaborado como asesora en algunos aspectos estadísticos del capítulo 4 la Dra. Eulalia Luque Reina.

I. PLANTEAMIENTO Y PREMISAS CONCEPTUALES

La atención a la reacción penal frente al delito constituye uno de los elementos de primer orden en un estudio de política criminal. Si nos interesamos por el conocimiento, análisis y crítica de la política criminal real, forzoso será conocer cuáles son y como operan efectivamente los mecanismos sancionadores dispuestos en las leyes penales. Para ello es necesario identificar los diversos actores de la política criminal y reconocer los roles que efectivamente ejercen en la definición de la misma, lo cual tiene que ver en gran medida con los diversos momentos y formas a través de los cuales se ejerce el poder de castigar del Estado. Nos vamos a interesar aquí por los actores primarios, a saber: el legislador con competencia para dictar leyes penales y los jueces competentes para aplicarlas, así como la Administración a quien se atribuye un poder de decisión sobre las circunstancias de la ejecución de las penas. Quedan fuera del objeto de nuestro análisis los actores secundarios, todos aquellos con capacidad para ejercer su influencia sobre los actores primarios, como los medios de comunicación, las asociaciones de víctimas o los llamados “agentes morales”.

Esta visión amplia de la política criminal se corresponde con una concepción también amplia de lo que deba entenderse por sistema de sanciones penales. En el plano normativo, integran el mismo tanto las normas de parte general que prevén las penas, medidas de seguridad u otras sanciones de carácter penal (se incluiría también ahí la regulación de consecuencias “accesorias” o de los aspectos penales de la reparación), las normas de parte especial que asignan la pena o consecuencia correspondiente a las diversas infracciones, las normas generales o especiales relativas a la determinación judicial de la pena y las normas de ejecución.

Pese a esta concepción amplia de las sanciones penales, que considero necesaria a la hora de abordar la búsqueda de una racionalidad común a las distintas piezas que integran el sistema, este trabajo va a centrarse en las penas en sentido estricto. Entiendo por pena aquella desventaja en la relación social que el Estado inflige al infractor de la ley penal mediante la cual expresa el reproche jurídico del hecho y sobre la que se proyectan una pluralidad de expectativas, como la prevención de delitos futuros, la reinserción social del infractor o la restauración de la paz social. Estas expectativas son compatibles en una comprensión del sistema penal como instrumento de resolución de conflictos y no como puro espacio de autoconstatación normativa. El reconocimiento de la dimensión reparadora y resocializadora desborda el marco en el que se construyen las tesis proporcionalistas. Con todo, aciertan éstas al asumir que la elaboración racional del sistema de penas conlleva la necesidad de acometer una suerte de “estructura de la aflicción” que pueda hacerse operativa de modo que se de cumplimiento a los principios de igualdad y proporcionalidad². Seleccionar y calibrar la pena adecuada a las circunstancias del hecho y del sujeto responsable, tanto las concomitantes al hecho como las posteriores que inciden en la necesidad de la pena, constituye el principal

² La idea de una estructura axiológica de las sanciones guarda pues cierta sintonía con las tesis proporcionalistas: vid. VON HIRSCH, A., “Censure and sanctions”, Oxford 1993; WASIK, M. / VON HIRSCH, A., “Non custodial penalties and the principle of proportionality”, en VON HIRSCH / ASHWORTH, “Principled sentencing; readings on theory and policy”, Oxford 1998 p. 279 ss.

desafío del sistema penal, de modo que una pena y, por consiguiente, un sistema de penas puede ser evaluado en gran medida en función del grado de aflicción que causa en sus destinatarios, lo cual permitirá establecer si excede los límites de lo razonable en términos de merecimiento y necesidad. Por otra parte, la multidimensionalidad que se ha expresado lleva a reconocer que la imposición y determinación de la pena son algo más que una “continuación cuantitativa de la teoría del delito”³, ya que pueden incidir en las decisiones de tipo penológico consideraciones relativas a los fines de la pena ajenas al injusto y la culpabilidad.

La opción a favor de una concepción amplia tiene todavía ulteriores implicaciones. La praxis de los jueces sentenciadores y de ejecución de penas es también una pieza del sistema jurídico. Pertenecen también, en el plano fáctico, al sistema de sanciones, las decisiones adoptadas por los órganos administrativos responsables de la ejecución, en el sentido que contribuyen a perfilar el modo en que una sociedad sanciona el delito. La cuestión más controvertida respecto a estas piezas del “engranaje punitivo” es si nos encontramos meramente ante una realidad de hecho o ante algo que quepa calificar como Derecho. No es éste el espacio adecuado para ahondar en un tema ya muy discutido en la filosofía del Derecho, pero son necesarias algunas precisiones que ayudarán a situar en su adecuado contexto el trabajo que sigue. Parece difícilmente objetable que el juez que impone una pena o toma decisiones relativas a la forma de ejecutarla o el órgano de la Administración penitenciaria que adopta un acuerdo o resolución sobre la progresión de un condenado pueden actuar, desde el punto de vista fáctico, según alguna de las siguientes actitudes, o según varias de ellas a la vez: a) aplicar criterios estandarizados, establecidos a través de precedentes o ampliamente consensuados; b) decidir según un criterio propio inspirado en un clima social o cultural dominante y en la voluntad de actuar de acuerdo con lo que la sociedad espera de él; c) dejarse llevar por la presión de los medios de comunicación o grupos sociales de los que teme posibles críticas a su decisión; d) actuar condicionado por sus propias convicciones o ideología. Téngase en cuenta que se excluyen de esta hipótesis las actuaciones ilegítimas, ilegales o que supongan desviación de poder, por lo que deberemos aceptar que en mayor o menor medida según de que juez o empleado público se trate o según que nos encontremos ante un “caso difícil” o con precedentes o casos iguales conocidos⁴, estas cuatro formas de proceder se dan, de modo más o menos consciente, en (casi) todo actor individual del sistema. Aceptada esta premisa, parece razonable sostener que, así como resultaría muy discutible que pudiera considerarse como Derecho aquello que pertenece al mundo de las convicciones o experiencias personales de quien decide, no veo por qué no habría que asumir el valor jurídico de,

³ Vid. en tal sentido SILVA SANCHEZ, J.M., “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático). Un primer esbozo”, en *InDret penal*, núm. 2, 2007, p. 8.

⁴ En la materia que nos ocupa tiene un interés relativo la reflexión iusfilosófica sobre los “casos difíciles”, pues la autonomía del juez, aun siendo grande, es consecuencia de una atribución efectuada expresamente por la ley al prever penas de tipo alternativo o establecer un marco penal con un mínimo y máximo de pena, con algunos criterios de valoración al menos implícitos. El debate respecto a si existe, según la tesis de DWORKIN, una “decisión correcta” o, en términos positivistas, nos hallamos ante puro decisionismo, debe adaptarse al hecho de que aquí nos encontraríamos ante situaciones excepcionales sino ante el ejercicio regular de la labor judicial de imponer y cuantificar las penas. Vid. DWORKIN, “Los derechos en serio”, Barcelona 1989, p. 146 ss.

como mínimo, los criterios establecidos, explicados y publicados. En lo que en concreto atañe a la función jurisdiccional, soy pues partidario de entender que decisiones como la determinación de la pena aplicable al culpable, o la resolución sobre una suspensión o sustitución de pena, la libertad condicional o la revocación de la misma, en las que el juez dispone de un margen, a veces muy amplio, de autonomía, no sólo reflejan un poder de hecho y suponen una “decisión política”⁵ de la autoridad judicial, sino que constituyen el ejercicio de un poder jurisdiccional que va más allá de la mera aplicación de la ley⁶.

Sobre la base de determinados planteamientos ius-filosóficos, cabe sostener que las normas jurídicas relativas a la imposición y la ejecución de las sanciones penales pertenecen a un género de normas generadoras de “discrecionalidad jurídica”, en el sentido que los órganos judiciales están llamados a efectuar una actividad no meramente aplicativa de Derecho sino de desarrollo y concreción del Derecho⁷. Las normas legales con base en las cuales los jueces determinan “la pena justa” que corresponde al infractor de la ley penal serían así “normas de fin”, en las que se traslada al juez la tarea de efectuar las evaluaciones a partir de las circunstancias del caso concreto al objeto de conseguir la realización del fin o el valor deseado por la norma⁸. El modo en que los fines de la pena aparecen y deben aparecer expresados en la ley penal es por supuesto un debate pertinente, que de momento no vamos a abordar aquí.

Las decisiones relativas a la determinación y ejecución de la pena constituyen un espacio muy propicio para el planteamiento de estas cuestiones, dado que la previsión en abstracto de todas las circunstancias que pueden influir en la decisión sobre la pena que la sociedad considera adecuada para cada delito resulta especialmente difícil, por no decir imposible, lo que lleva inexorablemente a tener que aceptar que el juez

⁵ En el sentido de la doctrina de la responsabilidad política a que alude DWORKIN, ob. cit., p. 155.

⁶ Una consolidada línea doctrinal viene sosteniendo la necesidad de reconocer, también en el ámbito de los países de cultura jurídica continental, que la actividad judicial va más allá de la mera interpretación y aplicación del Derecho. En este sentido, señala CADOPPI que si, en una dimensión “on the books” los jueces desarrollan actividad interpretativa, en una perspectiva “in action” del sistema jurídico, los órganos jurisdiccionales crean Derecho, pues tras la interpretación “la norma deviene una nueva norma más detallada y precisa”. Vid. del citado autor “Riflessioni sul precedente nel diritto penale italiano”, en COCCO, G. (ed.), “Interpretazione e precedente giudiziale in Diritto penale”, Padova 2005, p. 143. Vid. un mayor desarrollo en CADOPPI, A., “Il valore del precedente nel Diritto penale”, Torino 1999.

⁷ El Código penal español (CPE) no se refiere expresamente a la discrecionalidad, a diferencia del italiano, que alude explícitamente en sus artículos 132 y 133 al “poder discrecional del juez en la aplicación de la pena”. No existe en la doctrina penal española un criterio claro respecto a si cabe calificar como actividad discrecional la determinación de la pena aplicable al hecho enjuiciado. Vid. como muestra de ello, BOLDOVA PASAMAR, en GRACIA MARTIN (coord), “Tratado de las consecuencias jurídicas del delito”, Valencia 2006, p. 230, quien alude a la “discrecionalidad” y a la “libertad de elegir” del juez en relación con la individualización de la pena, que consiste, según el autor, en la valoración desde el injusto, la culpabilidad y los fines de la pena de todas las circunstancias del hecho y del sujeto que confieren al delito su singularidad y al culpable su individualidad.

⁸ Vid. en este sentido, LIFANTE VIDAL, I., “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en DOXA 2002, p. 433-437, quien parte, en lo tocante a la distinción entre “normas de fin” y “normas de acción”, de ATIENZA y RUIZ MANERO, “Las piezas del Derecho. Una teoría de los enunciados jurídicos”, Barcelona 1996.

Se aceptaría así la existencia de una discrecionalidad jurídica como algo distinto de la discrecionalidad política, que corresponde fundamentalmente al legislador, o de la discrecionalidad técnica, que, en nuestro caso, describiría los poderes conferidos a los equipos técnicos que deben evaluar las circunstancias bajo las cuales cabe acordar una medida de seguridad, libertad condicional, progresión en grado o concesión de un permiso penitenciario.

disponga de un amplio poder en orden a individualizar la respuesta penal. La racionalidad de un sistema sancionador depende no sólo de la racionalidad abstracta de las leyes sino también del modo en que se lleva a cabo la función jurisdiccional de imponer y ejecutar las sanciones. La realidad, sin embargo, demuestra que a menudo el propio juez tiene una insuficiente conciencia del papel que ejerce. Es preocupante en España en déficit de motivación de la pena en la jurisprudencia. Criterios tan arraigados como la no necesidad de motivación de las penas mínimas, las reservas a la revisión en casación de la motivación, la suficiencia de cualquier actividad motivadora “por breve que sea” o la “motivación retrospectiva” en la alzada como modo de suplir la absoluta ausencia de motivación en la primera instancia (que veta el recurso contra la motivación) son indicativos de una situación en la que el juez abdica de su responsabilidad sin dejar de ejercer el poder discrecional que la ley le otorga, favorecido por un clima intelectual y una cultura procesal que ha despreciado a menudo la importancia central de las cuestiones penológicas. Intervenciones legislativas inspiradas en una profunda desconfianza hacia los jueces contribuyen también a ello⁹.

Mediante el trabajo que se desarrolla a continuación se pretende hacer efectiva la doble misión que compete a los estudios de política criminal: la descripción de un “estado de cosas” y la confrontación del mismo con un modelo político-criminal estructurado en torno a una racionalidad valorativa y teleológica¹⁰. El recurso al Derecho comparado resulta fundamental tanto a la hora de acceder a elementos de referencia desde los que cabe conocer mejor el Derecho vigente en un determinado espacio y tiempo (sería una referencia “horizontal”, a diferencia del análisis histórico que aportaría una referencia “vertical”), como a la hora de estructurar la política criminal¹¹.

Las dificultades a que debe hacer frente un trabajo de comparación son evidentes para cualquiera que se haya adentrado en este terreno¹². La dispersión de las categorías conceptuales es quizás la mayor de ellas. Con razón DELMAS-MARTHY ha empezado llamando la atención, a propósito de nuestro tema, respecto a que todavía no habla-

⁹ En España es paradigmática de esta desconfianza, generadora de graves problemas en la praxis judicial, la reforma del art 57-II del Código penal por la que se impone la pena accesoria de prohibición de acercamiento a la víctima como obligatoria para ciertos delitos.

¹⁰ Me he referido a la dos dimensiones de la política criminal en “Política criminal con bases empíricas en España”, en *Política criminal* núm. 3, 2007, p. 1-2.

¹¹ AMBOS, K (vid. “La parte general del Derecho penal internacional – Bases para una elaboración dogmática” (trad. Ezequiel Malarino), Montevideo 2005, p. 39) destaca, por su parte, el importante rol del Derecho penal comparado, que permite *deducir* (¿sería mejor “inducir”?) “de las regulaciones concretas de los derechos nacionales un principio común”. El autor defiende para ello la necesidad de un método funcional, que se interroga por el rol y la función de los institutos jurídicos existentes situándose por encima de los conceptos del ordenamiento propio y con una orientación de bases empíricas.

¹² Entre ellas no puede pasarse por alto, en nuestro tema, que se trata de un terreno poco estudiado en España y en buena parte de países europeos. Pese a ello se ha podido contar con trabajos previos como el de VAN KALMTHOUT y TAK (“Sanctions systems in the member-states of the Council of Europe – Deprivation of liberty, community service and other substitutes”, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988 (I) y 1992 (II)), realizado bajo los auspicios de la Fundación internacional penal y penitenciaria en una perspectiva del conjunto de países integrantes del Consejo de Europa, ya relativamente lejano y superado por la dinámica de los acontecimientos relativos a la convergencia europea, o el más reciente de DELMAS MARTHY, GIUDICELLI-DELLAGE y LAMBERT-ABDELGAWAD (“L’harmonisation des sanctions pénales en Europe”, Paris 2003).

mos un mismo lenguaje¹³. A esta dificultad se une la diversidad en los procedimientos de obtención de la información. En el plano criminológico, los datos judiciales oficiales adquieren en un estudio sobre sanciones una relevancia muy superior a la que es habitual en los análisis sobre la criminalidad, por lo que nos vemos abocados a padecer las deficiencias asociadas a tal clase de estadísticas, sobradamente puestas de relieve por la literatura especializada¹⁴. Sobre ésta y otras cuestiones se proyectan las diferencias en la calidad de los sistemas de gestión pública de los Estados de la Unión, diferencias que se van revelando como más acusadas que las cada vez más moderadas diferencias económicas. Baste como imagen de este estado de cosas la distancia existente entre las estadísticas judiciales españolas (cuyas carencias en cuanto a rigor metodológico son ya a estas alturas imperdonables) y las que regularmente publica el *Home office* británico.

II. EL ANÁLISIS DE LAS SANCIONES PENALES EN EL CONTEXTO EUROPEO

Plantear la existencia de un sistema europeo de sanciones penales tiene sentido tan sólo en una dimensión político-criminal o de tipo prospectivo, pues está claro que la panorámica actual de tales sanciones viene caracterizada por la coexistencia de sistemas diversos. Frente al reto de la convergencia emerge la realidad de la divergencia. Como signos identificadores de un “modo europeo” de reaccionar frente al delito poco más puede anotarse en el balance del Derecho vivo que la abolición de la pena de muerte. El ideal de la implementación de formas punitivas distintas a la privación de libertad se ha visto realizado de modo muy desigual en los diversos Estados y mientras en algunos de ellos se han realizado importantes progresos en la reducción del recurso al encarcelamiento, en muchos de los sistemas punitivos nacionales la prisión ocupa sin lugar a duda un rol absolutamente central¹⁵.

Una sistematización de los diversos sistemas no es tarea fácil. Distinguir entre las dos grandes familias jurídicas (sistemas continentales y de “common law”) aporta poco, pues la gran mayoría de Ordenamientos se inscribe en la primera categoría pese a presentar diferencias muy significativas. El criterio es incluso insuficiente si se reconoce un tercer grupo representado por los países nórdicos. Esta clasificación tripartita ha sido utilizada en algunas investigaciones comparativas sobre Derecho escrito¹⁶ y, con otros acentos, en estudios de penología comparada centrados en las prácticas penales. Así, según CAVADINO/DIGNAN, existirían en Europa tres tipologías, definidas sobre

¹³ Vid. DELMAS-MARTHY, M., „A la recherche d’un langage commun”, en DELMAS-MARTHY / GIUDICELLI-DELAGE / LAMBERT-ABDELGAWAD, “L’harmonisation des sanctions pénales en Europe”, Paris 2003, p. 373. Advierte la autora que con ello no se refiere a la lengua de trabajo, aunque a propósito de esta cuestión no está de más aludir a la dificultad añadida que supone la diversidad lingüística, todo un reto a la vez, cuando se trata de establecer conceptos de validez general sin caer en actitudes de imperialismo lingüístico.

¹⁴ Vid. como muestra GARRIDO / REDONDO / STANGELAND, “Principios de criminología”, 3ª ed., Valencia 2006, p. 133 ss.

¹⁵ He desarrollado los aspectos relativos a la integración europea en materia de sanciones en “¿Hacia un sistema europeo de sanciones penales?”, Libro homenaje a Enrique Gimbernat, en prensa.

¹⁶ Vid. como muestra BRIENEN / HOEGEN, “Victims of crime in 22 European Countries”, Nimjegen 2000.

la base de índices socio-económicos, culturales y de política penal real, que vendrían a corresponderse con los tres sistemas antes mencionados: un neoliberalismo atenuado, en comparación con el de Estados Unidos, representado en Europa por el Reino Unido, un corporativismo social-democrático, propio de los países nórdicos (los tres Estados escandinavos más Finlandia), y un corporativismo conservador, grupo amplísimo y heterogéneo en el que se incluye explícitamente a Alemania (que sería el caso arquetípico) y también a Holanda, Francia e Italia. A partir de los indicadores utilizados por los autores y sobre la base de estos últimos ejemplos se deduce que en el tercer grupo resultaría incluido el resto de países de la Unión, al menos los anteriores a la última ampliación¹⁷. Una tal clasificación, que parece plausible en lo tocante a los dos primeros modelos y que quizás tenga sentido desde una óptica anglocéntrica, no resulta útil pues prescinde de la grandes diferencias internas en el tercer grupo que englobaría la mayoría de Estados¹⁸.

Podría alcanzarse tan sólo un valor relativo si se llega a la caracterización de cuatro grandes modelos político-jurídicos: nórdico, anglosajón, continental central (básicamente germánico) y meridional. Una tal clasificación tiene en cuenta las afinidades jurídicas, geográficas y culturales, incluso político-económicas, aunque la homogeneidad dentro de cada grupo es muy desigual. Si puede hablarse con propiedad en el caso de los países nórdicos (los tres escandinavos más Finlandia) de un modelo político-criminal y social con características comunes tan remarcables como la contención en el uso de la pena privativa de libertad¹⁹, las diferencias internas en el grupo meridional son muy acusadas (basta para ejemplificarlo con referirse a Francia y España). Además, hay casos difícilmente clasificables como Holanda, con elementos comunes a la vez con el Reino Unido, los países nórdicos y los centroeuropeos, o Portugal, cuya opción por el modelo legislativo germánico no puede ocultar sus intrínsecos rasgos “meridionales”, amén de los nuevos Estados de la Unión, como Polonia, sólo en parte asimilable a los países germánicos.

Vamos por ello a considerar los elementos esenciales de los diversos sistemas renunciando a establecer de modo concluyente adscripciones tipológicas generales. Conviene destacar, ante todo, que, en lo tocante a la estructura general de las sanciones, existen diversos grados de “diversidad punitiva”. En un buen número de países el sistema de sanciones se estructura esencialmente en torno a dos de ellas: el encarcelamiento y la multa. Tal es el caso de Alemania, Austria, Italia, Polonia o Portugal. El resto de sanciones, como inhabilitaciones, prohibiciones, trabajos de utilidad social o prestaciones reparadoras, tienen un carácter secundario y se recurre a ellas en gran parte o bien como penas accesorias a las de prisión o en sustitución de ésta. También

¹⁷ Vid. CAVADINO, M. / DIGNAN, J., “Penal systems. A comparative approach”, London/Thousand Oaks/New Delhi, 2006, p. 15 ss.

¹⁸ El caso de España, por ejemplo, omitido en el estudio citado, resultaría de difícil imputación a uno de los modelos citados, si se tiene en cuenta que según uno de los índices manejados, la ratio de población penitenciaria, el modelo penal sería el neoliberal, pese a la enorme distancia existente en tantos órdenes respecto a los países anglosajones. Tampoco convencería el reconocimiento de un nuevo grupo de países “punitivistas” con altas cotas de encarcelamiento integrado además por los nuevos Estados del Este, respecto a los cuales existen también grandes distancias.

¹⁹ Vid. RIVERA BEIRAS, I., “Política criminal y sistema penal”, Rubí 2005, p.207-208.

funciona de hecho según este esquema el sistema español, aunque la parte general del Código penal ofrezca una imagen de una mayor diversificación que la de los países anteriormente citados.

Otros sistemas, sin embargo, adoptan una estructura tripartita. El caso paradigmático sería el Reino Unido, en que a la privación de libertad y la multa se añaden las “sanciones en la comunidad”, integradas por un variado elenco de respuestas consistentes en prohibiciones, prestaciones, mecanismos de control y de incapacitación, cuya presencia no es en absoluto secundaria. Una *community sentence* puede consistir, respecto a los condenados adultos, en una *community punishment order*, una *rehabilitation order*, una combinación de las dos, una *curfew order* o una orden de sumisión a tratamiento y control de abstinencia de drogas²⁰. Las tres clases de sanciones tienen en la actualidad, un importante protagonismo, lo que convierte al Reino Unido en muestra paradigmática de como una alta diversidad punitiva puede ir asociada a un elevado intervencionismo penal²¹. Suecia o Finlandia serían ejemplos de diversidad punitiva en lo material, pese a la estructura legal formalmente bipartita, aunque, a diferencia del Reino Unido, el desarrollo de las “terceras sanciones” ha ido asociado a un descenso del uso de la prisión.

También adopta una fórmula tripartita sobre el papel el Código holandés, pero con un rol secundario de la tercera pena, el servicio comunitario, frente a la prisión o la multa. Asimismo es ejemplo de diversidad punitiva el Código francés de 1994, si se atiende al amplio catálogo general de las llamadas “penas alternativas” aplicables por sustitución, aunque el uso real de las mismas es mucho menor que las sanciones comunitarias británicas. Queda algo alejada así Francia del otro lado del canal de la Mancha tanto en diversidad real como, según se comprobará más adelante, en intervencionismo.

III. LA COMPARACIÓN DE LOS SISTEMAS LEGALES: AFLICTIVIDAD DE LAS PENAS Y FLEXIBILIDAD EN SU IMPOSICIÓN

Más allá de los aspectos generales sobre la estructura general de las sanciones, el conocimiento del funcionamiento de las mismas exige entrar a examinar sus contenidos concretos. Dos son los aspectos que vamos aquí a considerar a la hora de ordenar y explicar los elementos comunes y diferenciales: el grado de afluencia punitiva y el grado de flexibilidad del mecanismo de imposición de la pena. Vamos en primer lugar a ocuparnos de su tratamiento legal, con el objeto de poder posteriormente acudir a los

²⁰ A través de diversas intervenciones legislativas, en particular la *Criminal Justice Act* de 1991, la *Power of Criminal Courts Sentencing Act* de 2000 y la nueva *Criminal Justice Act de 2003*, se ha perfilado una graduación de las tres clases de sanciones, de modo que la privación de libertad estaría reservada para los supuestos más graves, la multa se aplicaría a los más leves y las *community sentences* a los de gravedad intermedia aunque la jurisprudencia no ha sido siempre plenamente consecuente con este criterio. Vid. ASHWORTH, A., “Principles of Criminal Law”, 4ª ed., Oxford 2003, p. 19-20; BOTTOMS / REX / ROBINSON, “Alternatives to prison”, Cullompton/Portland 2004, p. 4-5.

²¹ Es fundamentalmente en el ámbito anglosajón donde se ha puesto de manifiesto el efecto de “extensión de la red” inducido por la introducción de penas no privativas de libertad. Vid sobre la cuestión WORRALL, A. / HOY, C., “Punishment in the Community”, Cullompton / Portland, 2ª ed., 2005, p. 12.

indicadores que nos permitan conocer su funcionamiento real. Se describen los contenidos de afflictividad y flexibilidad a partir de diversos indicadores reflejados en las tablas 1 y 2, que se comentan a continuación.

En lo concerniente a la *afflictividad*, cabe atender ante todo al protagonismo de las penas privativas de libertad en relación con los delitos que no pertenecen a las formas de criminalidad más graves y el modo en que se hace uso de ellas. Un dato poco relevante es el mantenimiento de la prisión a perpetuidad. La mayoría de Estados europeos conserva esta pena (España, Portugal y Noruega son excepción), pero en todos ellos existen mecanismos de revisión, incluso obligatoria, de la misma, como garantía de respeto al principio de resocialización, por lo que de hecho se trata de una pena de duración indeterminada con obligación de revisión. Por otra parte, los Estados con más bajas tasas de encarcelamiento y mayor número de recursos para evitar la prisión, básicamente los países nórdicos, mantienen en su mayoría la reclusión perpetua, con un papel a menudo casi simbólico, pues aparece prevista en relación con muy pocos delitos y se aplica en pocos casos²². Es por ello un dato de mayor relevancia la duración de las penas de prisión. Una comparación de la parte general de las diversas legislaciones permite visualizar con gran claridad, de entrada, dos grupos de Estados (vid. Tabla 1): aquellos en los que se establece un límite máximo entre los diez y quince años (Suecia, Finlandia, Alemania, Holanda o Austria) y aquellos con límites mucho más elevados, en general hacia los treinta años (todos los meridionales, más Bélgica y el Reino Unido)²³.

Como puede observarse en la tabla núm 1, utilizo además como indicadores de afflictividad la tendencia a la acumulación de penas²⁴ o determinadas reglas presentes en general en la parte general de los Códigos, como son las relativas al tratamiento penológico de la tentativa, en las que se aprecian diferencias muy remarcables entre países²⁵. El tratamiento penológico de la participación criminal ofrece de hecho menos diferencias. Las consecuencias respecto a la pena con que a priori puede ser castigada una conducta de cooperación criminal en un sistema basado en el concepto general de autor como el italiano o austriaco, en el Código español, donde se distingue entre cooperación necesaria o no necesaria, o en el Código alemán en que no existe tal distinción conceptual, son inapreciables, pues por vías distintas en los tres supuestos

²² Vid. una información detallada sobre los diversos Códigos en ESER, en DELMAS-MARTHY et al, "L'harmonisation...", cit., p. 390-391.

²³ La línea divisoria es en este punto muy clara, con un único caso que cabría calificar como intermedio, Portugal, con un máximo de 20 como regla general y de 25 como excepción y sin prisión perpetua.

²⁴ Como ejemplos situados en las posiciones extremas cabe considerar el Código sueco, en que, de modo coherente con los postulados del "justo merecimiento" en que se inspira, se prohíbe de modo general cualquier acumulación que no responda a la existencia de un concurso de delitos, y el Código francés, que en muchos tipos delictivos establece, de modo cumulativo y obligatorio, penas de prisión y multa, a las que se agregan incluso las penas complementarias. Próximos al modelo francés son los Códigos español e italiano, tanto en la configuración de la penalidad de un buen número de tipos como en las reglas generales sobre las penas accesorias, una técnica netamente acumuladora. Los Códigos alemán, austriaco, finlandés o portugués se acercan en cambio al primer modelo, pues no sólo tienden a evitar la acumulación sino que optan con frecuencia por la alternativa prisión o multa en los tipos penales.

²⁵ Se establecen tres grupos de países: reducción automática de pena (España, Holanda o Italia), reducción facultativa (Alemania) o asimilación punitiva entre tentativa y delito consumado (Francia o Polonia).

citados la conducta puede ser castigada con la misma pena prevista para el autor o con una pena reducida²⁶.

Se examina a continuación el grado de *flexibilidad* del procedimiento de imposición de penas. La división entre sistemas “legalistas” y “judicialistas” en lo tocante al régimen de individualización de la pena nos remonta, en una primera aproximación, a la distinción general entre sistemas de “common law” y de Derecho continental. Los primeros serían aquellos en que los jueces sentenciadores disponen de un mayor margen de autonomía a la hora de seleccionar la clase de pena y determinar la extensión y las condiciones de cumplimiento de la misma en atención a las circunstancias del caso, lo cual ha hecho del “art of sentencing” una preocupación importante de la literatura penal y criminológica²⁷. Sin embargo, amén de que la evolución reciente en Inglaterra y Gales permite adivinar una tendencia a convergir, aunque sea de modo limitado, con el grupo ampliamente mayoritario de Estados en que impera el principio de legalidad²⁸, las diferencias en este grupo son tan acentuadas que en muchos países el juez sentenciador, dentro de los cánones del respeto a la garantía penal (“nulla pena sine lege”), se encuentra sujeto a reglas legales muy flexibles que le sitúan en una posición no muy lejana a la de los jueces británicos²⁹. En buena medida estas diferencias traen causa de la mayor influencia que el legalismo de origen napoleónico ha tenido en los Estados meridionales, en los que la labor legislativa ha sido expresión de una mayor desconfianza hacia las instituciones, lo que permitiría pintar, a grandes trazos, un mapa de Europa en el que se apreciara el contraste entre un sur legalista y un norte judicialista. Naturalmente, tan somera caracterización requiere matices no menores, pues entre los países de cultura latina tan sólo España e Italia conservan lo sustancial del modelo legalista de cuño decimonónico, mientras que en los códigos

²⁶ Con todo, la triple clasificación es aquí también posible, pues existen sistemas con reducción obligatoria (Holanda o Portugal, en que la complicidad cubre toda la cooperación) y, en el otro extremo, con absoluta asimilación punitiva de la complicidad a la autoría, aunque ello sólo ocurre allí donde el juez dispone de marcos penales amplios (Francia). En el grado intermedio situamos, además de los sistemas con alguna fórmula legal de reducción facultativa de la pena, aquellos en que el juez no se halla vinculado más que al principio de la determinación de la pena según la propia culpabilidad por el hecho (Austria).

²⁷ Las normas legales aplicables, que han venido a limitar progresivamente la libertad decisoria de los jueces, no establecen por lo general marcos penales como los propios de un Código penal, por lo que el juez permanece sujeto a reglas como la necesidad de ajustar la extensión de la pena privativa de libertad a la gravedad del delito (*Powers of Criminal Courts Sentencing Act* de 2000, sección 78-80) o a una especie de tarifas desarrolladas por el “common law” o más recientemente a través de reglas emanadas del *Lord Chief Justice*. Vid. ASHWORTH, ob. cit., p. 19-20.

Vid. desde una perspectiva de Derecho comparado, VINCIGUERRA, S., “Diritto penale inglese comparato”, Padova 2002, p. 506 ss.

²⁸ Vid. CADOPPI, A., “Civil Law e Common Law: contraposizione sistemica o culturale?”, en CANESTRARI / FOFFANI (coord.), “El Diritto penale nella prospettiva europea”, Milano 2005, p. 110-111, quien ha advertido en esta y otras ocasiones los excesos a la hora de establecer una rígida dicotomía entre ambos sistemas en lo tocante a la vigencia del principio de legalidad, pues incluso en Inglaterra y Gales, donde no existe Código Penal, la mayor parte del Derecho es *statutory*, incluso con mayor detalle en la regulación de los criterios de imposición de sanciones que en el sistema legal español. Vid. En “Il Diritto penale nella prospettiva europea”

²⁹ Conviene no olvidar, por otra parte, que la garantía penal la ha vinculado el Tribunal europeo de derechos humanos no sólo a la legalidad en sentido estricto, sino al “jus”, integrado también por la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho. Vid. GINDRE, E., “La légitimité au regard des sources du droit”, Paris 2003, p. 473 ss.

francés y portugués de principios de los noventa se ha producido una evolución hacia una mayor flexibilidad de las reglas de imposición de pena.

La adscripción de un sistema a un modelo rígido y flexible de individualización judicial de la pena puede hacerse por medio de diversos indicadores, relacionados tanto con las normas penales de parte general como con las de parte especial:

a) La amplitud de los marcos penales, según una gradación desde la inexistencia de límite mínimo de la pena (cual sucede en Dinamarca, en Francia para los delitos, no para los crímenes, en el Reino Unido o en Irlanda, con algunas excepciones) hasta la fijación de horquillas estrechas, como en el Código español, pasando por ejemplos intermedios como el Código alemán, caracterizado por la fijación de marcos amplios y la coexistencia de tipos delictivos con pena mínima junto a otros que no la tienen.

b) Un aspecto relacionado con el anterior es la previsión de penas en forma alternativa en los tipos penales. Ello constituye un recurso bastante generalizado en algunos códigos penales, pero en otros resulta más excepcional. Es ésta una de las técnicas mediante las cuales el legislador puede favorecer la aplicación por parte de los jueces de penas no privativas de libertad, ofreciendo una pena de multa o de otro tipo junto al encarcelamiento. Es también en diversos Ordenamientos la fórmula utilizada para la utilización de los trabajos en beneficio de la comunidad como pena principal, al objeto de permitir que sea respetado el principio de voluntariedad. Nos encontramos ante un indicador menos eficaz que el resto de los que aquí consideramos, pues las diferencias entre los diversos códigos son menos acusadas y normalmente interacciona según una relación inversa con el que se estudia a continuación. Así, por ejemplo, el Código alemán acude con mucha frecuencia a la alternativa “prisión o multa” y carece de una cláusula general de sustitución, mientras que en el Código francés la formulación de alternativas en el tipo penal es excepcional en la medida que se habilita al juez para recurrir a un catálogo de “penas alternativas” por vía de sustitución³⁰.

Se advierte cierta correspondencia entre el escaso recurso a penas alternativas en los tipos y la tendencia, muy extendida en algunos sistemas, a la fórmula de las penas acumulativas de imposición obligatoria. Caso paradigmático es el Código francés, en que es habitual respecto a los *delitos* e incluso, aunque menos, respecto a los *crímenes*, la acumulación de prisión y multa. La tendencia a la acumulación es particularmente intensa en tal Código si se tiene en cuenta además la utilización que en el mismo se hace de las penas complementarias. Ello se da de modo menos acusado en el Código español. En el extremo opuesto, el Código sueco hace explícita la exclusión absoluta de la acumulación de sanciones que no responda a la existencia de concurso de infracciones, lo cual resulta consecuente con el modelo proporcionalista que inspira la ley. Sirve también este principio a razones de funcionalidad político-criminal. El delito de hurto, por su universalidad y frecuencia de comisión, puede operar como buen indicador tanto

³⁰ En el Código español han aumentado los supuestos con alternativa de prisión o multa, como en las coacciones (art 172) o los abusos sexuales tras las reforma de 1999 (art 181), aunque no se ha dado este paso respecto al hurto o al robo con fuerza, a diferencia de lo que ocurre en otros Códigos, como el sueco o el alemán. Ciertamente es que en relación con esta clase de delitos parece más realista que en la fórmula alternativa se incluyan otras penas no pecuniarias más adecuadas a la realidad criminológica.

de rigidez como de dureza punitiva, aspectos que tienden a ir asociados, de modo que si en un polo podemos situar a aquellos países que lo castigan la modalidad menos grave con la alternativa prisión o multa (Suecia o Alemania, según hemos visto), en el polo contrario nos encontramos con Francia, que prevé la acumulación de prisión y multa.

c) La existencia de mecanismos generales por los que se faculta al juez para dejar de imponer o sustituir la pena prevista en el tipo de delito. Nos encontramos en este caso ante un indicador que refleja en general diferencias menos acusadas que las comentadas anteriormente. Por una parte, en lo que atañe a la suspensión condicional de la ejecución de la pena existe bastante afinidad en el tratamiento que ofrecen los diversos Códigos. Las diferencias, en cuanto al régimen jurídico, entre la *sursis* francesa o belga, la *StrafAussetzung zur Bewahrung* alemana o austriaca o la suspensión condicional española, italiana, holandesa o portuguesa son poco relevantes³¹. En todo caso, podría tener una importancia relativa, a los efectos que aquí interesan, la diferencia entre todas ellas y el sistema de *probation* británico o sus variantes en los países nórdicos³². Cabe en todo caso anotar, como elemento diferenciador fácilmente comparable, el tiempo máximo de la pena de prisión legalmente susceptible de suspensión, que si en la mayoría de países se halla entre uno y tres años, en algunos Estados, como Suecia o Francia, la ley permite la suspensión de penas de mayor gravedad.

Por otra parte, si nos centramos en otras técnicas, como las de sustitución de penas, encontramos una mayor divergencia, pues, a diferencia de la suspensión, no es una institución común a todos los Estados. Normalmente la previsión de la sustitución responde a la voluntad legislativa de facilitar, en mayor o menor grado, una vía de huida de la pena de prisión en favor de sanciones menos afflictivas. Con todo, la ausencia de normas en la parte general del Código que permitan al juez la sustitución de la pena privativa de libertad por otras sanciones no permite por sí sola calificar un sistema de individualización como rígido. La sustitución puede ser “menos necesaria” en un Código que tiende a ofrecer al juez varias alternativas en el propio tipo penal, como sucede en Alemania. Unas reglas de sustitución muy abiertas pueden tener más sentido en otros sistemas (hemos ya aludido en este sentido al ejemplo del Derecho francés) como mecanismo de compensación de la dureza de las penas establecidas en la parte especial. Ello no impide considerar como indicador de flexibilidad la existencia de una vía amplia de sustitución si se inserta en un sistema ya de por sí flexible, como ocurre en el caso de Suecia o Austria³³.

³¹ Por ejemplo, la suspensión se limita a las penas de corta duración, de hasta un año o dos según las condiciones exigidas (Alemania), un año (Holanda, o de hasta tres pero sólo de parte de la pena) o dos años (España, Italia). El plazo es de hasta cinco años en Francia. En todos los sistemas la suspensión puede ir acompañada, a criterio judicial, de reglas de conducta.

³² Por ejemplo, en Suecia, la sentencia condicional y la *probation* aparecen diferenciadas, de modo que la segunda está considerada como más grave que la primera.

³³ Respecto a la sustitución, una vía intermedia entre el modelo francés y el de aquellos Estados en que esta técnica no está legalmente prevista, como en Italia o Alemania (no nos referimos, respecto a este país, a la vía establecida para la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que se comenta *Infra*, 4,7-c)), está representado por aquellos Códigos en los que la posibilidad de sustitución se limita a delitos de escasa gravedad, como sucede en Portugal o en España respecto a las penas de prisión de hasta un año.

Algunos Códigos prevén también fórmulas que permiten transformar las penas de prisión en formas atenuadas de privación de libertad (así, Italia o Francia respecto a las penas de hasta un año, o el Reino Unido)³⁴ o dejar de imponer penas no privativas de libertad, como la amonestación con reserva de pena del Código alemán respecto a la multa (parágrafo 59).

d) El régimen jurídico de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal³⁵. Una gradación en tres secuencias lleva en este caso a situar, en un extremo, los sistemas en que no existen tales circunstancias, sino meras cláusulas alusivas a la proporcionalidad o a los fines de la pena, como el Reino Unido³⁶, Holanda, Francia o Suecia. Incluimos en este grupo los Códigos que contienen parámetros de valoración de modo flexible y sin distinción explícita entre atenuantes y agravantes, como Alemania. En una situación intermedia se encuentra aquellos Códigos que contienen un catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes, como Austria, Finlandia, Polonia y Portugal, o sólo de atenuantes (Bélgica), sin consecuencias penológicas automáticas. Quedan finalmente los sistemas con un mayor grado de automatismo respecto a las consecuencias derivadas de la concurrencia de las circunstancias. Tal es el caso del Código español, que, junto al italiano aunque con una técnica menos casuística que éste, representa el ejemplo de mayor rigidez, dada la obligatoriedad de apreciación y los efectos legalmente tasados de las circunstancias, teniendo como únicos elementos de flexibilidad la atenuante analógica y la facultad judicial de considerar la atenuante como muy cualificada, con una reducción sustancial de pena.

e) La existencia de cláusulas generales que permiten al juez la dispensa de pena es también un elemento diferenciador. Los Códigos alemán, austriaco, portugués, francés o sueco contienen en su parte general normas que habilitan al juez para dejar de imponer la pena por razones de oportunidad político-criminal, de insignificancia o de compensación de los efectos del delito (por reparación o pena natural). Normalmente responden al espíritu de este modelo las técnicas que permiten la no perseguibilidad con cesión al juez (a veces sólo a la Fiscalía) de una amplia capacidad para valorar criterios de oportunidad de la persecución, como Holanda o Alemania. La doctrina y en ocasiones la propia configuración legal de esta clase de normas tienden a dotarlas de un fundamento material relacionado con los fines del Derecho penal. España e Italia son también en ello ejemplos de rigidez y reducida apertura a la valoración de razones de oportunidad por parte del juez.

³⁴ No consideramos aquí estas técnicas legales que permiten un cumplimiento atenuado de la pena de prisión o la sustitución de ésta por otras penas privativas de libertad menos afflictivas (formas de semilibertad, privación intermitente o arresto).

³⁵ Vid. una exposición más desarrollada de los sistemas legislativos en GONZALEZ CUSSAC, J.L., "Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal", Valencia 1988, p. 35 ss; vid. una referencia exhaustiva a los sistemas francés, alemán, español e italiano en MELCHIONDA, A., "Le circostanze del reato", Padova 2000, p. 133 ss.

³⁶ Así, en la *Criminal Justice Act* de 2003 hay una referencia a los diversos fines de la pena, incluyendo intimidación, incapacitación o reparación, lo cual supone un cambio respecto a la *Criminal Justice Act* de 1991, que erigía la proporcionalidad en principio rector de la individualización de pena, lo cual, como era de esperar, ha sido

f) Las diferencias relativas a la aflictividad y flexibilidad de los sistemas punitivos se manifiestan también en el régimen de ejecución, aunque las mismas quedan poco reflejadas en la regulación legal. Se ha querido ver en ocasiones una correspondencia inversa entre dureza punitiva y rigidez penitenciaria: los sistemas con penas legalmente más largas tendrían como mecanismo de compensación una mayor flexibilidad de ejecución, lo que conllevaría una reducción del tiempo real de cumplimiento. No ha faltado incluso quien ha defendido, como modelo teórico, una concepción flexible de los mecanismos de ejecución como compensación de una configuración rígida del proceso de individualización judicial de la pena³⁷. Ninguna de estas hipótesis o concepciones resulta de hecho confirmada en una visión de Derecho comparado. Resulta significativa a este respecto la comparación de una institución presente en todos los Ordenamientos y con gran incidencia en la determinación del tiempo real de internamiento de los condenados, cual es la libertad anticipada³⁸. Las exigencias legales respecto a la parte de pena extinguida para poder acceder a la misma presentan escasas diferencias entre países³⁹. Ciertamente se dibuja una tendencia a que los países con penas menos largas (haciendo abstracción de la prisión perpetua) suelen fijar el momento de excarcelación en las dos terceras partes de la condena, mientras que los más punitivistas (en términos de longitud de las penas de prisión temporal) parecen más inclinados a avanzarla a la mitad⁴⁰. Pero, significativamente, España escapa a este criterio, pues la regla legal general es las tres cuartas partes, lo mismo que lo hace, en el extremo contrario, Finlandia, caso paradigmático de penas más suaves y que regula de modo generoso las condiciones de acceso a la libertad condicional vid. Tabla 1)⁴¹.

Tabla 1: Aflictividad de las penas según cuatro indicadores en 11 Estados de la UE.

	Extensión de las penas (1)	Acumulación de penas	Tratamiento de la tentativa	Tratamiento de la participación
Suecia	+	+	++	++
Finlandia	+	+	++	+
Alemania	+	+	++	++

criticado por los partidarios del proporcionalismo (vid. ASHWORTH, ob. cit., p. 21) en que se inspiró la Ley de 1991.

³⁷ Vid. en este sentido, SILVA SANCHEZ, "Política criminal del legislador, del juez, de la Administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal español", en www.fiscalia.org, monografías núm. 34, consulta 31-05-2007, p. 9, quien sostiene que la decisión de ejecución tiene una relevancia político-criminal autónoma.

³⁸ Acudimos a esta denominación genérica, ya utilizada por DELMAS MARTHY, en "L'harmonisation...", cit., p. 326, con la que se designa la excarcelación antes de la fecha de cumplimiento.

³⁹ Vid. una referencia a los aspectos comunes y diferenciales en diversas legislaciones europeas en BACIGALUPO, E., "Hacia el nuevo Derecho penal", Buenos Aires 2006, p. 692-693.

⁴⁰ Significativo sería en este sentido el caso de los Estados del Este, como Polonia o Rusia, en que el tiempo mínimo de cumplimiento es de la mitad de la condena, o de Grecia, en que es de 2/5.

⁴¹ Interesa por ello referirse sobretodo a las diferencias en la gestión real de los instrumentos de la ejecución penal (vid. *Infra* 4,4), donde se constatan fenómenos como la tendencia, ajena a reforma legal de clase alguna, a aplicar más restrictivamente la libertad condicional en España en los últimos diez años (vid. asimismo *Infra* 4,7, a)).

Holanda	+	+	+	+
Francia	+++	+++	+++	+++
Italia	+++	++	+	++
UK	+++		++ (2)	++
Portugal	++	+	+	+
España	+++	+++	+	++
Bélgica	+++	++	+	+
Austria	+	+	++	++
Polonia	+++		+++	++

Elaboración propia a partir de los Códigos penales vigentes

- (1) + Extensión moderada de la pena de prisión temporal (máximos no superiores a veinte años) y uso moderado de la prisión perpetua
 ++ Extensión media de las penas de prisión temporal (< 25 años) sin prisión perpetua
 +++ Extensión larga de las penas de prisión temporal (> 25 años) y/o prisión perpetua
- (2) Algunas leyes prevén para ciertos delitos la imposición de la misma pena que el delito consumado, mientras que otras no⁴².

Tabla 2: Flexibilidad del sistema penológico según diversos indicadores y tiempo de cumplimiento de las penas de prisión exigido legalmente para la concesión de la libertad anticipada en 11 Estados europeos.

	Amplitud marcos penales	Criterios de individualización (circunstancias)	Renuncia a la pena	Suspensión ejecución prisión	Libertad anticipada
Suecia	+	+	+	CC/Probation (1)	2/3
Finlandia	+	++	+	< 2 a.	1/2 (2/3 reinc)
Alemania	+	+	+	< 1 a. / 2 a.	2/3 (1/2)
Holanda	+	+	+	<1 a / 3	2/3
Austria	+	++	+	< 2 a.	1/2 (2/3)
Francia	+	+	+	< 5 a.	1/2 (2/3 reinc)
Bélgica	++	++		< 5 a.	1/3 (2/3 reinc)
Italia	++	+++	+++	< 2 a.	½
UK	+	+	+	CC/Probation	1/2 (2/3)

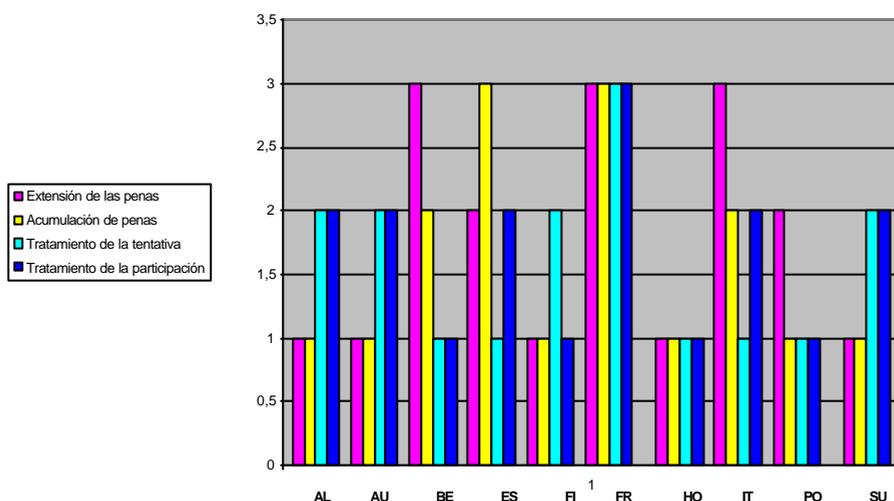
⁴² Señala VINCIGUERRA (ob. cit., p. 441-442) que la tendencia general es a castigar de hecho menos severamente la tentativa.

Portugal	+	++	++	< 3 a.	1/2 (2/3)
España	+++	+++	+++	< 2 a.	3/4 (2/3) (1/2)

Elaboración propia a partir de los Códigos vigentes y, respecto a la libertad anticipada, de datos extraídos de DELMAS-MARTHY et al, cit.

(1) Sistema de condena condicional y/o probation, en los que el juez puede imponer con gran flexibilidad tal clase de sanción con independencia de la duración de la pena de prisión fijada legalmente.

Gráfico 1: Grado de afflictividad de diversos sistemas legales según cuatro indicadores



IV. ELEMENTOS PARA LA COMPARACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS PENALES “IN ACTION”

1. Sistema jurídico “on the books” y sistema “in action”

El conocimiento de los elementos que intervienen en la formación del sistema jurídico según una perspectiva *in action* tan sólo puede obtenerse de modo indirecto. No pretendemos aquí abordar todas sus dimensiones, sino que vamos a centrarnos en lo que puede ser aprehendido y analizado a partir de datos estadísticos que puedan actuar como indicadores y sean susceptibles de comparación con los contenidos de las previsiones legales abstractas hasta aquí examinadas.

La medición de la afflictividad real vamos a efectuarla fundamentalmente por medio de la tasa de población penitenciaria. Este es un criterio consolidado en la investigación

criminológica, aunque debe recordarse que no es un dato por sí solo indicativo del modelo punitivo o la cultura penal de una determinada sociedad si aparece ponderado con la criminalidad real, en orden a comprobar si en un determinado ámbito hay más encarcelamiento porque hay más delitos, porque éstos son más graves o porque realmente se reacciona con mayor dureza ante el delito. Además de conocer los factores circunstanciales que pueden explicar el grado de intensidad punitiva de los diversos sistemas, la tarea que vamos a abordar a continuación consistirá fundamentalmente en averiguar hasta que punto la afflictividad real se corresponde con la dureza punitiva abstracta de las leyes penales y con el grado de flexibilidad del régimen jurídico de imposición de penas. Ya en una primera observación, la comparación entre las tablas adjuntas (vid. Tabla 3 y 4) y las comentadas anteriormente (vid Tablas 1 y 2) nos muestra que la duración de los encarcelamientos aparece menos asociada a la magnitud media de los marcos penales o a los máximos de pena legalmente imponibles que a la amplitud de los marcos penales y, por consiguiente, tiene más que ver con los mínimos de pena o con la existencia de mayores posibilidades de sustitución de penas privativas de libertad o de dispensa de la pena.

Tabla 3. Personas condenadas, ingresos, tiempo de permanencia en prisión y población penitenciaria

	Condenados por 100.000 hab (1)	Población penitenciaria por 100.000 h (1) (2)		Ingresos por 100.000 hab (3)	Meses de permanencia en prisión (3)
Alemania	1.067	99	95	156	7'1 -6-
Austria	511	96		182	6'8
Bélgica	1.557	86	94	145	7'3
Dinamarca	2.630	67	66	388	2'8
España	298	137	145	98	16'7
Finlandia	1.487 (4)	66	75	125	6'5
Francia	848	96	85	135	8'1
Holanda	787	100	128	294	3'9
Inglaterra/Gales	1.564 (4)	140	148	249	6'5 -6-
Italia	379	98	102	141	8'4 -6-
Polonia	1.077	209		234	10'8
Portugal	672	130	121	53	
Suecia	1.268	75	82	248	3'6

(1) Fuente: AEBI et al, "European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics", 3ª ed., Den Haag 2006. Datos de 2003

(2) La segunda columna contiene datos de septiembre de 2006. Fuente: Internacional Center for Prison Studies.

(3) Fuente: AEBI, Space I, Consejo de Europa 2007. Encuesta referida a 2005

(4) Se han excluido las condenas por infracciones de tráfico que aparecen incluidas en la fuente, con 3.885 condenas en Finlandia y 2.806 en Inglaterra y Gales.

2. ¿Suavidad o flexibilidad?

Entre las cifras recogidas en la Tabla 3 cabe utilizar como indicadores de suavidad de un sistema penal las tasas bajas de población penitenciaria y de tiempo de permanencia en prisión, que tienden a correlacionar entre sí. La correspondencia entre estos datos y los referidos al sistema legal, de que nos hemos ocupado anteriormente, se produce de modo claro en el grupo de países nórdicos (Suecia, Finlandia y Dinamarca), en que coincide una alta puntuación en suavidad de las penas y en flexibilidad del régimen de individualización⁴³. Las cifras revelan que la suavidad punitiva legal es una variable independiente respecto a la extensión de la intervención penal, si se atiende al alto número de condenas (incluso, en algún caso, de ingresos) en estos países.

Entre los sistemas más punitivistas (entiéndase por tales no aquellos en que hay más intervención penal sino los que en primera o última instancia hacen más uso de las penas privativas de libertad), la relación entre afflictividad real y afflictividad legal es menos directa y obliga además a considerar realidades muy distintas. Es bien singular el caso de España, pues con el menor número de condenas penales (incluso de ingresos en prisión) de los países examinados, lo cual correlaciona con unos índices más bien bajos de criminalidad, arroja el mayor tiempo de permanencia en prisión y, junto con el Reino Unido, la mayor tasa de población penitenciaria de los Estados de la Unión Europea antes de la ampliación hacia el Este. El ejemplo español nos revela hasta que punto la dureza punitiva real puede ir más asociada a la rigidez de las reglas de individualización que a la afflictividad abstracta de las sanciones, pues siendo duro el sistema legal español lo es en muchos aspectos menos que el francés, mientras que éste presenta de hecho indicadores de mayor moderación punitiva. La comparación entre España y Francia refuerza la hipótesis de que la flexibilidad de las reglas de individualización de la pena es una condición de suavidad de las penas reales cuanto menos de la misma importancia que la moderación en la previsión abstracta de las penas. A similares conclusiones lleva la comparación de Francia con Holanda, pues siendo mucho menor la dureza abstracta de las penas en Holanda la población penitenciaria es en la actualidad bastante superior. La menor duración abstracta de las penas holandesas se ve compensada por el menor número de condenas efectivas a prisión en Francia, resultado de una aplicación efectiva por parte de los jueces de las penas alternativas legalmente previstas.

Sin embargo, la observación de otros dos países con tasas de mayor punitividad,

⁴³ Se desmienten así las percepciones que oponen un norte punitivista a un sur más moderado, en el sentido de la apreciación de CADOPPI, quien alude a históricas doctrinas que relacionaban clima y delito (ob. *Ult. cit.*, p. 115), percepción que se comprende en la medida que la comparación la plantea el autor entre Italia y el Reino Unido.

Inglaterra y Gales y Portugal, permite advertir que la vinculación entre flexibilidad y suavidad no debe ser sobreestimada, pues ambos son, aunque en diverso grado, sistemas flexibles. La dureza punitiva del Reino Unido reclama explicaciones distintas a las de España, pues coincide una alta puntuación en número de condenas y en penas de prisión largas, junto a unos índices de criminalidad más altos⁴⁴. El ejemplo de Portugal permite analizar hasta que punto la adopción de un sistema de individualización de penas de tipo germánico, con un grado de flexibilidad similar a los de Alemania o Austria, trae consigo una gestión real de esta flexibilidad en un modo paragonable a los países de los que toma el modelo. Las diferencias de cultura judicial, unidas a la presencia de penas privativas de libertad superiores a quince años (que es el tope de las penas temporales en Alemania y Austria) podrían explicar las diferentes tasas penitenciarias entre los Estados citados. Con todo, no puede dejar de reseñarse que Portugal ha experimentado en los últimos años la evolución a la baja más acusada de la tasa de población penitenciaria entre los países de la Europa occidental, lo que permite confirmar el efecto moderador del factor flexibilidad.

3. ¿Por qué algunos Estados castigan más duramente el delito que otros?

La búsqueda de explicaciones a las diferencias en la actitud punitiva de los diversos Estados tropieza con serias dificultades, de modo que no cabe establecer atribuciones causales unívocas. En todo caso, los datos disponibles y la investigación criminológica ofrecen base suficiente para constatar algunas evidencias:

- a) La mayor intensidad punitiva no responde de modo general a un mayor nivel de criminalidad. La tasa de victimación es superior en los países nórdicos, con menores tasas de encarcelamiento, que en los países meridionales que hacen un mayor uso de la pena privativa de libertad. Existe sin embargo una asociación, perfectamente comprensible, entre mayores tasas de criminalidad, sobretudo la que se revela a través de denuncias, y mayor intervención penal, medida en número de condenas⁴⁵.
- b) La tendencia a encarcelar más no tiene que ver con la mayor presencia de personas extranjeras, pese a la interacción positiva que pueda darse en general entre inmigración y delincuencia. No existe correlación estadística significativa entre las tasas de inmigrantes por 100.000 habitantes y las de población penitenciaria (vid Tabla 4). Tan sólo aparece como dato relevante que los países con mayor migración relativa pre-

⁴⁴ Hay evidencia de una asociación entre el alto número de condenas y las cifras altas de victimación (p 0'015 según el análisis de correlaciones de Spearman).

⁴⁵ La encuesta europea sobre criminalidad y seguridad de 2005 viene a confirmar la independencia entre la evolución de la criminalidad y el encarcelamiento. La comparación entre los diversos países resulta una vez más muy útil a este efecto, pues en un contexto general de reducción de la criminalidad en Europa la población penitenciaria evoluciona de modo distinto en los diversos países. Vid. VAN DIJK et al, "The Burden of crime in the EU", 2005, p. 63.

sentan también un elevado número de penados por delitos contra la salud pública ($p=0,018$), lo cual puede explicarse por la tendencia de un sector de población inmigrante a involucrarse en actividades de tráfico de droga de más riesgo en el sentido de la mayor probabilidad de ser objeto de persecución policial (eslabones bajos de la cadena de venta ilegal). España e Italia son los Estados que más puntúan en ambos aspectos. La irrelevancia del factor migratorio se confirma si se considera la población extranjera encarcelada (vid. Gráfico 3). Como puede apreciarse en la Tabla 4, los países con mayor población penitenciaria tienen un porcentaje de extranjeros equivalente a la media (España) o incluso muy inferior a ésta (Inglaterra y Gales y Portugal).

- c) Se aprecian diferencias significativas en lo que concierne a la clase de delito por la que extinguen condena los presos entre el grupo de países más encarceladores (España, Inglaterra y Gales y Portugal) y el grupo opuesto (Dinamarca, Finlandia y Suecia). En este último (vid. Tabla 4 y Gráfico 4) se aprecia una distribución más equilibrada de los tres principales sectores de infracciones penales (contra las personas, contra el patrimonio y relativas al tráfico de drogas), representando el primero de estos sectores delictivos aproximadamente un tercio de la población penada en Finlandia y Dinamarca. Por el contrario, en el otro grupo de países, los delitos patrimoniales están mucho más representados que los de tipo violento, especialmente en España y Portugal. Estas diferencias tan sólo en parte responden a una distinta estructura de la criminalidad, con mayor predominio de la violenta en los países nórdicos y de la patrimonial en los meridionales. Ello explicaría las diferencias entre los dos Estados ibéricos y la Gran Bretaña. Pero no llega a explicar las enormes diferencias globales entre los dos grupos. Hay evidencia pues de que, al margen de las diferencias en la fenomenología criminal, hay también diferencias en la forma de castigar los delitos. Si en los países con mayor proporción de presos están más representados los delitos patrimoniales y, en menor medida, los de tráfico de drogas, es porque en estos países se usa más la prisión frente a la criminalidad de poca o media gravedad, mientras que en los Estados en que se encarcela menos la prisión queda más reservada para los delitos de mayor gravedad, en los que naturalmente las infracciones contra las personas aparecen más representadas. El caso de España vuelve a destacarse como el más singular, por la altísima proporción de delitos patrimoniales y de tráfico de drogas, atribuible muy probablemente a las elevadas penas mínimas previstas legalmente para muchos de estos delitos y a la insuficiencia de los mecanismos de sustitución o de no imposición de pena para los supuestos de menor gravedad.

- d) d) Algunos estudios han puesto de relieve la existencia de una relación inversa entre población penitenciaria y confianza en el sistema jurídico, de modo que los Estados cuya población manifiesta una mayor confianza en las instituciones hacen un uso más moderado de la prisión. Así sucede en los países nórdicos, mientras que Reino Unido, España, Portugal, entre los occidentales, y, en mayor medida, los países del Este reflejan una menor confianza que va asociada a mayores índices de encarcelamiento⁴⁶.

Tabla 4: Porcentaje de encarcelados extranjeros y según principales grupos de delitos objeto de condena

	% Extranjeros Encarcelados (1)	Delitos contra las personas %	Delitos patrimoniales %	Tráfico de drogas %
Alemania	28	17'8	34'6	14'7
Bélgica	42	15'4	34'8	14'4
Dinamarca	18'2	29'4	31'2	21'4
España	29	9'6	47'7	27'3
Finlandia	8	36'9	27'2	16'1
Francia	21	27'5 (2)	18'5	14'9
Inglaterra/Gales	12	11'4 (3)	33'1	17'1
Italia	32	16'9	18'7	34'8
Portugal	17	15	30'4	27'1
Suecia	26	20'2	17'7	24'1
Media Consejo de Europa	25'9	23'1	31'9	19'6

Fuente: SPACE I (2007). Los datos están referidos a 1 de septiembre de 2005

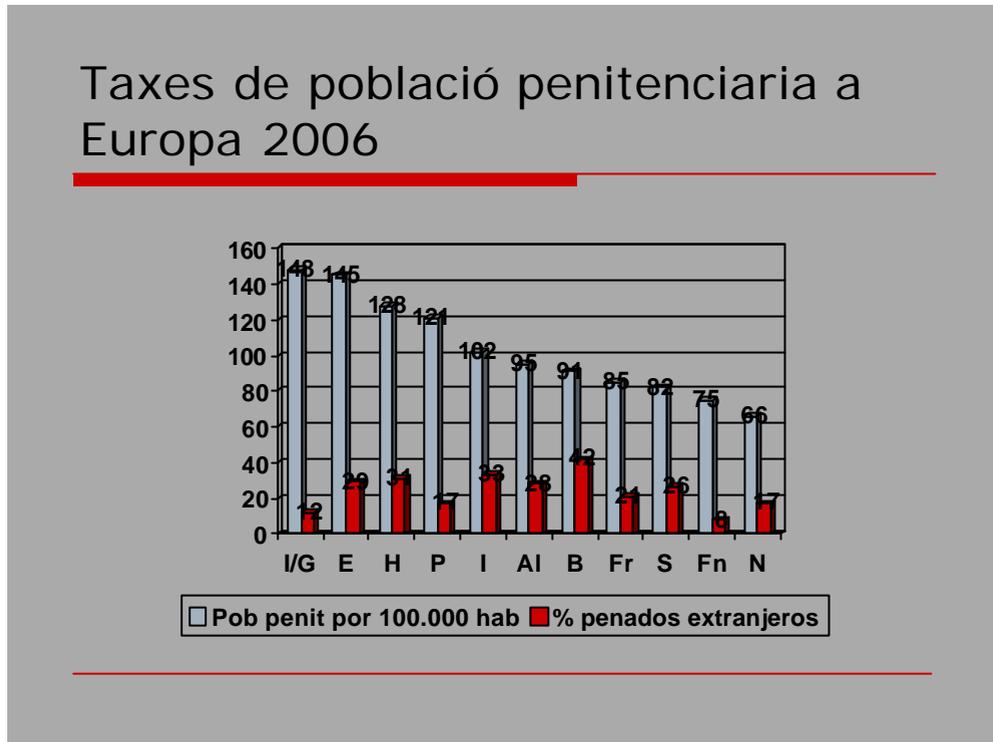
(1) Datos de septiembre de 2006. Fuente: Internacional Centre for Prison Studies.

(2) Destaca además en Francia un 22'6 % de condenados por delitos sexuales, que contrasta con el 6 % de la media europea.

(3) Es posible que haya algún sesgo, pues en anualidades anteriores la cifra era aproximadamente el doble y en los datos de 2005 aparece un 32 % de "otras ofensas".

⁴⁶ Vid. LAPPI-SEPPÄLÄ, T., "Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos", trad. A.I. Cerezo Domínguez, en CPC núm 90, 2006, p. 135.

Gráfico 3: Comparación entre la tasa de población penitenciaria y el porcentaje de penados extranjeros en diversos Estados:



Fuente: Center for Prison Studies. Datos de septiembre 2006.

4. La libertad anticipada

La comparación entre el régimen jurídico de la libertad anticipada y la gestión de ésta por parte de los órganos que tienen poder de decisión, ya sean judiciales o administrativos, ofrece resultados muy sugerentes respecto a la influencia de criterios extralegales en el modo de gestión de las instituciones jurídico-penales. Las diferencias prácticas entre sistemas son enormes -no así las diferencias legales, según se ha visto-, de modo que las tasas de personas liberadas son independientes de la mayor o menor rigidez de las normas legales en los diversos países. Especialmente llamativos aparecen los casos de Suecia y de Bélgica, el primero con una configuración legal que se sitúa entre las más restrictivas respecto a los plazos legalmente exigidos para acceder a la libertad condicional pero con la mayor tasa de liberados, y el segundo en la posición contraria, con condiciones legales flexibles y no obstante situado entre los más restrictivos de hecho en la concesión de excarcelaciones anticipadas. El alto porcentaje de liberados condicionales en los países nórdicos indica hasta que punto en los mismos, sobre la base de un sistema penológico flexible, la cultura carcelaria ha sido sustituida por una actitud más proclive a evitar el encarcelamiento. Sólo así se entiende que en

Suecia y en Finlandia el número de liberados por año sea superior al de personas encarceladas⁴⁷. En el extremo opuesto, la evolución seguida por la tasa de liberados condicionales en España, tanto en el territorio sujeto a la Administración penitenciaria del Estado como a la de la Generalitat de Cataluña⁴⁸, no se ha visto afectada por las reformas introducidas por la LO 7/2003, lo que vendría a confirmar la importancia de los factores extralegales.

Tabla 4. Comparación entre tasa de liberaciones anticipadas por 100 penados encarcelados y tiempo legalmente requerido para el acceso

	Tasa de liberaciones	Tiempo legalmente requerido
Alemania	30'1	2/3 (1/2)
Austria	25'3	1/2 (2/3)
Bélgica	16'2	1/3 (2/3 reinc)
Dinamarca	61'1	
España	12 (1) / 8'6 (Cat) (2)	³ 4/3 (1/2)
Finlandia	117'7	
Francia	9'9 (1)	1/2 (2/3 reinc)
Polonia	29'2	
Portugal	20'6	1/2 (2/3)
Suecia	109'9	2/3

Fuente: AEBI, Space I, cit. Datos de 2001.

(1) media período 2002-2004

(2) La primera cifra no incluye Cataluña; la segunda es de Cataluña.

5. Las penas largas como indicador del rigor de un sistema punitivo

Hemos señalado anteriormente que la existencia del encarcelamiento a perpetuidad en el catálogo de penas no constituye una referencia importante a la hora de calibrar la dureza de un sistema punitivo. Ha podido comprobarse ya como dos de los tres países que no tienen tal pena (España y Portugal) se encuentran precisamente en el grupo de cabeza en población penitenciaria y tiempo de permanencia en prisión, lo que indica que en realidad las penas que se ejecutan son en término medio más largas que las de aquellos sistemas con cadena perpetua. Podremos comprobar a continuación como las diferencias relativas a estos dos últimos indicadores se corresponden en cierta medida con la mayor preponderancia que en los sistemas más punitivistas tienen de hecho las penas de más de diez años de prisión. Al mismo tiempo puede observarse en la Tabla 5

⁴⁷ Evidentemente ello se comprende si se tiene en cuenta que el número de ingresos anuales es también superior al de personas presas. Así, por ejemplo, en Finlandia, en 2005 el número de condenados a penas de prisión era de 7.552 y el de liberados 4.579, siendo la población penitenciaria 3.888. Son datos del Informe anual de la Agencia de sanciones criminales: www.riskosseauraamus.fi, 07-12-2006.

⁴⁸ El porcentaje de liberados condicionales sobre la población penitenciaria era, según datos del Departamento de Justicia de la Generalitat, en 23-05-07, de 8'03 (749 liberados y 9.324 internos).

que la mayor parte de los países que tienen cadena perpetua pero no penas superiores a quince o veinte años de prisión no aplican aquella pena con más frecuencia que se imponen en España las penas de más de veinte años. Con todo, la alta tasa penitenciaria española se explica en gran medida por la importancia de las penas medias (por ejemplo, un 40 % de condenados a penas de entre 3 y 5 años), lo cual guarda concordancia con el perfil de la población penitenciaria, que en una gran parte extingue condenas por delitos de robo y modalidades delictivas no agravadas de tráfico de drogas⁴⁹. Finalmente, de los resultados recogidos en la referida Tabla emerge por una parte un grupo de tres países con una alta preponderancia de las penas largas (Inglaterra y Gales, Francia e Italia) y, por otra parte, se confirma la mayor suavidad punitiva del grupo de países nórdicos (Finlandia, Suecia, Dinamarca).

En la Tabla 6 se limita la comparación al grupo de cinco Estados que posteriormente van a ser objeto de un análisis más detallado y se percibe la relevancia de la extensión de las penas impuestas para explicar las diferencias en la estructura de la población penitenciaria. Se podría pues, en resumen, señalar que hay países que castigan más duramente los delitos más graves, mientras que hay países que destacan por castigar con penas comparativamente muy duras delitos de gravedad mediana. Francia sería el máximo exponente de los primeros y España el de los segundos. En el caso de Francia se reflejaría la diferencia de tratamiento entre los crímenes (con pena legal mínima de diez años de prisión) y los delitos, para los que el Código no prevé pena mínima. Siguiendo este criterio, el sistema británico puntuaría muy alto en ambos indicadores, lo cual, unido al alto número de ingresos, explica su elevada población penitenciaria. Con todo, la existencia de un tiempo medio de estancia en prisión inferior al de España revela una ejecución de las penas más flexible de hecho que la española.

Tabla 5. Porcentaje de penados encarcelados con penas largas

	Reclusión perpetua	Prisión de 20 a 30 años	Prisión de 10 a 20 años	Total penas de 10 años o más
Alemania	3	0	1'6	4'6
Dinamarca	0'5	0	6'6	7'1
España	0	3'1	4'5	7'6
Finlandia	3'4	0	1	4'4
Francia	1'4	4	17'5	23'9
Holanda	0'1	0'3	4'6	6'4
Italia	3'3	6'2	13'6	18'6
Reino Unido - Ing/Gales	9'5	0'4	7'2	17'1

⁴⁹ Los datos que aquí manejamos, basados en población penitenciaria, concuerdan con los datos de las estadísticas judiciales, que en el caso de España reflejan un incremento del peso porcentual de las penas medias y largas. Se refiere a ello DIEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 18.

Suecia	2'6	0	6	7'2
--------	-----	---	---	-----

Fuente: AEBI, Space I, cit. Datos de septiembre 2005

Tabla 6: Distribución de la población reclusa según la duración de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia

	Penas hasta 3 años	Entre 3 y 10 años	Más de 10 años
Alemania	61'8	33'6	4'6
España	34'7	57'8	7'6
Finlandia	71'1	22'0	4'4
Francia	50'6	26'2	23'9
RU (Inglat/Gales)	34'4	48'7	17'1

Elaboración propia a partir de SPACE I, cit. Datos de septiembre 2005

6. El contexto social de los sistemas de sanciones: indicadores

Cuando resuena todavía en la cultura penal de nuestros días el canto ilustrado a favor de la educación que en su día efectuara BECCARIA como medio fundamental para prevenir los delitos (¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las luces acompañen a la libertad!), bueno será indagar si existe una correspondencia entre la atención que la sociedad presta a la educación y el grado de afflictividad de su sistema punitivo. Una observación del grupo de países examinados ofrece argumentos para confirmar la intuición del Marqués (ver Tabla 7). El grupo de países con mayor inversión pública en educación (Dinamarca, Suecia y Finlandia) coincide con el de los que exhiben mejores indicios de suavidad punitiva en población penitenciaria y duración del encarcelamiento. La correspondencia es menos clara en los sistemas más punitivistas. España, situada a la cabeza en población penitenciaria y tiempo de permanencia en prisión, es también, junto con Grecia, el Estado con menor porcentaje del PIB dedicado a educación. La asociación entre ambos indicadores no se produce del mismo modo, sin embargo, en el caso de Italia, Grecia y Alemania, con inversión baja en educación pero con resultados medios en los indicadores penales, al contrario de lo que sucede con Reino Unido o Portugal, con tasa de inversión cercana a la media. Ello no debería sorprender, si se tiene en cuenta que el paradigma del punitivismo, Estados Unidos, no destaca por una baja inversión en educación, sino que la misma se encuentra en la zona media (5'7).

La fe ilustrada en la educación como modo de prevenir delitos se vería pues verificada en parte. Otro indicador de formación, el porcentaje de personas de 18 años que estudian, ofrece resultados que apuntan hacia la misma dirección. Los tres sistemas que en 2003 tenían una tasa más elevada de población penitenciaria (Inglaterra y Gales, Portugal y España) eran también los que arrojaban un porcentaje más bajo de jóvenes estudiantes (56, 61 y 68, respectivamente). La relación indirecta de este indicador con la tasa de encarcelamiento es estadísticamente relevante ($p=0,007$).

En lo que concierne a la estructura demográfica, se aprecia también una correlación

entre los países con porcentajes más altos de población juvenil (entre 15 y 14 años) y los que arrojan mayores tasas de encarcelamiento ($p=0,042$). Ante todo ello nos lleva a pensar en la mayor actividad delictiva de las personas situadas en esta franja de edad, aunque debemos recordar que, según hemos ya puntualizado, las diferencias en el uso de la prisión no se corresponden precisamente con las tasas de criminalidad. Por tal razón y dado que las diferencias en la estructura demográfica son poco marcadas en comparación con las diferencias de los indicadores penitenciarios que venimos manejando, debe otorgarse poca significación a este factor poblacional. Quedaría en todo caso como hipótesis pendiente de verificación si el sistema penal ejerce una mayor presión sobre la población juvenil, en el sentido de encarcelarla más que la población adulta.

Existen por último indicadores de desarrollo social, como el porcentaje del PIB dedicado a Seguridad Social o el número de camas hospitalarias por 100.000 habitantes. En los dos casos se produce una relación estadísticamente significativa⁵⁰. España, Portugal e Inglaterra y Gales vuelven a encontrarse entre los países con menor gasto y con menos camas, destacando en el extremo opuesto los países nórdicos, junto a Alemania y Francia, en los que se aprecia también una relación inversamente proporcional a la tasa penitenciaria relativa.

Tabla 7: Inversión pública en educación en todos los niveles educativos, porcentaje de jóvenes sobre la población, porcentaje de personas de 18 años que estudian, gasto en Seguridad Social número de camas hospitalarias por 100.000 habitantes (media trienio 2002-2004)

	Inversión educación (% PIB, 2003) (1)	Jóvenes 15-24 años (% población)	Jóvenes 18 años estudiantes (%)	Gasto S Social (% PIB)	Camas de hospital (por 100.000hab)
Alemania	4'7 *	11'5	86	30'4	881
Austria	5'5				
Bélgica	6'1				
Dinamarca	8'3				
España	4'3 *	13'2	68	20'0	358
Finlandia	6'5				
Francia	5'9	13'0	80	30'8	794
Grecia	4'3 *				
Holanda	5'1	11'9	77	27'9	463
Italia	4'9 *	10'8	75	26'1	445
Polonia	5'8				
Portugal	5'9	13'4	61	24'9	365

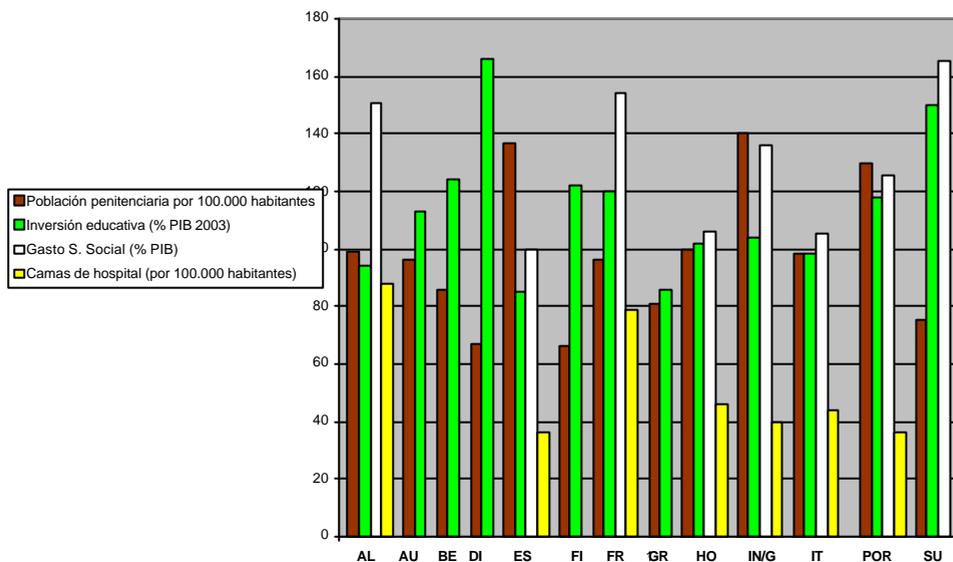
⁵⁰ La correlación entre bajas tasas penitenciarias y altas tasas de camas hospitalarias es de $p=0'000$.

Reino Unido	5'2	12'8	56	27'2	397
Suecia	7'5	11'8	94	33'0	

(1) Fuente: OCDE, Informe 2006 (Anexo 3): www.oecd.org/edu/eag2006

Media de la Unión Europea: 5'5. Media OCDE: 5'5. Se destacan en negrita los cuatro más aventajados y en asterisco los cuatro menos aventajados.

Gráfico 5: Relación entre población penitenciaria e indicadores sociales



Los datos de indicadores sociales se han ponderado para facilitar la comparación del siguiente modo:

Inversión en educación: % PIB x 20

Gasto S Social: % PIB x 5

Camas hospitalarias por 10.000 habitantes

7. Especial consideración de algunos países

Se plantea a continuación una comparación entre cinco Estados que pueden considerarse representativos de las diversas posiciones político-criminales en materia de sanciones, lo cual nos permitirá una visión más al detalle de las tendencias hasta aquí expuestas y, en concreto, del protagonismo que tienen las penas privativas de libertad

en cada sistema y de las diferencias más destacables entre el sistema español y otros modelos penológicos.

a) España

El Código penal español se caracteriza, en comparación con otros Ordenamientos europeos, por un sistema rígido de aplicación de pena. Podemos señalar, como indicadores de rigidez, la existencia de un catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes de apreciación obligatoria y efectos legalmente tasados, la inexistencia de una vía legal para la dispensa o renuncia a la pena o la utilización en la parte especial de marcos penales con pena mínima incluso en los delitos menos graves. Respecto a esta última cuestión, tanto el CP 1995 como las posteriores reformas, si por una parte han abierto espacios de mayor autonomía para el juez sentenciador (como reflejan los artículos 78 y 88 CP), por otra parte han alejado el sistema español de aquellos sistemas de la Unión Europea más abiertos en punto a la individualización judicial de la pena, con la introducción de marcos penales muy estrechos para delitos en los que el tipo capta un amplio elenco de conductas muy diversas en cuanto a su gravedad (significativos los casos de las detenciones ilegales, con pena de prisión de 4 a 6 años para el tipo básico del art 163, de violación cualificada del art 180 con pena de 12 a 18 años, de apología del terrorismo con pena entre uno y dos años de prisión tras la reforma de 2000 o de acoso sexual del art 184-2, con pena de cinco a siete meses tras la LO 15/2003). Puede todavía añadirse a ello que el Derecho español no dispone de un cuadro general amplio de penas alternativas imponibles por sustitución según libre apreciación judicial al estilo del Código francés, ni de las previsiones del Código alemán introducidas en 1994 para la compensación entre autor y víctima o la reparación, ni la vía de exención por pena natural existente en varios Códigos europeos y latinoamericanos, por no hablar, en un terreno ya más lejano al tema que nos ocupa, de la falta de reconocimiento del principio de oportunidad en la persecución. Todo ello contribuye a que España haya alcanzado en los últimos años la triste primacía entre los Estados de la Europa occidental en población penitenciaria por habitante, junto con Inglaterra y Gales, crecimiento interanual y tiempo de permanencia en prisión, situación que no cabe en absoluto atribuir a un incremento de la delincuencia⁵¹.

La estadística judicial oficial publicada por el Instituto nacional de estadística refleja la centralidad de la pena de prisión en el sistema español de penas. Las deficiencias de esta fuente impiden medir con la debida precisión este dato, pero aportan datos suficientes para constatar que la pena de prisión es la que se impone con más frecuencia, lo cual ya en sí supone un rasgo diferencial respecto a otros Estados europeos. Del total de 134.053 delitos apreciados por las Audiencias y Juzgados de lo penal en el año 2004, 73.050 han sido castigados con pena de prisión, lo que supone un 54'7 %, casi

⁵¹ Según encuesta europea de criminalidad y seguridad de 2005 (Vid. "The Burden of crime in the EU", cit., p. 19) España es el país europeo con menor tasa de victimización (un 9 %, siendo la media europea 14'9 %) y con más variación interanual, en un contexto general de reducción de la criminalidad en Europa.

CID MOLINÉ, en Revista de Derecho Penal y criminología (2004) pone de manifiesto que la clave del aumento de la población penitenciaria está en el incremento del tiempo de permanencia en prisión y no en un incremento del número de ingresos.

idéntico al 54 % de 2003⁵². Sumadas las penas de arresto de fin de semana, el total de penas privativas de libertad asciende a 78.494, lo cual representa un 58'8 % frente al 59'5 % de 2003. Las penas que le siguen en importancia cuantitativa son la multa, impuesta en 33.440 delitos, equivalentes a un 25 %, y la privación del permiso de conducir, en 20.071 (un 15 %). Como bien han observado algunos autores, las cifras ofrecen poca fiabilidad, pues se recoge tan sólo una de las penas impuestas en cada sentencia condenatoria y en los delitos contra la seguridad del tráfico la pena que aparece con mayor frecuencia es la de privación del permiso de conducir, que por imperativo legal es impuesta siempre conjuntamente con otra pena⁵³. En cualquier caso, la ocultación de la multa que ello conlleva no se produciría a costa de una distorsión al alza del porcentaje de delitos castigados con pena de prisión⁵⁴. Aun añadiendo hipotéticamente a las condenas de multa las de privación del permiso de conducir y las otras penas, todas ellas no alcanzan a superar la pena de prisión. En última instancia, siempre cabe afirmar que en más de la mitad de sentencias condenatorias por delito se impone al menos pena de prisión. Los escasos datos aportados por la investigación criminológica no desmienten la fortaleza estadística de la pena de prisión⁵⁵. Entre los recursos legales que permiten evitar la imposición o ejecución de las penas de prisión sigue destacando en España la suspensión de la ejecución de la pena⁵⁶.

Total condenas penales por delito (2004):

Prisión	73.050
Arresto fin de semana	5.454
Multa	33.440
Privación permiso conducir	20.071
Total	134.053

⁵² Vid. www.ine.es, 25.04.2006. Los datos no incluyen en las faltas.

⁵³ Vid. DIEZ RIPOLLES, J.L., "La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003", en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2006, p. 13 ss; o VARONA GÓMEZ, D., "La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?", REIC, 2004, núm 4, p. 3.

⁵⁴ Podría completarse la observación de VARONA señalando que en los delitos de tráfico de drogas, que tienen prevista en la ley una pena conjunta de prisión y multa, aparece en las estadísticas en mayor medida la pena de prisión, lo cual reforzaría la tesis de la ocultación de la pena de multa.

⁵⁵ Según la investigación de CID/LARRAURI (Jueces y penas en España, 2004, p. 24), la pena de multa alcanzaría un 57 %. El citado estudio aporta, entre otros elementos de interés, información sobre las penas definitivas impuestas a los infractores, una vez alcanzada firmeza la sentencia y efectuada, en su caso, la suspensión de la ejecución la sustitución de las penas privativas de libertad. Este dato, unido a que tan sólo se basa en datos de los Juzgados de lo penal en un momento en que la ley procesal otorgaba mayores competencias que en la actualidad a las Audiencias provinciales como órganos sentenciadores, obliga a concluir que la pena de multa aparece sobredimensionada frente a la pena de prisión, que alcanza en el referido estudio un 40'5 % (si incluimos el 17 % de penas ejecutadas y el 23'5 % de penas suspendidas).

⁵⁶ Existe un escaso conocimiento sobre el alcance real de la suspensión condicional de la ejecución de las penas, pues no se refleja en la estadística oficial. CID MOLINÉ ha aportado el dato de un 44 % de penas privativas de libertad suspendidas en 2003 (concretamente 27.225 sobre 61.798), datos no publicados que procederían del registro Central de Penados y Rebeldes. Vid. CID MOLINÉ, "La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia", en Revista de Derecho penal y criminología, núm. 15 (2005), p. 230. Por su parte, DIEZ RIPOLLES (ob. cit., p. 19, nota 70) pone en duda la fiabilidad de tales datos, dado que describen una muy acusada evolución al alza del recurso a la suspensión desde 1998, que contrasta inexplicablemente con la evolución experimentada por la libertad condicional y con los propios resultados del estudio empírico de CID/LARRAURI, antes citado, que arroja una tasa ligeramente superior al 80%.

Otro dato de interés que aporta la estadística judicial es la frecuencia del recurso a penas de prisión de (relativa) corta duración. En 2004, 71.031 condenas (un 53'2 %) lo han sido a penas de prisión de 3 meses a 4 años (frente a un 52'3 % en 2003), lo que representa un 97'2 % del total de penas de prisión. Este dato es compatible con la alta incidencia de los delitos de hurto y robo y con el protagonismo que en este sector de la criminalidad sigue teniendo la pena de prisión.

Los delitos contra el patrimonio objeto de sentencia condenatoria en 2004 ascendían a 41.737 sobre el total de 123.654 delitos⁵⁷, lo que representaba un 33'75 % (frente a un 39 % en 2003⁵⁸). Las penas impuestas al conjunto de estos delitos se distribuyen del modo siguiente:

*Total penas impuestas por delitos patrimoniales*⁵⁹:

Prisión:	31.102	74'6 % ⁶⁰
Multa:	8.931	21'4 %
Arresto fin de semana	1.375	3'3 %
Trabajos (TBC)	71	0'17 %
Privación permiso conducir:	31	0'07 %

Los datos permiten confirmar la importancia que tiene en el sistema penal español el uso elevado de la prisión en los delitos patrimoniales. La comparación con otros Estados pone de manifiesto la paradoja de que España mantiene un número muy bajo de condenas penales e incluso de entradas en prisión y al mismo tiempo una tasa de población penitenciaria que ha evolucionado al alza, especialmente a partir del año 2000. La explicación se encuentra sólo en parte en la supresión de la redención de penas por trabajo en el CP 1995⁶¹. No pueden ser relegadas a una posición secundaria otras dos razones: por una parte, el incremento de las penas de los delitos de tráfico de drogas y de hurto y robo producido también por la entrada en vigor del CP 1995 y, por otra parte, factores ajenos a la evolución de la legislación penal, como una gestión más restrictiva de los beneficios penitenciarios, especialmente la libertad condicional⁶².

⁵⁷ Según datos del INE, cit. Se excluyen los 708 en que no consta el delito y los 9.691 que aparecen como "concurso de delitos".

⁵⁸ Llama la atención el brusco descenso, resultado de una moderada disminución de los delitos patrimoniales en el periodo comprendido entre 1998 y 2004 y, especialmente, del incremento en más del doble de los delitos de lesiones en 2004, dato compatible con la evolución reflejada en general en las cifras policiales de delitos conocidos.

⁵⁹ Vid. www.ine.es, 25.04.2006. Datos totales de delitos apreciados por Audiencias provinciales, juzgados de lo penal y de instrucción.

⁶⁰ Se excluyen, a la hora de calcular el porcentaje, los 77 supuestos en los que no consta la pena. Se incluyen, por otra parte, a las penas de prisión las 3.024 que figuran como "arresto mayor", que parecen comprender tanto supuestos de aplicación de tal pena con arreglo al Código anterior como casos de imposición de las nuevas penas de prisión de tres a seis meses introducidas por la LO 15/2003.

⁶¹ Destaca sólo este dato CID MOLINÉ, ob. cit., p. 231.

⁶² Vid., además de lo señalado Supra en comparación con otros Estados europeos, DIEZ RIPOLLES, ob. cit., p.20-21.

b) *Inglaterra y Gales:*

La evolución de la política penal en los últimos diez años en el Reino Unido ha estado orientada de modo claro hacia un endurecimiento punitivo a través de diversas reformas legales. El modelo proporcionalista de la Criminal Justice Act de 1991 fue objeto de un serio revisionismo a partir de 1994. La Crime (Sentencing) Act de 21 de marzo de 1997, que reflejaba las pretensiones del Partido conservador pero fue asumida luego por la mayoría laborista entre las críticas procedentes de círculos jurídicos, endureció las condiciones para la imposición de las penas de libertad⁶³.

Si, según la estadística oficial disponible a través del *Home Office*, se consideran todas las condenas impuestas por infracciones sentenciadas por los Tribunales penales, con independencia de su gravedad, destaca la preponderancia de la pena de multa.

Todas las infracciones (incluidas las summary offences):

Privación de libertad	106.000
“Community sentences”	202.000
Multas	1.082.000
Otras	157.000

Tiempo de duración medio de la sanción privativa de libertad: 12'9 meses (3 meses en las sentencias dictadas por los Tribunales ordinarios y 26'5 meses en las de la *Crown Court*)

La elevada incidencia de la pena pecuniaria se explica en gran medida por la inclusión de las *summary offences*, que ocupan gran parte de la actividad de los jueces británicos, en medida muy superior cuantitativamente a lo que sucede con las faltas en el sistema penal español. Por ello resulta de especial interés la observación de las penas impuestas a las infracciones penales más graves (*indictable offences*)⁶⁴.

Condenas por indictable offences (incluidas las triable-either-way offences):

Encarcelamiento (<i>custodial sentences</i>)	79.900	(25 %)
<i>Community sentences</i>	111.000	(35 %)
Multas	65.100	(21 %)
Otras	60.900	(19 %)
Total delitos	316.936	

⁶³ Vid. HUBER,B./BRAUN, Y., informe sobre Reino Unido en ESER / HUBER (ed.), “Strafrechtentwicklung in Europa”, Freiburg im Br., 1999, p. 1066-1067; DAVID, Th., “The Crime (Sentences) Act 1997”, *CrimLR* 1998, p. 83 ss.

⁶⁴ La distinción entre unas infracciones y otras no se corresponde exactamente con la distinción española entre delitos y faltas. No es en todo caso tan rígida, como no lo es en general el sistema británico en punto a las sanciones que pueden ser impuestas según la clase y la gravedad abstracta de la infracción.

Vid. sobre las “indictable offences”, perseguibles ante la *Crown Court*, las “summary offences”, enjuiciadas en el procedimiento ante magistrados, y las “triable either way”, que pueden ser perseguidas por ambas vías pero que en la mayor parte de casos son conocidas por los magistrados, ASHWORTH, A., “Principles of Criminal Law”, Oxford 2003, p. 5 ss.

⁶⁵ Las sanciones de encarcelamiento incluyen la custodia intermitente, introducida por la *Criminal Justice Act* de 2003, aunque en 2004 son muy pocas, pues se han aplicado tan sólo algunos casos piloto.

Los datos sobre delitos de hurto y robo ofrecen un valioso elemento de comparación con otros sistemas, teniendo en cuenta la elevada significación estadística y la relativa proximidad de las definiciones legales en los diversos Estados. El total de condenas por delitos de hurto y tráfico de objetos robados (110.241) representa más de un tercio de las sentencias por delitos graves (*indictable offences*). Tanto en relación con estos delitos como con los de robo en viviendas, la comparación con los datos de España lleva a apreciar una gran diferencia: la mayor parte de condenas son en Inglaterra y Gales a penas comunitarias, aunque ello no se corresponde con un menor uso de la prisión en términos absolutos, dado que el número de condenas es mucho más elevado⁶⁶.

Hurto y tráfico de objetos robados:

Privación de libertad:	22.759	20'6 %	(tiempo medio: 4'3 meses)
Community sentences:	41.946	38 %	
Multas:	18.649	16'9 %	
Total:	110.241		

Robo en viviendas:

Privación de libertad:	10.814	44'8 %	(tiempo medio: 17'5 meses ⁶⁷)
Community sentence	11.573	48 %	
Multas:	468	2 %	
Total:	24.133		

El protagonismo de las penas de cumplimiento en la comunidad no se corresponde con una renuncia general a la pena de prisión, dado que va en gran parte asociado a un efecto de extensión de la red y a un mayor intervencionismo penal del sistema británico, como evidencia la cantidad muy superior de delincuentes condenados respecto a España. Con todo, el análisis de las penas impuestas en los casos de hurto y robo refleja que el referido sistema muestra mayor capacidad de adaptación a la gravedad del hecho y mejores instrumentos penológicos para evitar los automatismos e inercias que precipitan el recurso a la pena de prisión en los casos menos graves.

c) *Alemania*

Probablemente el rasgo más conocido del sistema punitivo alemán es la importancia alcanzada por la pena pecuniaria, tras la adopción del sistema de origen escandinavo de días-multa. La reforma penal alemana larvada durante los años sesenta del siglo XX, de gran influencia en el plano doctrinal para diversos países europeos, latinoamericanos e incluso de otros continentes, adoptó este recurso como contrapeso de la pena de encarcelamiento, junto a la renuncia a las penas de prisión de corta duración. De modo

⁶⁶ No está clara la relación que pueda existir entre diferencia en el tratamiento punitivo de los robos en viviendas en el Reino Unido y España y la enorme diferencia existente entre estos dos países en la prevalencia de esta clase de delito, pues mientras los británicos padecen la mayor ratio de victimización de Europa, España se situaría entre los Estados con una menor prevalencia. Vid. "The Burden of crime...", cit., p. 37-40.

⁶⁷ Destaca el constante incremento desde 1994, que era de 11'4 meses, paralelo al descenso de estos delitos en un 58 % en el mismo periodo.

persistente, el número de penas de multa impuestas por los Tribunales penales alemanes cuatriplica aproximadamente el de las condenas a prisión (nuevamente el 80 % en 2003). La pena de multa no es concebida para desempeñar una función complementaria de la pena privativa de libertad, sino para ocupar el puesto que a ésta se le ha asignado tradicionalmente como reacción ante delitos poco graves. Prueba de ello es que, en términos ponderados por habitantes, el número de estas sanciones en Alemania es muy inferior al de las impuestas en Inglaterra y Gales o Francia e incluso algo inferior al de las penas privativas de libertad impuestas en España.

Otra característica del sistema alemán es un uso muy elevado de la suspensión a prueba de la ejecución de la pena, lo cual provoca una reducción todavía menor del número de penas de prisión efectivamente ejecutadas. Como en España, el recurso por parte de los jueces a la suspensión condicional ha ido en aumento a lo largo de los últimos años, aunque en Alemania ha llegado a situarse en torno a los dos tercios.

*Sanciones impuestas (2003)*⁶⁸:

Penas privativas de libertad	127.649
Suspendidas	88.166
Multas	507.086
Total	634.735

La distribución de las penas privativas de libertad impuestas refleja una opción preferente por las penas de poca duración, de modo que un 77'3 % de todas las sanciones de esta clase no exceden de un año. Las penas de más de dos años, incluida la prisión a perpetuidad, suponen tan sólo un 7'7%⁶⁹. En las penas pecuniarias, aplicadas según el sistema de días-multa, la cuota diaria se fija en más del 90 % de casos entre 5 y 51 Euros y en un 41% entre 10 y 25.

Los delitos de hurto y robo tienen una incidencia relativa muy menor a la de España, lo cual es reflejo de la menor incidencia de esta clase de criminalidad, que representa tan sólo un 47 de la criminalidad oficialmente registrada⁷⁰.

d) Francia

El sistema de sanciones francés ofrece sobre la ley una doble imagen. Por una parte, una observación de la parte especial del Código lo sitúa entre los más punitivistas dada la preponderancia de las penas de encarcelamiento y sus elevados límites máximos. Por otra parte, el Código penal francés reconoce amplios poderes al juez en la individualización de la sanción⁷¹ y exhibe un mayor compromiso con el programa político-

⁶⁸ Fuente: JEHLE, J.M., "Strafrechtspflege in Deutschland", 2005, disponible en la web del Ministerio federal de Justicia, www.bundesjustizministerium.de, 09-12-2006, p. 30 ss. Los datos expresan la cantidad de personas condenadas, por lo que sólo aparece en cada caso la sanción más grave. Ello facilita la comparación con los otros países en que la estadística oficial utiliza también este criterio.

⁶⁹ Vid. ob ult. cit., p. 32.

⁷⁰ Son datos de criminalidad registrada por la policía obrantes en el citado Informe Jehle, p. 11.

⁷¹ Reconocen el amplio margen de discrecionalidad judicial ALIX y otros, en DELMAS / GIUDICELLI-DELAGE / LAMBERT -ABDEGAWAD, cit., p. 73-74.

El modelo legislativo francés demanda reconocer la máxima importancia de la "individualización" y la "per-

criminal de las alternativas a la prisión, si lo comparamos con los Códigos español e italiano, con la presencia de un grupo de recursos punitivos de naturaleza heterogénea, entre los que destacan las llamadas “penas alternativas”, que el juez puede imponer de modo flexible por vía de sustitución de la pena de prisión, a los que se añade el *sursis* y la dispensa de pena, que faculta al juez introducir valoraciones relativas a la reinserción social del culpable. Asimismo, los trabajos de interés general tienen una mayor tradición que en los Estados vecinos del sur. Las estadísticas oficiales muestran también una doble faz. El encarcelamiento sigue siendo la respuesta más frecuente, en abierto contraste con la situación de Alemania. Sin embargo, el mantenimiento de la tasa de población penitenciaria⁷² revela que el sistema legal ha permitido una contención en el recurso a la prisión, pese a la presión de un clima social que demandaba un reforzamiento de la seguridad, aunque la incidencia de las soluciones penológicas distintas a la prisión es relativamente escasa y se encuentra muy lejos de la realidad de los Estados del área cultural germánica y del Reino Unido. Las penas de encarcelamiento (prisión y reclusión) eran 314.678 en 2004 (un 64’3 %), frente a las 101.029 de multa (20’6 %) y 67.215 penas alternativas (tan sólo un 13’7 %). La media de duración de las penas de prisión se sitúa en 8’4 meses, muy por debajo de las de España o Portugal. La experiencia de Francia muestra como la ausencia de límite mínimo de las penas respecto a los delitos tiene mayor capacidad para evitar un abuso del encarcelamiento que la existencia de reglas generales de sustitución de la prisión. Existe en este punto un dato concordante con la experiencia española, en que se ha puesto de manifiesto la escasa tendencia de los jueces a aplicar las reglas de sustitución de las penas de prisión⁷³. De entre los instrumentos legales para evitar el cumplimiento de la prisión, ocupa un papel predominante la suspensión de la ejecución, que se acuerda de modo total (el Derecho penal francés prevé además la suspensión parcial) en un 60 % de supuestos de los que recae pena de prisión, en una medida superior que lo observado en España, aunque menor que en Alemania⁷⁴.

sonalización” de la pena. Vid. sobre las diferencias entre ambos conceptos DRÉAN-RIVETTE, I., “La personnalisation de la peine dans le Code Pénal”, Paris 2005, p. 18-19 y 32 ss.

Destaca el carácter “revolucionario” de las innovaciones introducidas por el CPF 1994 en la dirección de la flexibilización del sistema de determinación de la pena MELCHIONDA, A., “Le circostanze del reato”, p. 212-215.

⁷² Además de los datos generales expuestos Supra sobre población penitenciaria, existe información oficial más detallada en www.justice.gouv.fr/index.php.

⁷³ Vid. sobre la cuestión CID MOLINÉ, ob. ult. cit., p. 230.

⁷⁴ La comparación con Alemania pone de manifiesto aspectos chocantes. Las cifras de penas de prisión impuestas y ejecutadas es en Francia muy superior al de Alemania, pese a que la tasa de población penitenciaria en ambos países era similar entre 2003 y 2004 e incluso ha pasado a ser inferior en Francia en 2006. La explicación no puede hallarse en el uso de la libertad condicional, que, según se ha visto, se concede más generosamente en Alemania que en Francia, ni en las penas máximas, muy superiores en Francia. Si damos por buena la estadística oficial, habrá que aceptar que, aun siendo alto en Alemania el porcentaje de penas de poca duración y pese a ser similares las cifras del tiempo medio de permanencia en prisión, la inexistencia de mínimos legales para los delitos y la posibilidad de acordar una suspensión parcial de la ejecución conducen a los jueces franceses a la imposición de penas todavía más reducidas.

*Penas pronunciadas (2004)*⁷⁵:

Encarcelamiento	314.678
Suspendidas (<i>sursis</i> total) ⁷⁶	200.083
Multa	101.029
Penas de sustitución	46.487
Medida educativa (incluye amonestación)	20.728
Dispensa de pena	6.164
Total sanciones	489.111

Los datos sobre condenas por delitos de *vol*, que incluiría las formas de hurto y de robo, muestran una situación intermedia entre la española y la de los países nórdicos, pues aunque la pena privativa de libertad tiene un papel predominante, existe cierto margen para las penas de sustitución y las cifras de condenas por estos delitos son menores proporcionalmente que en España (96.132 sobre 862.191, que supone un 11'1 %), lo cual concuerda con la menor representación de este colectivo de penados en la población penitenciaria que anteriormente hemos podido apreciar. La mayor parte de condenas a penas privativas de libertad son objeto de suspensión total (un 53 %) y de las que son ejecutadas total o parcialmente una mayor parte lo son por una duración inferior a un año (un 84 %)⁷⁷.

Sanciones por “vol” (hurto/robo):

Encarcelamiento	71.945	(Penas totalmente suspendidas: 38.130) ⁷⁸
		Media de duración: 6'4 meses ⁷⁹
Multa	6.836	
Penas de sustitución	6.712	
Medidas educativas	9.500	
Dispensa de pena	1.138	
Total condenas	96.132	

e) Finlandia.

Finlandia es una buena muestra del bloque más homogéneo de Estados en lo que concierne al tema estudiado, el formado por los cuatro países nórdicos. Presentan todos

⁷⁵ Se incluye únicamente una pena por cada infracción objeto de condena por crímenes o delitos. Fuente: *Annuaire Statistique de la Justice*, Paris 2006, p. 157. Se han sumado las penas correspondientes a crímenes y delitos. Si se suman las contravenciones de la 5ª clase, el nivel más grave dentro de las contravenciones, castigadas fundamentalmente con multa (vid. las penas legalmente aplicables a las mismas, art 131-13, 5º y art 131-14 CPF) el total de condenas asciende a 598.804. Se considera sólo la pena principal impuesta, según el criterio de la estadística, con lo que el número total expresa la cantidad de sentencias condenatorias, no del total de penas impuestas.

⁷⁶ Incluye las diversas modalidades de *sursis* en que la pena queda íntegramente suspendida. Los supuestos de suspensión parcial no se incluyen.

⁷⁷ Los datos han sido elaborados a partir del *Annuaire Statistique...*, cit, referidos a 2005, p. 173-174.

⁷⁸ Incluye las diversas modalidades de *sursis* en que la pena queda íntegramente suspendida. Los supuestos de suspensión parcial no se incluyen.

⁷⁹ La media no considera sólo los delitos, no los crímenes, aunque éstos representan tan sólo un 6 % del total de hurtos y robos.

ellos una serie de características comunes, ya sea en lo que respecta al modelo de sociedad, al modelo político-criminal reflejado en el Derecho escrito y a los indicadores de gestión real de las sanciones penales. Destacan entre estos últimos, como ya se ha ido en parte comentando, un importante protagonismo de las sanciones de cumplimiento en la comunidad y un uso escaso de la prisión, que se explica en gran medida porque la permanencia de los penados en los centros es muy inferior al resto de países europeos, gracias, especialmente, a la imposición de penas de escasa duración para delitos patrimoniales y un uso generoso de los mecanismos de liberación anticipada. Con todo, no puede pasar inadvertida la tendencia al alza de la tasa de población penitenciaria detectada en los últimos años. En el periodo comprendido entre 2001 y 2004, la tasa ha aumentado de 57 a 64 en Dinamarca, de 59 a 70 en Finlandia, de 57 a 64 en Noruega y de 61 a 74 en Suecia. Aunque ello se inscribe en una tendencia general, no deja de ser significativo que las cifras de Suecia y Finlandia se acercan ya en 2006 a las de Francia.

La observación de la evolución en Finlandia tiene además como interés especial el hecho que este país ha sido objeto de particular atención desde el punto de vista criminológico dada la importantísima reducción del uso de la prisión que se produjo a partir de los años cincuenta del siglo XX, en que la población penitenciaria era muy superior a la de los tres citados países escandinavos. Si en éstos se situaba en torno a 40 presos por 100.000 habitantes, en Finlandia ascendía a 187 en el año 1950. La comparación de las tendencias habidas en el grupo de los cuatro Estados permitió poner de manifiesto que es posible una reducción drástica del recurso al encarcelamiento sin que ello repercuta en un aumento de la criminalidad, pues el incremento de la delincuencia que se experimentó en Finlandia al tiempo que disminuía la tasa de encarcelamiento no era superior al de los otros tres países, en que la referida tasa se mantenía estable⁸⁰.

El Derecho positivo finlandés coloca en un lugar destacado las penas de prisión y de multa, pero concede un importante papel a las sanciones de tipo comunitario, entre las que destaca el “servicio comunitario”, prevista como alternativa a la pena de prisión. El sistema de imposición de pena se inspira en principios de corte proporcionalista, aunque en menor medida que en el Código sueco. Es elevado el margen de apreciación por parte del juez a la hora de escoger la pena a imponer y el *quantum* de la misma, en un espíritu de suavidad punitiva, que se expresa, por ejemplo, en la previsión de un límite máximo de doce años para la prisión no perpetua, aunque con excepciones⁸¹. Los límites mínimos para poder acordar la libertad condicional han ido descendiendo paulatinamente hasta alcanzar los 14 días. Las estadísticas reflejan como

⁸⁰ Vid. sobre la cuestión, KURY, H., “Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?”, en AAVV, “Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la criminología”, Madrid 2001, p. 302-303.

⁸¹ Cabe llegar hasta los quince años en el caso de concurso de infracciones o de delitos muy graves. La pena de prisión perpetua se prevé de modo muy limitado. Por otra parte, existe también la “privación de libertad preventiva” como medida de seguridad para delincuentes peligrosos, de escasa utilización práctica. Vid. sobre estas cuestiones NUOTIO, K, en DELMAS MARTY / GIUDICELLI_DELLAGE / LAMBERT-ABDEGAWAD, ob. cit., p. 55-58, y LAPPI-SEPPÄLÄ, ob. cit., p. 127.

en el sistema finlandés las penas de tipo comunitario han conseguido efectivamente desempeñar el papel protagonista que en otro tiempo ejerciera la pena privativa de libertad (o ejerce hoy en otros países) como medio de reacción frente a la criminalidad de poca y mediana gravedad. No es nada desdeñable el dato de que el número de penados cumpliendo penas de servicio comunitario (equivalente a los trabajos en beneficio de la comunidad) supere al de presos. También la pena de multa ejerce un importante rol. La seriedad de esta sanción queda reflejada en el hecho de que llegan a imponerse cantidades muy elevadas⁸².

*Población penitenciaria y condenados sometidos a otras penas (2005)*⁸³:

Presos ⁸⁴	3.888
Servicio comunitario	3.983
Libertad vigilada	1.437
Suspensión bajo vigilancia (jóvenes)	1.781

La tendencia a hacer un uso muy moderado del encarcelamiento en los delitos patrimoniales se evidencia en la escasa significación del colectivo de condenados por estos delitos en la población penitenciaria: tan sólo un 6'2 % de los penados por robo o un 16'2 % por hurto, frente a un 18'6 % de condenados por homicidio y un 18'3 % por delitos violentos⁸⁵.

Una diferencia remarcable con el sistema británico es que el desarrollo de las penas de tipo comunitario no ha producido un efecto de extensión de la red. Ello puede llamar la atención si se tiene en cuenta que la ley permite con frecuencia la combinación de diversas penas, incluso entre la privación de libertad y las de tipo comunitario. El sistema es además muy intervencionista, como refleja la posibilidad de imposición de sanciones penales por parte de los Fiscales e incluso de la policía, aunque en este caso no llevan asociada la posibilidad de arresto sustitutorio en caso de impago. Por todo ello, cualquier intento de importar el sistema finlandés debe tener en cuenta que la suavidad punitiva de este país tiene que ver en gran medida con elementos de carácter cultural, calidad de vida, en su sentido más amplio, espíritu cívico y confianza en las instituciones⁸⁶. Si algunos de los elementos son difícilmente trasladables a otros países,

⁸² Vid. Para mayor detalle LAPPSEPPÄLÄ, ob. Ult. Cit. p. 142-143. Desde 1999 la cantidad impuesta equivale aproximadamente a la mitad de los ingresos *netos* del penado.

⁸³ Fuente: *Annual Report 2005*, del Ministerio de Justicia, en [www:om.fi](http://www.om.fi), 07-12-2006. Las cifras permiten una mejor aproximación al papel que ejerce de hecho cada una de las penas que las comparaciones basadas en el número de condenados, que es presumiblemente el dato aportado, por ejemplo, por LAPPSEPPÄLÄ en ob. Ult. Cit., p. 142, de 8287 penas de prisión en el año 2003.

⁸⁴ Como es habitual en la tasa de población penitenciaria, incluye presos preventivos y condenados a arresto por impago de multa.

⁸⁵ Los datos son de la Agencia de sanciones criminales, referidos a 2005; vid. Informe anual, p. 13, www.rikosseuraamus.fi, 07-12-2006.

⁸⁶ Destaca LAPPSEPPÄLÄ (ob. Ult. Cit., p. 129 y 135) algunos de estos rasgos, así como la poca presencia de los temas penales y de seguridad en el discurso mediático y político.

Vid. Por otra parte el lugar destacado en que aparece Finlandia en algunos indicadores de la encuesta europea de criminalidad y seguridad 2005 (Vid. "The Burden of crime...", cit., p. 79-80). Según la citada encuesta, Finlandia es el país europeo con mayor confianza en la policía, con un 90 %.

muchos aspectos del “clima socio-cultural” son, junto a buena parte de sus normas jurídicas, una referencia de relevancia transnacional, en la que en todo caso puede inspirarse una política criminal racional.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS POLÍTICO-CRIMINALES

Los sistemas penales europeos divergen sustancialmente en la estructura de sus penas. Los Estados que han efectuado esfuerzos más significativos en la superación del encarcelamiento como estrategia prioritaria de prevención del delito y en el desarrollo de penas de cumplimiento en la comunidad son aquellos que mantienen cotas más elevadas de bienestar social. Sin embargo, la implementación de esta clase de penas no es por sí misma garantía de la reducción del recurso a la prisión, como revela la experiencia británica. Por otra parte, es necesario asumir que una disminución del rigor punitivo no necesariamente debe ir acompañada de una disminución de la intervención penal. La hipótesis de un “minimalismo penal” es, en el contexto de un Estado intervencionista que realiza expectativas de bienestar de los ciudadanos, mucho menos realista que la de una “moderación del rigor punitivo del Derecho penal”.

La comparación de los diversos sistemas, en la doble dimensión “on the books” e “in action”, revela la claridad conceptual de una estructuración tripartita de las sanciones que atiende al bien jurídico afectado por la condena y los costes intrínsecos a la misma para el penado. Parece en este sentido oportuna la distinción y jerarquización, al menos “en abstracto”, entre tres clases de penas, de mayor a menor gravedad en términos de aflictividad: las penas privativas de libertad, las privativas de otros derechos o que exigen alguna prestación personal y, finalmente, la multa⁸⁷. Ello no debe entenderse como la asunción de un esquema proporcionalista rígido que cierre el paso a la adopción de decisiones basadas en los fines de la pena de carácter reparador y resocializador.

La adopción de una estrategia de reducción del encarcelamiento es una necesidad en la que convergen exigencias político-criminales tanto de signo valorativo como funcional. El recurso abusivo a las penas de prisión para responder a delitos de pequeña y mediana gravedad es rechazable por los costes humanos que genera y poco eficiente si consideramos sus elevados costes en términos sociales y económicos en comparación con los modestos resultados que se obtienen en la prevención de la delincuencia.

Hemos podido comprobar que la moderación real del rigor punitivo aparece más asociada a los indicadores de flexibilidad que a los propios indicadores legales de escasa aflictividad en abstracto. En consecuencia, una estrategia de reducción del encarcelamiento debe plantearse, en los sistemas legalmente más rígidos, un programa de reformas mediante las que se abran razonables espacios de discrecionalidad judicial en las reglas de aplicación y de determinación de la pena. Especialmente oportuna

⁸⁷ Entiendo sin embargo que este planteamiento gradualista no puede ser llevado hasta el punto de proponer diversos subsistemas. Me he referido críticamente a la propuesta de las “dos velocidades” efectuada desde un sector doctrinal en “¿Hacia un sistema europeo de sanciones penales?”, cit. y “Política criminal con bases empíricas...”, cit., p. 12-13.

resulta la fijación de los límites mínimos de los marcos penales en términos moderados, fuera de los delitos muy graves. Es sabido que las propuestas de atribución de mayores poderes a los jueces a la hora de la selección y la determinación de la pena a imponer tropiezan frecuentemente con la oposición de ciertos sectores académicos o profesionales. Con todo, existen argumentos sólidos para llevar adelante un programa de este signo. Si la limitación del arbitrio judicial fue una conquista del liberalismo frente a la irracionalidad y la barbarie punitiva del Antiguo régimen, la evolución de nuestras sociedades pone de manifiesto como en gran medida las intervenciones legislativas limitadoras del poder de los jueces en la determinación de la pena obedecen a la voluntad de oponer a la labor de individualización racional de la sanción según las circunstancias del caso concreto gestos que apelan a demandas irracionales de penalización de acuerdo con un discurso de “ley y orden”. Es significativo, en este sentido, el movimiento ciudadano surgido en los EUA contra las “mandatory sentences” y a favor de la pena justa⁸⁸. Por otra parte, la evolución social nos brinda oportunidades, inexistentes en otros tiempos, de conocimiento y crítica de la actividad judicial. La introducción de la “cultura de la evaluación” en el ámbito judicial aporta al juez una nueva perspectiva desde la que puede asumir una conciencia de control “ex post” bien distinta a la actitud propia de un modelo centrado en el control “ex ante”. No habría incluso que despreciar el papel de “custodio del custodio” que puede ejercer una dogmática jurídica más desarrollada y con mayor capacidad para hacerse sentir por la judicatura. Naturalmente un sistema que confía al juez mayores poderes de individualización judicial debe exigir de éste una escrupulosa labor de motivación de la pena a partir de criterios legalmente definidos y permitir la revisión de la misma a través de los recursos ordinarios, amén de adoptar políticas rigurosas en lo tocante a la selección y a la responsabilidad de los jueces.

Los sistemas punitivos deben adaptarse a la realidad de una delincuencia cada más diversa, por razones relativas al origen nacional, identidad cultural, capacidad económica, actividad laboral, vínculos familiares, integración en colectivos urbanos, subculturales o acceso a tecnologías. Esta cambiante realidad demanda una mayor diversidad y versatilidad del cuadro de sanciones. El esquema binario clásico “privación de libertad / multa”, de tipo germánico, que sitúa al resto de sanciones en una posición subsidiaria, resulta un modelo en gran parte superado. El desarrollo de penas privativas de derechos, de contenido reparador o consistentes en prestaciones personales con cierto grado de voluntariedad en el contexto de un régimen más flexible de individualización de la pena plantea un importante reto a los principios de igualdad y proporcionalidad y conlleva la necesidad de adoptar fórmulas que permitan al juez asegurar que sea respetada la “igualdad de aflicción” en atención a las circunstancias del hecho cometido y las personales del delincuente.

Deberían ser corregidos los sistemas que contienen automatismos que tienden a la acumulación de penas de diversa naturaleza por un mismo hecho delictivo sin un adecuado control judicial de que las penas adicionales respondan a una gravedad

⁸⁸ Vid. la web de “Family Against Mandatory Minimums”, que tiene como misión el trabajo a favor de “fair and proportionate sentencing laws”: www.famm.org.

especial del injusto o de la culpabilidad. Con ello no se quiere indicar que la solución pase necesariamente por la adopción del modelo sueco de prohibición absoluta de acumulación de penas, pues el mismo está inspirado en criterios proporcionalistas renuentes a la aceptación de los fines preventivo-especiales de la pena. Lo que sí parece inaplazable es una revisión de las penas accesorias (o, en la terminología propia del Derecho francés, complementarias) que conduzca a una supresión de los mecanismos de acumulación automática y, a lo sumo, a un uso prácticamente excepcional de las mismas. Las necesidades adicionales de aseguramiento o de protección de los bienes jurídicos de la víctima deberían ser atendidas en su caso a través de medidas de seguridad postdelictuales. Tal podría ser la vía a seguir en los supuestos para los que actualmente la ley penal española prevé penas de prohibición de aproximación o comunicación. También serían las medidas de seguridad no privativas de libertad el cauce adecuado para afrontar la problemática de la habitualidad delictiva o la necesidad de reaccionar ante focos de riesgo de condenados por delitos muy graves en los que haya fracasado el programa de reinserción, con la introducción de tecnologías de control monitorizado.

En relación con el Derecho español, el análisis llevado a cabo pone en evidencia las importantes deficiencias de un Código penal que favorece un uso desmesurado del encarcelamiento y asigna un papel muy secundario a las penas privativas de derechos y de cumplimiento en la comunidad. Además de las reformas legales necesarias, en la línea que venimos apuntando, debe tenerse en cuenta la importancia de una evolución de la cultura jurídica y política como elemento fundamental de la política criminal, proceso en que los penalistas y criminólogos académicos estamos llamados a desempeñar un papel irrenunciable. Asimismo, el análisis de Derecho comparado permite revisar críticamente aquellas posiciones que ven en el Código un equilibrio entre legalismo y arbitrio judicial⁸⁹, pues, según se ha visto, pertenece al grupo de países más marcadamente legalistas. Una apertura de espacios de flexibilidad en el sistema de imposición de pena se hace pues necesaria. En mi opinión, el principal problema en el Código español se halla, en este aspecto, en la parte especial, donde habría que eliminar las penas mínimas en todos los delitos menos graves, reducir las en buena parte de los graves y delimitar en términos menos rígidos las fronteras entre los marcos penales en los tipos delictivos cualificados y privilegiados⁹⁰.

Un sistema más abierto al arbitrio judicial en la individualización de la pena exige, por último, reforzar dos garantías hasta ahora muy débiles en el Derecho procesal español: el derecho a la doble instancia, con la superación de la extendida concepción de que la cuantificación de la pena es algo no revisable en la alzada, y obligación de motivación de la pena.

⁸⁹ Así, por ejemplo, BOLDOVA PASAMAR, ob. cit., p. 230

⁹⁰ Ejemplos de una delimitación rígida entre marcos penales particularmente insensata en el CPE son los artículos 179 respecto al 178, 182 respecto al 181, 184-II respecto a 184-I. En otros casos, el Código establece una distinción rígida de marcos penales sobre la base de conceptos indeterminados (art 149/150, art. 368/369).