



**La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Código penal español:
cuestiones controvertidas a las que se enfrentan los tribunales de justicia en su aplicación**

*Tesis Doctoral dirigida por el Prof. Dr. D. Norberto J. de la Mata Barranco,
Catedrático de Derecho penal*

Doctoranda: D^a Mónica Franco Izquierdo

Bilbao, 2017

**LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS
PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL
ESPAÑOL:**

**CUESTIONES CONTROVERTIDAS A LAS QUE SE
ENFRENTAN LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN SU
APLICACIÓN**

D^a Mónica Franco Izquierdo

Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea

Bilbao, 2017

*“Es tan grande el placer que se experimenta al encontrar un hombre agradecido
que vale la pena arriesgarse a no ser un ingrato”*

Séneca

Quisiera agradecer de manera especial y sincera al Profesor Dr. D. Norberto J. de la Mata Barranco, Catedrático de Derecho penal, por aceptarme para realizar esta tesis doctoral bajo su dirección. Su dedicación, apoyo y confianza han sido imprescindibles para guiarme en esta ardua tarea, no solamente en el desarrollo de esta tesis, sino también en mi formación como investigadora. Su orientación y rigurosidad han sido la clave del trabajo que hemos realizado juntos, el cual no se puede concebir sin su siempre oportuna y acertada participación. Fundamentalmente quisiera agradecer su paciencia y compromiso para sacar adelante esta tesis que ahora presentamos, esperando que no sea la última colaboración sino un punto y seguido en nuestros caminos. Gracias Norberto.

Si va bien, siempre va a ir bien

De igual forma quisiera hacer extensiva mi gratitud a todas las personas que, en mayor o menor medida, han contribuido a hacer posible esta tesis. El paso del tiempo, siempre más del deseado, hace valorar a los que se esforzaron por entender esta profesión, tanto si lo consiguieron como si no.

Especialmente quisiera agradecerle a *Aitor* su paciencia y comprensión. Por su apoyo incondicional. Por sus palabras de ánimo día tras día. Por confiar en que este proyecto saldría adelante más que yo misma. Por creer en mí. Sin ti nada de esto hubiera sido posible. Por todo ello, te dedico esta tesis como parte de lo que soy, como parte de lo que somos.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	21
I. INTRODUCCIÓN.	
1. Objeto y justificación de la investigación	37
2. Estructura del trabajo y orden de exposición	45
3. Metodología y fuentes	51
A. <i>Metodología</i>	51
B. <i>Fuentes</i>	53
II. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA: EL ORIGEN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.	
1. Introducción	59
2. Referentes internacionales	62
A. <i>La probation anglosajona</i>	62
B. <i>La sursis franco-belga</i>	70
a) <i>La Ley belga de 31 de mayo de 1888</i>	73
b) <i>La Ley francesa de 26 de marzo de 1891</i>	77
C. <i>La diversion</i>	81
3. La codificación en el Derecho penal español	83
A. <i>Introducción: ausencia de precedentes en los Códigos decimonónicos</i>	85
B. <i>La primera propuesta: Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908</i>	87
C. <i>El Código penal de 8 de septiembre de 1928</i>	116
D. <i>El Código penal de 8 de septiembre de 1932</i>	126
E. <i>El Código penal de 1944, el Texto revisado de 1963 y el Texto refundido de 1973</i>	132
a) <i>El Código penal de 23 de diciembre de 1944</i>	132
b) <i>El Texto revisado de 28 de marzo de 1963</i>	137
c) <i>El Texto refundido de 14 de septiembre de 1973</i>	138

<i>F. Las reformas posteriores</i>	139
a) La Constitución española de 29 de diciembre de 1978.....	139
b) La L.O. 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal	141

III. FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LA REDACCIÓN ORIGINARIA DE LA L.O. 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y SUS REFORMAS POSTERIORES.

1. Introducción	151
2. Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad en la redacción originaria de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal	162
A. <i>Introducción</i>	162
B. <i>La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad: artículos 80 a 87 del Código penal de 1995</i>	171
C. <i>La sustitución de la ejecución de las penas de prisión: artículos 88 y 89 del Código penal de 1995</i>	189
3. Leyes Orgánicas posteriores que modifican la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de suspensión y sustitución de las penas	192
A. <i>L.O. 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre</i>	193
B. <i>L.O. 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>	197
C. <i>L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social</i>	198
D. <i>L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros</i>	200

E.	<i>L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal</i>	203
F.	<i>L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género</i>	213
G.	<i>L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal</i>	217
H.	<i>L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal</i>	222

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS A LAS QUE SE ENFRENTAN LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA AL APLICAR LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

1.	Introducción	229
2.	Suspensión ordinaria de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Derecho penal español: cuestiones controvertidas que los tribunales de justicia han de resolver en su aplicación	232
A.	<i>Introducción</i>	232
B.	<i>Cuestiones a resolver por los tribunales de justicia en la valoración de los requisitos para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad</i>	234
a)	Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.....	235
a')	Introducción	235
b')	Concepto de peligrosidad criminal.....	238
c')	Valoración del pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad	246
b)	Criterios a tener en cuenta por los órganos judiciales para resolver sobre la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad: la llamada discrecionalidad judicial del artículo 80.1 párrafo segundo del Código penal.....	250
c)	Primariedad delictiva	261

a’)	Que el condenado haya delinquido por primera vez: concepto de primariedad delictiva.....	263
b’)	Momento procesal en que se ha de valorar esa primariedad delictiva: cómputo de plazos.....	267
c’)	Condenas anteriores que no se tienen en cuenta	276
a’’) Condenas por delitos imprudentes.....		277
b’’) Condenas por delitos leves		278
c’’) Antecedentes penales cancelados o que debieran serlo a los efectos del artículo 136 del Código penal: cuestiones que se derivan de su cómputo		280
d’’) Antecedentes penales por delitos que carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.....		286
d)	Que la pena impuesta o la suma de las impuestas no sea superior a dos años sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.....	289
e)	Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles y se haya hecho efectivo el decomiso	294
3.	Suspensión extraordinaria de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Derecho penal español: cuestiones controvertidas que los tribunales de justicia han de resolver en su aplicación	305
A.	<i>Supuestos extraordinarios de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad contenidos en los artículos 80 a 87 del Código penal</i>	<i>305</i>
a)	Sustitución como modalidad de suspensión del artículo 80.3 del Código penal.	308
a’)	Introducción	308
b’)	Que no se trate de reos habituales	310
c’)	Suspensión sustitutiva solo aplicable a penas de prisión que individualmente no excedan de dos años	315
d’)	Condiciones que han de concurrir para poder conceder la suspensión sustitutiva de la ejecución de la pena de prisión	317

b)	Supuesto especial de enfermedad muy grave con padecimientos incurables del artículo 80.4 del Código penal.....	330
a')	Introducción	330
b')	Cuestiones que plantea esta modalidad de suspensión	333
c)	Supuesto especial para drogodependientes del artículo 80.5 del Código penal	339
a')	Introducción	339
b')	Cuestiones que plantea esta modalidad de suspensión	342
B.	<i>Otros supuestos extraordinarios de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Código penal español</i>	355
a)	Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad mientras se tramita la petición de indulto <i>ex</i> artículo 4.4 del Código penal.....	356
a')	Introducción	356
b')	Regulación del indulto en el ordenamiento jurídico español.....	360
c')	Supuestos de suspensión de la ejecución de las penas <i>ex</i> artículo 4.4 del Código penal.....	367
a'')	Suspensión de la pena por petición de indulto cuando del cumplimiento de la misma pudiera resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.....	370
b'')	Suspensión de la pena por petición de indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria.....	378
b)	Supuesto especial de trastorno mental sobrevenido del artículo 60 del Código penal.....	380
a')	Introducción	380
b')	Momento en el que surge el trastorno mental sobrevenido	383

a'') Trastorno mental sobrevenido antes de dictarse sentencia firme.....	384
b'') Trastorno mental sobrevenido después de dictarse sentencia firme	390
c') El restablecimiento de la salud mental del penado.....	393
c) Supuesto de sustitución de la ejecución de las penas del artículo 71.2 del Código penal.....	395
d) Suspensión de la ejecución de las penas por concurrencia con medidas de seguridad del artículo 99 del Código penal.....	399
e) Suspensión de la ejecución de las penas impuestas por alguno de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social del nuevo artículo 308 bis del Código penal.....	401
C. <i>Breve mención a otros supuestos extraordinarios de suspensión de la ejecución de las penas no regulados en el Código penal español</i>	407
4. Plazo de suspensión en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.....	413
A. <i>Plazo de suspensión</i>	413
B. <i>Cómputo de los plazos</i>	418
5. Aspectos procesales de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.....	426
A. <i>Momento en que se ha de resolver sobre la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y audiencia a las partes.....</i>	426
B. <i>Resolución motivada. Especial motivación de la resolución en la que el órgano judicial se pronuncia sobre la suspensión de la ejecución de las penas y audiencia a las partes.....</i>	433
a) Concepto de motivación	433
b) Interpretación de los tribunales sobre la motivación de las resoluciones judiciales en las que se resuelve sobre la suspensión de la pena	437
6. Medidas o reglas de conducta que el órgano judicial puede (o debe) imponer junto con el plazo de suspensión: análisis de los	

artículos 83 y 84 del Código penal. Posible modificación de las medidas acordadas al amparo del artículo 85 del Código penal	448
A. <i>Introducción</i>	448
B. <i>Presupuestos comunes que se aplican a las reglas de conducta de los artículos 83 y 84 del Código penal</i>	451
C. <i>Prohibiciones, obligaciones y deberes del artículo 83.1 del Código penal: cuestiones que se derivan de su imposición</i>	456
a) Prohibiciones de aproximación o de comunicación	456
b) Prohibiciones relativas al lugar de residencia.....	458
c) Obligación de comparecencia para informar de sus actividades y justificarlas.....	459
d) Obligación de participar en determinados programas	460
e) Prohibición de conducir vehículos a motor	470
f) Cumplimiento de otros deberes que el juez estime convenientes.....	471
D. <i>Prohibiciones y obligaciones del artículo 83.1 del Código penal de imposición obligatoria en delitos de «violencia de género» de conformidad con el artículo 83.2 del Código penal</i>	473
E. <i>Procedimiento a seguir para controlar algunas de las prohibiciones, obligaciones y deberes del artículo 83.1 del Código penal</i>	480
F. <i>Prestaciones o medidas del artículo 84 del Código penal</i>	481
a) El cumplimiento del acuerdo de mediación.....	483
b) El pago de una multa	485
c) La realización de trabajos en beneficio de la comunidad	487
G. <i>Modificación de las reglas de conducta o medidas acordadas: variación de las circunstancias valoradas por el órgano judicial</i>	488
7. Revocación o remisión definitiva de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad: artículos 86 y 87 del Código penal	491
A. <i>Introducción</i>	491
B. <i>Causas de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad</i>	494

a)	Reiteración delictiva: carácter de la nueva infracción para ser causa de revocación.....	494
b)	Incumplimiento grave o reiterado de las reglas de conducta de los artículos 83 y 84 del Código penal	499
c)	Incumplimiento de otras obligaciones relativas a la satisfacción de la responsabilidad civil o a hacer efectivo el decomiso	504
C.	<i>Consecuencias que se derivan en caso de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena</i>	506
D.	<i>Remisión definitiva de la pena: supuesto general y supuesto especial del artículo 80.5 del Código penal.....</i>	510
8.	La sustitución de la ejecución de las penas de prisión por la expulsión del territorio nacional del artículo 89 del Código penal	515
A.	<i>Introducción</i>	515
B.	<i>Naturaleza jurídica de la expulsión: pena, medida de seguridad o institución sustitutiva de la pena de prisión distinta de las dos anteriores</i>	520
C.	<i>Duración de las penas de prisión susceptibles de expulsión</i>	528
D.	<i>Carácter cuasi imperativo de la expulsión y excepciones</i>	532
a)	Regla general	532
b)	Excepciones a la regla general de la expulsión <i>cuasi imperativa</i>	535
E.	<i>Procedimiento a seguir para acordar la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional</i>	542
F.	<i>El ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros a fin de asegurar la expulsión sustitutiva</i>	552
9.	La libertad condicional como forma de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad: artículos 90 a 93 del Código penal	560
A.	<i>Introducción</i>	560
B.	<i>Naturaleza jurídica de la libertad condicional: la denominada desnaturalización de la libertad condicional</i>	565

C.	<i>Órgano judicial que ha de conceder la libertad condicional:</i>	
	<i>carácter de dicha concesión.....</i>	572
D.	<i>Clases de libertad condicional.....</i>	575
a)	Supuestos generales de libertad condicional	578
a')	Libertad condicional básica, común u ordinaria:	
	requisitos.....	578
b')	Libertad condicional anticipada o adelantada:	
	requisitos.....	592
c')	Libertad condicional cualificadamente anticipada:	
	requisitos.....	593
b)	Supuestos especiales de libertad condicional	595
a')	Libertad condicional excepcional a mitad del	
	cumplimiento de la condena.....	595
b')	Libertad condicional para condenados por delitos	
	cometidos en el seno de organizaciones criminales o	
	delitos de terrorismo	596
c')	Libertad condicional para condenados a pena de	
	prisión permanente revisable.....	597
d')	Libertad condicional especial para septuagenarios y	
	personas con enfermedades muy graves con	
	padecimientos incurables.....	599
E.	<i>Procedimiento para la concesión de la libertad condicional</i>	605
F.	<i>Causas de revocación de la libertad condicional</i>	607
10.	La suspensión de la ejecución de la pena como causa de	
	suspensión del plazo de prescripción de la pena.....	610
A.	<i>Introducción</i>	610
B.	<i>Cómputo del plazo de dies a quo para la prescripción de la pena.....</i>	616
C.	<i>La suspensión de la ejecución de la pena como causa de</i>	
	<i>suspensión del plazo de prescripción de la pena</i>	625
a)	Precedentes normativos	625
b)	Regulación actual: el artículo 134.2 a) del Código penal.....	640
V.	CONCLUSIONES.....	645

VI. ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS	661
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	667

I. INTRODUCCIÓN.

1. Objeto y justificación de la investigación.

El presente trabajo realiza un acercamiento a la institución de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad del ordenamiento jurídico español desde el punto de vista de su aplicación práctica por los tribunales de justicia. Como es conocido, a pesar de que la regulación legal contenida en la normativa vigente haya presentado numerosas reformas, la esencia de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad sigue siendo la misma: se buscan formas alternativas al cumplimiento de las penas. Lo anterior se intensifica, especialmente, cuando se trata de penas de prisión de corta duración por la consideración generalizada de que este tipo de penas desocializa al delincuente al hacer que ingrese en prisión y tenga contacto con otros delincuentes.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (en adelante L.O. 10/1995 o, simplemente, Código penal o Código) en su Exposición de motivos, ya puso de manifiesto cómo era necesario que existiera una normativa que definiera los delitos y las penas. Éste era el presupuesto legal para que el Estado ejerciera el *ius puniendi* que tenía y tiene encomendado a través de la imposición de la correspondiente responsabilidad penal por la comisión de infracciones penales. En este contexto se inspira el Código penal de 1995; en la necesidad de adaptarse a las nuevas realidades sociales tomando como referencia el principio de reinserción social que prevé el artículo 25.2 la Constitución española de 1978 (en adelante Constitución o CE). Los principios de reeducación y reinserción social consagrados constitucionalmente supusieron una reforma del sistema de penas que contenía el Código penal anterior, no solo por su simplificación, sino porque amplió las posibilidades de suspensión y sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad por otras que afectaran en menor medida al bien jurídico protegido, que no era otro que la libertad individual del sujeto condenado. En este escenario, se entiende como primario, el respeto y la protección del derecho a la libertad de los ciudadanos, como derecho fundamental, siendo el motivo u origen de esa búsqueda a otras formas de cumplimiento (en libertad) de la pena; de la cual es su máximo exponente la figura de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Precisamente en esa necesidad de buscar formas alternativas al cumplimiento de las penas, en un contexto de resocialización y de reinserción social que recoge el citado precepto constitucional, es donde se debe enmarcar el presente estudio de la suspensión de la ejecución de las penas privativa de libertad. Creo que la figura de la suspensión se proyecta como una posibilidad, cuando el cumplimiento de la pena impuesta por los tribunales de justicia por la comisión de una infracción penal sea perjudicial en relación con esa resocialización pretendida. Ahora bien, lo anterior es aplicable siempre que no haya indicios de que la voluntad delictiva permanece; esto es, siempre que se constate por el juez o tribunal encargado de decidir sobre la concesión o denegación de la suspensión, la existencia de una predisposición del condenado a la reinserción social, con un compromiso palmario de rehabilitación y de no reincidencia. Solo en este caso tendrá cabida la institución de la suspensión de la pena.

Junto a lo anterior, el Código penal exige que se cumplan una serie de presupuestos y requisitos, que su propio articulado legal prevé, para poder suspender esa pena impuesta; presupuestos y requisitos que serán analizados en los diferentes apartados contenidos en el presente trabajo. No obstante, adelantar desde este momento, que tales elementos son discutidos no existiendo unanimidad en su definición. Ello supone disparidad de interpretaciones que se reflejan en su aplicación práctica por los tribunales de justicia generando inseguridad jurídica y haciendo que el ciudadano tenga una sensación de arbitrariedad de los jueces y magistrados encargados de resolver sobre dicha concesión.

Partiendo del cumplimiento de todas las prescripciones legales, con sus diferentes interpretaciones, es donde centraré este objeto de estudio que no es otro, tal y como se ha señalado, que el de dar respuesta a las diferentes controversias con las que se encuentran los tribunales de justicia en la aplicación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; cuestiones que se constatan en nuestro sistema legal, en parte, por la propia configuración del sistema judicial en España. Como es sabido por todos, el volumen de asuntos que conocen los juzgados y tribunales españoles y, en muchas ocasiones, la falta de medios tanto personales como materiales, influye en la aplicación de la figura de la suspensión de la ejecución de las penas (al igual que en cualquier espacio de actuación de los tribunales de justicia). Pero creo que la incidencia que esa falta de medios y la propia configuración del sistema judicial español supone en la institución de la suspensión de la pena es mayor, si tenemos en cuenta esa afectación

a la libertad individuo así como la pretendida finalidad que ha de cumplir la pena en el ordenamiento jurídico español.

Partiendo de la realidad de que existe un retraso más o menos generalizado en el sistema judicial español que se extiende a nivel nacional y que abarca a las distintas fases de la tramitación de los procedimientos, unido a la especial naturaleza de la suspensión de la ejecución de las penas, conlleva que cuando el órgano judicial deba decidir sobre dicha concesión, no se encuentre con una visión real de todos los elementos que rodean al sujeto así como a los hechos objeto de enjuiciamiento. En muchos casos, se puede tener un conocimiento sesgado de la situación en que se encuentra el reo al desconocer si existen otros procedimientos penales contra él o incluso por el desconocimiento de que tenga otras condenas penales que aún no hayan sido incluidas en el Registro General de Penados y Rebeldes. Solo con estas breves referencias, que serán ampliamente analizadas a lo largo del presente trabajo, es posible hacerse una idea de las cuestiones controvertidas con las que día a día se encuentran los tribunales de justicia en el ejercicio de la jurisdicción y es, en este ámbito, donde incidirá este estudio.

Sentado lo anterior y tomando como referencia los principios constitucionales españoles, entre los que se encuentra indudablemente la finalidad que han de cumplir las penas en nuestra configuración legal, sin perjuicio de las referencias internacionales de necesaria mención, la presente obra pretende dar respuesta a las dificultades con las que se encuentran los tribunales de justicia al juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en relación a las penas privativas de libertad de corta duración.

En este aspecto se pretende efectuar un análisis de la figura de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad desde el punto de vista de la práctica forense y como una forma alternativa al cumplimiento de la pena; un cumplimiento en libertad condicionado al cumplimiento de una serie de parámetros que serán analizados. Para ello se partirá de los orígenes de la institución de la suspensión de la pena con especial y necesaria mención a la *probation* y a la *sursis* franco-belga. A continuación se realizará un pormenorizado análisis de la configuración legal actual, especialmente con la nueva configuración dada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, valorando las diferentes modificaciones desde su configuración inicial hasta esa nueva regulación. Por

último se analizarán cuestiones prácticas, algunas ciertamente controvertidas, y sobre las que la regulación legal no da respuesta firme o no existe unanimidad de criterio en su determinación. Sin perjuicio de lo anterior, debo destacar que no trata esta obra simplemente de plasmar la interpretación que hacen los tribunales de justicia. Lo que se efectúa es una crítica de algunas de las consideraciones que actualmente se dan por sentadas en el ejercicio de la jurisdicción y que, a mi juicio, pueden tener otra visión y, por consiguiente, pueden llevar a una resolución diferente por parte del juez que haya que pronunciarse sobre la suspensión de la ejecución de la pena.

Desde mi punto de vista, la configuración de la suspensión de la ejecución de la pena, pasa necesariamente por la resocialización y reinserción social consagrada constitucionalmente ya que es la que justifica la naturaleza o razón de ser de la propia institución. No obstante, ha de interpretarse conjuntamente con el resto de principios consagrados constitucionalmente así como con las Leyes que los desarrollan. Solo en este contexto puede tener cabida una institución como la suspensión de la pena en un Estado de Derecho.

Tradicionalmente, en el sistema punitivo español, tras condenar a una persona a una pena de prisión, la decisión principal que debía tomarse era la de ejecutar dicha pena o, en su caso, acordar su suspensión. La evolución del sistema, en la necesidad de adaptarse a las nuevas realidades sociales, ha hecho que esa decisión limitada que podía tomar el juez (o bien de ejecución o bien de suspensión), se vea ampliada por la posibilidad de incluir la imposición de alguna o algunas de las obligaciones y deberes o bien prestaciones o medidas que la normativa actual prevé en los artículos 83 y 84 del Código. Ello conlleva que la labor de decisión del tribunal vaya más allá de una mera constatación de la existencia de los presupuestos habilitantes para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena. Así, las circunstancias del hecho, pero especialmente las del autor, serán las que determinen una opción u otra y, en su caso, supongan la imposición de las medidas que, con carácter facultativo, permite el Código penal (sin perjuicio evidentemente de las medidas que con carácter imperativo igualmente prevé el Código atendiendo a la especial reprochabilidad de los tipos de delitos a los que se impone).

El legislador ha manifestado en diversos momentos de la redacción del Código penal su firme tendencia a evitar la ejecución de las penas de prisión de corta duración

porque entiende que desocializan al delincuente al hacer que ingrese en prisión y tenga contacto con otros delincuentes y porque no permiten, por falta de tiempo, tratamientos efectivos. Por otro lado, como este tipo de sanciones responden, normalmente, a delitos de escasa gravedad se acepta que puedan suspenderse (o en algunos casos sustituirse por otras medidas que se consideran menos gravosas), en esa intención de afectar en la menor medida de lo posible al derecho fundamental de la libertad del denominado delincuente primario. En definitiva, se entiende que se trata de evitar que ciertos delincuentes, atendiendo a la escasa gravedad de la infracción penal cometida y a su decidido compromiso de reinserción y de no reincidencia, se introduzcan en el ambiente de los establecimientos penitenciarios, por entender que dicho ingreso nada le reportaría de beneficioso sino más bien todo lo contrario. Se entiende además que la amenaza de ejecución de la pena en caso de incumplimiento produce el efecto disuasorio pretendido garantizando los fines de la prevención especial.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han sido tajantes en sus posturas en relación a estas formas alternativas del cumplimiento de las penas, doctrina que se ha seguido por el resto de tribunales. De este modo, las SSTC 224/1992, de 14 de diciembre (todavía en relación con la antigua denominación de la figura de beneficio de la remisión condicional de la pena); 165/1996, (tras el cambio de denominación con su inclusión en el Código penal de 1995); o 251/2005 (tras la reforma de 2003), señalan que “El beneficio de la remisión condicional de la condena viene inspirado por la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo”. O más recientemente la STC 15/2001, de 15 de enero, que señala que “Este Tribunal tiene establecido que, en principio, la vulneración del art. 25.2 CE, en el aspecto apuntado, carece de entidad autónoma para justificar, por sí sola, la pretensión de amparo (SSTC 2/1987, de 21 de enero; 28/1988, de 23 de febrero; 112/1996, de 24 de junio; o 75/1998, de 31 de marzo), tal precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, añadiéndose además que el artículo 25.2 de la Constitución no establece que

la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad (ATC 780/1986, de 15 de octubre). Junto a lo anterior señalar que ya en la STC 2/1987, de 21 de enero, se apuntaba que “aunque no debe desconocerse la importancia del principio constitucional en él contenido, el artículo 25.2 de la Constitución española no confiere, como tal, un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación”.

Estas formas alternativas al cumplimiento de las penas, entre las cuales se incluye sin ningún género de duda no solo la suspensión sino también la anterior sustitución de la ejecución de la pena (hoy conocida como suspensión sustitutiva o suspensión ampliada regulada en el artículo 80.3 del Código), aparecen como medios de los que dispone la Política criminal para hacer frente a las penas privativas de libertad de corta duración por la constatación de su inutilidad e ineficacia o, al menos, por el convencimiento de que se puede lograr mejores resultados con penas o sanciones alternativas. Es por ello por lo que se propone la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad como uno de los principales mecanismos de corrección de los inconvenientes de las penas de corta duración, especialmente cuando se trata de penas de prisión de corta duración.

Junto a lo anterior, como señalaba, la institución de la sustitución de la ejecución de la pena prevista también como una forma alternativa al cumplimiento de la pena en la redacción anterior, solo operaba de forma subsidiaria a la suspensión de la pena y sólo en el caso de que no concurrieran los requisitos para poder suspender su ejecución; y ello, precisamente, en la consideración de que era más beneficioso para el reo la suspensión de la pena (aunque ello conllevara necesariamente la imposición de un plazo de suspensión y, en algunos casos, la imposición de reglas de conducta), que la ejecución de una pena (aunque sea de diferente naturaleza precisamente al haber sido sustituida). No obstante, existían diferentes posturas al respecto. Pero este debate ha quedado desvirtuado toda vez que la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, modifica la materia relativa a la suspensión de la pena pasando a configurarse tanto la sustitución de la pena como la libertad condicional como formas de suspensión, como tendré ocasión de analizar. En este contexto solo la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional sigue regulándose con carácter autónomo e independiente en el artículo 89 del Código.

A pesar de esta nueva configuración, el actual ordenamiento jurídico penal español mantiene la tendencia a eludir, en algunos casos concretos, la pena de prisión y prevé otras alternativas a la pena de prisión de corta duración. Entre ellas, algunas sanciones menos desocializadoras (multas, trabajos en beneficio de la comunidad o privación de algunos derechos), o ciertas vías para evitar la prisión (suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad). En definitiva, la institución de la suspensión de la pena responde a la finalidad de orientar la Política criminal a eliminar los efectos desocializadores y estigmatizantes que lleva consigo la pena, que resultan especialmente desproporcionados cuando se trata de penas de prisión de corta duración.

En consecuencia, el Código penal recoge los presupuestos y requisitos habilitantes para que el órgano judicial conceda o deniegue la suspensión de la ejecución de la pena. Esta obra evalúa las incidencias con las que en esta decisión se encuentran los jueces y tribunales criticando la perspectiva de un Derecho penal que, ante la falta de tratamientos efectivos, ve como única salida el beneficio de la obtención de la suspensión de la pena como alternativa al cumplimiento de las penas. Y ello a pesar de tratarse de una conducta típica y punible conforme al Derecho penal, en la necesidad de responder a otros criterios superiores. Es en esta realidad donde se debe entender que tiene su eficacia y razón de ser la institución de la suspensión de la ejecución de la pena, en su evidente conexión con el principio de intervención mínima del Derecho penal.

Partiendo de esta base, analizaré las cuestiones controvertidas más frecuentes con los que se encuentran los tribunales de justicia en el momento en el que se han de pronunciar sobre la concesión o denegación de la suspensión de la pena. *A priori* parece sencilla la decisión a adoptar por los juzgados de instrucción que son los que generalmente resuelven sobre la concesión o denegación de la suspensión de la pena en el ámbito de los juicios rápidos tramitados al amparo de lo dispuesto en los artículos 795 y siguientes de la LECRIM española de 1882. Bien digo que parece sencillo, ya que verificado el cumplimiento de los presupuestos legales, parece obvia la concesión de este beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena. Pero nada más lejos de la realidad. No existe, como analizaré, un concepto unánime de la denominada primariedad delictiva surgiendo inconvenientes a la hora de valorar si se trata o no de un delincuente primario. Tampoco están determinados los elementos que se han de tener en cuenta para interpretar que existe una peligrosidad criminal que evitaría la concesión del

beneficio. Existen además obligaciones y deberes o prestaciones o medidas, todas ellas denominadas como reglas de conducta, de aplicación facultativa por los jueces o tribunales atendiendo a las circunstancias que rodean al hecho y a su autor junto con otras de obligado cumplimiento. Tampoco está resuelto por unanimidad qué fecha se ha de tener en cuenta para determinar la normativa penal aplicable ni para valorar otras posibles penas. Estas son algunas de las cuestiones, entre otras muchas, que están sin resolver y que serán analizadas buscando la respuesta más proporcional basada en los principios de humanidad y subsidiariedad.

Todo esto me lleva a plantearme cuestiones del tipo: ¿se puede entender que se ha delinquido por primera vez si se está cumpliendo condena o si ya se ha cumplido condena por un delito cometido con posterioridad a aquel cuya pena pretende suspenderse?; ¿si la pena impuesta por el segundo delito cometido con posterioridad ya se suspendió o se substituyó en la creencia del juez que no había comisión de delitos previos?; ¿cabría la revocación de la suspensión de la pena del delito posterior pero juzgado en primer lugar por dictarse sentencia más tardía recaída en relación a un delito previo?; ¿para entender cancelado un antecedente penal hay que tener en cuenta la pena impuesta en concreto o su consideración como pena grave, menos grave y leve en abstracto? A éstas y otras cuestiones intentaré dar solución a través del presente trabajo analizando casos concretos en los que sea necesaria dicha interpretación.

Igualmente surgen problemas derivados de los diferentes ritmos y tiempos con que actúan los juzgados o bien del propio desconocimiento que puede existir de la pendencia de un procedimiento penal abierto por parte de otro juzgado encargado en ese momento de comprobar la concurrencia de los requisitos legales para decidir sobre la suspensión. Como se examinará, éstas y otras cuestiones, no están reguladas expresamente y exigen una previa valoración del órgano judicial en cada caso concreto, por lo que nuevamente se crea esa imagen o sensación de arbitrariedad que el ciudadano medio puede tener del juez o tribunal competente encargado de decidir. En este punto insistiré, reiteradamente, en la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 de la Constitución así como en la obligación de motivación de las resoluciones judiciales tal y como dispone el artículo 120.3 del mismo cuerpo legal.

Es en esta realidad donde se debe entender que tiene su eficacia y razón de ser la institución de la suspensión de las penas, en su evidente conexión con el principio de intervención mínima del Derecho penal ya señalado. Precisamente el Capítulo III rubricado “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”, ubicado dentro del Libro I, Título III del Código penal, se divide a su vez en cuatro Secciones que regulan las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad siendo ésta la normativa de referencia de la que partiré para realizar el análisis objeto del presente trabajo. Pero antes de llegar a esta regulación realizaré un recorrido por las diferentes normas que han codificado la materia hasta la promulgación del Código penal de 1995 y sus modificaciones posteriores.

Como se analizará en el apartado correspondiente, tomando como base la normativa reseñada, se pretende dar respuesta a cuestiones ciertamente controvertidas y sobre las que no existe unanimidad de criterio. No se pretende modificar la realidad judicial existente, lo cual entiendo que solo sería viable incidiendo en los factores sociales, económicos, políticos y culturales que afectan a esta institución, pero sí justifico esta labor de investigación en lo que verdaderamente considero que son lagunas legislativas y cuestiones no resueltas en la normativa, bien por omisión o bien por falta de previsión que genera el escenario en el que se haya de decidir.

2. Estructura del trabajo y orden de exposición.

El presente trabajo se estructura en cuatro grandes apartados generales y un quinto apartado dedicado a las conclusiones que se extraen de todos los anteriores. Los dos primeros están dedicados a lo que se ha denominado “Introducción” e “Introducción histórica: el origen de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Derecho penal español” respectivamente, mientras que el apartado tercero se rubrica “Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad en la redacción originaria de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal y sus reformas posteriores”. Por su parte el apartado cuarto está dedicado a analizar de forma práctica las cuestiones controvertidas a las que se tienen que enfrentar los tribunales de justicia al aplicar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, valorando esa aplicación judicial y las cuestiones que se generan en el ámbito de la

práctica forense. De ahí que la rúbrica de este cuarto apartado sea “Cuestiones controvertidas a las que se enfrentan los tribunales de justicia al aplicar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”.

De conformidad con lo anterior, en los apartados de este trabajo se recoge un examen exhaustivo de la institución de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad profundizando en sus orígenes, significado, finalidad y características de esta forma alternativa al cumplimiento de las penas. Posteriormente, se realiza un análisis de esas cuestiones controvertidas que se generan desde el punto de vista de su aplicación práctica por los órganos judiciales en los tribunales de justicia. Ya desde esta Introducción se quiere dejar constancia de que no se pretende simplemente exponer la normativa que regula la presente institución. Se trata sobre todo de resaltar los inconvenientes que se generan en los tribunales cuando el juez o magistrado se ha de pronunciar sobre la concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena o, en su caso, sobre la ejecución o cumplimiento de la pena. Todo lo anterior haciendo crítica y valoración de algunas de las prácticas habituales e intentando dar soluciones prácticas a las cuestiones más controvertidas.

Así, el primer apartado dedicado a la presente “Introducción” recoge el objeto y justificación de la investigación que se ha fijado anteriormente así como la estructura de trabajo y orden de exposición (que precisamente se está abordando) junto con la metodología empleada en su elaboración y las fuentes utilizadas en su confección. Ello permite que, con la lectura de la presente “Introducción”, el lector se acerque a la institución de la suspensión de la pena, adentrándose en el resto de los apartados a las cuestiones que merecen análisis e investigación.

Como decía, el segundo apartado está centrado en la “Introducción histórica” y es donde profundizo en los orígenes de la suspensión de la ejecución de la pena en el Derecho penal español. Para ello, se recoge en este apartado las primeras referencias internacionales de la regulación de la institución (para comprender las raíces de la suspensión de la pena incluso antes de que la misma tuviera cabida en el sistema jurídico-penal español), como son la denominada *probation* anglosajona por un lado, así como la *sursis* franco-belga conforme a las Leyes belga de 1888 y francesa de 1891 por otro. Solo de este modo se puede comprender la finalidad que se pretende en el sistema actual con este tipo de institución ya que, como referentes europeos que introducen la

institución de la suspensión condicional, son el origen en el que se basa la normativa española actual y se analizará en qué proporción esas Leyes han influido o no en la normativa actual.

A continuación se realiza un estudio pormenorizado de la regulación del Derecho penal español desde la primera normativa que recoge esta institución, como fue la Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908 desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto de 23 de marzo de ese mismo año. Se estudiará cómo dicha regulación fue posteriormente incorporada al Código penal de 1932, pasando luego al Código penal de 1944, observando las posteriores modificaciones que ha ido sufriendo y valorando las diferentes regulaciones de esta materia hasta llegar al Texto revisado de 1963 y al posterior Texto refundido de 1973. A lo largo de este periplo legislativo se abordarán las inquietudes del legislador en la necesidad de adaptar la normativa a las exigencias de la sociedad y al nuevo escenario social, político, económico y cultural que se iba dando en España a lo largo de la historia. Se finalizará este apartado con las reformas posteriores que sufrió esta materia con anterioridad a la promulgación del Código penal de 1995 que ya es objeto de estudio en el apartado siguiente.

Ya en el apartado tercero de la presente obra se estudia la regulación de las formas alternativas al cumplimiento de las penas (que se desarrolla en las figura de la suspensión y la sustitución de la ejecución de las penas) en la redacción originaria del Código penal de 1995; esto es, en el momento de su promulgación. Este análisis me permite recorrer, hasta la regulación actual, las inquietudes que ha ido mostrando el legislador sobre esta materia que se han ido plasmando en las modificaciones legislativas. Cabe adelantar que el Código penal de 1995 ha sido modificado por diferentes Leyes Orgánicas y que, todas ellas, en mayor o menor medida, han afectado a la regulación de la suspensión así como de la entonces configuración de la sustitución de la ejecución de la pena, lo que denota la importancia que el legislador otorga a estas instituciones en consonancia con el referido principio de reeducación y reinserción social constitucionalmente consagrado.

En este aspecto he podido comprobar cómo siempre se toma como referencia que el fundamento de estas formas alternativas al cumplimiento de las penas es que las penas cortas privativas de libertad perjudican gravemente a quienes se aplican, frustrándose en ellas los fines de la prevención especial y en el principio básico de

reeducación y reinserción social que, hoy día, consagra el artículo 25.2 de la Constitución española. Además, en la última parte de este apartado se hará una mención a la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, ya que la referida reforma incide enormemente en la materia de la suspensión de la pena hasta tal punto que la sustitución de la pena y la libertad condicional pasan a considerarse como formas de suspensión de la pena frente a la regulación anterior en la que se trataba de instituciones independientes con su propia configuración legal. Precisamente por ser instituciones que hasta ahora eran distintas se hará la correspondiente crítica y se analizarán los problemas que ello genera en la aplicación por los tribunales.

Por último, el cuarto apartado se centra en la regulación legal actual del Código penal de 1995 de la figura de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, pero desde un punto de vista práctico. Se analizan los elementos de la figura y las cuestiones más controvertidas a las que se han de enfrentar los tribunales de justicia en su aplicación. Se trata de una labor decisiva la que realizan los órganos judiciales al resolver sobre la concesión de este beneficio y, en su caso, sobre su revocación ante un posible incumplimiento. En este contexto es donde se van a plantear diferentes respuestas a estas cuestiones controvertidas sobre las que el legislador no se pronuncia.

Se analizan, por tanto, la interpretación que los tribunales realizan de los requisitos de la suspensión ordinaria de la ejecución de la pena en el Derecho penal español. En el caso de los requisitos sustantivos se aborda la difícil cuestión de interpretar conceptos como «peligrosidad criminal»; «pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad» o «primaridad delictiva». También se analizarán los criterios que tienen en cuenta los jueces y tribunales para la concesión, o en su caso denegación, de la suspensión de las penas a través de la llamada «discrecionalidad judicial» del artículo 80.1 párrafo segundo del Código. Por lo que respecta a los conocidos como elementos procesales se tratan cuestiones sobre la necesidad de audiencia a las partes; la especial motivación de la resolución en que se resuelva sobre la concesión o denegación de la suspensión interesada; la notificación personal al reo de dicha resolución, o qué fecha se tiene en cuenta a la hora de determinar la normativa aplicable, entre otras.

Junto a lo anterior se estudian, igualmente, los denominados supuestos extraordinarios de suspensión de la ejecución de la pena desde la misma perspectiva anteriormente señalada; esto es, no solo conteniendo y analizando la regulación legal sino haciendo hincapié en la perspectiva de su aplicación práctica. Como he adelantado anteriormente, con la última reforma del Código penal de 2015 se regula la sustitución de la pena como una forma (más) de suspensión por lo que deja de ser una institución autónoma con la salvedad de la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado conforme al artículo 89. Esta nueva regulación conlleva dudas de aplicación que serán resueltas en la presente obra. Junto a la sustitución como forma de suspensión también conocida como «suspensión ampliada» o «suspensión sustitutiva» se mantienen los otros dos supuestos tradicionales de formas excepcionales de suspensión como son los relativos a la suspensión en caso de especial de enfermedad muy grave e incurable o en el caso de drogodependientes de los artículos 80.4 y 80.5 respectivamente. Pero no se agotan en el Capítulo III, del Título III, del Libro I del Código los supuestos de suspensión por lo que otros supuestos también serán analizados (suspensión ante la petición de indulto del artículo 4.4; supuesto especial de trastorno mental sobrevenido del artículo 60 o supuesto de sustitución de la ejecución de las penas del artículo 71.2, entre otros). Estos casos también generan no pocas controversias en su aplicación.

También se examina el denominado plazo de suspensión y su cómputo a efectos de hacer valer la posible remisión definitiva de la pena ante el juez competente. Si se une que los conceptos son, en muchos casos vagos e imprecisos, el hecho de que el legislador tampoco es preciso en el cómputo de los plazos que se han de valorar, ello genera, irremediabilmente, interpretaciones dispares.

Merece igual análisis las generalmente conocidas como reglas de conducta (que englobarían las prohibiciones y deberes así como las prestaciones o medidas de los artículos 83 y 84 del Código penal) que en algunos casos deben imponerse de forma imperativa dependiendo el tipo de delito cometido (relacionado con violencia de género) y en otros casos son de aplicación facultativa por el juez o tribunal. Se verá cómo estas reglas de conducta son un plus reforzado que se imponen junto al plazo de suspensión y la cuestión no es baladí, puesto que su incumplimiento grave y reiterado conlleva la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena; mientras que si su incumplimiento no es grave o reiterado puede suponer la modificación de las reglas impuestas o la aplicación del plazo de suspensión con todas las consecuencias

inherentes a estas dos posibilidades. Nótese, por tanto, que no solo la reiteración delictiva es causa de revocación de la suspensión acordada a la vez que la sola reiteración delictiva tampoco es causa automática de revocación si, de la nueva comisión delictiva no se desprende una frustración en la expectativa en la que se fundaba la decisión de conceder la suspensión de la pena. Lo anterior está íntimamente relacionado, como tendré ocasión de profundizar, con el presupuesto del artículo 80.1 párrafo primero del Código cuando contempla que para poder acordar la suspensión se exige que «sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la futura comisión por el penado de nuevos delitos».

No menos importante es la investigación de la remisión definitiva de la pena que es la consecuencia lógica y natural que se pretende con la concesión de la suspensión de la pena. A pesar de ello también se derivan cuestiones de su regulación y del cómputo de los plazos de la cancelación de los antecedentes penales. La interpretación que se haga en estos casos conllevará o bien al remisión definitiva lo que deriva en la extinción de la responsabilidad penal del reo, o bien la revocación de la suspensión.

Para finalizar este apartado, se añaden tres referencias necesarias como son las relativas a la sustitución de la ejecución de las penas de prisión por la expulsión del territorio nacional del artículo 89 del Código penal; la libertad condicional como (otra) forma de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad desterrándola de su tradicional consideración de cuarto grado penitenciario; así como la prescripción de la pena en los supuestos de suspensión condicional y suspensión por indulto y el problema del cómputo de sus plazos.

Para terminar, junto a los cuatro grandes apartados que he señalado se añade un último apartado a esta tesis doctoral, el quinto, en el que se recoge el balance y las conclusiones extraídas de todos los anteriores. Se pretende en este apartado de cierre arrojar luz sobre las cuestiones que a lo largo de la presente obra se han suscitado y que implican la necesidad de reformar la figura objeto de estudio. Estas reformas necesarias agilizarían la tramitación de la figura de la suspensión de la pena en los tribunales, simplificarían su interpretación y acabarían con la inseguridad jurídica que siempre ha reinado en esta materia.

3. Metodología y fuentes.

A. Metodología.

En este apartado me gustaría determinar el método mediante el cual propongo un modelo más adecuado para la figura de la suspensión de la pena. Además definiré el tipo de investigación que he realizado para dar respuesta o solución a las cuestiones controvertidas que se plantean.

Para determinar la metodología utilizada, en primer lugar, se ha obtenido información de la materia objeto de estudio. Para ello se ha utilizado, desde una perspectiva material con la constatación de los referentes internacionales para hallar los orígenes de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, incluso antes de que la misma tuviera cabida en el ordenamiento jurídico español. Se parte de la necesidad de conocer dicho origen para comprender el alcance y la finalidad de esta forma alternativa al cumplimiento de las penas. Examinados dichos referentes, he considerado la importancia de revisar las teorías internaciones y proponer una metodología que permita incorporar a la normativa española y, por ende a los tribunales de justicia, las modificaciones que esta figura requiere fruto de la evolución de una sociedad cambiante.

A raíz de este estudio se ha investigado la codificación de la figura de la suspensión en el Derecho penal español. Para ello, se ha realizado un recorrido histórico, partiendo de la ausencia de precedentes legislativos en los denominados Códigos decimonónicos hasta la regulación contenida en los Códigos penales españoles que tomaron como referencia la Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908. Previa examinación de cada una de las normativas (Códigos) que lo han recogido se ha realizado una exposición y análisis de los requisitos legales de la institución objeto de estudio; requisitos que han de ser verificados por el órgano judicial, valorando las modificaciones acaecidas en esta materia y tomando siempre como base el derecho a la segunda oportunidad del penado.

Como señalaba, se analizan esas cuestiones controvertidas a las que se enfrentan los juzgados y tribunales al aplicar esta forma alternativa al cumplimiento de las penas; sin embargo, como ya adelantaba anteriormente, no se ha limitado la presente obra a

recoger la normativa aplicable sino que profundiza en esas dificultades que su ejecución plantea en el día a día en el ejercicio de la jurisdicción.

Tras haber detectado la necesidad de regular una figura más acorde a las exigencias del Estado de Derecho español, se plantean los siguientes objetivos en esta investigación. El primero de ellos se trata de un objetivo general que no es otro que el de reformar la figura, en la medida de lo posible y sin que ello suponga una desnaturalización de la misma, para hacerla más eficaz. Junto a este objetivo principal se puede hablar de otros objetivos específicos tales como definir el concepto de «primariedad delictiva» y los conflictos que surgen en cuanto al momento concreto en que se ha de producir el cómputo de los plazos para determinar que efectivamente se trata ante un delincuente primario como condición *sine qua non* para conceder la suspensión de la pena; valorar los criterios a tener en cuenta por los jueces a la hora de conceder el beneficio de la suspensión de la pena como pueden ser las circunstancias del delito cometido, la definición del concepto de «peligrosidad criminal» del sujeto, la conducta posterior al delito cometido; la posible reiteración delictiva sin que ello suponga la revocación de la suspensión siempre que el nuevo delito no frustre la expectativa en la que se fundaba la decisión; entre otras muchas. Se critica, igualmente, algunas prácticas habituales de los juzgados que se han extendido y que se dan por válidas cuando, en verdad, creo que han de ser objeto de revisión y corrección.

Junto a lo anterior, se analizan los problemas que en la tramitación de esta medida se encuentran los tribunales de justicia. Se exponen las diferentes formas de resolución de los conflictos que se plantean y las posturas doctrinales y jurisprudenciales que existen. A continuación se opta por una u otra opción de las ya existentes o se da una nueva configuración dependiendo del momento procesal de que se trate y del tipo de inconveniente o dificultad que surja en el devenir normal de la ejecución de la pena.

En base a todo lo anterior podría catalogarse la presente metodología como descriptiva pero reitero, una vez más, cómo la finalidad de esta obra es la generación de una metodología no limitándose a una mera descripción; por lo que de forma más propia entiendo que debería hablarse de una metodología de carácter exploratorio. Así lo considero porque a lo largo de este trabajo se analiza la normativa vigente, se valora

su aplicación y las necesidades que se tienen que satisfacer para, en última instancia, proponer el método más adecuado a cada caso concreto.

B. Fuentes.

Por lo que respecta a las fuentes utilizadas para la realización de la presente tesis doctoral se han utilizado, en la parte concerniente a los referentes internacionales, los estudios e investigaciones de la *probation* así como las Leyes belga y francesa de 1888 y 1891, respectivamente, en lo que se refiere a la *sursis* franco belga. Previo análisis de su normativa he podido constatar cómo regulaban cada una de ellas la figura, hoy suspensión de la pena, lo que me ha llevado a comprender los motivos por los que se hizo necesaria, ya desde esa época, una institución que permitiera un cumplimiento alternativo de las penas privativas de libertad. Asimismo me ha servido para evidenciar en qué manera incidieron estas Leyes en la normativa actual del sistema jurídico penal español y qué aspectos se desecharon por el legislador.

Por su parte, en las referencias nacionales se ha utilizado toda la normativa penal de los Códigos penales españoles que regularon esta materia desde la primera propuesta recogida en la Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908 y su reglamento de desarrollo, pasando por los Códigos penales de 1928, de 1932 y de 1944, el Texto revisado de 1963 y el Texto refundido de 1973, así como el actual y vigente Código penal de 1995 y sus reformas posteriores. De dicho análisis se evidencia que, a pesar de que en otros países ya se contemplaba esta figura, en España se tuvo que esperar hasta 1908 para tener una institución similar, entonces denominada condena condicional, que no se integró en un Código penal general de aplicación estatal hasta el Código de 1928. Si bien se tardó en incluirla en los Códigos sí que merece una calificación positiva el hecho de que desde su primera regulación se ha mantenido hasta la actualidad, aun con modificaciones, destacando que desde el Código penal de 1944 hasta el Código de 1995 no hubo ninguna modificación (y es que como se analizará tanto el Texto revisado de 1963 como el Texto refundido de 1973 no alteran en nada la regulación de la figura de la condena condicional). Fue por lo tanto el Código penal de 1995, ya con la denominación de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad donde esta figura, como una forma alternativa (más) de cumplimiento de las penas (junto con la sustitución) sufrió mayores modificaciones.

Del mismo modo, partiendo de ese Código de 1995, se ha utilizado toda la doctrina científica penal española. Para ello se han consultado, estudiado y analizado no solo manuales y artículos de revistas referidos a esta figura sino también manuales, estudios, monografías y artículos de libros de Parte General de Derecho penal así como también otras referencias de Derecho (tales como Derecho penitenciario o Derecho constitucional). De todos ellos se ha extraído información referente a los hitos históricos más reseñables de la evolución de las instituciones de la suspensión y de la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad. Lo anterior se ha realizado tanto desde el punto de vista de las referencias internacionales que señalaba (aunque en este caso solo en supuestos puntuales debido al carácter eminentemente nacional del presente trabajo), como de la normativa nacional. También de su examen se han ido recogiendo las distintas modificaciones que se han ido dando en su consagración hasta la regulación actual, vislumbrando cómo otros autores se planteaban las mismas cuestiones (y también otras) que me planteo en esta obra y cómo llegaban, con perfecto razonamiento, a respuestas similares en unos casos y distintas en otras ocasiones pero, en todo caso, igualmente válidas dese la práctica forense.

Junto a lo anterior y, en consonancia con el carácter eminentemente práctico del presente estudio, se analizan, de forma exhaustiva, diferentes resoluciones judiciales que se han considerado de relevancia o interés en la materia que se trata. Así se alude a variada Jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional y de las Audiencias Provinciales y juzgados. Algunas de ellas, como se observará, se anticiparon a la propia regulación en el Código siendo el legislador, en estos casos, un mero plasmador en la norma penal de la realidad jurídico-práctica que los tribunales venían aplicando en sus resoluciones judiciales. Ello genera sin duda la necesidad de estar siempre pendiente de la aplicación de esta figura por los tribunales que, sin duda, se adelantan en su proyección al propio Código que, como norma escrita que es, se ve superada por la realidad social en que ha de ser aplicada.

En todo caso, se trata de afrontar las principales controversias que se plantean en la Jurisprudencia al aplicar sanciones alternativas en el marco de la institución de la suspensión de la ejecución de la pena. Para ello se ha de tener en cuenta las diferentes circunstancias que rodean cada caso y los medios con los que se cuenta. Esta tesitura hace que existan posiciones jurisprudenciales discrepantes, algunas compartidas, otras duramente criticadas, pero que, en definitiva, lo que reflejan, son diferentes respuestas a

la hora de resolver sobre la concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Para cerrar este trabajo se abordan, en cada uno de los supuestos que se plantean, diferentes reflexiones o tomas de postura a fin de aportar soluciones a esas cuestiones más controvertidas y habituales. Lo anterior se realiza en la necesidad de dar una salida a esas cuestiones que el legislador no tuvo en cuenta a la hora de redactar la normativa vigente (o que ni siquiera se había planteado debido a la continua evolución de la sociedad y a la necesidad precisamente de adaptación de esas nuevas realidades a la normativa vigente). Pretende este trabajo, en definitiva, dar respuesta a dichas controversias y contradicciones que en el ámbito de las formas alternativas al cumplimiento íntegro y efectivo de la penas se plantean en la práctica forense de los tribunales de justicia. Dichas soluciones no pretenden ser únicas o perfectas, pero sí que se obtienen del razonamiento que la práctica judicial necesita.

II. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA: EL ORIGEN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.

1. Introducción.

Es necesario, al objeto de centrar las cuestiones objeto de controversia y que pretendo analizar en el presente trabajo, exponer una visión histórica de la institución de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Esta aproximación es esencial para conocer en qué medida la codificación de la figura ha sido necesaria¹, a la vez que me permite averiguar si ha tenido o no influencia en la configuración actual de este beneficio en el sistema jurídico-penal español. Para ello valoraré los referentes internacionales que sirvieron de base a la regulación inicial de esta figura. En este análisis me centraré, en primer lugar, en el referente internacional que dio origen a la actual suspensión de la pena del Derecho español, que no es otra que la *probation* del sistema anglosajón, que fue a su vez la base de la configuración de *sursis* franco-belga, que igualmente será estudiada. Conociendo estos orígenes, entre los que también destacaré la *diversion*, expondré las dificultades con las que se encontraban ya en su día los tribunales de justicia a la hora de su aplicación, determinando cuáles de esas cuestiones han quedado ya superadas a la vez que analizaré otras que siguen generando controversia.

En este contexto conviene recordar que, en origen, no solo se trataba de la suspensión de la pena tal y como se conoce hoy día sino también de la sustitución de la ejecución de la pena. Hasta la reforma del Código penal de 1995 introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, el sistema español se basaba en un sistema binario siendo la suspensión y la sustitución las dos formas alternativas al cumplimiento de las penas².

¹ MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, p. 27, en términos de SELLIN, *Pene e struttura sociale*, p. 40, afirmaba que “[...] los instrumentos para asegurar la protección de la «sociedad» han sido variados porque los poderes llamados a garantizar el respeto a la Ley, han escogido cada vez los que han considerados más apropiados, elección que ha dependido de la tradición, del nivel de conocimiento de los fenómenos, de la naturaleza de las condiciones y de las instituciones socio-económicas”. LLORCA ORTEGA, “La suspensión de la ejecución de la pena”, p. 14, de forma más concreta manifiesta que la finalidad perseguida con la codificación de esta figura fue la de “conseguir la reducción de la población penitenciaria”.

² VILLACAMPA ESTIARTE y TORRES ROSELL, “El nuevo régimen de ejecución...”, p. 227, utilizan diferentes formas para referirse a estas instituciones tales como «alternativas a la prisión», «sustitutivos

Como abordaré, no siempre fue ni es fácil aplicar este tipo de instituciones al no existir unanimidad ni en los tribunales ni en la doctrina sobre la interpretación de los preceptos que lo regulan. La cuestión es de especial importancia debido a que con “la fijación de la pena concreta al sujeto condenado termina el proceso de determinación de la pena en sentido estricto, pero en algunos casos todavía puede corresponder a jueces y tribunales tomar otras decisiones en relación con ciertas instituciones relativas a la posible suspensión o sustitución de la pena”³. Se trata de una labor decisiva toda vez que determinará el cumplimiento efectivo de la pena o un cumplimiento “en libertad”⁴ igualmente efectivo a efectos de producir la extinción de la responsabilidad penal por la remisión definitiva de la pena (artículo 130.1.3º del Código).

Realizada esta aproximación, me centraré en la normativa legal española a lo largo de su recorrido histórico. Para ello tendré en cuenta la falta de regulación inicial en los Códigos penales españoles de esta figura, a pesar de que se hablara de un nuevo Derecho penal, más moderno, pero como digo sin incluir este beneficio entre su articulado. Se verá cómo la primera vez que se introdujo en España esta institución fue a través de la Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908 y su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto de 23 de marzo de ese mismo año. Esta primera regulación fue enormemente influenciada por la *probation* y la misma se mantuvo, a pesar de ciertas modificaciones, hasta el actual Código penal de 1995.

Considero que solo haciendo un repaso por estos antecedentes históricos españoles, basados a su vez se en los referentes internacionales señalados, se puede alcanzar el objetivo del presente estudio que no es otro que el de entender la naturaleza y el significado pero, sobre todo, la finalidad de la actual figura de la suspensión de la ejecución de la pena como forma alternativa al cumplimiento de las penas. Lo anterior,

penales» o «sanciones y medidas aplicables a la comunidad». En igual sentido VILLACAMPA ESTIARTE, LUQUE REINA y TORRES ROSELL, *Penas alternativas a la prisión...*, pp. 12 y ss.

³ MENDOZA BUERGO en LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Introducción al Derecho penal*, p. 352; o LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal...*, pp. 20 y ss.

⁴ Así lo definen, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, “Suspensión de la ejecución...”, pp. 2 y ss.; LUZÓN CUESTA, “Suspensión de la ejecución de las penas...”, p. 235; o CAMARASA ECHARTE, *La Condena condicional...*, p. 3, cuando refiere que “El Tribunal reconoce el delito y condena, pero cuando cree que va a ser más beneficioso para el imputado y para la sociedad que sea dejada sin cumplimiento la sentencia así lo dispone y el imputado recobra su libertad”.

sin duda, en una clara intención de evitar el cumplimiento de la pena de prisión, sobre todo si se trata de una pena de prisión de corta duración⁵.

A mi juicio, sólo partiendo de esta base podré posteriormente analizar y buscar soluciones a las cuestiones a las que se enfrentan los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional constitucionalmente consagrada de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁶. Lo anterior no impide la eficacia de la suspensión de la pena ya que lo que

⁵ Sobre esta cuestión, DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad...”, p. 125, señala que “[...] la prisión muy pronto demostró que raramente contribuía a resolver alguno de los conflictos individuales o sociales puestos de manifiesto o suscitados por el crimen, de aquí que, junto a los esfuerzos (presentes en el sistema penitenciario desde sus orígenes) por lograr sistemas más suaves y eficaces de ejecución de la pena [...] ya desde la segunda mitad del XIX asistamos a un proceso de búsqueda e invención de alternativas a la institución carcelaria”. En términos similares sobre la falta de idoneidad de la prisión se pronuncian MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, p. 13, siguiendo a SAINZ CANTERO, “El futuro de la pena...”, pp. 79 y ss., cuando dice que “[...] situar el análisis de estas medidas [...] en un contexto optimista que busque hallar en su reconocimiento y posterior aplicación una respuesta al delito «racional» (en cuanto “humana”, frente a la “inhumanidad” de la prisión), «justa» (frente a lo “injusto” de la prisión) y «útil» (frente a la “inutilidad” de la prisión), es cuanto menos apresurado y presenta un alto riesgo de fracaso”; ÁLVAREZ GARCÍA, “Retribución prevención general negativa...”, pp. 13 y ss.; y del mismo autor, “Sobre los fines de la pena en el ordenamiento...”, pp. 13 y ss.; TERRACHET LAZCANO, “Alternativas y sustitutivos penales...”, p. 3, cuando indica que “La razón principal del desarrollo de tales medidas no es otra que el fracaso de la pena privativa de libertad por excelencia, la pena de prisión, que ha sido el centro de las consecuencias penales durante siglos y que se mostró incapaz para rehabilitar y devolver al delincuente a la sociedad, fines éstos que le fueron sobrevenidos al mero o retribución, aislamiento e inocuidad. Las condiciones de vida en las mismas, huelga decirlo, eran lo siguiente a lastimosas”; QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución de las penas...”, p. 2 cuando señala que “La pena es la sanción característica del Derecho Penal y la más antigua e importante consecuencia jurídica del delito. Dentro del sistema de penas, las privativas de libertad constituyen desde el siglo XIX el eje del mismo. Aunque ello no significa que exista un acuerdo sobre los fundamentos y fines de la pena, ni tampoco, sobre la aceptación de las penas de prisión como la forma idónea para la consecuencia de determinados objetivos”; GONZÁLEZ ZORRILLA, “Suspensión de la pena y «probation»”, p. 63, cuando indica que “[...] existe hoy la conciencia generalizada de que la pena privativa de libertad tal y como la conocemos (la cárcel) es escasamente compatible con nuestro grado de civilidad y constituye la negación de principios básicos de nuestra cultura jurídica como el de legalidad, proporcionalidad y humanidad y, además, resulta inútil desde el punto de vista preventivo”; o CAMARASA ECHARTE, *La Condena condicional...*, pp. 1 y 2, afirma que “La pena para ser práctica no debe de aplicarse cuando con ello se obtengan más perjuicios que ventajas; la individualización de la pena es el supuesto necesario para que ésta realice su fin; a ambos objetos responde la Condena Condicional, institución mirada con gran recelo por los que creen ver en ella un nuevo concepto de la penalidad incompatible con los principios jurídicos que la sirven de base en los modernos Estados”.

⁶ En este sentido, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de recordar en múltiples ocasiones, por todas, la STC 247/1993, de 19 de julio, que la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte, en efecto, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, ya que con señalaba en la indicada sentencia “[...] en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. Más concretamente, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte sin causa justificada de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, o se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a la ejecución de la misma, cuando ello sea legalmente exigible. El contenido principal del derecho consiste, pues, en que esa prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros”. Más recientemente, en la STC 4/2003, de 20 de enero, insistió en que “El derecho a la ejecución de lo juzgado es obligada consecuencia de la necesaria eficacia de la tutela judicial”, interpretación reiterada en resoluciones posteriores tales como las SSTC 140/2003, de 14 de julio; 223/2004, de 29 de

el Tribunal Constitucional declara es que el tribunal no puede apartarse del fallo de la resolución sin causa justificada de lo previsto en el fallo, si bien, como adelantaba, la suspensión supone cumplir la pena “en libertad”, que es otra forma de cumplimiento de la pena⁷.

2. Referentes internacionales.

A. *La probation anglosajona.*

La «*probation*» es una institución muy antigua. Aunque no profundizaré sobre sus orígenes (ya que el presente trabajo tiene como finalidad, como ya se ha reflejado en la Introducción del presente apartado, el estudio de la figura de la suspensión de la ejecución de la pena en su aplicación práctica en el Derecho penal español vigente), no es menos cierto, tal y como adelantaba, que es necesario conocer el origen de la misma para poder analizar su sentido y finalidad. Baste decir ahora, como señalaba DEVOTO (a propósito de la incorporación de dicha institución al Código penal argentino), que la «*probation*» “ya existió en variadas formas desde el siglo XIV siendo, indudablemente, una institución de inspiración angloamericana”⁸. Por consiguiente, para comprender tal figura, partiré de su definición gramatical que es la que me permitirá conocer, desde su origen, su finalidad.

noviembre; 286/2006, de 9 de octubre; o 37/2007, de 12 de febrero. Bajo esta premisa como apunta PUENTE SEGURA, *Suspensión y sustitución de las penas*, p. 2, “Queda, pues, sentado que la ejecución de lo judicialmente resuelto se configura como un derecho subjetivo de rango fundamental comprendido o integrado en el genérico derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva”.

⁷ Sobre la finalidad de la pena por todos, QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución de las penas...”, p. 2, que “Tradicionalmente se ha venido considerando que la pena tenía dos fines: uno retribucionista, se condena porque se ha delinquido; y otro de prevención, se condena para evitar la comisión de nuevos delitos. Este segundo fin tiene, a su vez, dos vertientes, la prevención general y la prevención especial. La prevención general se dirige a la generalidad de los ciudadanos con una función intimidatoria -que se abstengan de cometer delitos por la amenaza de la pena- y pedagógica -que se formen al dar publicidad al delito y a su castigo-. La prevención especial se dirige al autor del delito con el objetivo, a través de su reeducación, de que no cometa nuevos delitos”.

⁸ Profundizando sobre esta cuestión véase DEVOTO, *La probation. A propósito de su oposición...*, pp. 8 y ss. De igual forma lo sitúan en esta misma época CASTAÑEDA PAZ, *Probation. El desafío de cambiar la mentalidad...*, p. 17, cuando señala que “La *probation* anglosajona nace, probablemente, entre los siglos XIV y XV, cuando operaba la «garantía de la buena conducta»”; o QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución de las penas...”, p. 3, al decir que “Históricamente los orígenes de la institución se encuentran en el derecho Canónico del s. XIV, que contemplaba la posibilidad de remitir las penas a los inculpados que se arrepentían”.

El término inglés «*probation*» deriva de las voces latinas «*probatio*» que significa «probar» y «*probatus*» que se traduce como «lo probado». Una gran cantidad de autores encuentran antecedentes de esta institución en los tiempos más remotos, tales como el Derecho de asilo hebreo; en la Severa *interloutio* del Derecho romano; en la *Cautio de Pace Tuenda* de origen germánico; en las prácticas anglosajonas de la *Frank-Pledge* o la prevista en Inglaterra con la *Recognizance For The Perce Good Behaviour* (garantía de buena conducta), recogida en el Estatuto de Enrique III, en 1361⁹. Según esta última y siguiendo a CASTAÑEDA PAZ la «*recognizance*» consistiría en la “obligación contraída por el delincuente de observar una buena conducta en el porvenir, depositando, para responder de ello, una fianza real o personal”¹⁰. Esto es, se configuraba la «*recognizance*» como un compromiso del reo de no delinquir y, en garantía de ello, depositaba una fianza que le era devuelta en caso de cumplimiento.

En un primer momento, la *recognizance* se utilizó o bien como una pena o bien como una forma alternativa al cumplimiento de la pena. Ejemplo de ello fue Inglaterra, tal y como sucedía en otros países del *Common law*, a diferencia de otros países que lo utilizaban a modo de medida preventiva. De lo anterior se derivó su plasmación en los Códigos italianos, suizos o venezolanos. La *recognizance*, entendida como «garantía» o «reconocimiento» era una especie de fianza; una obligación condicionada que se imponía a una persona ante un tribunal. Es lo que, genéricamente, se conocía como una «obligación de registro» impuesta por un magistrado o un tribunal debidamente autorizado. A través de la *recognizance* la parte obligada reconocía (de ahí la locución de «reconocimiento») que tenía una deuda personal con el Estado. Dicho *recognizance* estaba, a su vez, sujeta a una «*defeasance*» o «remoción»; es decir, a una obligación que se podía evitar si quien estaba ligado a ella hacía algún acto en particular, como podía ser comparecer ante el tribunal en un día en particular o cualquier otro que se determinara por el juez competente.

⁹ Entre esos autores que lo estudian destacan DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español...*, p. 582; ROJAS MORENO, *Remisión condicional...*, p. 19; CUELLO CALÓN, *La moderna penología...*, p. 627; o CANDIL JIMÉNEZ, “Consideraciones sobre la Condena condicional...”, pp. 95 y ss.

¹⁰ CASTAÑEDA PAZ, *Probation. El desafío de cambiar la mentalidad...*, pp. 17 y ss.; añadía que “Se trataba por lo tanto, de una medida a la vez probatoria y pecuniaria. En cada caso, era el juez el que debía indicar el importe de la fianza y la duración del plazo de buena conducta, teniendo para ello en cuenta una serie de criterios [de similar contenido al que en la práctica forense aplican hoy día los tribunales de justicia], como eran los medios de los que disponía el condenado para poder satisfacer dicha fianza [en caso de que fuera pecuniaria], la gravedad del delito cometido [reservándose esta posibilidad a las infracciones menos graves], o la probabilidad de ejecución de la pena”.

La *recognizance* pasó siglos después a América y fue aplicada por primera vez por un juez de Boston (OXEMBRIDGE TACHER), quien creó prácticas que promovían la *probation* en el Estado de Massachusetts. Este juez fue el autor del primer fallo donde se aplica el moderno criterio de la *probation*, conocido como *Commonwealth y Chase*, en 1830. Posteriormente su influencia se extendió al Estado de Massachussets donde se aplicó la *recognizance* a partir de 1836. No obstante, hay autores como MANZANARES SAMANIEGO o ABEL SOUTO que señalan que el origen de la *probation* (o *recognizance*) se encuentra en el mismo Massachussets (donde se aplicó a los delincuentes juveniles), pero a partir de 1859¹¹; e incluso existe una referencia intermedia de las dos anteriores que data de 1841 (precisamente en ese mismo Estado de Massachussets), fecha en la que se habla de un zapatero y filántropo de Lexington (Boston), llamado John August, de quien se dice que “tomó a su cargo a un condenado por ebriedad y se ofreció como fiador de esta persona, que prometió mantenerse sobrio, a cambio de la suspensión de la pena, informando el resultado a la Corte, la que se pronunciaba sobre la aplicación de la pena”¹². A partir de ese momento se consideró que John August fue el primer «*probation officer*» o lo que es lo mismo, el primer «funcionario encargado de la aplicación de la *probation*», precisamente como persona encargada del control o buen devenir de la conducta del sujeto condenado. En estos mismos términos se definió esta figura por otros autores que refirieron al «*probation officer*» John August como “un capitalista próspero que promovía la puesta en libertad de ciertos hombres declarados culpables y se hacía cargo de su rehabilitación social, proporcionándoles empleo y haciéndose personalmente responsable por éstos, siendo considerado como el origen de los *probation officers* o personas encargadas de la custodia y buena conducta del beneficiado por la suspensión”¹³.

Posteriormente, en 1876 se dictó una Ley sobre *probation* en ese mismo Estado de Massachussets, por lo que los tribunales comenzaron a nombrar funcionarios encargados de la aplicación del sistema de prueba que alcanzó rápida difusión en el

¹¹ Una completa exposición de esta cuestión se ofrece por MANZANARES SAMANIEGO, *Suspensión, sustitución y ejecución...*, pp. 12 y ss.; así como por ABEL SOUTO, “¿Un nuevo sistema de penas?...”, pp. 93 y ss.

¹² Sobre este aspecto profundiza MORELLO, *Probation y juicio abreviado...*, pp. 9 y ss.

¹³ Véase la exposición completa realizada por CASTAÑEDA PAZ, *Probation. El desafío de cambiar la mentalidad...*, pp. 18 y ss.”.

país¹⁴. De lo anterior se deduce que, lo que inicialmente fue una obra particular de quien se comprometió a garantizar la buena conducta del penado, se convirtió en el origen de la figura de los funcionarios encargados de la custodia y cumplimiento de la buena conducta del condenado. Estos funcionarios serían, a partir de entonces, quienes asumirían personalmente dicho cumplimiento, como garantía ante el tribunal. Bajo esta premisa de confianza y garantía de buena conducta, no se dudó de la eficacia de esta figura que había trascendido de la realidad social a la regulación legal¹⁵.

Así las cosas, la institución de la *probation* pasó a estar regulada en el *Federal Criminal Code and Rules*, extendiéndose su aplicación a una multitud de supuestos con excepción de los hechos ilícitos de mayor gravedad por su amplia reprochabilidad¹⁶. Tal y como señalaba SÁENZ siguiendo a SETTE, a partir de ese momento “se establece que [la *probation*] es aplicable a toda persona que cometa un ilícito, ya sean graves o pequeñas infracciones (salvo aquellos supuestos donde se encuentra específicamente prohibido su otorgamiento; v. gr., homicidio, violación, etc., o cuando procesalmente fuera imposible; v. gr., cuando el sujeto se encuentra cumpliendo una condena anterior debido a que uno de los requisitos para el otorgamiento de la *probation* es la no comisión de un nuevo delito durante el período de prueba)”¹⁷.

¹⁴ Valorando positivamente esta figura, GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, p. 12, afirma que “Este funcionario a quien se podría llamar el *Censor del crimen* y que pertenece a la categoría superior de la Policía, tiene el deber de informarse, con todo cuidado y exactitud, de los antecedentes, reputación, vida y conducta de los delincuentes que por primera vez comparecen ante los Tribunales. Asiste luego a los juicios; y cuando de sus indagaciones ha sacado el convencimiento de que alguno puede corregirse sin pena o que ésta produciría en él más daños que beneficios, da a conocer a los Jueces el resultado de su indagatoria, pidiéndoles que el sentenciado quede libre en situación de prueba (*on probation*). Si el Tribunal acepta esta proposición, para lo cual es libre, la pena pronunciada se suspende, y el culpable permanece en situación de prueba por dos años, al cabo de los cuales, si se enmienda, queda en libertad. sufriendo, en otro caso, la condena aplazada. El *Probation Officer* una vez que el Tribunal acuerda la suspensión, contrae el compromiso formal de que el delincuente cumplirá la condición fundamental que el aplazamiento supone; es decir, que no reincidirá”.

¹⁵ Por todos, GONZÁLEZ DEL ALBA..., *La Condena condicional...*, p. 13, apunta a que “Este sistema, tan racional, tan sensato, se aceptó [...]. Existen razones para creer que ciertos delincuentes serían susceptibles de enmienda, si en vez de encarcelarlos a causa de un primer delito, se les facilitasen medios mejores”.

¹⁶ Como sucede hoy día, solo cabía aplicar este tipo de figuras a los delitos que, dada su naturaleza, no tuvieran un reproche social excesivo. De lo contrario se generaría inseguridad jurídica con las consecuencias negativas que ello tendría en la ciudadanía y el ansiado derecho a la segunda oportunidad podría quedar vaciado de contenido.

¹⁷ En este contexto SÁENZ, *La suspensión del proceso a prueba...*, p. 1 y ss., sigue la postura de SETTE, “Suspensión del proceso a prueba...”, pp. 1 y ss., poniendo de manifiesto que si bien la regla general es que la *probation* se aplica a todo tipo de delitos, en la práctica, como no podría ser de otro modo, quedan

Todo lo anterior se recoge en el denominado «*probation system*» o «sistema de prueba angloamericano». Este sistema acoge la figura de la *probation* y supone que “una vez que el sujeto ha sido declarado culpable («*conviction*»¹⁸), el Juez suspende el pronunciamiento de la condena e impone un serie de obligaciones o cargas de carácter educacional o resocializador¹⁹ al reo que éste deberá respetar y cumplir durante un determinado período de tiempo, teniendo en cuenta que se hará siempre bajo el control, vigilancia y dirección o bien del propio Tribunal o bien del denominado *probation officer*, quienes informarán respecto del comportamiento del beneficiario del instituto”²⁰.

En base a lo expuesto hasta ahora, puedo concluir que, desde su origen, esta forma alternativa de cumplimiento de la pena estaba inspirada en el control o vigilancia que ejercía la persona o tribunal competente. Se basaba en la necesidad de no dejar desamparado al reo, premiándole con la suspensión de la condena por su decidido compromiso de no reincidencia y de resocialización, de la que daban cumplida fe los *probation officer* o el tribunal encargado. En este contexto, se pretendía que el cumplimiento de la forma alternativa de la pena no quedara única y exclusivamente en manos del propio reo, sino que fuera el *probation system* el encargado de verificar tal cumplimiento, lo cual era la garantía ante el propio tribunal. Dicho cumplimiento se verificaba una vez transcurrido el plazo fijando, momento en que el *probation officer* acudía ante el tribunal a dar fe de la actuación del penado.

En este contexto, cabe destacar, como ya se adelantaba, que existen dos versiones de la *probation* en función de si se producía con o sin declaración de

excluidos algunos de ellos, que se corresponden con los más graves y por ende con los que mayor reproche social tienen, en consonancia con lo que anteriormente señalaba.

¹⁸ Como tendré ocasión de exponer más adelante, cuando exista una declaración de culpabilidad del sujeto, la *probation* pasa a denominarse *conviction*.

¹⁹ Así lo entiende MAPELLI CAFFARENA, *Principios Fundamentales del Sistema...*, p. 21, al disponer que “[...] la resocialización es un índice corrector de la intensidad del castigo en mano de la administración penitenciaria. Desde este punto de vista, podemos definirla como un principio de humanización de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en virtud de la cual éstas deben de adaptarse a las condiciones generales de la vida en sociedad [...] y contrarrestar las consecuencias dañinas de la privación de libertad [...]. Ambos principios [...] tienen [...] la ventaja de garantizar menor que ningún otro la dignidad de la persona del recluso tal como exige la propia Constitución. En igual sentido se pronuncia DE LA CUESTA ARZAMENDI, “El sistema penitenciario...”, p. 28 y ss., o MUÑOZ CONDE, “La resocialización del delincuente...”, pp. 73 y ss.

²⁰ Así se recogía por NÚÑEZ PAZ, “La aplicación de la “probation”...”, pp. 703 y ss.

culpabilidad; en este último caso, esto es, cuando hubiera declaración de culpabilidad, en el Derecho anglosajón se la conocía como la «*conviction*». Solo una vez probada la culpabilidad del acusado, *conviction*, era posible aplicar la *probation*²¹. En tales circunstancias, el acusado podía llegar a un acuerdo con el Estado, quien se comprometía a mantener en suspenso el dictado de la sentencia a cambio de que el individuo cumpliera, durante un plazo de tiempo determinado conocido como «período de prueba», con las condiciones que le fueran impuestas por el tribunal. Vencido el período de prueba y, habiendo cumplido con todas las previsiones que hubiera impuesto el tribunal actuante, se declaraba extinguida la acción penal del sujeto sin registro de culpabilidad del sujeto; en caso contrario, el tribunal revocaba el beneficio otorgado oportunamente, continuando el juicio, dictando sentencia y, en su caso, efectivizando la pena impuesta en dicha resolución. En términos similares se pronuncia GONZÁLEZ DEL ALBA, cuando señala que “Terminado el período de prueba, si dio buenos resultados, el *Probation Officer* comparece de nuevo ante el Tribunal que sentenció, pidiendo que el que pasó por ella sea descargado [...] de la pena que aún pesa sobre él. El Tribunal cancela entonces la sentencia. Sin embargo, en ciertos casos puede pedir y obtener que se prolongue el período *on probation*. Por último, si el sujeto en cuestión guarda mala conducta, no cumple las condiciones y deberes que se le imponen, etc., el Inspector de prueba obtiene la aplicación inmediata de la pena”²².

En consecuencia con lo anterior, considero que en los países anglosajones, la *probation* fue una institución distinta de la propia condena penal entendiéndose que la *probation* constituyó, ante todo, una figura complementaria de la denominada «*sursis franco-belga*» o «suspensión simple de la ejecución de la pena» (que es la que se mantiene, en esencia, en el Código penal español vigente y que será analizada en el apartado siguiente); tomando como referencia dos momentos distintos. Parto de esa diferenciación, porque la *probation* presentaba, frente a la *sursis*, “la ventaja de ser una medida activa que no deja al delincuente abandonado a sí mismo sino confiado al control de una persona adecuada considerándose no como una medida de clemencia

²¹ Sobre esta cuestión incide DEVOTO, *La probation. A propósito de su oposición...*, p. 12 y ss., al señalar que “la suspensión a prueba [...] deberá solicitarse a partir de la declaración del imputado [hoy investigado] y el juez o tribunal podrá disponer el beneficio, siempre que haya establecido la existencia del hecho y la culpabilidad del autor y hasta la decisión que se fije en la audiencia del debate o el cierre de la discusión sobre la causa”.

²² De forma más extensa ver GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, p. 13.

sino una institución de reeducación”²³. Desde esta perspectiva es desde la cual se debe valorar a la *probation*; esto es, no como una institución directamente sustitutiva del cumplimiento de la pena, sino como una figura que pretende la reeducación y reinserción social en consonancia con los mismos fines que hoy día consagra la Constitución española de 1978.

En cualquier caso la *probation* (sin declaración de culpabilidad), se caracterizaba por la no aplicación de la pena; o lo que es lo mismo, por la inexistencia de condena al no haber sentencia penal, siempre que concurrieran los requisitos para su aplicación. Es evidente que la *probation*, adelantaba la actuación penal a un momento anterior a la propia existencia de pena, lo cual era eminentemente beneficioso para el reo ya que al no existir ni sentencia condenatoria ni pena, no constaba en su hoja histórico penal antecedente alguno²⁴. Como decía, esto era algo distinto de la *conviction*, en la que existía una previa declaración de culpabilidad del reo, que suponía que los requisitos para su apreciación fueran distintos de la propia *probation* de la que deriva.

Los requisitos de la *conviction* fueron recogidos doctrinalmente no existiendo discusiones al respecto, a los que no puedo sino adherirme, considerando que su concurrencia tiene carácter *sine qua non*. Estos requisitos se clasificaban, tal y como señalaba HENDLER en los siguientes: “1) la existencia de pruebas que justificaran la acusación; 2) el reconocimiento de la culpabilidad por parte del reo; y 3) el acuerdo del acusado en esa forma alternativa al cumplimiento de la pena”. Continuaba diciendo que “Desde dicha perspectiva se entiende que la *probation* no equivale a una condena sino que solo supone un apercibimiento que se tomará en cuenta en caso de una condena posterior y en el momento de fijar concretamente la graduación de la pena de esta

²³ A esta conclusión llegó DEVOTO, *La probation. A propósito de su oposición...*, pp. 25 y ss., que entendía que la *probation* suponía la suspensión de la aplicación de pena, a lo que se unía un tratamiento resocializador y que presentaba, frente a la *sursis* (condena de ejecución condicional), la ventaja de ser una medida activa que no dejaba al delincuente abandonado sino confiado al control de una persona o institución adecuada. Según decía esta institución aspiraba a la reeducación cuyas características eran por un lado la no aplicación de la pena y por otro la de vigilancia. Del mismo modo, NÚÑEZ PAZ, “La aplicación de la "probation"...", pp. 728, afirma que “[...] en la mayoría de las legislaciones continentales la *probation* sirve como complemento a las respectivas instituciones tradicionales del *sursis* o suspensión condicional de la ejecución de la pena, si bien en alguna de ellas adquiere rango independiente, pudiéndose aplicar tanto a la propia suspensión de la ejecución de la pena como a la suspensión de la condena”.

²⁴ En palabras de ABEL SOUTO, “¿Un nuevo sistema de penas?...”, p. 94, “Por eso, esencial en la *probation* resulta el control o supervisión y frente a ella la *sursis* no requiere de asistencia ni reglas de conducta, aunque sí genera antecedentes penales, a diferencia de la *probation*, en la que no existen al no dictarse sentencia condenatoria”.

última, siendo la aplicación de una caución, en lugar de llevar adelante los procedimientos, en principio, una decisión discrecional de policía”²⁵.

Volviendo a la *probation* y reflexionando sobre sus requisitos (reitero, sin declaración de culpabilidad), así como sobre su aplicación, no puedo sino llegar a la conclusión de que la *probation* era, a todos los efectos, beneficiosa para el reo. A pesar de la comisión de una infracción penal, el Estado dejaba de imponer una pena, en una clara intención de servir a otros principios o finalidades superiores como eran la reeducación, la reinserción y la resocialización. Tan beneficiosa considero a la *probation* porque al no generarse antecedentes penales, ello favorecía enormemente al sujeto, sobre todo de cara a la posible existencia de otros procedimientos penales contra él. Por ello, en una visión de conjunto, suponía una nueva oportunidad que se le otorgaba al responsable de una infracción penal bajo la obligación de que cumpliera con las condiciones o actos impuestos durante el denominado período o plazo de suspensión “porque ciertamente la prisión se ha mostrado, desde su nacimiento, incapaz de atender a esas demandas”²⁶. Como vengo manteniendo, constatada la concurrencia de dichos requisitos, era el tribunal el que decidía sobre qué tipo de control imponer al reo; de ahí esa consideración de decisión discrecional de policía, pero que en ningún caso podía confundirse con una decisión arbitraria. Sólo previa valoración de dichos requisitos y de su comprobación de forma clara e inequívoca, unida al cumplimiento de esa pretendida reeducación y reinserción social, se podía resolver favorablemente sobre la aplicación de la *probation*²⁷.

²⁵ Así lo expresaba CASTAÑEDA PAZ, *Probation. El desafío de cambiar la mentalidad...*, p. 18, siguiendo a HENDLER, *La suspensión a prueba en el proceso penal*, pp. 157 y ss.

²⁶ MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, p. 19, añadiendo que asume la prisión “[...] el carácter de un factor criminógeno por sus efectos estigmatizantes, de despersonalización e infantilización, anulación de la personalidad de los detenidos y, al mismo tiempo de profesionalización en las actividades delictivas”. A la misma consideración llegan TERRACHET LAZCANO, “Alternativas y sustitutivos penales...”, p. 3, cuando indica que “El fracaso de la prisión como instrumento resocializador es admitido generalizadamente, causando desmoralización, destrucción familiar, desarraigo social, y produciendo un efecto criminógeno, entre otros factores negativos”; o NÚÑEZ PAZ, “La aplicación de la *probation*...”, p. 707, cuando dice que “[...] igualmente unida a la necesidad de tratamiento con base en las ciencias sociales y psicológicas, debía tener una finalidad correctiva y reeducadora para el sujeto”.

²⁷ Lo mismo sucede hoy día con la suspensión de la pena en el Código penal español, ya que sólo una vez verificada la concurrencia de los requisitos legales es el órgano judicial el que decide sobre la suspensión de la pena, ya que la figura no está prevista que se aplique con carácter automático (salvo el resquicio que queda de la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional cuando el condenado sea extranjero), sino que es una decisión discrecional, que no arbitraria, que toman los tribunales ponderando los elementos de cada caso concreto.

Consecuentemente, insisto, en la *probation* no hay pena ni sanción penal precisamente porque la misma está suspendida, mientras que en la *sursis* que analizaré a continuación, siendo esta última en la que inspira el Código penal español de 1995, sí que hay resolución judicial condenatoria (sentencia firme de condena), pero posteriormente no se ejecuta dicha condena, por los mismos motivos o finalidad que en la *probation* (que no son otros que la reeducación y reinserción²⁸), pero actuando en diferentes momentos procesales: mientras la *probation* actuaba antes de la sanción, la *sursis* actuaba una vez hubiera condena penal²⁹. Bajo esta premisa, los Estados fueron optando por un modelo u otro, lo que derivó en la existencia de diferentes tradiciones históricas³⁰.

Quizás el hecho de que la *probation* supusiera la inexistencia de pena, fuera el motivo por el que no se tomara como base de referencia en el Derecho penal español para el desarrollo de su legislación. Como profundizaré, España partió de la regulación de la *sursis* a la hora de recoger en las Leyes penales el sistema de las formas alternativas al cumplimiento de las penas.

B. *La sursis franco-belga.*

Como apuntaba en el apartado anterior, la «*sursis*» era una institución en estrecha conexión con la *probation*. No obstante difiere de ésta en tanto en cuanto «sí que existe pena o sentencia condenatoria pero, posteriormente, se suspende su cumplimiento». Se retrasa el momento procesal en el que actúa, lo que conlleva que se generaran antecedentes penales, con las consecuencias negativas que se derivan para el

²⁸ No hay que olvidar, como bien refleja TERRACHET LAZCANO, “Alternativas y substitivos penales...”, p. 3, que “[...] la resocialización no es el único fin de la pena de prisión, como ha declarado nuestro Tribunal Constitucional, sino que la retribución tiene también un papel a jugar en la eficacia del sistema penal”. Ello tiene sobre todo reflejo en la normativa actual del Derecho penal español y en la regulación del Código de 1995.

²⁹ Sobre esta apreciación de los distintos momentos procesales en los que actúa la *probation* y la *sursis*, véase, por todos, GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas...*, pp. 10 y ss.

³⁰ En contra de esa divergencia, ABEL SOUTO, “¿Un nuevo sistema de penas?...”, p. 94, llega a considerar que “Ahora bien, las discrepancias iniciales entre las dos figuras han ido perdiendo consistencia hasta confluir en una «simbiosis» en la que han ganado terreno las características de la *probation*”. En igual sentido se muestra PUENTE SEGURA, *Suspensión y sustitución de las penas*, pp. 73 y 74.

reo. Al igual que se ha razonado con la *probation* es necesario, para comprender tal figura, conocer su definición gramatical.

El término «*sursis*» se traduce como «aplazamiento» o «indulto»³¹ del cumplimiento de la pena³². Tradicionalmente se ha entendido que, aunque tanto la *probation* como la *sursis* evitaban la entrada en prisión de la persona que se veía beneficiada por este tipo de figuras, se trataba de dos figuras diferentes pensadas para distintos tipos de personas³³. Así, la *probation*, como se ha dicho, a través de ese control que se ejercía por los *probation officer*, estaba pensada para los delincuentes necesitados de rehabilitación o reinserción social. Por su parte, la *sursis*, solo implicaba la suspensión de la ejecución de la pena pero existiendo condena penal, aunque posteriormente se suspendía la ejecución de la misma, lo que conllevaba que se generaran antecedentes penales puesto que efectivamente había condena. Por ello la *sursis*, al no prever previsto un tratamiento o sistema de reeducación y reinserción al no existir la fórmula del *probation officer*, se considera que iba dirigida a delincuentes que no necesitan ese control externo.

Es en este contexto donde cabe ubicar la figura de la *sursis* como una institución paralela a la *probation*, con la que guarda especial semejanza en cuanto a su origen y razón de ser; pero de la que difiere en cuanto a que retrasa su intervención a un momento procesal posterior, como es el del pronunciamiento condenatorio del juez o magistrado para, posteriormente, previa verificación de cumplimiento de los presupuestos y requisitos legales, proceder a la suspensión de la ejecución de la pena. Creo que existía en la figura de la *sursis*, ya desde sus orígenes, una pretendida

³¹ En palabra de CANDIL JIMÉNEZ, “Consideraciones sobre la Condena condicional...”, p. 103, el indulto o gracia “[...] es una medida de clemencia del Jefe del Estado o sus delegados, que suprime o reduce la pena que ha sido impuesta, medida de clemencia, con ciertos caracteres, formales y jurídicos que la diferencian del simple perdón”.

³² Como apunta CANDIL JIMÉNEZ, “Consideraciones sobre la Condena condicional...”, p. 103, valorando la figura del indulto, “Es necesario subrayar la importancia de esta institución, nos solo por la similitud que presenta con la suspensión condicional de las penas, donde pueden apreciarse caracteres comunes, sino que, a través de un proceso evolutivo, el derecho de gracia llegará a ser la institución a la que recurren algunas legislaciones para suspender condicionadamente las penas cuando carecen de un sistema adecuado para conseguir este fin”. No puedo estar más de acuerdo con esta consideración cuando dice que las legislaciones recurren al indulto «cuando carecen de un sistema adecuado para evitar que el reo cumpla la pena»; si bien considero que la figura del indulto solo debería existir para corregir estos casos puntuales, bajo mi punto de vista denota una falta de eficacia del sistema de dar respuesta justa en estos casos.

³³ Sobre la *sursis*, detenidamente, ECHANO BASALDÚA, “Crítica de la suspensión condicional de la pena...”, pp. 139 y ss.

intención de que no ingresaran en prisión los condenados por penas muy leves. Pero a su vez, dejaba a la buena fe del reo el cumplimiento de las medidas o deberes que en su caso se le impusieran durante el conocido como período de suspensión ya que el reo no contaba con ese control o *probation officer* que caracterizaba a la *probation*.

La figura de la *sursis* no puede entenderse sin la regulación que los países tanto belga como francés dieron de esta institución, llegando a constituir la denominada *sursis franco-belga* que a continuación analizaré. Pero antes de ver las Leyes de cada uno de estos países creo necesario dar una definición general de la *sursis*. En palabras de MIR PUIG puede ser definida como “el pronunciamiento de pena con suspensión del cumplimiento durante un plazo de prueba sin deberes ni control”³⁴. Como digo, se entiende mayoritariamente que la *sursis* era una forma alternativa de cumplimiento de la pena, pero de aplicación preferente a la misma *probation* al no requerir control ni vigilancia por lo que se entendía que, en todo caso, era más beneficiosa para el reo. Sin embargo, discrepo de tal consideración porque aunque no existiera ese control, lo que en todo caso sí que existía era una condena penal por la comisión de una infracción penal, aunque posteriormente se suspendiera dicha condena. Lo anterior conllevaba, irremediabilmente, que se generaran antecedentes penales para el reo; de ahí que, a mi juicio, no pueda interpretarse como una figura más beneficiosa para el sujeto. Ahora bien, si se concibe el concepto de «más beneficioso» desde el punto de vista de no dejar que la persona condenada sea la responsable de su cumplimiento, en este aspecto y, solo en este aspecto, sí que comparto la postura de que la *sursis* pudiera resultar más beneficiosa para el reo³⁵.

³⁴ Una completa exposición se puede ver en la obra de MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, pp. 5 y ss. Junto a él, otros autores lo definen de la siguiente forma: QUINTANA GIMÉNEZ, p. 4, cuando dice que en la *sursis* “[...] se llega a imponer la pena, pero se suspende su ejecución efectiva dejando en libertad a prueba y con supervisión por las autoridades”; CANDIL JIMÉNEZ, “Consideraciones sobre la condena condicional...”, p. 100, cuando señala que “Los Jueces pronuncian la condena y se suspende su ejecución, durante un cierto período fijado por la ley, que representa un plazo de prueba, ya que si durante este período el condenado no comete ninguna otra infracción, la condena no será ejecutada y el delincuente se encuentra rehabilitado de derecho; si, por el contrario, comete una nueva infracción, la primera pena que había sido suspendida”; o GONZÁLEZ ZORRILLA, “Suspensión de la pena y «probation»”, p. 62, que indica que “[...] el Juez o Tribunal, dicta la sentencia, que ha de contemplar necesariamente no solo la declaración de la culpabilidad, sino también la condena y la pena impuesta y lo que se deja en suspenso es la ejecución de dicha pena, normalmente privativa de libertad. Si el reo no vuelve a delinquir en el plazo que se determine, la pena quedará remitida, aunque en principio quedará subsistente la anotación en el Registro de antecedentes correspondiente”; y del mismo autor “La suspensión”, pp. 191 y ss.

³⁵ En base a estas diferencias entre una y otra institución la doctrina se fue pronunciando sobre cuál de las dos figuras era más beneficiosa o ventajosa, lo cual difiere de si se toma de referencia el beneficio para el

Además me gustaría destacar el parentesco cercano entre la *sursis* y la institución del indulto. En muchas ocasiones los propios legisladores no diferenciaban entre la condena condicional y el indulto entendiéndolo que los jueces y tribunales, al conceder la *sursis*, estaban usurpando competencias que correspondían a la Corona por definición. Hoy en día en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nadie cuestiona la diferencia entre estos dos tipos de instituciones, si bien se asume la normalidad y eficacia de la suspensión de la ejecución de la pena frente al indulto, al que considero una medida de gracia de concesión discrecional que no debería tener cabida en el sistema español salvo que fuera para corregir defectos del sistema en los que una persona sea condenado por un delito de escasa gravedad³⁶. Sobre el indulto y su relación directa con la actual suspensión de la pena me remito a lo que se dirá en el apartado correspondiente de este trabajo.

Como adelantaba, es necesario examinar los dos países en los que originariamente se implantó la *sursis* para comprender su regulación y cómo el sistema jurídico-penal español se ha visto influenciado por dicha normativa.

a) La Ley belga de 31 de mayo de 1888.

El primer país europeo en adoptar la suspensión condicional de la pena fue Bélgica a través de la Ley de 31 de mayo de 1888³⁷. A raíz de la sanción de esta

reo o el beneficio para el sistema penal; entre otros, GONZÁLEZ ZORRILLA, “Suspensión de la pena y «probation»”, pp. 62 y 63, considera que “Las mayores ventajas del sistema de «probation» [...] son dos: a) la no sujeción del juez a límites rígidos en cuanto al límite de la pena de referencia que puede ser suspendida; b) la mayor flexibilidad en cuanto a la valoración de la evolución del sujeto durante el período de prueba y en particular la repercusión de la comisión de un nuevo delito. En cambio suponen «desventajas» de tal sistema [...] precisamente la indeterminación legal de las condiciones a imponer y el pero excesivo que pueda tener en la valoración de la prueba la figura de delegado de «probation» situado fuera de los cauces del control judicial”; posicionándose a favor de la *probation* MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, pp. 64 y ss., afirma que “[...] la *probation* no es una medida de indulgencia sino que sirve como un «instrumento de refuerzo de la ley»”, llegando a señalar que “No se conoce otra forma más perfecta de control” al referirse al control que realizan los *probation officer*.

³⁶ Como es sabido la Constitución española de 1978 en su artículo 62 i), ubicado en el Título II rubricado “De la Corona”, sigue recogiendo la posibilidad de que el Rey otorgue indultos, sin bien se limita a que no se trate de indultos generales al disponer que:

Art. 62 i). “Corresponde al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a las leyes, que no podrá autorizar indultos generales”.

³⁷ CAMARASA ECHARTE, *La Condena condicional...*, p. 25, analiza esta Ley y señala que “La ley de 31 de Mayo de 1888 en sus artículos 9 y 10, pone en vigor la Condena Condicional. En el primero de ellos se dispone que los tribunales cuando condenen a una o más penas y la prisión que se tenga que

legislación, tal y como expone MAQUEDA ABREU, Europa empezó a recomendar a todos los países, en el Congreso de Bruselas de 1889 “la adopción del principio de la condena condicional [...] insistiendo sobre la necesidad de determinar sus límites, según las condiciones locales y de tener en cuenta el carácter y el sentido moral de cada pueblo”³⁸. Fruto de esta recomendación, otros países, tanto europeos como terceros países, comenzaron a legislar sobre la suspensión condicional. Los rasgos definatorios de la institución son esencialmente idénticos en las legislaciones que siguen, sin alteraciones, el modelo franco-belga de la *sursis*³⁹.

Como decía, Bélgica fue el primer país europeo en regular la *sursis* y, su ministro LEJEUNE, justificaba en 1888 la introducción de la *sursis* por dos razones: “en primer lugar por el efecto nocivo de las penas de prisión de corta duración que se consideraba que degradaban al condenado a sus propios ojos, le hacían en lo sucesivo indiferente a la reprobación jurídica y le predisponía a la reincidencia; y, en segundo lugar, por la existencia de los denominados «*braves gens*» («delincuentes honrados»), para los que la simple amenaza de la pena era freno bastante a la reincidencia”⁴⁰. Esta

sufrir, como pena principal o accesoria como *resultado de una acumulación* de unas y otras, no pase de seis meses y el condenado no lo haya sido otra vez por crimen o delito, podrán ordenar por decisión motivada que sea suspendida la ejecución de la sentencia. El plazo de la suspensión quedará a su arbitrio pero sin que pueda éste exceder de cinco años. La condena se tendrá por no impuesta si no vuelve a delinquir cometiendo nuevo *delito* o *crimen*, pues en caso contrario, las penas de la segunda condena se acumularán a las suspendidas”. Continúa diciendo que en el artículo 10 “[...] se dispone que se rinda cuenta anual a las Cámaras de la aplicación de la presente ley”. Posteriormente, por Ley de 27 de Junio de 1895 se dispuso que los términos condena por «delito» o «crimen» que figuraban en esta Ley de 1888 fueran interpretados en el sentido de «condena a una pena criminal o correccional» con lo cual las condenas por «faltas» eran tenidas en cuenta para la apreciación de la reincidencia. Se trata de una modificación que, a mi juicio, rompía con la esencia de la propia *sursis*, toda vez que dada la gravedad limitadas de las faltas parece que no debieran conllevar la revocación de la suspensión. En el caso de España hasta la reforma del Código penal de 1995 realizada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, la comisión de una falta durante el plazo de suspensión, no era causa de revocación de la suspensión, porque la interpretación del concepto de delito se realizaba *strictu sensu*. Hoy en día la cuestión no está tan clara no solo porque esa misma reforma deroga las faltas sino porque la nueva reiteración delictiva no es causa por si sola de la revocación de la suspensión de la pena. Sobre esta cuestión me detendré en el apartado correspondiente.

³⁸ Profundizando sobre esta cuestión, véase a MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, pp. 36 y 37.

³⁹ Como recuerda QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución de las penas...”, p. 4, sobre la base de la *sursis* y la *probation* se fueron dando sistemas mixtos en diferentes países, especificando que “Atendiendo a las regulaciones vigentes, en Francia cuentan con el aplazamiento del pronunciamiento de la pena previsto en tres tipos; en Alemania se aplica la suspensión condicional de la pena, la amonestación con reserva de pena, y la dispensa de pena; y en Italia se regula el denominado «*affidamento in prova*»”.

⁴⁰ Contenido de la Exposición de motivos de la Ley belga de 31 de mayo de 1888. Igualmente se decía que “[...] el juez que tuviera motivos para creer que el inculcado pudiera ser incorporado al número de aquellos para los que la vergüenza y el temor inspirados por la condena son suficientes para la expiación

Ley de 1888 fue el mejor ejemplo de la renovación que se dio en esa época en el Derecho penal belga. La Ley LEJEUNE⁴¹ tal y como lo definía PETERS, “debe contemplarse desde el prisma del desarrollo de las nuevas técnicas de control que desde la óptica humanitaria y ello porque contribuyó a la individualización y diferenciación de las sanciones y medidas penales con un nuevo enfoque de la delincuencia”⁴². Sin embargo creo que, independientemente desde la perspectiva desde la que fuera aprobada, lo cierto es que le era favorable al penado porque le evita su ingreso en prisión; en palabras de CANDIL JIMÉNEZ “los motivos esenciales [...] de su concesión es evitar la ejecución de una pena que parece inútil en su especie y nociva en sí misma”.

La primera parte de esta Ley relativa a la condena condicional distinguía, por un lado, a aquellos delincuentes para los que la amenaza de la posible ejecución de una sanción era suficiente como para impedir su delincuencia, desde una perspectiva eminentemente preventiva; y, por otro lado, a aquellos delincuentes que para disuadirlos de la recaída en el delito, precisaban de la ejecución de la pena. La segunda parte de la Ley era la relativa a la liberación condicional, que distinguía entre los delincuentes para quienes la represión era la única respuesta posible y aquellos delincuentes que podían verse beneficiados de la acción resocializadora del Estado. Gracias a esta Ley, Bélgica se mostró como un país dispuesto a controlar a los delincuentes que se encontraban dentro de sus fronteras, compromiso que posteriormente se extendió a otros países europeos⁴³.

Como ya he insistido, la *sursis* tenía diferencias importantes con la *probation*. En primer lugar, desde su nacimiento en el sistema belga, se exigía que previamente a su concesión el tribunal declarara la culpabilidad y pronunciara la condena del reo (esto último quedaba suspendido en la variante anglo-americana). El sistema de la *sursis*

y la intimidación, no se les condenará más que bajo la condición suspensiva de una recaída sobrevinida durante un período determinado”.

⁴¹ Esta Ley adoptó ese nombre en honor al Ministro de Justicia belga en cuyo mandato se publicó.

⁴² En este sentido PETERS, “Justicia penal y bienestar social en Bélgica...”, pp. 222 y 223, quien aboga por considerar que la *sursis* más beneficiosa para el sistema que para el propio reo en la medida en que se aprueba sobre la base del control a que había que someter al reo; control suficiente que garantizara su cumplimiento.

⁴³ Distinguiendo clases de delincuentes, CANDIL JIMÉNEZ, “Consideraciones de la Condena condicional...”, p. 102, apunta que la *sursis* es más adecuada para los «delincuentes ocasionales, poco propensos a una recaída», mientras que la *probation* a dirigida a delincuentes que necesitan ser «guiados y aconsejados» durante el período de la suspensión.

resuelve la situación procesal condenando al sujeto por la infracción penal cometida pero, posteriormente, suspende dicho cumplimiento. De ahí que la doctrina calificara la *sursis* como una justificación retributiva. Junto a la consideración de que la *sursis* suponía una concesión a la ideología retributiva, también se creía que cumplía otra función, que no era otra que la amenaza de la pena que se alargaba durante todo el período o plazo de suspensión, con la necesidad de cumplimiento de las condiciones impuestas. Se consideraba que esa amenaza del cumplimiento de la pena era motivo suficiente, por sí solo, como para disuadir al reo de futuras infracciones y era, a su vez, un mecanismo incluso más beneficioso que los propios *probation officer* que caracterizaban a la *probation*.

Además de lo anterior, se imponían límites a la duración de la pena y a la ausencia de antecedentes penales para su otorgamiento. De esta forma creo que se limitó dicha concesión a los delitos de pequeña cuantía y a los delincuentes no reincidentes, a pesar de que su vocación inicial tuviera una proyección más amplia. Lo anterior se hacía en una clara intención de limitar su concesión a supuestos concretos; así, evitando una interpretación amplia o excesiva de la figura, se pretendía sortear las reivindicaciones sociales contrarias a su concesión, sobre todo referidas a la inseguridad jurídica que generaba que la condena impuesta por la infracción penal no se cumpliera o al menos, no en prisión, que era a lo que inicialmente se le había condenado.

Precisamente, en esa necesidad de concesión limitada se llegó a considerar que, en la práctica, la *sursis* solo se aplicaba de forma automática cuando se cumplían los requisitos legales, sin entrar a valorar la situación real del sujeto ni del hecho cometido, lo que hizo que nuevamente hubiera detractores de la figura⁴⁴.

A pesar de la existencia de detractores de la *sursis*, se salvaguardaba el Estado haciendo ver que, en cualquier caso, si los mecanismos utilizados habían sido escasos o ineficaces, siempre quedaba el recurso a la prisión; esto es, a la ejecución de la pena⁴⁵.

⁴⁴ Por todos, LLORCA ORTEGA, “La suspensión de la ejecución de la pena”, p. 14, señala que “[...] la praxis judicial [...] concedió el beneficio de forma «rutinaria, indiscriminada y automática», de modo que su denegación fue ciertamente excepcional”. Este debate sigue estando abierto en el actual Derecho penal español ya que aun cuando la suspensión de la pena privativa de libertad en el Código penal de 1995 no tiene carácter automático, siempre se critica que, en algunos casos, solo se conceda la suspensión de la pena si concurren los requisitos legales sin entrar a valorar otras cuestiones como las señaladas.

⁴⁵ Valorando la imposición de la pena como último recurso, CASTAÑEDA PAZ, *Probation. El desafío de cambiar la mentalidad...*, p. 16, siguiendo a ARSLAMÁN, apunta que “[...] si bien es cierto que la prevención general funciona con la conminación de penas, aunque también con su imposición y ejecución

Entiendo que este último recurso, el de la ejecución de la pena, ya constituía en sí mismo una amenaza suficiente y eficaz capaz de disuadir al reo de cometer nuevos ilícitos penales como ocurre hoy en día en cualquier sistema penal. Amenaza mucho más clara y eficaz que el propio plazo de suspensión o que las medidas o reglas de conducta a que quede condicionada dicha suspensión. De hecho, dicha amenaza solo se disipa totalmente cuando se concede la remisión definitiva de la pena, momento en el que se produce la extinción de la responsabilidad penal.

No obstante, a pesar de las discrepancias surgidas, la *sursis* fue una institución que tuvo una gran acogida no solo en Bélgica como país de origen, sino también en el resto de países a los que se extendió. Los Estados siguieron la tradición de la *sursis* adaptándola a sus respectivos sistemas legales, en una clara intención de instaurar formas alternativas al cumplimiento de las penas, o bien porque no disponían hasta ese momento de este tipo de figuras o bien porque las que tenían eran vagas e imprecisas y no suponían de forma efectiva un cumplimiento alternativo a la pena. Uno de los países que introdujo en su sistema legal la *sursis* belga fue, precisamente, el Estado francés, como analizaré a continuación.

b) La Ley francesa de 26 de marzo de 1891.

Como ya se ha indicado en el apartado anterior, una vez que la figura de la condena condicional tuvo eficacia en Bélgica, el resto de países, europeos y no europeos, hicieron lo propio tomando como referencia esa *sursis* belga⁴⁶. En el caso de Francia, el ministro BERENGER, promotor de la Ley sobre suspensión de 26 de marzo de 1891, afirmaba, respecto a la introducción en el sistema legal francés de esta institución que “se reserva el beneficio para las conciencias que han reservado intacto el sentimiento del honor y el saludable temor de la prisión, para ellos, la amenaza de la pena puede producir efectos tan serios, tan eficaces como la pena misma y pueden aún

-como modo de fundamentar la amenaza legal- con frecuencia los delincuentes primarios y ocasionales no manifiestan peligro de volver a delinquir. Frente a esto no son necesarias ni la intimación ni la resocialización. Es por ello que en el caso de los delitos de menor gravedad, el Estado puede verificar la certeza de este pronóstico de no recaída en el delito mediante la sujeción de aquellos autores la observancia de ciertas reglas que le sirvan de ayuda para evitar la renovada delincuencia”.

⁴⁶ No solo tomándola como referencia sino que en muchos casos se limitaban a introducir en su sistema la propia *sursis* belga sin modificación alguna. Hasta tal punto que GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena Condicional...*, p. 17, se refiere a esta aceptación como de “escasa originalidad”.

sucedir que sea más saludable que la pena pues ¿cuántas rebeliones contra la sociedad no han nacido de una represión inútil?”⁴⁷.

Sobre esta base se fue desarrollando el sistema francés de suspensión condicional de la pena que guardaba grandes similitudes al sistema belga que se ha referenciado.

Así, al igual que sucedía con la *sursis* en Bélgica, las primeras menciones que describen esta figura en Francia establecían que “cuando el acusado no tuviera antecedentes penales, o éstos fueran de escasa relevancia, el Tribunal podía, tras haber reconocido la culpabilidad, imponer una pena de prisión y al mismo tiempo, ordenaba el aplazamiento de su ejecución”⁴⁸. En estos casos, el período de prueba tenía una duración máxima de cinco años pero no se preveía, como se ha recalcado, ningún sistema de asistencia o de vigilancia como en el modo anglosajón. Lo anterior implicaba que el mero transcurso de dicho período, sin comisión delictiva alguna por el condenado, supusiera que la pena fuera inejecutable y que el reo no fuera considerado como tal durante el período que hubiera comprendido el aplazamiento.

Creo que en esencia, se trató de la misma regulación legal que ya se dio en Bélgica en los mismos términos que ya he remarcado. En ese momento inicial CANDIL JIMÉNEZ apunta que es necesario “distinguir dos momentos diferentes si bien indisolubles: la condena en sí misma y la suspensión. El Juez pronuncia la condena, ella existe con todos sus efectos, es registrada y las penas accesorias se ejecutan. En una palabra, la condena se pronuncia como si debiera ser inmediatamente ejecutada; más por una disposición especial del tribunal ordena que sea remitida la ejecución de la pena

⁴⁷ Declaraciones de BERENGER ante el Senado francés en 1891 a propósito de la referida Ley, donde se comprueba que se concibe la suspensión de la pena como un beneficio solo aplicable a unos pocos pues de lo contrario se entendía que podía peligrar la propia configuración del sistema. Cabe destacar que esta Ley de 1891 fue el resultado del Proyecto de 26 de mayo de 1884 que se presentó por el Sr. BERENGER sobre «agravación progresiva de las penas en caso de reincidencia y su atenuación en caso de primer delito» teniendo como finalidad «combatir la reincidencia y otorgar y tratamiento diferentes a los delincuentes primarios». Profundizando sobre esta cuestión CANDIL JIMÉNEZ, “Consideraciones sobre la Condena condicional...”, p. 101, quien señala que “Modificado este proyecto en gran parte, fue aprobado el 26 de marzo de 1891, su contenido en esencia quedó concretado a la suspensión de las penas de privación de libertad y multa, las primeras por un período no superior a cinco años, subsistiendo durante este período las penas accesorias; si transcurrido el citado plazo el reo no recaía en la ejecución de una nueva infracción, la condena se consideraba como *non avenue*; si por el contrario, se incurría en un nuevo delito, la pena suspendida era ejecutada y agravada en consideración a la primera infracción”.

⁴⁸ Entre otros autores que así lo señalaban, destaca RANGIL LORENTE, *Algunas cuestiones sobre Derecho Penal...*, p. 76.

principal; si el período de aplazamiento se supera, la condena se considera como no pronunciada”⁴⁹. Si bien cabe precisar que esta configuración inicial, de marcado calado belga, se fue desarrollando en Francia y su regulación fue evolucionando hasta la regulación actual en la que se reconoce que la suspensión condicional de la pena adopta tres formas perfectamente diferenciadas.

La primera de ellas es la mera suspensión conocida como «*sursis simple*» cuya única obligación es la de no repetir el hecho que ha originado la suspensión durante el plazo establecido, no sometiendo al condenado a ningún otro tipo de prueba más que el mero cumplimiento de falta de otra condena en el plazo fijado. En caso de que no existe reiteración delictiva se produce la remisión de la pena con la correspondiente extinción de la responsabilidad penal.

La segunda es la denominada «condena con puesta a prueba», implantada en Francia a partir de 1958, que incluye medidas de control y de asistencia u otras obligaciones para verificar el cumplimiento de la misma. Dicha suspensión también puede ir acompañada de un período de prueba, en cuyo caso se le conoce como la «condena condicional». Esto significa que el delincuente debe, además de sus obligaciones debidas en virtud de la suspensión, dar cumplimiento a una serie de limitaciones tales como no acercarse a una persona, no asistir a un determinado lugar o realizar convocatorias regulares ante el órgano judicial o la persona encargada de libertad del responsable del seguimiento del programa. Al igual que en el caso anterior, transcurrido el plazo sin delinquir y habiendo dado debido cumplimiento a las obligaciones impuestas se remite definitivamente la pena.

Por último, como tercera versión, se reguló la «suspensión de la pena con la obligación de realizar un servicio comunitario», instaurada en 1983. Esta modalidad se introdujo por la Ley de 10 de junio de 1983 y supuso la obligación de realizar una obra de interés general en Francia. Mediante esta Ley se obligaba a los condenados a trabajar en favor de una asociación o una corporación de Derecho público y para que fuera eficaz, se requería el consentimiento del recluso⁵⁰. Cabe destacar que esta modalidad,

⁴⁹ CANDIL JIMÉNEZ, “Consideraciones de la Condena condicional...”, p. 101.

⁵⁰ Esta misma idea es la que actualmente se exige en el ordenamiento jurídico español al ser imprescindible el consentimiento del penado en los trabajos en beneficio de la comunidad conforme al artículo 49 del Código penal español de 1995 en relación con el artículo 25.2 de la Constitución española que prohíbe expresamente los trabajos forzosos.

aun el vigor, se lleva a cabo por los servicios penitenciarios y de libertad condicional, que son los encargados de elaborar el plan y controlar su cumplimiento.

Una vez expuestas las tres modalidades actuales de suspensión de la pena existentes en Francia, he de incidir en que, en la actualidad, se sostiene que la finalidad de esta figura, en cualquiera de sus tres versiones, es la de «evitar los efectos negativos que conlleva la imposición de una pena» tales como el alejamiento de una persona de su entorno familiar, la posible pérdida del trabajo que tuviera el delincuente o incluso el seguimiento de un tratamiento médico. De ahí que se configure como un sistema en el que el «condenado evite la entrada en prisión para poder continuar con sus actividades». Consecuentemente, su ingreso en prisión implica la salida de su entorno familiar y social, lo cual le reportará más efectos perjudiciales que resocializadores.

A partir de estas normativas tanto belga como francesa es cuando se empieza a hablar de la denominada *sursis franco-belga*, cuya influencia se traslada a los demás países de Europa continental así como de Hispanoamérica. La acogida de la figura no se hizo esperar y se fueron sucediendo los Estados que la aprobaron. A modo de ejemplo, Suiza con el Código penal del Cantón de Neuchâtel la incluye en 1891; Ginebra en 1892; Vaud en 1897; Valais en 1899; Tesino en 1900 o Friburgo en 1903. Por su parte otros países como Luxemburgo acogieron esta figura en 1892 gracias en gran parte a la iniciativa del entonces presidente del Gobierno, PAUL EYSCHEN, o los Estados de Portugal y el Estado de Hesse en Alemania que lo acogieron en 1893. También son reseñables Noruega que lo implantó en 1894; Sajonia y Prusia que lo regularon en 1895; Hamburghom Württemberg y Baviera en 1896; o Burswick en 1903. Con el nuevo siglo siguieron los Estados regulando en el mismo sentido; así se introdujo en Holanda en 1901 (en vigor a partir del 1 de diciembre de 1905 para mayores de 18 años); en Italia y en Bulgaria en 1904; en Dinamarca en 1905; en Suecia en 1906; en Chile e Inglaterra en 1907; en España en 1908 (como profundizaré); en Grecia en 1911; en Colombia en 1915; en Uruguay en 1916; en Austria en 1920; en Argentina y México en 1921; en Panamá en 1922; o en Costa Rica, Brasil y Perú en 1924. Por lo que respecta a los países de Europa del Este, algunos de ellos incluyen en sus respectivos ordenamientos la remisión condicional de la pena tras la Segunda Guerra Mundial⁵¹.

⁵¹ De forma exhaustiva tratan de ello VALMAÑA OCHAÍTA, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma...*, pp. 70 y 71; CANDIL JIMÉNEZ, “Consideraciones de la Condena condicional...”, pp. 95 y

C. *La diversion.*

Junto a la *probation* (en sus dos modalidades, con y sin declaración de culpabilidad -*conviction*-) y la *sursis*, cuyos requisitos y caracteres así como finalidades he reflejado en los apartados anteriores, creo que es necesario hacer una especial mención a la denominada «*diversion*». Se puede definir la «*diversion*» como una modalidad de la *probation*. Conociendo por tanto el escenario que ya se ha dibujado de la *probation*, se podría definir la «*diversion*» como «la suspensión de la persecución penal por parte de la justicia». En este contexto se procede “a la desestimación de los cargos por parte del fiscal de la causa, contra con la promesa del imputado [hoy investigado] de someterse a un programa de rehabilitación durante un determinado período sin encarcelamiento alguno. Una vez pasado el tiempo y cumplidas las previsiones prescritas, se renuncia a la persecución de penal”⁵². Bajo esta premisa, reunidas las previsiones y transcurrido el plazo indicado el fiscal renuncia a la persecución penal; la consecuencia natural a esa falta de persecución es que el reo no responde por la infracción penal cometida. De este modo, la «*diversion*», a diferencia de la *probation* no es una manera de cumplir la pena impuesta, sino más bien la «evitación de la imposición de la pena paralizando el proceso por un determinado período de prueba, transcurrido el cual, la acción penal se extingue». Lo anterior solo es posible debido al “poder discrecional con el que cuentan los fiscales para negociar las acusaciones [...] y solo es utilizado para delitos de menor cuantía o para delincuentes primarios”⁵³. El doble motivo por el que nace esta institución es claro: de un lado, dar una respuesta no punitiva a ciertos casos de carácter penal ya ingresados al sistema judicial con el propósito de lograr la rehabilitación resocializante de los sujetos fuera del ámbito de la justicia; y de otro desatascar el volumen de trabajo en los órganos judiciales dando una respuesta rápida que es satisfactoria al reo y al propio sistema.

Para hallar el origen de la se ha de acudir a Estados Unidos donde surgió en el año 1967 con el apoyo de la financiación estatal a este tipo de programas⁵⁴. Su intención

ss.; CASTAÑEDA PAZ, *Probation. El desafío de cambiar la mentalidad...*, pp. 17 y ss.; o GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, pp. 13 y ss.

⁵² CASTAÑEDA PAZ, *Probation. El desafío de cambiar la mentalidad...*, p. 19.

⁵³ CASTAÑEDA PAZ, *Probation. El desafío de cambiar la mentalidad...*, p. 19.

⁵⁴ HENDLER, *La suspensión a prueba en el proceso penal*, pp. 157 y ss., señala que “En sí misma esa práctica surgió como una consecuencia de las reglas consuetudinarias del *common law* que establecen,

era, como he anticipado, la de dar solución a la sobrecarga de trabajo de la Administración de Justicia a la vez que se daba una respuesta rehabilitadora efectiva a determinados tipos de delitos cometidos por delincuentes no comunes. A pesar del apoyo económico con el que contaban este tipo de prácticas, así como de los beneficios sociales pretendidos con su aplicación, a comienzos de 1970 se comenzó a hablar de «fracaso» por considerar que los programas ejecutados no lograban alcanzar los fines propuestos y porque la ejecución de los programas terminó por agravar la situación que pretendían resolver⁵⁵.

Debido a las desavenencias surgidas se intentó dar impulso a la «*diversion*» a través de una nueva figura conocida como «*diversion* formal», definida como un «mecanismo que impedía o suspendía, antes de la condena, el procedimiento formal contra un individuo con la condición de que aquél hiciera algo a cambio», porque se consideraba que el arbitrio que hasta entonces suponía la aplicación de la «*diversion*» era la que había provocado su fracaso. Creo que, en todo caso, la «*diversion*» tenía como objetivo «retirar el caso del sistema de justicia penal». El problema que se suscitó era el de determinar el momento procesal en que dicha «retirada» había de producirse para evitar reacciones contrarias a tales medidas. Bajo este contexto había una primera postura que consideraba que dicha «retirada» debía producirse lo antes posible, o lo que es lo mismo, «sin dilación». Una segunda postura, en cambio, entendía que, si bien

por un lado, la posibilidad del acusado de declararse culpable evitando el desarrollo del juicio y por otro lado, la atribución del titular de la acción de desistir de su ejercicio, atribución ésta que abarca también, por derivación lógica, la de accionar por cargos de menor gravedad”. Tal es la relación entre ambas instituciones, *probation* y *diversion*, que SÁENZ, *La suspensión del proceso a prueba...*, p. 1 y ss., hace una comparativa entre ambas señalando que la normativa actual de la generalmente conocida como *probation* en Alemania se refiere tanto a la *diversion* como a la *probation*.

⁵⁵ A este respecto apunta CASTAÑEDA PAZ, *Probation. El desafío de cambiar la mentalidad...*, p. 20, que “[...] la *diversion* en los EE.UU. fue desarrollada como un método para solucionar casos rápidamente en las etapas iniciales” añadiendo que “[...] el proceso que hemos adoptado podría no producir efectos significativos en la carga del sistema”. En todo caso, tal y como se ha señalado, la *diversion* tenía como objetivo primordial el de retirar el caso del sistema de justicia penal y, una vez conseguido dicho objetivo, lo que se pretendía era proporcionar una solución al caso concreto, lo cual se procuraba a través de un «plan de tratamiento» tendente a la rehabilitación del sujeto. De este modo la *diversion* se convirtió en Estados Unidos en un tratamiento de aplicación fuera del ámbito de la justicia penal (precisamente como consecuencia de la aplicación de ese primer objetivo de salida del caso del sistema judicial), tendente a esa finalidad rehabilitadora para quienes hubieran cometido una infracción penal. Aun así, se produjo el ya mencionado fracaso en la aplicación de la *diversion* motivada, por un lado, porque no se conseguía desatascar el sistema judicial y, por otro lado, debido al rechazo a este tipo de prácticas cuando las mismas se aplicaban a casos que ni siquiera hubieran tenido sentido en el sistema judicial debido a la falta de gravedad de los mismos que ni hubieran conllevado una condena penal. Esto así, se asume que a finales de los años 70 los programas de *diversion* fracasaron en Estados Unidos, si bien ello no supuso que este tipo de prácticas no se extrapolaran a otros territorios con resultados positivos”.

había de producirse inmediatamente, el hecho de que el procedimiento ya se hubiera dirigido contra el reo ya producía efectos negativos en éste por la actuación de los mecanismos de justicia, debido a lo cual la «retirada» era vital, pero no ya para cumplir con la *diversion* en sentido estricto, sino para cumplir el objetivo de la denominada «*diversion* formal». Una tercera postura se adelantaba a las anteriores afirmando que que era necesario adelantarse a ese momento procesal de intervención estatal evitando incluso que el propio procedimiento se iniciara.

Creo que esta última visión no forma parte o no debería formar parte de la verdadera naturaleza de la «*diversion*» como modalidad de la *probation*, sino que recoge en sí misma una versión distinta de la propia *probation*. Tal y como referenciaba en los apartados anteriores, la *probation* implicaba la comisión de una infracción penal por parte del reo y la existencia de un procedimiento penal, aun cuando posteriormente no hubiera sentencia condenatoria (ya que la concesión se adelantaba procesalmente en el tiempo suponiendo directamente la suspensión de la sanción penal aun cuando se hiciera con el correspondiente control). Sin embargo, en la «*diversion* formal», se llegaba incluso a hablar de que ni siquiera se iniciara el procedimiento penal contra el reo. Ello equivaldría adelantar, aún más si cabe, el momento procesal de actuación. Si bien algunos autores fueron contrarios a esta medida, no es menos cierto que encuentro su semejanza con el principio de oportunidad que hoy día regula el Derecho penal español al ser el Ministerio Fiscal quien, en ejercicio de dicho principio y valorando los intereses en juicio, podrá ponderar dichos intereses y no ejercer la acusación. A mi juicio, la aplicación de este principio no conlleva una falta de actuación por el Estado sino la búsqueda de otro tipo de respuestas ante las infracciones penales dejando a un lado el principio retribucionista, que no siempre es el más eficaz ante delitos de escasa entidad.

3. La codificación en el Derecho penal español.

Una vez analizados de forma sucinta los antecedentes más remotos de la condena condicional (*probation*, *conviction*, *sursis* franco-belga y *diversion*), sobre los que se asientan los sistemas europeos, procede entrar en el análisis de la influencia que dicha normativa tuvo en el Derecho penal español. Con la intención de abordar en qué medida estos referentes internacionales se fueron plasmando en el sistema jurídico-

penal español, realizaré un estudio cronológico de las diferentes normativas españolas que han regulado la inicialmente denominada «condena condicional», hoy suspensión de la pena.

Con carácter previo, me gustaría resaltar que, en todo caso, la suspensión de la pena en España, toma como referencia la *sursis* franco-belga, al regularse una condena condicional, con los matices que luego analizaré, en la que existe pronunciamiento de pena pero posteriormente su ejecución se suspende. En este análisis se estudiarán desde los orígenes más remotos como son los contenidos en los Códigos decimonónicos, en los que no había alusión alguna a esta figura, pasando por las diferentes reformas existentes hasta la promulgación del Código penal español de 1995. En este periplo legislativo haré especial referencia a las modificaciones que ha ido sufriendo esta institución y cómo la misma ha ido evolucionando en consonancia con la evolución del Estado de Derecho hasta garantizar la finalidad última de reeducación y reinserción social que hoy día garantiza la Constitución española de 1978.

Todo lo anterior se ha de hacer bajo la consideración de que el Derecho penal es una de las ramas más sensibles del ordenamiento jurídico influenciada por la variación y los cambios sociales, en la necesidad continua de adaptación de la normativa penal a las nuevas realidades sociales. Como es sabido por todos, todo cambio político influye notablemente en las Leyes penales, agravando o disminuyendo la capacidad punitiva del Estado en un intento de establecer las bases de la ideología reinante. En este contexto, como señalaba CARBONELL MATEU “el Derecho Penal se presenta como un instrumento al servicio de la política criminal y ésta es una parte de la política general del Estado lo que convierte a aquél en un instrumento político”⁵⁶.

Solo tomando como premisa tales consideraciones se puede comprender el origen de este tipo de instituciones.

⁵⁶ Alusión que realiza CARBONELL MATEU, “Reflexiones sobre el abuso del Derecho Penal...”, pp. 15 y 16. Del mismo modo LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Introducción al Derecho penal*, p. 29, después de manifestar que el Derecho penal puede ser definido desde una triple perspectiva “Derecho Penal como ciencia, Derecho Penal objetivo y Derecho Penal subjetivo”, añade que “El Derecho Penal participa específicamente protegiendo los intereses o bienes jurídicos más elementales de la vida social”, lo cual se relaciona directamente con el principio de intervención mínima del Derecho penal como base del Estado de Derecho. Detenidamente sobre esta cuestión, DÍEZ RIPOLLÉS, “El abuso del sistema penal”, pp. 1 y ss.

A. *Introducción: ausencia de precedentes en los Códigos decimonónicos.*

De forma muy sucinta, puesto que no responde a los objetivos de este trabajo, me gustaría introducir esta materia haciendo un recorrido rápido a los diferentes hitos españoles destacando que, todos ellos, tenían una cosa en común: la falta total de referencia alguna a la posibilidad de cumplimiento de las penas en libertad.

Según los historiadores el Derecho penal moderno nace en España, al igual que en el resto de Europa, a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, bajo las ideas de la Ilustración. Se consideraba mayoritariamente que el Derecho penal del Antiguo Régimen español era fragmentario, cruel y poco definido y que necesitaba un nuevo escenario penal en el que las Leyes penales fueran más acordes a los cambios que la sociedad iba experimentando. En esa época seguían en vigor en España La Novísima Recopilación, Los Fueros y Las Partidas, como referencias a tomar por los tribunales para resolver los conflictos. No obstante los historiadores critican a los tribunales alegando que, en la práctica, hacían gala de arbitrariedad al no ceñirse a los textos escritos. Ello generaba una enorme inseguridad jurídica que ahondaba en las diferentes clases sociales y provocaba malestar general.

Este escenario comienza a evolucionar decididamente con la Constitución de Cádiz de 1812 que cambia el denominado «sistema arbitrario» existente hasta ese momento y dispone que los Códigos civil, criminal y de comercio fueran únicos en todo el Reino. Sin embargo pasaron años hasta que se publicó el primer Código penal español, el de 1822 y, con él, una nueva etapa en la evolución del Derecho penal histórico español.

Precisamente en este contexto es en el que se debe ubicar la ausencia de precedentes que regularan la institución de la condena condicional, hoy suspensión de la pena, desconocida en este ámbito, en consonancia con la propia falta de Códigos escritos que regularan la sociedad española. Si bien este primer Código penal español contenía una detenida previsión de las penas, no se valoraba en ningún momento el aspecto resocializador de las mismas, de ahí la falta absoluta de mención a esta forma alternativa al cumplimiento de las penas.

Al igual que el Código penal de 1822, los otros dos Códigos penales posteriores, el de 1848 -con las reformas realizadas en 1850- y el de 1870, tampoco contenían

alusión alguna a esta figura. No obstante, creo que era lógica esa falta de regulación, toda vez que las Leyes belga y francesa de 1888 y 1891 respectivamente, aun no se habían dictado y España solo tomó referencia de esas Leyes para su configuración legal, evidentemente, una vez dictadas.

Para entender la falta de regulación de la «condena condicional» en España hasta la Ley de condena condicional de 1908, creo que es imprescindible dar una serie de notas. Comenzando por el primero de ellos, esto es, por el Código penal de 8 de junio de 1822, merece reseñar que tuvo una vigencia muy breve y que se basaba en las doctrinas de la Ilustración, particularmente en las de BENTHAM y BECCARIA y por ende de la Escuela clásica, conforme a las cuales se establecía el principio de legalidad de los delitos y las penas y, en muchos aspectos, fue seguido por los Códigos posteriores. Sin embargo, en ningún momento se planteó la inclusión de las formas alternativas al cumplimiento de las penas. Quizás esa ausencia fuera debida al profundo arraigo todavía existente del Antiguo Régimen donde se sancionaba al reo por la comisión de infracciones penales sin tener en cuenta o sin entrar a valorar el derecho a la segunda oportunidad o la posibilidad de reeducación o reinserción social. Creo que en esta época se estaba más pendiente de dar una apariencia de «buen Estado» con sus estrictas Leyes que de buscar finalidades a la pena impuesta. Por ello se llega a decir que entre este primer Código de 1822 y el Código de 1848, hubo un largo período donde lucharon las ideas del Antiguo Régimen con las reformistas aportadas por la filosofía de la Ilustración.

Dada la situación social, política y económica existente en esa época con la nueva reacción absolutista se restablece el Derecho penal del Antiguo Régimen, que sólo desaparece definitivamente cuando, después de algunos Proyectos fallidos, la Comisión General de Códigos redacta el Proyecto que se acaba convirtiendo en el Código Penal de 19 de marzo de 1848. Se dice de este segundo Código que estaba más depurado que el anterior y que estaba realizado de forma más reposada y en tiempos de mejor técnica, por lo que se le atribuye un carácter más sistemático y de superior estilo. Aun así, como decía, se le reconoce que está basado en el Código de 1822 y, como tal, tampoco se planteó la necesidad de buscar una figura alternativa al cumplimiento de las penas.

La reforma posterior que sufrió, apenas dos años después, en 1850, supuso un mayor endurecimiento prescindiendo del principio de la legalidad de las penas, lo cual constituye un caso único en la codificación española. Consecuente a ese endurecimiento de las penas, parece obvio que ni se planteara la posibilidad de introducir la figura de la condena condicional en el sistema. Los Códigos penales españoles se inspiraban en los Códigos europeos y como éstos carecían de referencia alguna a dicha institución, esta misma configuración se mantuvo en España hasta el Código penal de 1928 (sin perjuicio de la Ley de 1908 que fue la primera regulación).

Avanzando en esta evolución, el Código penal de 1870 pretendía adaptar el texto de 1850 a las exigencias de la Constitución española de 1869, surgidas de la Revolución liberal de 1868. Aunque se tramitó con carácter de urgencia y entró en vigor de forma provisional, mientras las Cortes elaboraban un texto definitivo, tuvo en realidad una larga vigencia que, salvo el intervalo del Código de 1928, se prolongó hasta el Código de 1932. En el momento de publicarse este Código penal de 1870, como adelantaba, aun no se habían dictado las Leyes belga y francesa que recogían la *probation* y la «condena condicional», por lo que, aun cuando fuera, junto con los otros Códigos españoles, de especial importancia (no solo en el momento histórico en el que se publicaron sino como base del Derecho penal español), no regulaban de ninguna forma la posibilidad de un cumplimiento en libertad de las penas.

El escenario cambio ya entrado en el siglo XIX, con la primera Ley española que reguló la institución en 1908. Ya publicadas las Leyes belga y francesa de 1888 y de 1891 respetivamente, su influencia en los diferentes países no pasó desapercibida para España, que igualmente la introdujo en su sistema legal bajo la denominación de «condena condicional».

B. La primera propuesta: Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908.

La primera Ley penal española que introdujo la entonces denominada «condena condicional» fue la Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908 publicada en la Gaceta de Madrid el 19 de marzo de ese mismo año y desarrollada por el Real Decreto de 23 de marzo de 1908. En los años anteriores a dicha promulgación, se habían

acentuado en España las denuncias acerca de la pena de prisión debido a los efectos desocializadores de su cumplimiento y en la necesidad de buscar otras vías alternativas a las penas⁵⁷. Junto a ello se aludía al carácter “deplorable, bochornoso y abrumador de las cárceles españolas”⁵⁸, que no hacía sino fomentar la necesidad de buscar una solución a tal situación. En este escenario no debe olvidarse que otro de los elementos clave de la configuración inicial de la condena condicional era que la población penitenciaria excedía considerablemente de la capacidad del sistema. Lo anterior dificultaba la posibilidad de llevar a cabo la finalidad perseguida por el legislador que no era otra que la de reinserción del reo⁵⁹.

Según considera la doctrina se introdujo la «condena condicional» en el sistema español por imitación de las legislaciones belga y francesa⁶⁰. Consecuentemente, me gustaría indicar que todo lo dicho hasta ahora sobre la *probation* y la *sursis* franco-belga se debe tener en cuenta al hablar de esta «condena condicional» en España. Dicho lo anterior, nace esta figura en «representación de un perdón que obraba mientras la condición suspensiva persistía y que se ofrecía al delincuente que había infringido la Ley ocasionalmente y que producía efectos beneficiosos para el reo»⁶¹. Ello suponía que

⁵⁷ Esa necesidad de buscar una alternativa al cumplimiento de las penas de prisión se plasma en las obras de MUÑOZ CONDE, “La resocialización del delincuente...”, pp. 73 y ss.; y del mismo autor “La prisión en el Estado social y democrático...”, pp. 165 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, “El sistema penitenciario...”, pp. 19 y ss.; y del mismo autor “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad...”, p. 125; DE LA MATA BARRANCO y HERNÁNDEZ DÍAZ, “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad...”, p. 2; o MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 101 y ss., entre otras.

⁵⁸ En la intervención que realizó el Fiscal del Tribunal Supremo RUIZ VALARIANO ante el Congreso de los Diputados en la Sesión de 21 de febrero de 1908 tal y como recoge la Gaceta de Madrid señaló que “[...] la falta de edificios apropiados; muchos en completa ruina; forzoso sistema de aglomeración, por no permitir otra la distribución interna de aquellos locales; en contacto continuo los niños con los adultos; los que delinquen por primera vez con los criminales avezados del delito y unos y otros en perpetua ociosidad; sin aire que respirar; sin ropas con que cubrirse ni abrigarse; mal alimentados, entregados en fin, a sí mismos en un régimen de corrupción que les envenena en cuerpo y el alma”.

⁵⁹ Sobre esta cuestión se pronuncia DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad...”, p. 125, cuando señala que “[...] la población interna excede ampliamente la capacidad del sistema y, si no lo impide, dificulta muy mucho la implementación de cualquier política penitenciaria racional que vaya más allá de la mera contención o almacenamiento de los presos”. Esta situación como él mismo decía conllevaba que “fuera difícil la implantación de cualquier sistema penitenciario de reeducación y reinserción”.

⁶⁰ En palabras de CAMARASA ECHARTE, *La Condena condicional...*, p. 64, “Aunque no pueda presentarse nuestra patria como modelo de nación que se preocupe en seguir las nuevas orientaciones del régimen penitenciario [...] no desconocía los favorables resultados de la Condena Condicional en Europa”.

⁶¹ No se debe olvidar, como así lo reflejaba GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, p. 25, que la condena condicional representa “[...] como discretamente recordaba el autor del Proyecto de ley Sr.

se le abría un plazo de prueba durante el cual el sujeto no cometería nuevo delito al estar sometido al temor de la pena aplazada. De hecho se calificaba a la «condena condicional» como una «medida de clemencia o manifestación de un perdón», hasta tal punto que son los tribunales de justicia quienes tienen que justificar la valía o inconveniencia de la «condena condicional» en el caso concreto que se le plantea.

Tal y como se ha adelantado anteriormente, a pesar de que los Códigos penales españoles de 1822, de 1848 y de 1870 pretendieron dar una detallada regulación de los tipos penales así como de las penas, como decía, en ningún momento se plantearon la necesidad de buscar una alternativa a su efectivo cumplimiento. Creo que ello era debido a que el legislador no consideraba que el cumplimiento de la pena en libertad fuera verdadero cumplimiento⁶². Afortunadamente, esta perspectiva cambió con la Ley de 1908 que introdujo la «condena condicional» en España por primera vez.

No obstante lo anterior, hubo detractores de la regulación contenida en esta Ley por considerar que tenía más de finalidad económica y penitenciaria que de carácter social o rehabilitadora. Frente a tales manifestaciones, si bien es cierto que este tipo de institución favorecía la disminución de los delincuentes en los establecimientos penitenciarios, con el consecuente ahorro económico que ello suponía, creo que no hubiera podido mantenerse única y exclusivamente atendiendo a tal consideración. A mi juicio, los motivos sociales de rehabilitación y de reinserción social, hoy ya consagrados constitucionalmente, fueron la base de su regulación inicial y son los que, junto con el resto de finalidades, se tuvieron en cuenta para su consagración, lo que se ha mantenido hasta la regulación actual⁶³.

Marqués de Figueroa -Diario de las sesiones del Congreso número 154- la evolución progresista de las nuevas ideas sobre el carácter correccional de la pena, sustitutivo de aquella vindicta pública que era el alma y vida de la función represiva del antiguo Derecho; fructuosa concepción de la Ciencia penitenciaria, preparada y laborada en los Congresos de la Unión internacional y que atribuye a la pena un carácter sustancialmente ético, inspirado en los principios dictados de la justicia”. Añadía que “[...] la condena condicional integra una idea más elevada sobre la misión educativa y disciplinaria de los Tribunales de justicia, porque sus fallos no deben ser en la realidad de las cosas, mecánica aplicación de la sanción de la ley al hecho delictivo, entendiendo terminada su labor justiciera al dictar la sentencia que pone fin al juicio criminal”.

⁶² Criticando que no se hubiera regulado con anterioridad en España, CAMARASA ECHARTE, *La Condena condicional...*, p. 64, señala que “Al estudiar la naturaleza de la, pena algunos publicistas, especialmente los pertenecientes a la Escuela correccional, mencionaban esta reforma con frases de elogio y lamentando que no fuera ya un hecho en España”.

⁶³ Hoy en día, como indica DE LA MATA BARRANCO y HERNÁNDEZ DÍAZ, “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad...”, p. 2, “Es una figura hoy apenas cuestionada, cuyos efectos

Junto a las críticas a esta nueva figura, como es lógico y entendible frente a cualquier nueva normativa, también hubo debate acerca de la naturaleza jurídica de la institución. Había quienes consideraban la «condena condicional» como una «pena» frente a quienes le daban la categoría de «medida de seguridad»; e incluso quienes no aceptaban ninguna de estas dos posturas y lo consideraban como una especie de «causa de extinción del delito por el que no se exigía el cumplimiento de la pena al delincuente que lo había cometido». Creo que todas estas posturas han quedado hoy desfasadas pero, reitero, son entendibles en el contexto social en el que se publicó esta Ley de condena condicional.

Hoy día, autores como MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ señalan que “la finalidad que persigue esta institución es facilitar la resocialización del autor del delito para lo cual debe empezarse por dar alternativas a la privación de libertad y, cuando ésta sea inevitable, una ejecución humana que permite la dignidad del recluso y dificulta la desocialización que suele producirse en el medio carcelario”⁶⁴. Se reconoce por primera vez a la «condena condicional», no como una «pena» o una «medida de seguridad» como indica anteriormente, sino como una «figura alternativa al cumplimiento de las penas que beneficia al reo siempre que se cumplan con los requisitos legalmente establecidos»; requisitos que se recogían en el artículo 2 de esta Ley que luego analizaré.

Debido a esa sociedad dividida entre detractores y defensores de la «condena condicional» en España, hasta la promulgación de la Ley de 1908 tuvieron que darse diferentes sesiones parlamentarias y muchos intentos fallidos previos. Entre ellos destaca, por su importancia, el debate de la Ley de presupuestos de Villaverde de 1899, en el que SEGISMUNDO MORET recomendaba ya, en ese momento, la inclusión de la «condena condicional»⁶⁵; hasta los Proyectos propiamente dichos del Ministro

positivos de cara a no empeorar la reintegración social del condenado ya prácticamente nadie discute y su fundamento o razón de ser son básicos para resolver los problemas de índole práctica que su aplicación puede conllevar”.

⁶⁴ MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ, *Manual práctico sobre ejecución penal...*, p. 32. Este espíritu es el mismo que se sigue manteniendo en el Código penal de 1995 y que se basa en la finalidad de reeducación y inserción social que consagra la Constitución española de 1978.

⁶⁵ Sobre este Proyecto, CAMARASA ECHARTE, *La Condena condicional...*, p. 64, apuntaba que “La idea de aportar a nuestra legislación la remisión condicional de la pena ganó terreno y en la sesión celebrada el día 29 de Noviembre de 1899 en el Congreso de los Diputados, al discutirse el presupuesto de Gracia y Justicia, el señor Moret a la vez que combatía las reducciones de gastos por considerarlas inaceptables, propuso al Congreso la implantación de la Condena Condicional, citando a la Cámara la ley

TORREANAZ, quien, en la sesión del Congreso de los Diputados de 8 de enero de 1900 leyó un Proyecto de suspensión de penas⁶⁶; pasando por los Proyectos de MONTILLA y ADÁN de 1902; el Proyecto de Ley de reforma del Código penal de UGARTE y PAGES de 1905; o el Proyecto de Ley sobre condena condicional de ARMADA LOSADA⁶⁷.

No obstante, a pesar de estos intentos, se dice que el Proyecto que mayor influencia tuvo fue el de TORREANAZ que se basaba en su redacción en la *sursis* franco-belga. Sobre esta cuestión tuvo ocasión de pronunciarse VALMAÑA OCHAÍATA al señalar que “el sistema mantenido por nuestro derecho positivo sigue en lo fundamental las ideas y rasgos esenciales de la primitiva concepción, especialmente franco-belga del *sursis*, si bien no con el condicionamiento de la condena existente en todos los derechos. Pero supone, ante todo, la supresión de la ejecución de la pena, no propiamente del pronunciamiento de la condena”⁶⁸. Es reseñable que, a pesar de estos

francesa de 26 de Marzo de 1891 y exponiendo elocuentemente las ventajas que tal reforma, juntamente con una mejor regularización de la prisión preventiva, traería consigo”. Finalmente este Proyecto no vio la luz a pesar de los intentos.

⁶⁶ Detenidamente sobre esta cuestión se pronuncia CASTEJÓN MARTÍNEZ DE ARIZALA, *La legislación penitenciaria española*, p. 165.

⁶⁷ El entonces Ministro de Gracia y Justicia ARMADA LOSADA, con ocasión del Proyecto de Ley publicado en la Gaceta de Madrid el 2 de noviembre de 1907, que derivaría en la posterior Ley de condena condicional de 1908 decía que “Ya anterior Ministro de Justicia, con iniciativa feliz, presentó a las Cortes proyecto de ley que establecía la condena condicional, institución incorporada a la legislación y a la vida de otros pueblos. La falta de eficacia que ofrecen para la corrección las penas que privan de libertad por corto período de tiempo es el fundamento de esta reforma, que en nuestro país aconseja también la condición deficiente de los establecimientos en que condenas se cumplen”.

Continuaba diciendo que “La condena condicional brinda al que cayó ocasionalmente, al que cedió a movimientos pasionales, con remisión en la aplicación de la pena, puesto que se hace depender éste de la conducta ulterior, con lo que se convierte en garantía social lo que es individual beneficio”.

Pero se recordaba en todo caso el espíritu de la *sursis* al especificarse en el Preámbulo del Proyecto de Ley que “No se borra el delito, no se extingue la responsabilidad; es una parcial remisión, perdón que autoriza la ley, y que en tanto obra en cuanto la condición suspensiva subsiste. Reaparecerá, pues, la aplicación de condena pronto como cese de obrar eficazmente su temor; si el condenado volviera en cualquier grado o forma a serlo, la condena anterior se aplica, además de la nueva. Cuantas consideraciones tienen que pesar constantemente sobre el ánimo del que disfruta de libertad condicional constitúyenle en situación de deudor por beneficio muy señalado, y es de esperar que ello pese más que los lazos materiales, que, sujetando el cuerpo, apenas a veces obran; otras obran maléficamente sobre el espíritu”.

Finalizaba acotando a qué tipo de penas era aplicable este beneficio pero con vocación de su ampliación al prever que “La propuesta que ofrecemos con carácter de ensayo se refiere sólo a los casos de arresto mayor y prisión subsidiaria, y limitamos el alcance en interés del éxito de la reforma, que bien quisiéramos fuera tal que después pudiera ampliarse a la correccional en su grado mínimo”.

⁶⁸ Véase, por todos, VALMAÑA OCHAÍTA, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma...*, pp. 71 y 72. De igual modo, CAMARASA ECHARTE, *La Condena condicional...*, pp. 64 y ss.

Proyectos, la nueva normativa sobre la «condena condicional» no se introdujera en el Código penal vigente hasta este momento (que no era otro que el Código penal de 1870), sino que se creó una Ley penal independiente (la Ley de condena condicional de 1908), que es la base de la configuración actual de la suspensión de la ejecución de la pena en el Derecho penal español.

Como decía, la institución de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad fue introducida por primera vez en el Derecho penal español con la denominación de «condena condicional» en esta Ley de 17 de marzo de 1908⁶⁹, cuyo artículo 1 recogía la base de referencia de la aplicación el beneficio penal. Dicho artículo disponía que:

Art. 1. “Se confiere a los Tribunales ordinarios la atribución de otorgar motivadamente por sí, o aplicar por ministerio de la ley, la condena condicional que deja en suspenso la aplicación de la pena impuesta.

El plazo de esta suspensión será de tres a seis años, que fijarán los Tribunales, atendidas las circunstancias del hecho y la extensión de la pena impuesta”.

Se observa que en su primer artículo ya se recogía que los tribunales ordinarios⁷⁰, con carácter facultativo, pero siempre de forma motivada, podían dejar en suspenso la ejecución de la pena siempre que concurrieran los requisitos que se

⁶⁹ CAMARASA ECHARTE, *La Condena condicional...*, p. 65, apuntaba que “El Proyecto de Ley que derivó definitivamente en esta Ley de 1908 se pronunciaba en los siguientes términos «Proyecto de ley facultando a los Tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leve en beneficio de los que han delinquido por primera vez»”.

⁷⁰ El legislador de 1908, transcribiendo en este como en otros extremos el texto de su predecesor, el Conde de TORREANAZ (que a su vez, se había inspirado en la Ley francesa de 1891), opta por sustraer a los efectos de la suspensión, las penas impuestas en sentencias pronunciadas por tribunales militares. Habrá que esperar dos años más tarde hasta que la Ley de 31 de julio de 1910, hiciera extensiva a los tribunales militares (y concretamente a los de guerra y marina), la facultad que esta Ley de 1908 otorgaba con carácter exclusivo a la jurisdicción ordinaria. Muchos autores de la época no entendían por qué se regulaba la suspensión de la pena para las sentencias impuestas por tribunales ordinarios mientras se vetaba dicha posibilidad a los tribunales militares. Con acierto o error, lo que está claro es que esta posibilidad se incluyó, como decía, en 1910. Criticando esta limitación inicial se pronunciaba GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, p. 27, al señalar que “[...] nada hay realmente que abone la limitación de ser aplicado el beneficio de la suspensión de la condena a los reos sometidos a los Tribunales ordinarios, privando de él a quienes no tratándose se delitos esencialmente militares, sean juzgados ante las jurisdicciones privativas de Guerra y Marina. La extensión otorgada a tales jurisdicciones contra los principios hoy dominantes en ese aspecto de la Ciencia procesal, el venir en razón al fuero personas sujetos a dichas jurisdicciones, no solo los aforados responsables de delitos comunes, sino también los no aforados por razón del lugar, justificaría la adaptación de la Condena condicional al os delitos no militares y así se ha hecho con buen acierto en el Código belga de Procedimientos [...]”.

contemplaban en el artículo 2 de la misma Ley. De forma que, al igual que sucede en la regulación española actual, se debían de cumplir una serie de requisitos para que se pudiera aplicar la condena condicional. Lo relevante desde esta primera regulación es que se preveía, junto con la condena condicional como facultad que se otorgaba por los tribunales de justicia (siempre que concurrieran una serie de requisitos), conocida como «condena condicional *ex arbitrio*», otro tipo de condena condicional que podría definirse como «condena condicional *ex necessitate legis* o automática» (se trata del supuesto recogido en el artículo 5 de la Ley que posteriormente analizaré).

Centrándome en este primer artículo contemplaba que, aun concurriendo los requisitos del artículo 2 que luego se señalará, el juez competente era el que de forma motivada resolvía sobre la concesión de la condena condicional durante un plazo de tiempo (plazo de suspensión) que no bajara de los tres ni excediera de los seis años⁷¹. Esta potestad, en todo caso, no podía entenderse como discrecional, ya que siempre debía estar motivada como el propio artículo lo recogía. Sobre la necesidad de especial motivación de las resoluciones judiciales y, en concreto, de las resoluciones que se pronuncian sobre la suspensión de la pena me remito a lo que se dirá en el apartado correspondiente.

Sentado lo anterior y siguiendo a GONZÁLEZ DEL ALBA, quien valora en la actualidad dicha normativa de 1908 ha de decirse que “la institución, por lo tanto, de la Condena condicional y su advenimiento al cuadro de nuestras ordenaciones jurídicas, no integra en modo alguno la impunidad caprichosa enervante de la saludable acción de la pena, tanto para la persona del delincuente, que con ella restaura las energías de su voluntad debilitada y culpable, cuanto para la salud del cuerpo social, que merced a la represión, reafirma su tranquilidad jurídica, ni, finalmente, es la suspensión del castigo a modo de indulto sistemáticamente aplicado al transgresor violento de la ley”⁷². En igual sentido apuntaba en su día MAQUEDA ABREU al señalar que “si la pretensión de la

⁷¹ Sobre la extensión del plazo de suspensión, ver MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, p. 152, que señala que “El período demasiado largo y rígido que había previsto el proyecto TORREANAZ de 1900 para declarar la remisión definitiva de la pena cuyo cumplimiento efectivo (en prisión) se suspendía, fue paulatinamente haciéndose más breve y flexible en los sucesivos proyectos [...] hasta que quedó finalmente establecido por Ley entre 3 y 6 años de duración”. Este plazo de suspensión que entre un mínimo y un máximo, permitía mayores posibilidades de individualización en atención al hecho y a su autor, motivo por el que fue bien acogido por la doctrina. De igual forma se pronuncia GONZÁLEZ DEL ALBA, *La condena condicional...*, p. 30; o YAÑEZ ROMÁN, “La condena condicional en España”, pp. 325 y ss.

⁷² Un mayor estudio se realiza por GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, pp. 24 y 25.

Ley de 1908 era, según su promotor, la de abrir camino al principio de la condena condicional dejando a venideras reformas el meritorio de desarrollarlo, hay que reconocer que la realidad legislativa de nuestro país ha compensado con creces la modestia de aquella declaración al haber conservado durante años, con leves retoques solo a veces trascendentes, no ya únicamente la letra sino sobre todo el espíritu que había informado aquel remoto y no menos arcaico texto legal, hasta un punto en que uno puede invocarse y, en muchos casos, su valor como fuente de interpretación de la normativa vigente”⁷³.

Bajo mi punto de vista, es sumamente destacable que desde este primer referente legal de la condena condicional española ya se confería a los tribunales de justicia ordinarios la facultad de suspender la pena, siempre que concurrieran una serie de requisitos. No obstante, la inclusión de esa otra forma de condena condicional, de carácter automático, hacía desaparecer el carácter facultativo que siempre había tenido (y tiene en la actualidad) esta figura.

Volviendo sobre la «condena condicional *ex arbitrio*» incluso hay quienes vieron en esa redacción una forma de conceder a los jueces y magistrados un derecho de gracia encubierto. Nada más lejos de la realidad, si se entiende que esa facultad que se otorga no es sino consecuencia del ejercicio de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁷⁴. A pesar de lo anterior, hay que tener en cuenta que en el momento de la publicación de esta Ley de 1908, evidentemente, la sociedad a la que iba dirigida no es la misma que la sociedad actual ni existía el sistema actual en el que dicha función jurisdiccional tiene rango constitucional con la Constitución española de 1978. Pero ya desde entonces la primera clase de condena condicional, como parte de su naturaleza, se reguló concediendo la facultad decisoria a los jueces.

Como se ha señalado, el artículo 2 de esta Ley recogía los requisitos para la concesión de la suspensión de la pena al disponer que:

⁷³ Por todos MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, p. 87.

⁷⁴ Sobre este aspecto, GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, p. 25, sostiene que “La institución [...] no integra en modo alguno la impunidad caprichosa enervante de la saludable acción de la pena [...] ni es la suspensión del castigo a modo de insulto [...]. Representa por el contrario [...] la evolución progresista de las nuevas ideas sobre el carácter correccional de la pena, sustitutiva de aquella *vindicta* pública que era el alma y vida de la función represiva en el antiguo derecho; fructuosa concepción de la ciencia penitenciaria, preparada y elaborada en los Congresos de la Unión Internacional y que atribuye a la pena un carácter sustancialmente ético, inspirado en los dictados de la justicia”.

Art. 2. “Serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena:

Primera. Que el reo haya delinuido por primera vez;

Segunda. Que no haya sido declarado en rebeldía;

Tercera. Que la pena consista en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año, ya esté impuesta como principal del delito o como subsidiaria por insolvencia, en caso de multa.

En los casos comprendidos en los tres números anteriores, los Tribunales podrán aplicar o no lo condena condicional, según lo estimen procedente, atendiendo para ella a la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de todas clases que concurren en su ejecución”.

Como no podía ser de otro modo el primer requisito era el tan célebre hoy día (pero que era nuevo en el momento de su redacción) de primariedad delictiva en cuanto a que era necesario que «el reo hubiera delinuido por primera vez». Tal y como señala MAQUEDA ABREU “siendo la suspensión condicional un recurso ideado para evitar la corrupción en prisión de ciudadanos honrados que ocasionalmente hubieren caído en las mallas del Código penal [...] era de esperar que una exigencia básica para su aplicación fuera precisamente esa condición de primariedad en el delito que el legislador de 1908 y en general, el legislador europeo requería para sus beneficiarios”⁷⁵. Era (y es) un concepto básico. No obstante ya desde su redacción inicial existieron diferentes dudas acerca de qué habría de interpretarse con la expresión «delinuido por primera vez».

En ese momento, dentro de la clásica clasificación entre delitos y faltas como tipos de infracciones penales a cometer, se llegó a la conclusión de que la condena por la comisión de una falta anterior no era óbice para aplicar la condena condicional por la comisión de un delito posterior⁷⁶. Se decía que el espíritu de la Ley y que, por lo tanto, la voluntad del legislador, solo se refería a la existencia de antecedentes penales por

⁷⁵ Analizando este principio de primariedad delictiva, MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, pp. 91 y 92.

⁷⁶ Así lo consideraban entre otros GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, p. 31, al disponer “La Condena condicional solo es aplicable a los delitos, porque la Ley, separándose del llamado tipo Norteamericano, no la hace extensiva a las faltas”. Añade que “A nuestro entender la ley sobre condenas en suspenso, ni puede ni debe comprender, dentro de su especial estructura, otras infracciones que las calificadas como delito”. Se trataba por tanto de una diferencia esencial frente a la Ley belga de 31 de Mayo de 1888 tal y como comentaba CAMARASA ECHARTE, *La Condena condicional...*, p. 25, que al hablar de *delito* o *crimen* lo hacía de forma extensiva a las faltas. Por ello, entiendo más favorable al reo esta regulación basada en la escasa peligrosidad criminal de las faltas.

delitos y no por faltas⁷⁷. Si bien éste era el sentir general de la mayoría de la doctrina, el cual comparto como no podía ser de otro modo al ser en todo caso esta interpretación más beneficiosa para el reo, no es menos cierto que hubo quienes entendieron que el concepto de primariedad delictiva debía traducirse formalmente como en «la carencia de toda condena anterior», lo cual era en sí mismo incompatible con la condena por faltas⁷⁸.

El segundo de los requisitos que disponía ese artículo 2 de la Ley de 1908, era el de que el reo «no hubiera sido declarado en rebeldía». Este requisito no se recogía en ninguno de los Proyectos a los que aludía anteriormente pero se introdujo como requisito en la redacción literal de la referida Ley, manteniéndose en vigor en los Códigos posteriores hasta la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal de 1983. Nuevamente, tal y como sucedió con el concepto de primariedad delictiva expuesto, la necesidad de que el reo «no hubiera sido declarado en rebeldía» también fue objeto de diferentes interpretaciones. Hoy en día sigue existiendo un debate abierto al respecto. Como apunta QUINTANO RIPOLLÉS esta condición “era de dudosa exégesis, por haber sido debida a una mala interpretación del modelo francés, país en que existe la condena en rebeldía, desconocida en el procedimiento español”⁷⁹. En idéntico sentido lo consideraba PUIG PEÑA al señalar que “hace mérito a no ser aplicable la condena condicional cuando después de haberse dictado Sentencia, se declare la rebeldía del reo, situación procesalmente imposible en nuestro Derecho”⁸⁰. La doctrina consideraba que no era posible la condena condicional en rebeldía.

No obstante, creo que estas interpretaciones parten de un error de base: realizan una interpretación literal del precepto cuando no debiera ser así. Si bien pudiera tener su lógica que una persona que se hubiera abstraído del sistema penal que le juzga, no pueda posteriormente verse beneficiado de las consecuencias favorables de la condena

⁷⁷ Se ha de recordar que, en la normativa actual del Código penal español, las faltas han desaparecido fruto de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código penal, pasando a existir otro tipo de infracción penal calificada como delitos leves. Por ello hoy día esa discusión sobre si la suspensión de la pena se refiere solo a delitos o si también incluye las faltas, ha quedado superada.

⁷⁸ Autores actuales, como QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal I*, p. 470, siguen manteniendo esta teoría, al señalar que “[...] antecedentes los producen también las faltas, sin que ello influya en el hecho de que con frecuencia éstos quedan sin anotar en la hoja que se expide por el Registro Central de Penales”.

⁷⁹ Así lo considera QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p. 432.

⁸⁰ Por todos, PUIG PEÑA, *Derecho Penal...*, p. 740.

condicional, a mi juicio, la redacción de la Ley de 1908 cuando exigía que el reo «no haya sido declarado el rebeldía» tenía más bien relación con el hecho de no desconocer el domicilio o paradero del reo que con una rebeldía en sentido técnico-jurídico. Entiendo que es así porque la referida Ley hace continuamente alusiones al lugar de residencia del reo como elemento esencial para garantizar la vigilancia del cumplimiento de la suspensión de la pena que se le hubiera concedido. Precisamente, acorde a esta interpretación, se permitía al reo impugnar esa declaración de rebeldía⁸¹. En todo caso, como decía, a pesar de que este requisito se introdujo en el Código penal de 1928 y en los sucesivos Códigos penales españoles, se derogó por la L.O. 8/1983, de 25 de junio, de modificación del Texto refundido de 1973, al considerarse que esa declaración de rebeldía no podía ser causa que impidiera al reo beneficiarse de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. En consecuencia, el Código penal español de 1995 ya no introdujo este requisito en su articulado.

El último de los requisitos que consagraba la Ley de 1908 era que «la pena a suspender consistiera en privación de libertad, cuya duración no excediera de un año, ya estuviera impuesta como principal del delito o como subsidiaria por insolvencia, en caso de multa». Existía en este tercer requisito una limitación clara a la posibilidad de aplicar la condena condicional, ya que la dicción del artículo es taxativa al disponer que debiera tratarse de «penas privativas de libertad no superiores a un año de duración»⁸². Pero la propia configuración del precepto dio entrada a que la pena de multa, de carácter eminentemente pecuniario, pudiera ser suspendida cuando, ante un incumplimiento, se acordara su transformación en pena privativa de libertad. Esta configuración supuso una

⁸¹ Así en el caso de que una persona fuera declarada en situación de rebeldía procesal, como esta situación era impedimento para poder acceder a la suspensión de la pena podía, como digo, podía impugnar dicha declaración de rebeldía, si la misma no se hubiere dado por causas imputables a él mismo. Con este mecanismo se solucionaban los problemas suscitados en los casos en los que no se trataba de una acción del reo tendente a ocultarse o huir de la justicia, sino que su declaración de rebeldía lo era por causas ajenas a su voluntad.

⁸² Sobre esta cuestión creo que es igualmente destacable que en el Proyecto de TORREANAZ se ponía como límite una pena de dos años y cuatro meses de duración mientras que en el Proyecto de ARMADA y LOSADA se fijaba un límite de seis meses. No obstante esta configuración fue modificada por la Comisión del Congreso elevando finalmente la cuantía a un año (el doble de lo que se pretendía en el Proyecto pero mucho menos de lo que en el Proyecto inicial de TORREANAZ se contemplaba). Es reseñable esta regulación final que se adoptó por cuanto, en casi todas las Leyes extranjeras la condena condicional se aplicaba únicamente a las penas cuya duración no excediera de seis meses. Frente a esta regulación en otros países se fijaban otros plazos, en algunos casos inferiores a los de España tales como Bélgica que en 1888 lo fijaba en seis meses o la República Federal Alemana que en 1953 lo establecía en nueve meses; y en otros casos por un plazo más elevado como era el caso de Francia y Portugal con sus Leyes de 1891 y 1893 respectivamente que lo fijaban en cinco años; o bien Argentina en 1922, Noruega en 1902 o Italia en 1904 que lo fijaban en dos años.

novedad introducida en el sistema español frente a la *sursis* franco-belga, ya que en esta última se permitía también la suspensión de la pena para las penas de multa cuando las mismas fueran impuestas como pena principal. Sin embargo, el legislador español no optó por esta vía, permitiendo la suspensión de la pena de multa solo cuando la misma hubiera sido transformada en pena privativa de libertad ante el impago de la misma⁸³.

Se reitera en este artículo 2 el carácter facultativo y no preceptivo de la figura de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, siendo los tribunales de justicia los que debían tener en cuenta una serie de criterios recogidos expresamente en la dicción literal del artículo. Tales criterios eran los referidos a la «edad, a los antecedentes del reo así como a la naturaleza jurídica». Junto a éstos expresamente recogidos se regulaba una alusión general a otros criterios al fijar cualesquiera «circunstancias de todas clases que concurran en su ejecución». Ello suponía que, necesariamente, los órganos judiciales de la época, debían de atenerse a todas las circunstancias concretas del caso concreto; esto es, debían valorar caso por caso la posibilidad de conceder o no la condena condicional, al igual que sucede hoy día. En definitiva, poco se apartaba esta configuración inicial de la regulación actual, en la que si bien la dicción literal de los preceptos es diferente, siempre se han de tener en cuenta las circunstancias del caso concreto y las propias del autor para poder resolver de manera justa y eficaz.

Junto a estos dos artículos iniciales que configuraban las bases de la condena condicional en la España de 1908, los artículos 3 y 4 de esta Ley recogían lo que genéricamente se denominaba como las «exclusiones» al regular supuestos que quedaban fuera, en todo caso, de la aplicación de la condena condicional, motivadas por la naturaleza de los delitos cometidos. En el caso del artículo 3 se refería a las «exclusiones generales»⁸⁴ mientras que el artículo 4 regulaba lo que se denominaba las «exclusiones particulares»⁸⁵.

⁸³ Apoyando esta postura hubo autores como GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, pp. 31 y ss., que indica que “[...] nada puede alegarse en pro de la extensión de este beneficio a las penas pecuniarias; el fin de la condena condicional es simplemente evitar el contagio de los que aún conservan un fondo de moralidad; en la prisión la pierden, el ejemplo de otros delincuentes más depravados les pervierte. Este razonamiento no es aplicable a la pena de multa, pero sí a la prisión que le sustituye en caso de incumplimiento”.

⁸⁴ Hasta seis exclusiones contenía el artículo 3 de la Ley de 1908 correspondiente a otras tantas categorías de delitos que aparecían, por ministerio de la ley, excluidos de los efectos legales de la suspensión de la pena. Todos ellos, debido a su gravedad, quedaban excluidos de la posibilidad de verse beneficiados de la

suspensión de la pena, aun cuando estuvieren condenados por primera vez a una pena privativa de libertad no superior a un año y no hubieran sido declarados en situación de rebeldía procesal. Dicho precepto disponía que:

Art. 3. “Quedan exceptuados de la suspensión de condena los autores, los cómplices y los encubridores de los siguientes delitos:

Primero. Los que solo pueden ser perseguidos previa querrela, denuncia o consentimiento de la parte agraviada, de no solicitarlo expresamente la parte ofendida antes de comenzar a cumplir la condena.

Segundo. Los de robo, cualquiera que sea la cantidad y los de hurto y estafa en valor superior a 100 pesetas, o concurriendo en el hurto, sea cualquiera su cuantía, la circunstancia modificativa del número 2 del artículo 553 del Código Penal (que era la de abuso grave de confianza o domesticidad).

Tercero. Los de incendios y estrago no cometidos por imprudencia.

Cuarto. Los cometidos por las Autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

Quinto. Los de falsificación de títulos y moneda.

Sexto. Los de falsedad de documentos públicos y privados”.

A tenor de este artículo GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, p. 35, dispone que “El cuadro definitivo de los delitos, en virtud de la aceptación de algunas enmiendas presentadas durante la discusión parlamentaria a los cuales no alcanza el beneficio de la suspensión, puede ser presentado según el artículo 3º de la siguiente forma: A.- Delitos contra la honestidad y contra el honor (adulterio, amancebamiento, violación, rapto y estupro así como delitos de calumnia e injurias); B.- Delitos contra la propiedad (robo, cualquiera que sea su cuantía y forma de ejecutarlo, hurto y estafa mayores de 100 pesetas y hurto cualquiera que sea su cuantía cometido con abuso grave de confianza o domesticidad así como delitos de incendios y estragos o cometidos por imprudencia); C.- Delitos cometidos por las autoridades o funcionarios públicos (prevaricación, infidelidad en la custodia de documentos o de presos, violación de secretos, desobediencia o denegación de auxilio, anticipación, prolongación y abandono de funciones, usurpación y nombramientos ilegales, abusos contra la honestidad, cohecho, malversación, fraudes y exacciones ilegales e infracciones de la Ley electoral así como delitos cometidos por los funcionarios públicos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución); D.- Falsedades (falsificación de la firma o estampilla real y firma de los Ministros, falsificación de sellos y marcas, falsificación de moneda, billetes de Banco y papel sellado, sellos de comunicaciones, títulos de Deuda y sus cupones, documentos públicos y privados y falsedades electorales); y E.- Provocación a delinquir por medio de la prensa (provocación directa por medio de la imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicación, a la perpetración de cualquiera de los delitos exceptuados del beneficio de la suspensión de la pena en la presente Ley)”.

⁸⁵ Por su parte el artículo 4 de la Ley de 1908 establecía que:

Art. 4. “La condena condicional no será extensiva a las penas de suspensión de derecho de sufragio, cargo de jurado u otro de carácter público, si éstas figurasen como accesorias, ni alcanzará a las responsabilidades subsidiarias enumeradas en el art. 49 del Código penal.

No obstante, si el reo fuese insolvente, se suspenderá también el cumplimiento de la prisión subsidiaria establecida en el art. 50 del mismo Código respecto a las responsabilidades a que se refiere el citado art. 49. Para el caso en que el reo viniere a mejor fortuna, se estará a lo dispuesto en el art. 52.”

Una vez regulados en los artículos 1 y 2 de la Ley de 1908 la denominada «condena condicional otorgada *ex arbitrio*» o «condena condicional clásica» y que se caracterizaba por su signo eminentemente facultativo (y después de haber aludido a esas exclusiones que comentaba de los artículos 3 y 4); se contemplaba en el artículo 5, la que a su vez conocía como «condena condicional decretada *ex necessitate legis*»; o lo que es lo mismo, «condena condicional automática o de obligatoria aplicación». Se trató de una regulación novedosa que hasta entonces ni siquiera se había planteado como posible⁸⁶. Disponía este precepto que:

Art. 5. “El Tribunal aplicará, por ministerio de la ley, la condena condicional en los casos siguientes:

Primero. Cuando en la sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad con arreglo al Código penal.

Segundo. Cuando el reo fuese mayor de nueve años y menor de quince, habiendo obrado con discernimiento. En este caso, el Tribunal acordará además los pronunciamientos prescritos en el párrafo último del número 3º del art. 8º del mismo Código.

Tercero. En los casos comprendidos en el núm. 1º del art. 3º, si mediase solicitud expresa de la parte ofendida.

Contra la resolución que se dicte en todos los casos a que se refiere este artículo se dará el recurso de casación”.

Esta inclusión, como decía, supuso una regulación de la condena condicional completamente nueva en 1908. La consecuencia era que la condena condicional ya no siempre tuviera ese carácter facultativo cuya potestad se otorgaba a los tribunales, según su criterio; sino que concurriendo los requisitos que contenía este precepto se otorgaba

Sobre este artículo también se pronunciaba GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, pp. 37 y 38, al señalar que “Dos declaraciones de suma importancia establece el presente artículo. Refiérase la primera a no considerar extensiva la condena condicional a las penas de suspensión de derecho de sufragio activo o pasivo, cargo de Jurado u otro de carácter público cuando ellas sean impuestas en concepto de accesorias de las de arresto mayor o prisión o presidio correccional, conforme a lo dispuesto en los arts. 59 y 62 de Código penal. Hace relación la segunda a las responsabilidades de carácter civil emanadas del delito y que detallan los números 1º, 2º, 3º y 4º del art. 49 del Código”.

⁸⁶ Como ha señalado YAÑEZ ROMÁN, “La condena condicional en España”, pp. 305 y ss., esta modalidad “[...] nació al cobijo de una disposición paralela contenida en el artículo 3.3 del Proyecto Torreanaz, que aparecía inspirado en el propósito de favorecer más especialmente estados de hecho reveladores de una menor capacidad de culpabilidad o bien de una gravedad menor de lo injusto”. En base a lo anterior, MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, p. 133, argumenta que “Si se da por buena esta interpretación hará, pues, que afirmar que las previsiones de *la Ley de 1908* contiene en su artículo 5 [...] no fueron fruto de la creatividad del ministro ARMADA y LOSADA sino, en todo caso, expresión y desarrollo de un principio ya establecido, con más o menos fortuna por su predecesor”.

la condena condicional de forma automática. Ésta es una versión de la condena condicional, como decía, desconocida en nuestro ordenamiento jurídico actual y que no se ha mantenido a lo largo de la historia española. En los tres supuestos que contemplaba el artículo 5 el tribunal, de oficio, previa audiencia al Ministerio Fiscal, acordaba directamente la suspensión de la pena durante el plazo que preveía el artículo 1 siempre que concurrieran las siguientes circunstancias: a) en relación con la persona del reo se debían dar los dos primeros requisitos del artículo 2 de la Ley (esto es, que el reo hubiera delinquido por primera vez y que no hubiera sido declarado en rebeldía); b) en relación con la pena impuesta, debía ser de privación de libertad inferior a un año de conformidad con el requisito tercero inciso primero del artículo 2; y c) en relación con del delito no debía ser ninguno de los exceptuados en el artículo 3 de la Ley (las exclusiones a las que ya he hecho referencia).

Sentado lo anterior cabe referenciar los tres supuestos que contemplaba el artículo 5 de condena condicional automática. El primero de ellos se podría definir como una «exención no completa de la responsabilidad criminal» por cuanto, como el propio precepto disponía, no se daban todos los requisitos para declarar la exención de responsabilidad con arreglo al Código penal, pero sí el mayor número de ellos. El problema era interpretar cuándo se entendían cumplidos ese «mayor número de requisitos» puesto que la redacción de la Ley era de lo más imprecisa. Además la doctrina se mostró reacia a esta regulación⁸⁷.

A este respecto la doctrina del Tribunal Supremo entendía que la suspensión de la pena *ex* artículo 5, supuesto primero, no solo podría acordarse respecto de aquellas eximentes contempladas en los números 4º, 5º y 6º del artículo 8 del Código penal de 1870 (que era el que estaba en vigor y se refería a la exención de responsabilidad criminal para quien actuaba en legítima defensa de su persona o derechos, de los de un familiar de los contemplados en la norma o de un extraño siempre que se dieran una

⁸⁷ Cuestionando esta posibilidad, DIEZ RIPOLLÉS, “La evolución del sistema de penas...”, pp. 1 y ss., señalaba que “Hay que considerar que una cosa es la pena, como medida de la imputación de una responsabilidad a cuya efectividad tienden las circunstancias modificativas y, otra muy diversa, la ejecución de esa pena o su suspensión. En este segunda labor, que ya no es propiamente de juzgar ni de sopesar responsabilidades, sino de decidir pragmáticamente si la ejecución es o no aconsejable en cada caso, el único criterio que debiera prevalecer es el del interés público servido a modo de íntegra facultad judicial. Es cuestionable que habrá casos en los cuáles a pesar de concurrir en el hecho punible, o en la persona del agente, la mayoría de los requisitos de exención de responsabilidad, el delincuente no ofrezca garantía alguna de readaptación al medio social y la suspensión de su conducta por ministerio de la Ley, ha de resultar de hecho una medida peligrosa”. De igual modo criticando esta regulación PUIG PEÑA, *Derecho Penal...*, p. 741.

serie de requisitos), sino que se podría aplicar en los casos de atenuante muy cualificada prevista por analogía del artículo 9.1º del Código penal⁸⁸.

El segundo de los supuestos que preveía el artículo 5 era referido a la «edad del reo en el momento de comisión de la infracción penal»⁸⁹. Se preveía que si era mayor de nueve y menor de quince años y siempre que hubiera obrado con discernimiento, el juez debía acordar la condena condicional de forma automática, si bien se le sometía a la medidas que se regulaban el último párrafo del artículo 8.3º del Código penal⁹⁰. Se contemplaba un trato eminentemente favorable, dada la corta edad del sujeto⁹¹. Esta medida se relaciona con el Código actual toda vez que los menores de dieciocho años no son responsables penalmente conforme al Código penal de 1995, sino que el propio artículo 19 del Código se remite a la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; siendo esta Ley la que determina que la edad mínima para responder penalmente son los catorce años cumplidos del sujeto. Lo que sí

⁸⁸ Así lo establecieron, por todas, las SSTs de 4 de abril de 1896; 27 de diciembre de 1889 y 20 de marzo de 1903. No obstante hay autores que discrepaban de la posibilidad de que la atenuante por analogía pudiera tener cabida a través de la condena condicional. Entre ellos GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, p. 42; o PUIG PEÑA, *La condena condicional*, pp. 14 y ss.

⁸⁹ MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, p. 137, “Probablemente esta misma cuestión había preocupado al legislador histórico. El hecho de hallarse excluida esta circunstancia [...] por expresa disposición legal (*Código penal 1870* art. 86) del ámbito de las eximentes incompletas [...] había llevado al redactor del texto de 1908 a dejarse asegurada si situación de privilegio dedicándole un segundo lugar específico entre los supuestos de suspensión «por ministerio de la Ley»”.

⁹⁰ Dicho precepto disponía que:

Art. 8. 3º. “No delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal: 3º El mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento”.

Añadiendo el último párrafo que es al que se refiere el artículo 5 de la Ley de 1908:

“Cuando el menor sea declarado irresponsable, en conformidad con lo que se establece en este número y en el que precede, será entregado q su familia con encargo de vigilarlo y educarlo. A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación, será llevado a un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados, de donde no saldrá sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos”.

⁹¹ En palabras de GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, p. 43, mostrándose totalmente a favor de esta aplicación automática de la condena condicional, apuntaba que “El derecho protector de los menores delincuentes, preocupación constante de sociólogos y criminalistas y labor meritísima de los Congresos internacionales, informa su contenido en una serie de instituciones tutelares encaminadas a distanciar al criminal, que lo es más bien por inercia o dirección equivocada de sus actividades, que por maldad del instinto, de la convivencia carcelaria, germen del profesional penitenciario que en las intimidades de la reclusión se adoctrina en el delito y cierra su espíritu a toda regeneración futura y a toda posibilidad de enmienda de una impremeditada caída en las sinuosidades de la culpa”.

que es cierto es que esta Ley Orgánica, en su artículo 40 se remite al Código penal de adultos en lo relativo a las reglas para aplicar la figura de la suspensión de la ejecución de la pena.

El último de los casos contemplados se remitía expresamente al artículo 3.1 de la propia Ley. Recordar que, como he expuesto, el artículo 3 recogía las conocidas como «exenciones generales», como supuestos en los que no cabía, en ningún caso, aplicar la condena condicional. El artículo 3.1 señalaba que quedaban exceptuados de la suspensión de condena «los autores, los cómplices y los encubridores de los delitos que solo pueden ser perseguidos previa querrela, denuncia o consentimiento de la parte agraviada, de no solicitarlo expresamente la parte ofendida antes de comenzar a cumplir la condena». Se trata del supuesto de «delitos privados»⁹² en los que, a pesar de configurarse como exención general se contemplaba una excepción cuando mediara solicitud expresa de la parte ofendida. En ese caso, se concedía, automáticamente, la concesión de la condena condicional.

El motivo de la exención era claro: en este tipo de delitos la voluntad del perjudicado extingue la acción penal⁹³ por lo que parece lógico o que se previera una regulación de este tipo. En la regulación actual del Código penal español de 1995 sigue habiendo una referencia concreta y expresa a los delitos privados en el artículo 80.6, por lo que se refleja, una vez más la importancia para el legislador.

Junto a estos tres supuestos el precepto prevenía que «contra la resolución en que se acordara la condena condicional cabía recurso de casación». Parece por tanto que en la suspensión de la pena acordada de forma automática tenía cabida el recurso de

⁹² Como recuerda MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, pp. 140 y 141, “[...] el Tribunal Supremo interpretaba, en contra de la doctrina, que cuando se hablaba de estos «delitos privados» solo se debía otorgar la condena condicional en los casos de delitos «estrictamente privados», esto es, tratándose de injuria o de calumnia contra particulares, cuando lo solicitara expresamente la parte ofendida “pero no respecto de los que tenían carácter semipúblico [...] respecto de los cuales el Código permite al Tribunal desaprobar el perdón y por ende también la suspensión, por el sencillo argumento de que [...] «si puede lo más -rechazar el perdón- ha de poder denegar lo menos»”. En contra de esta interpretación que realizaba el Tribunal Supremo, entre otros, QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p. 416; o CUELLO CALÓN, *La moderna penología...*, p. 541.

⁹³ Me gustaría apuntar que la redacción de este precepto en lo relativo a los «delitos privados» fue consecuencia de diferentes enmiendas presentadas y aceptadas durante la discusión parlamentaria. Inicialmente no se incluía referencia alguna a esta excepción toda vez que, como ya he comentado, se regulaba como causa general de exención de la condena condicional. Solo el debate parlamentario consiguió su inclusión como excepción, modificando también su referencia al incluir las palabras «de no solicitarlo expresamente la parte ofendida antes de comenzar a cumplirse».

casación por previsión directa de la Ley, mientras que en la suspensión clásica, la otorgada con carácter facultativo por los jueces no tenía, *a priori*, esa posibilidad de recurso. El motivo era claro: la condena condicional clásica es una facultad meramente discrecional reservada a los tribunales sentenciadores por lo que no cabe recurso de casación la resolución en que se resuelva sobre este beneficio⁹⁴. Pero esta consideración debía ser matizada con el contenido del último inciso del artículo 6 de la Ley de 1908. Precisamente este precepto regulaba los conocidos como «requisitos de procedibilidad», tales la previa declaración de firmeza de la resolución que acordar la condena condicional; la necesidad de audiencia previa al Ministerio Fiscal; así como el recurso a interponer contra la resolución en que se resolviera sobre la condena condicional. Disponía este precepto lo siguiente:

Art. 6. “La suspensión de la condena se acordará tan pronto como sea firme la sentencia y previo informe del Fiscal. Contra la resolución que se dicte no se dará recurso alguno, salvo el que, fundado en error de hecho, podrá interponer en cualquier tiempo el Ministerio fiscal ante el Tribunal que otorgó la condena condicional”.

Este precepto recogía la necesidad de esperar a la firmeza de la resolución que concediera la condena condicional así como la necesidad de dar un trámite de audiencia al Ministerio Fiscal antes de que el órgano judicial resolviera⁹⁵. En el primer requisito apenas hubo confrontación sin perjuicio de que en la regulación actual hay un debate abierto sobre si una vez alcanzada la firmeza de la resolución es posible su alteración por haber sido condenado el reo por un hecho cometido durante el plazo de suspensión pero cuya firmeza se alcanza después de la firmeza de la resolución que concede la suspensión, sobre lo que incidiré en el apartado correspondiente al tratar la normativa actual.

⁹⁴ Conviene recordar a GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional*, p. 47, que afirma que “[...] la casación no puede otorgarse contra lo que es prudencialmente arbitral en el juzgador que con ello no puede infringir precepto expreso sustantivo, ni quebrantar las formas esenciales del procedimiento”. Añade que “Por otra parte, el recurso de casación jamás habría de utilizarse contra sentencias firmes y ejecutorias y sabido es que el auto de concesión o negación de la condena en suspenso es forzosa consecuencia de un fallo que, temporal y condicionalmente no se ejecuta, pero que es firme y por ello puede motivar los recursos de revisión o de responsabilidad, no ningún otro”. La jurisprudencia española actual mantiene esa consideración de imposibilidad de recurso de casación al tratarse de una facultad discrecional, como tendré ocasión de profundizar a lo largo de este trabajo.

⁹⁵ Sobre la firmeza de dicha resolución MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, p. 145, señala que “Una vez alcanzado, pues, ese grado la sentencia que el Juez o tribunal dicte en primera instancia y tratándose de «causas en que pudiera otorgarse la suspensión de la condena [...] prescribe la Ley, como condición preliminar al pronunciamiento en su caso de la medida, que se extienda providencia «para oír al Fiscal»”.

Sin embargo esta audiencia se limitaba al Ministerio Fiscal, dejando en el olvido a la víctima y al propio condenado. Afortunadamente, en la actualidad, el artículo 82.1 del Código penal, a raíz de la modificación introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, se regula una audiencia a todas las partes y no solo al Ministerio Fiscal. Sin embargo, soy partidaria de entender que aun cuando no se contemplara expresamente ese trámite previo al resto de partes, nada lo impedía, por lo que el órgano judicial en esa valoración que debía realizar antes de su concesión, podía perfectamente dar una audiencia previa a todas las partes. A pesar de que la redacción inicial era menos garantista que la actual, creo que fue un primer paso a dar esa audiencia a todas las partes.

En relación con el recurso que en su caso procedía contra estas resoluciones, como he comentado, el artículo 5 preveía de forma expresa el recurso de casación en el caso de la condena condicional automática, si bien no cabía recurso alguno contra la resolución que concediera la condena condicional con una única salvedad: se permitía *ex* artículo 6 de la Ley de 1908, que el Ministerio Fiscal interpusiera recurso de súplica ante el propio tribunal sentenciador si la condena condicional se hubiera dado «con error de hecho»⁹⁶. Los debates sobre esta cuestión no se hicieron espera: ¿qué se debía entender por «error de hecho»?; ¿si el «error de hecho» no era apreciado por el Ministerio Fiscal, podía en ese caso interponerse por otra el resto de las partes, especialmente por el reo o su letrado?

Por «error de hecho», ante el silencio de la Ley, debiera interpretarse todo elemento que objetivamente afectara a las circunstancias del caso concreto, tales como la edad del sujeto o la apreciación de antecedentes cuando realmente carecía de ellos. Más complejo era valorar si solo el Ministerio Fiscal estaba legitimado para la interposición del recurso. Una interpretación literal del precepto impedía que otra parte, que no fuera el fiscal, interpusiera el recuso en el supuesto de la condena condicional

⁹⁶ MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, p. 146, recuerda que “Aunque el criterio originario del legislador de 1908 había sido el de sustraer a toda suspensión o control ulterior la decisión «motivada» del tribunal sentenciador, éste debió ceder algún terreno ante las razonables sugerencias que le fueron dirigidas por los diputados del partido oponente a fin de ofrecer ciertas garantías en el cumplimiento de los requisitos básicos de la suspensión”. De igual forma, valorando positivamente la posibilidad de recurrir esta resolución se muestra YAÑEZ ROMÁN, “La condena condicional en España”, pp. 305 y ss.; y del mismo autor, *Probation system y condena condicional...*, pp. 21 y ss. Si bien, de forma indirecta podía entrar a conocer el Tribunal Supremo de la concurrencia o no de los requisitos para conceder la condena condicional. Así se puso de manifiesto en las SSTS de 17 de diciembre de 1949; 29 de noviembre de 1969; 8 de febrero de 1971; 23 de marzo de 1973; y 30 de junio de 1983, entre otras.

clásica; consecuentemente, si el fiscal no lo interponía implícitamente se impedía al reo verse beneficiado de la condena condicional. Sin embargo, una interpretación extensa, obviamente en beneficio del reo, pudiera ser contraria a la taxatividad de la Ley. A mi juicio, si bien hay que ser muy cuidadoso al aplicar la analogía penal, creo que éste debería ser uno de esos casos, porque esta analogía beneficia al reo. Dudo además que en caso de error de hecho, el juez no entrara a resolverlo excusándose en una falta de legitimación del solicitante, por lo que si existía realmente ese «error de hecho» el juez resolvería en consecuencia.

Por lo que respecta a los artículos 7 y 8 de la Ley de 1908 hacían referencia a la forma en la que debía ser ejecutada por el tribunal esa condena condicional acordada⁹⁷, teniendo la siguiente redacción:

Art. 7. “La suspensión de la condena será notificada al reo en audiencia pública del Tribunal sentenciador, cuyo Presidente hará al procesado las advertencias y prevenciones oportunas, al tenor de lo dispuesto en esta ley. Cuando el procesado fuere, menor de quince años, deberá comparecer acompañado de la persona que le tenga bajo su potestad o guarda, si no hubiere para obstáculos atendibles a juicio del Tribunal, y de haberlos se extenderá a aquella la notificación por los medios ordinarios de la ley. El Secretario levantará el acta correspondiente”.

Art. 8. “Si a la segunda citación en forma no compareciere el sentenciado para la diligencia expresada en el artículo anterior, y no excusase debidamente las faltas de comparecencia, se dejará sin efecto la suspensión de la condena, y se procederá desde luego a ejecutarla. Contra esta resolución sólo podrá acudir el interesado ante el propio Tribunal, que resolverá sin ulterior recurso”.

De la aplicación de estos dos preceptos se deduce que, una vez dictada resolución por la que se concedía la condena condicional, dicha resolución debía ser «notificada en legal forma al reo», recogiendo de forma expresa cómo debía ser esa notificación al prever que se realizaría en «audiencia pública en la que el Presidente del tribunal hiciera al reo las advertencias y prevenciones que estimara oportunas». Lo anterior se hacía, a mi juicio, no solo por ministerio de la Ley, sino también para

⁹⁷ Criticando la redacción del artículo 7, MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, p. 148, habla de “imperfecciones de carácter técnico” ya que se refiere este precepto a la «suspensión de condena», (en vez de condena condicional); o al «procesado» (cuando el sujeto ya es condenado cuya pena es la que se pretende suspender).

garantizar que el reo comprendía los extremos en los que se acordaba la condena condicional; de este modo, ante un incumplimiento, la revocación era automática⁹⁸.

Además, al igual que señalaba respecto del artículo 5 apartado segundo de la Ley para los mayores de nueve y menores de quince años; el artículo 7 también recogía una previsión específica para la notificación del auto en estos casos. Se exigía que para esa notificación en legal forma «deberá el reo mayor de nueve y menor de quince años acudir a dicha audiencia acompañado de la persona que le tenga bajo su potestad o guarda», solo siendo dispensando de dicha posibilidad en caso de que «hubiera obstáculos atendibles a juicio del tribunal», en cuyo caso se aplicará la regla general anterior de notificación. Se trataba de un supuesto especial atendiendo a la edad del reo que no generó mayor controversia.

Si la notificación en legal forma era importante lo mismo cabe decir de esa «audiencia pública»; hasta tal punto que, tácitamente, se preveía que ante la falta a la primera vista se pudiera acordar una segunda citación, aunque no se hubiera alegado justa causa para la primera incomparecencia. Incluso se permitía una segunda falta de comparecencia presentando justa causa de su ausencia. Solo ante la segunda falta injustificada se revocaba la suspensión de la pena y el reo venía obligado al cumplimiento de la pena. La redacción me parece acertada en relación con la necesidad de que el reo estuviera a disposición del juzgado. No parece lógico que quien está condenado y se beneficia de la suspensión de la pena no esté a disposición del juzgado cuando éste le requiera. Además recordar que uno de los requisitos para la concesión de este beneficio era precisamente que el reo no estuviera declarado en rebeldía. La revocación por esta causa será recurrible mediante recurso de súplica ante el propio tribunal contra el que no cabía recurso alguno.

Cumplidos los trámites que disponían los artículos 7 y 8 de la Ley de 1908, el reo quedaba vinculado ante el tribunal que le había concedido la condena condicional durante el plazo de suspensión que se hubiera acordado *ex* artículo 1 de la propia Ley.

⁹⁸ Con carácter previo a la redacción de este artículo 7 hubo posiciones contrarias que derivaron en el correspondiente debate parlamentario sobre si estas «advertencias y prevenciones» debían tener carácter represivo o meramente informativo. En un intento de simplificar la cuestión, el Ministro de Gracia y Justicia en Sesión parlamentaria de 21 de febrero de 1908 señaló que “[...] la represión a que se refiere no es realmente aquella represión pública [...] sino que es la notificación que ha de hacerse al reo advirtiéndole en ese acto la importancia del beneficio que le concede esta ley y previniéndole que si vuelve a delinquir en el plazo [...] que el tribunal puede fijar, tendrá que cumplir la pena de privación de libertad, cuyo cumplimiento se suspende”.

Pero además, se le exigía que estuviera siempre a disposición del tribunal para lo cual, los artículos 9 y 10, en consonancia con el artículo 2 que exigía que el reo no hubiera sido declarado en rebeldía para poderse beneficiar de la condena condicional contempla, exigían que cualquier cambio de residencia del reo debía ser previamente comunicado al tribunal competente. Disponían estos preceptos lo siguiente:

Art. 9. “El reo en situación de condena condicional no podrá trasladar su residencia sin ponerlo en conocimiento del Juez de instrucción o del municipal donde aquél no existiere. El Juez facilitará al reo documento acreditativo de haber cumplido con este requisito”.

Art. 10. “El reo que cambiare de residencia quedará obligado a presentarse ante el Juez de instrucción, o el municipal en su caso, del lugar a que se hubiere trasladado y dentro de los tres días siguientes al de su llegada. Siempre que cambiare de residencia sin observar lo dispuesto en este artículo y en el anterior, quedará sin efecto la suspensión de la condena y se procederá a dar a ésta cumplimiento. Contra la resolución en que así se acuerde podrá acudir el interesado al propio Tribunal sentenciador, que resolverá sin ulterior recurso”.

Según GONZÁLEZ DEL ALBA la regulación de estos dos artículos conllevaba una especie de “vigilancia por parte del Tribunal sentenciador, vigilancia encaminada a procurar el cumplimiento efectivo de la condicionalidad a que la suspensión viene subordinada”⁹⁹. Su cumplimiento era esencial para que, trascurrido el plazo de suspensión, pudiera beneficiar el reo de la remisión definitiva de la pena a los efectos de los artículos 15 y 16 de esta misma Ley que luego expondré. Como decía era tan fundamental la necesidad de conocer la residencia del reo que el traslado de residencia sin ponerlo en conocimiento del tribunal era causa, por sí sola, de revocación de la suspensión de la pena concedida; decisión que solo era recurrible ante el mismo tribunal mediante recurso de súplica, sin ulterior recurso.

Junto a lo anterior, los artículos 11 a 13 de la Ley recogían el desarrollo de la concesión de este beneficio al reo, al contemplar el proceso a seguir en caso de que el

⁹⁹ En este sentido ver GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, pp. 51 y ss. Añadía, en justificación de esta «vigilancia» que “El estado verdaderamente inicial en España de las instituciones patronales que tienden a prevenir en la llamada convalecencia del delito inminentes reiteraciones, la absoluta carencia de reformatorios para los delincuentes ocasionales y el no haberse aún incorporado a nuestras instituciones penitenciarias los Comités protectores de la infancia abandonada y viciosa, requería la adopción de medidas de vigilancia sobre el condenado en suspensión, limitadas por lo menos a obligar al reo, mientras permanezca en tal estado, a notificar a la Autoridad los cambios de residencia, poniendo en noticia de la Autoridad judicial las traslaciones de su domicilio a otro distinto pueblo”.

juez hubiera otorgado la condena condicional. Estos artículos tenían el siguiente contenido:

Art. 11. “El Tribunal sentenciador elevará inmediatamente al Ministerio de Gracia y Justicia testimonio de la parte dispositiva del fallo y del auto en que se acuerde la suspensión de la condena, abriéndose en el Registro Central de Penados una Sección especial con el epígrafe de «Condena condicional» y en él se anotarán éstas debidamente. Igual testimonio remitirán los Tribunales sentenciadores al Juez instructor del proceso, quien, en su caso, lo comunicará al Juez de la residencia del sentenciado”.

Art. 12. “Los Tribunales de lo criminal llevarán, separadamente del Registro general de sentencias, un libro, en el que se anotarán las condenas condicionales, haciéndose constar la parte dispositiva del fallo y del auto de suspensión, el lugar de la residencia del reo y cuantos datos sean necesarios para la debida inspección sobre el cumplimiento de la condición de la condena”.

Art. 13. “La Autoridad judicial del lugar de la residencia del reo llevará un registro, bajo su directa inspección, en el cual se harán constar las variaciones de residencia de aquél. Cuando se verifique alguna, el Juez del domicilio que deje el reo lo comunicará al de la nueva residencia de éste con objeto de que el último pueda dar cuenta al primero de la presentación o no del penado dentro del plazo fijado en el art. 10 de esta ley, de todo lo cual deberá asimismo darse conocimiento al Tribunal sentenciador”.

En estos tres artículos regula la Ley de 1908 la forma de llevar a efecto las medidas de inspección y vigilancia que sobre la persona del reo ejercía el tribunal sentenciador, así como el modo de hacer efectivo el cumplimiento por parte de aquél de las obligaciones que en los artículos 9 y 10 se le imponían en cuanto a los cambios de residencia¹⁰⁰. Resultaba evidente que, una vez dictada sentencia condenatoria en la que,

¹⁰⁰ Sobre esta cuestión incide GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, pp. 55 y 56, cuando señala que “También tienen por objeto los preceptos de esos artículos la posibilidad de que el Tribunal tenga pronta noticia de que el condenado incida en nuevos delitos, que dejando incumplida la condición suspensiva, bajo la cual fue otorgada la condena, solucionen el aplazamiento de su ejecución, haciendo, por tanto, que ésta sea llevada inmediatamente a efecto. Tan pronto sea acordada la suspensión en el auto motivado, ordenado en los artículos 1º y 6º el Tribunal sentenciador elevará al Ministerio de Gracia y Justicia testimonio literal de la parte dispositiva de la sentencia condenatoria y literal también del auto en que se hubiere acordado la suspensión de la condena, a fin de que en el Registro central de Penados se hagan las inscripciones consiguientes. Iguales testimonios serán enviados al Juez de instrucción que hubiere conocido del proceso y si el procesado no residiese en la cabeza del Juzgado, cuidará aquél de remitirle al municipal del pueblo de la residencia del condenado. La ley establece, y el decreto de 24 de Marzo reglamenta, la creación y modo de llevar los libros correspondientes para la necesaria inspección del Tribunal sentenciador sobre el cumplimiento o incumplimiento de la condición, a la cual se subordina la suspensión de la condena. Estos Registros son tres, a saber: uno en el Registro central de Penados, en cuya dependencia se abrirá una Sección con el epígrafe de «Condena condicional», otro en las Audiencias territoriales y provinciales, y el tercero en el Juzgado de instrucción o municipal, según sea el lugar de la

a su vez, el tribunal sentenciador concedía al reo la suspensión de la pena, se anotaba dicha suspensión en el Registro correspondiente con el fin de que, ante la eventual comisión de nuevas infracciones penales, el segundo tribunal sentenciador, previa consulta de dicho Registro, pudiera decidir sobre la concesión de la pena al haberse ya beneficiado de una suspensión anterior¹⁰¹.

Por lo que respecta al artículo 14 de la Ley de 1908, éste contemplaba el supuesto de revocación de la suspensión de la pena con el siguiente tenor literal:

Art. 14. “Si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso. Si cumpliere el plazo de la suspensión sin ser condenado, pero después lo fuese por hecho punible cometido dentro de aquel plazo, se le obligará a que cumpla la pena que fue suspendida, salvo el caso de prescripción”.

Tal y como señalaba YAÑEZ ROMÁN “el artículo referido contempla, en síntesis los siguientes supuestos de revocación, extensivos tanto a la condena condicional otorgada «ex arbitrio» (facultativa) como a la decretada «ex necessitate legis» (obligatoria): a) Que el reo condenado *pendente conditione* haya sido sentenciado de nuevo durante el plazo de suspensión por otro delito, cuya fecha de comisión puede ser: 1. Anterior al momento del acto de concesión de la condena condicional; 2. O, también, caer dentro de los límites temporales que enmarcan el período de suspensión; es decir, durante el transcurso de dicho plazo o antes de que éste expire; y b) Que el condenado condicionalmente, tras haber cumplido el plazo de suspensión sin ser sentenciado de nuevo, lo fuere, sin embargo, después por hecho punible cometido dentro de aquel plazo, con la salvedad impuesta, en este último supuesto, por la prescripción, al efecto de fijar un límite de tiempo para proceder a la declaración procesal de la revocación del beneficio”¹⁰². Se contemplaban por lo tanto dos supuestos

residencia del reo la capital del partido o cualquier otro pueblo de la jurisdicción del Juez de primera instancia respectivo”.

¹⁰¹ En ese caso el juicio de valor sería claramente negativo puesto que si le había ofrecido la posibilidad de cumplir con la pena de prisión de otra forma que no era otra que la libertad y en el denominado plazo de suspensión volvía a delinquir, no solo se debía cumplir con la segunda pena sino que se revocaba la suspensión anterior teniendo pendiente también de cumplir la primera pena. Esa misma idea se sigue manteniendo en la regulación actual del sistema español, ya que la revocación de la suspensión concedida implica el cumplimiento de las dos penas (la que había sido suspendida y la nueva pena).

¹⁰² Ahondando en esta cuestión, por todos, YAÑEZ ROMÁN, El «tipo de la revocación»..., p. 149.

diferenciados, que no generaron sino dudas interpretativas, en muchos casos no resueltas.

En el primero de los casos, el condenado beneficiado de la condena condicional, tenía una nueva sentencia condenatoria que se le imponía cuando aún estaba cumpliendo el plazo de suspensión. Sobre esta base es sobre la que se asentaban a su vez dos modalidades de revocación: la primera, que el hecho punible hubiera sido cometido en fecha anterior a la sentencia condenatoria cuyo plazo de suspensión estaba en vigor; y la segunda, que el hecho hubiera sido cometido con posterioridad a la sentencia condenatoria pero que recayera sentencia durante el cumplimiento del plazo de suspensión. Sobre esta cuestión continúa YAÑEZ ROMÁN señalando que “[...] el momento en que ha de cometerse el delito [...] que haya de dar lugar al tipo de la revocación es irrelevante, en contra de la opinión del TS, a efectos de la aplicación del inciso primero del art. 14, para el cual basta, lógicamente, la fijación del criterio procesal del momento (que ha de ser *durante* el período de suspensión) en que recaiga la sentencia condenatoria por otro delito, cuya locación cronológica es, a este respecto, totalmente indiferente”¹⁰³. Se critica por este autor la propia interpretación que en ese momento daba el Tribunal Supremo al aplicar el artículo 14 de la Ley de condena condicional que era expresamente que el delito a tener en cuenta era el cometido «durante el plazo de suspensión de la condena y no antes ni después»¹⁰⁴. Otros autores como MAQUEDA ABREU son favorables a la interpretación del Tribunal Supremo y, por lo tanto, no comparten la opinión de YAÑEZ ROMÁN¹⁰⁵.

¹⁰³ Siguiendo en este aspecto a YAÑEZ ROMÁN, “El «tipo de la revocación»...”, pp. 150 y 151.

¹⁰⁴ La interpretación que realizaba el Tribunal Supremo del artículo 14 de la Ley de 1908 era totalmente diferente a la de este auto, de ahí su crítica, ya que consideraba que «la ulterior condena sancionadora de un hecho acaecido con prioridad al otorgamiento de los repetidos beneficios no podía determinar la revocación de los mismos». La única sentencia que se dedicó a esta cuestión fue la STS de 17 de noviembre de 1969 que argumentaba los siguiente “[...] el delito cometido con mucha anterioridad y por el que fue condenado el reo en plazo de suspensión, no puede determinar la revocación de los beneficios de la condena condicional equivaliendo la solución contraria a una inadmisibles interpretación del texto legal, vulnerante además de uno de los esenciales principios inspiradores de la condena condicional, cuál es la regeneración del delincuente estableciendo medidas de doble sentido o tendencia, estimulantes de un buen comportamiento al posibilitar que la condena en definitiva, no se ejecute y advertidoras del contrario si se delinque de nuevo, más en cualquier supuesto operantes siempre tales resortes, precisamente tomando en consideración la conducta del sujeto, en este particular extremo, *durante el plazo de suspensión de la condena y no antes ni después*”.

¹⁰⁵ MAQUEDA ABREU *Suspensión condicional de la pena...* p. 159. Argumenta que “Ni la decisión jurisprudencial es errónea ni los argumentos ofrecidos [por YAÑEZ ROMÁN] son definitivos”.

Si se acude a una interpretación literal del precepto lo cierto es que no se fijaba el plazo de comisión del nuevo delito, sino que solo se decía que «durante el plazo de suspensión debía ser condenado por otro delito». Debido a esa imprecisión (o puede que intencionalidad del legislador), había quienes entendían que podría tratarse tanto de un hecho cometido con anterioridad a la pena que se estaba cumpliendo como de un hecho cometido después de la sentencia condenatoria, pero cuya nueva condena recayera igualmente dentro del plazo de suspensión. Estas dudas interpretativas se han solventado en la actualidad. El actual artículo 86.1 a) del Código penal de 1995 recoge expresamente que para que el nuevo delito sea causa de revocación de la suspensión («además de poner de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la suspensión de la pena ya no puede ser mantenida») debe ser un «delito cometido durante el plazo de suspensión».

El segundo de los supuestos que contemplaba ese artículo 14 no dio lugar a tantos problemas, toda vez que estaban marcados los tiempos al tratarse de una condena que se imponía cuando ya había transcurrido el plazo de suspensión de la primera condena, pero que se imponía por un hecho cometido durante el cumplimiento del plazo de suspensión. Parece lógica y razonable esta causa de revocación toda vez que uno de los requisitos esenciales de la suspensión de la pena es la de cumplir con el plazo de suspensión. Por ello, aun cuando la condena fuera posterior, se trataba de un hecho cometido durante dicho período, por lo que los fines de reeducación y de reinserción social que se pretendían con la suspensión es evidente que no se cumplían¹⁰⁶; motivo por el que procedía dicha revocación con la obligatoriedad de cumplimiento de la pena que fue suspendida. Lo anterior tenía una excepción: la prescripción¹⁰⁷. Nuevamente es necesario vincular esta regulación con la normativa actual. En este caso, como tendré ocasión de exponer más detalladamente, no hay unanimidad en la doctrina. Hay quienes entienden que la nueva condena solo será causa de si se dicta en el plazo de un año desde la finalización del plazo de suspensión; frente a quienes consideran que no puede

¹⁰⁶ Profundizando sobre estos fines, DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Alternativas a las penas cortas privativas de libertas...”, pp. 319 y ss.; y del mismo autor “¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción...”, pp. 1 y ss.

¹⁰⁷ Parece igualmente lógico que no pudiera darse este mismo resultado si, a pesar de haber sido cometido el hecho ilícito durante el plazo de suspensión de la primera pena, había transcurrido el plazo que legalmente se preveía para el hecho cometido o para la pena impuesta, puesto que nada cabía alegar en caso de que éstos hubieran prescrito.

ser causa de revocación conforme al principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales *ex* artículo 18.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No concurriendo causa alguna de revocación de las contempladas en el artículo 14, se daba pues la remisión definitiva de la pena con la consecuente extinción de la responsabilidad penal. En este caso, según el artículo 15 de la referida Ley, el tribunal notificaba al reo la remisión de la pena y se anotaba dicha circunstancia en el Registro Central de Penados, en el propio registro del tribunal y en el de los juzgados respectivos. Disponía la dicción literal del artículo 15 de la Ley de condena condicional de 1908:

Art. 15. “No mediando causa en contrario al terminar el período de la suspensión, el Tribunal sentenciador notificará al reo la remisión de la condena. De ello se hará la oportuna anotación en el Registro Central de Penados, en el del Tribunal y en el de los Juzgados respectivos”.

Este derecho a la remisión definitiva de la pena, en caso de cumplimiento durante el plazo de suspensión, es el mismo que se sigue manteniendo hoy en día en el artículo 87 del Código penal español de 1995. Su naturaleza sigue siendo la misma ya que si se entiende la condena condicional (hoy suspensión de la pena), como una forma alternativa al cumplimiento de la pena es lógico y consecuente que, una vez transcurrido el plazo de suspensión sin delinquir (y habiendo cumplido las condiciones o deberes impuestos, en su caso), se libere al reo de toda responsabilidad penal. Si bien la regulación actual del artículo 87 del Código es más concisa debiéndose cumplir en sus estrictos términos, pero se puede afirmar que la esencia de la remisión definitiva de la pena sigue teniendo como base que el reo ha cumplido con lo que se esperaba de él y el beneficio ha cumplido su objetivo.

Como cláusula de cierre, el artículo 16 disponía que:

Art. 16. “Los Tribunales aplicarán desde luego las disposiciones de esta ley a todos los reos que a la publicación de la misma no hubieran comenzado a cumplir sus condenas”.

Este último precepto suponía una aplicación específica del principio de «irretroactividad de las Leyes» que conlleva que solo se aplica el beneficio de la condena condicional para aquellos a los que se les impusiera una sentencia condenatoria posterior a la referida Ley. Ello suponía, implícitamente, que el hecho punible podía haber sido cometido con anterioridad pero que, en todo caso, la sentencia penal

condenatoria debía ser posterior a la entrada en vigor de la Ley. Creo que fue un precepto final desafortunado, toda vez que la condena condicional era y es un beneficio para el reo (nace al menos con esa finalidad), por lo que se debiera permitir su aplicación con carácter retroactivo.

A pesar de todo lo anterior, con sus pros y sus contras¹⁰⁸, la Ley de condena condicional de 1908 estuvo en vigor total o parcialmente desde su publicación hasta el Código penal de 1995. Además ya he comentado que se dictó el Real Decreto de 23 de marzo de 1908 para la ejecución y cumplimiento de la Ley de 17 de marzo de 1908. Este Real Decreto contenía otros ocho artículos que venían a desarrollar la Ley de condena condicional¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Criticando su regulación, a pesar de que, a mi juicio, fue un paso importante para integrar la configuración actual de la suspensión de la pena, YAÑEZ ROMÁN, “El «tipo de la revocación»...”, p. 170, quien mantenía que “Pese a todo, y aunque la problemática aquí traída es fruto propio de los sistemas legales de plazos fijos en los que respecta a las penas objeto de la suspensión condicionada, a la duración del período de prueba y, en suma, al límite temporal mínimo de la revocación, creo de urgente necesidad llevar a cabo una reforma a fondo de toda la legislación concerniente a la condena condicional, reforma que no solo deberá plasmarse en un texto legal, sino que deberá ir precedida de una toma de conciencia por parte de la judicatura del verdadero significado y alcance del instrumento que se pone en sus manos, a fin de evitar el caos que en la actualidad reina en materia de suspensión condicionada de la ejecución de la pena; debiendo, en lo concerniente al *tipo de revocación*, establecerse una distinción clara entre los supuestos de revocación de la suspensión *pendente conditione* de la ejecución de la pena y la revocación de la remisión propiamente dicha, habida cuenta de que esta última entraña un acto material y procesal con configuración propia y diverso, en definitiva, del acto inicial de suspensión”.

¹⁰⁹ El contenido de dicho Real Decreto de 23 de marzo de 1908 era el siguiente:

“Art. 1. En los autos declaratorios da la suspensión de condena, dictados en cumplimiento de la ley de 17 del corriente mes, se consignarán de modo expreso, claro y preciso los fundamentos racionales que, a juicio del Tribunal sentenciador, existan para decretar aquélla, teniendo en cuenta todas las condiciones y circunstancias a que se refieren los artículos 2º y 5º de la expresada ley, en sus respectivos casos.

Art. 2. Al quedar extinguida la responsabilidad por haber terminado el período de suspensión de la condena, el Tribunal sentenciador lo declarará también por auto, que pondrá en conocimiento del Juzgado de donde proceda la causa y del de residencia del delincuente, enviando además al Ministerio de Gracia y Justicia la correspondiente nota, a fin de que conste en el Registro central de penados. Igual procedimiento deberá observarse en el caso de que la suspensión de condena sea interrumpida por haber lugar a ejecutar el fallo.

Art. 3. Tan pronto como sea firme la sentencia en las causas en que pudiera otorgarse la suspensión de la condena, y antes de acordar sobre si ha lugar a la suspensión, los Tribunales dictarán providencia para oír al Fiscal. En esta forma se procederá desde luego en los casos ya sentenciados a que se refiere el art. 16 de la ley.

Art. 4. Para garantía de los penados, la Autoridad judicial, en los casos de variación de residencia de aquéllos, hará constar su presentación por medio de comparecencia, extendida en debida forma.

Como decía, no fue hasta la Disposición derogatoria única 1.b) del Código penal español de 1995, cuando se derogó definitivamente esta Ley de 17 de marzo de 1908 de condena condicional así como sus modificaciones posteriores y sus disposiciones complementarias. Por lo tanto, a partir del 24 de mayo de 1996, fecha de entrada en vigor del Código penal de 1995, el Código pasa a ser la única norma reguladora de la suspensión de la pena, debiendo tener en cuenta sus reformas posteriores y, especialmente, la reciente L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal de 1995. Pero hasta esta derogación definitiva, la Ley de 1908 fue la base en la que se inspiraron los Códigos penales españoles de 1928, de 1932 y de 1944, así como el Texto revisado de 1963 y el Texto refundido de 1973, que analizaré en los apartados siguientes para comprender esa evolución hasta la regulación actual del Código de 1995.

Art. 5. En todas las Audiencias se llevará por la Secretaría de gobierno un libro de registro de condenas condicionales, bajo la inmediata inspección de sus Presidentes. Este libro estará foliado, y las inscripciones se harán por orden numérico riguroso, consignándose en cada inscripción la fecha, nombre y apellidos de los sentenciados, parte dispositiva del fallo, auto de suspensión de condena, residencia del penado y cambios que tuviere la misma, extinción de la responsabilidad cuando se declara, alzamiento de la suspensión de la condena, si llegare a verificarse, y los demás datos necesarios para la debida inspección sobre el cumplimiento de la condición de la condena.

Art. 6. En idéntica forma llevarán los Juzgados de instrucción dos libros: uno de registro de condenas condicionales en causas que hubieren sido instruidas por el mismo Juzgado, y otro en que se anoten las residencias de los reos. Los Juzgados municipales de las poblaciones donde no existan Juzgados de instrucción llevarán un libro de registro, en que consten los nombres de los penados con residencia en el término municipal, las condiciones de la condena y cuantos datos sean necesarios para la debida inspección.

Art. 7. Todos los libros a que hacen referencia los artículos anteriores tendrán un índice alfabético por apellidos, comprensivos de los individuos en ellos inscritos, con la anotación de la página en donde se halle consignada la inscripción.

Art. 8. Para cumplir lo dispuesto en el art. 11 de la ley, el Registro central de penados colocará junto a la papeleta en que esté anotada la sentencia condenatoria otra de igual forma, en que se haga constar el auto de suspensión de la condena, para lo cual los Tribunales sentenciadores cuidarán de remitirle los datos encaminados a este fin. En los casos de extinción de la responsabilidad o el alzamiento de la suspensión, deberán también los Tribunales remitir la nota correspondiente al referido Registro central, donde quedará archivada junto a las precedentes”.

C. *El Código penal de 8 de septiembre de 1928.*

Siguiendo con el recorrido histórico de la condena condicional en el Derecho penal español, el Código penal de 8 de septiembre de 1928 se publicó en la Gaceta de Madrid el 13 de septiembre de ese mismo año donde se recogió el Real Decreto nº 1.596 cuyo artículo primero disponía:

Art. 1. “Se aprueba el proyecto de Código penal que se inserta a continuación de este Decreto y que será publicado, desde luego, en la Gaceta de Madrid y empezará a regir como ley del Reino el primero de enero de 1929”.

Este nuevo Código penal tuvo un período de *vacatio legis* de poco más de tres meses hasta su entrada en vigor definitiva. Al recogerse, expresamente, su vocación de regir en todo el Reino, tácitamente, se estaba derogando el Código penal de 1870; si bien esa derogación también se recogía de forma expresa en la Disposición Final del Código¹¹⁰. Sin perjuicio de lo anterior, la propia Disposición Final preveía excepciones: a) se remitía al artículo 856 del Código de 1870, lo que mantenía la vigencia de una serie de artículos del Código penal de 1870 hasta que se dictara la nueva Constitución española; y b) también seguían en vigor el resto de Leyes penales especiales referidas a los artículos que la misma norma preveía, siempre y cuando no contradijeran o se opusieran a lo que en éste se regulaba¹¹¹.

¹¹⁰ Es necesario precisar que la Disposición Final del Código penal de 1928 contenía un único artículo, el artículo 858, que disponía lo siguiente:

Art. 858. “Queda derogado el Código Penal de 1870 en todas sus partes, salvo lo dispuesto en el artículo 856. Asimismo se derogan todos los preceptos de carácter penal contenidos en leyes especiales que se hayan incorporado a este Código, quedando subsistentes en lo demás dichas leyes en cuanto no contradigan o se opongan a lo que en éste previene”.

¹¹¹ En este sentido disponía el artículo 856 del Código penal de 1870 que:

Art. 856. “Hasta que dicten y rijan la nueva Constitución y las leyes especiales a que se refieren los artículos 263, 264, 268 y 269 del presente Código, continuarán en vigor y serán de aplicación los artículos 165, 167 al 174, 176, 181 al 203 y 204 al 235 del Código que ahora se deroga, con las siguientes modificaciones: a) Las que hayan introducido en el texto de los artículos citados disposiciones legales posteriores no derogadas hasta la fecha. b) La sustitución de las penas que en el texto de los artículos citados se mencionan por penas de las autorizadas por el artículo 87 de este Código en la forma siguiente: Cadena perpetua por reclusión hasta treinta años. Reclusión perpetua por prisión hasta treinta años. Cadena temporal, presidio mayor y presidio correccional, por reclusión. Reclusión temporal, prisión mayor, prisión correccional y arresto mayor, por prisión. Relegación perpetua y temporal y extrañamiento perpetuo y temporal, por deportación. Confinamiento y desatierro, por confinamiento y destierro, respectivamente. Inhabilitación absoluta perpetua y temporal e inhabilitación especial

Como es sabido, este nuevo Código penal de 1928 fue promulgado bajo la dictadura de Primo de Rivera siendo criticado desde sus inicios por el rigor en el castigo al reo lo cual contrastaba con la inclusión, por primera vez en un Código penal, de la figura de la entonces condena condicional¹¹². Tal y como he insistido, la Ley de condena condicional de 1908 fue una Ley especial que reguló la materia relativa a la condena condicional pero que no se introdujo la normativa en el Código penal vigente de 1870, teniendo por tanto que esperar hasta 1928 que es cuando se introdujo por primera vez en un Código penal español.

Al igual que se ha manifestado al analizar la Ley de 1908, no pretende esta obra realizar un análisis exhaustivo de la historia española sino solo sentar unas mínimas bases que me permitan centrar el objeto de estudio: la figura de la suspensión de la pena. Para dar una idea de los antecedentes más inmediatos a este nuevo Código de 1928, ha creído preciso partir del estudio de ANTÓN ONECA, única monografía que ofrece una visión de conjunto de los distintos Proyectos previos. Resulta imprescindible arrancar con ella para analizar las fuentes en las que se inspiraron los autores del Código penal de 1928¹¹³. En otra publicación del mismo autor, dedicada esta vez a los antecedentes más directos del Código penal de 1928, nos ofrece una exposición de los aspectos esenciales de la codificación penal hasta la promulgación del Código de 1870, para posteriormente comentar el estado de la Ciencia penal española contemporánea a través de la legislación penal complementaria al Código. Finalmente, analiza los Proyectos más influyentes en el Código de 1928, así como el Proyecto de 1927 que sirvió de base al Código de 1928. Llegado a este punto ANTÓN ONECA somete el mencionado cuerpo legislativo a un análisis, muy pormenorizado, que me sirve de base para el estudio de la condena condicional¹¹⁴.

temporal, por inhabilitación absoluta o especial para cargos públicos, profesión, arte, oficio y derechos políticos. Las nuevas penas, mientras se aplique esta disposición transitoria, no excederá en duración, en cada caso, a la de la fijada por los artículos del Código que hasta ahora ha regido”.

¹¹² A pesar de esas críticas, COBO DEL ROSAL PÉREZ, “El proceso de elaboración...”, p. 563, afirma que “La Dictadura de Primo de Rivera, a pesar de su espíritu profundamente antiliberal, pretendía modernizar el Estado español y su Derecho criminal”.

¹¹³ Una visión completa de ello la encontramos a través de la obra de ANTÓN ONECA, “Los proyectos decimonónicos para la reforma...”, pp. 249 y ss.

¹¹⁴ Dicho análisis se realiza por ANTÓN ONECA, “Los antecedentes del nuevo Código penal”, pp. 30 y ss.

Sentado lo anterior, se puede decir que durante el tiempo que media entre los Códigos penales de 1870 y de 1928, la legislación penal española no sufrió ninguna modificación global. Sí que es cierto que durante el período de la Dictadura de Primo de Rivera desde 1923 hasta la promulgación del Código penal de 1928, se procedió a modificar parcialmente el Código penal vigente de 1870 mediante disposiciones legales, la mayor parte de las cuales continuaron en vigor durante la Dictadura. Así, antes de proceder a la reforma general del Código penal, el régimen había ido adaptando, vía Decreto, parte de la legislación decimonónica a las nuevas circunstancias que imperaban en España en esa época¹¹⁵. No obstante, es destacable que suponiendo la Ley de 1908 un cambio radical al regular el derecho a la segunda oportunidad del reo posibilitando el cumplimiento de la pena en libertad, no se incluyera, vía Decreto (como sí sucedió en otras materias), en el Código vigente de 1870.

Esta transformación y necesaria codificación, como señalaba ANTÓN ONECA, no fue algo original en España pues se hizo en consonancia con el marco de transformación constitucional y jurídica que afectaba a toda Europa tras la Primera Guerra Mundial. Es en este contexto social, político y económico en el que se ha de entender la (entonces) nueva codificación de 1928¹¹⁶ en la que se incluyó la condena condicional de la ya reiterada Ley de 1908, en concreto en los artículos 184 a 190. Dichos artículos se encontraban ubicados en la Sección III rubricada “Causas o circunstancias que modifican o suspenden el cumplimiento de la condena”, dentro del Capítulo VI titulado “De la ejecución y cumplimiento de las penas”, en el Título III rubricado “De la represión”, dentro del Libro I denominado “De la infracción criminal y de su represión”.

¹¹⁵ Como la propia Exposición de motivos del Código penal de 1928 reflejaba “No es un Código total ni siquiera de carácter didáctico [...] queremos que, en su núcleo consagrado, sea un Código de aplicación inmediata para los Tribunales y de mayor esclarecimiento para los ciudadanos, un texto que deje vigente todos los demás del Derecho obrero que no le afecten ni contradigan, por el momento más propicios, por sus heterogeneidades y variantes, para la suma de una compilación, ya también en preparación, que para la orgánica fusión de un Código. Quizá este Derecho, aunque destinado, por de pronto, a vagar fuera de nuestro cuerpo legal, puede venir depurado, en su día, al círculo más dilatado de otra sistematización más codificada. Hoy por hoy, estimamos un serio progreso la presente”.

¹¹⁶ COBO DEL ROSAL PÉREZ, “El proceso de elaboración...”, p. 602, indica que “[...] si situamos el Código Penal de 1928 en una perspectiva temporal amplia, cabría entender que no llama especialmente la atención en lo que se refiere a su proceso de elaboración, a pesar de que se realiza en una situación dictatorial, con plena suspensión de las garantías constitucionales. Podría incluso observarse que, desde un punto de vista técnico, el Código Penal de 1928 fue elaborado con más detenimiento que el de 1870, no sólo en la fase de la Comisión General de Codificación, sino en la de los amplios y crudos debates que tuvieron lugar ante la Asamblea Nacional”.

Creo destacable que el primero de dichos preceptos no recogiera el supuesto general aplicable en materia de suspensión de la pena sino que se trataba de lo que podría denominarse una de las «causas de suspensión extraordinaria de la pena» (en términos actuales), por cuanto se refería a casos en los que «el reo cayera en perturbación o incapacidad mental después de firme una sentencia condenatoria de pena de muerte o de privación de libertad»¹¹⁷. Como es sabido, este es un supuesto que hoy en día se mantiene genéricamente conocido como «suspensión extraordinaria de la pena por trastorno mental sobrevenido», regulado en el artículo 60 del Código penal de 1995. Recogía este artículo 184 del Código de 1928 lo siguiente:

Art. 184. “Cuando después de firme una sentencia condenatoria de pena de muerte o de privación de libertad, haya principiado o no esta última a cumplirse, cayere el reo en perturbación o incapacidad mental, el Tribunal suspenderá el cumplimiento de la pena y ordenará la tramitación del oportuno expediente gubernativo y el internamiento del penado en un manicomio judicial, siempre que la pena sea grave, o en un manicomio judicial o uno particular si la pena fuere, menos grave. Para el internamiento en uno particular se exigirán las garantías expresadas en el segundo párrafo del artículo 95; y en todos los casos resolverá el Tribunal teniendo en cuenta las circunstancias personales y familiares del penado y la naturaleza de la infracción cometida.

El reo no podrá salir del manicomio sino por mandato del Tribunal sentenciador, previos los informes facultativos pertinentes, apreciados en conciencia por el Tribunal, que podrá también acordar el examen directo que estime oportuno.

La permanencia del reo en el manicomio le será de abono para el cumplimiento de la pena, salvo el caso de que se acredite cumplidamente que la perturbación mental fue fingida.

En cualquier momento en que el penado recobre la normalidad de sus facultades mentales, principiará o continuará el cumplimiento de la condena, a no ser que ésta hubiera prescrito. Se exceptúa el condenado a pena de muerte, a quien al recobrar la razón le será conmutada aquélla por la de treinta años de reclusión o prisión según el delito”.

Exigía este precepto que se tratara de una persona que «cayera en esta situación de incapacidad después de haber sido condenado en sentencia penal firme» a uno de los

¹¹⁷ Recordar que en esta época estaba aún vigente la pena de muerte que no fue derogada hasta el Código penal de 1932. A mi juicio, este Código de 1928 era un Código de contrastes, no solo por la época en la que se dictó sino por prever en un mismo texto la «pena de muerte» que atenta contra el derecho a la vida del reo, junto con la «condena condicional» que permite el cumplimiento de la pena en libertad y busca la reeducación del reo fuera de las cárceles.

dos tipos de pena que se preveían taxativamente en su redacción; esto es, o bien a pena de muerte o bien a pena privativa de libertad. Además no se determinaba la duración de la pena para la concesión de la suspensión, sino que la duración de la pena y su clasificación en grave o menos grave era lo que determinaba su ingreso en un manicomio judicial, en el primer caso, o en un manicomio judicial o particular en el segundo supuesto; siempre y cuando en este último caso se cumplieran las garantías que regulaba el artículo 95 del propio Código penal¹¹⁸.

Como decía, se trata de un supuesto especial basado en la «inimputabilidad sobrevinida del reo» que hacía imposible el cumplimiento de la condena impuesta. Si bien el propio precepto se refiere a la «suspensión del cumplimiento de la condena», *strictu sensu*, no se trataba de una suspensión sino de su sustitución por el internamiento en un manicomio judicial o particular¹¹⁹. La base de este supuesto era la enfermedad sobrevinida del sujeto, siendo necesario el internamiento con el tratamiento médico correspondiente a fin de lograr su rehabilitación; por este mismo motivo permanecía interno si no mediaba resolución judicial que decretara lo contrario una vez emitidos los correspondientes informes por parte de los facultativos. Además la

¹¹⁸ Establecía el artículo 95 del Código penal de 1928 lo siguiente:

Art. 95. “Cuando el Tribunal declare la irresponsabilidad de una persona por estimar que obró en estado de probada inconsciencia, perturbación o debilidad mental, con arreglo al artículo 55 de este Código, acordará su internamiento en un manicomio judicial adecuado para el tratamiento de su enfermedad, siempre que la pena que corresponda imponerle sea grave.

En los mismos casos, cuando la pena no sea grave, podrá el Tribunal, a su prudente arbitrio, acordar el internamiento en un manicomio judicial o en uno particular, que a su juicio ofrezca suficientes garantías, si la familia lo reclama, obligándose a satisfacer los gastos y prestar caución de custodia en la cuantía que señalé el propio Tribunal.

Esta caución podrá ser metálica, hipotecaria o pignoratícia, en bienes propios o ajenos, y si por descuido o negligencia de los familiares que se hiciesen cargo del irresponsable, causaré éste algún daño, se acordará la incautación de lo señalado como fianza, invirtiéndose su importe en indemnizar a los perjudicados por el daño”.

¹¹⁹ Como ya se ha señalado, esta causa de condena condicional sigue vigente en el actual artículo 60 del Código penal de 1995, si bien con una redacción totalmente diferente, pero conservando el espíritu de esta primera redacción del Código penal de 1928. Actualmente se prevé la demencia sobrevinida como causa de suspensión de la pena privativa de libertad que esté cumpliendo el reo garantizándose por el juez de vigilancia penitenciaria que éste reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en el artículo 96.2 del Código, siempre que no sea más gravosa que la pena sustituida; añadiendo que si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el juez de vigilancia penitenciaria deberá apreciar si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias (no privativas de libertad de las reguladas en el artículo 96.3 del Código).

permanencia del reo en el manicomio le era abonada para el cumplimiento de la pena, lo cual era una regulación especialmente beneficiosa para el reo; eso sí, con una salvedad: si se acreditara que la perturbación mental «fue fingida» no computaba el tiempo pasado en el manicomio como cumplimiento efectivo de pena. Desatacar que la regulación sobre el fingimiento de la incapacidad continuaba en el artículo 185 del Código señalando que:

Art. 185. “Si se advierte que algún recluso, a quien se haya aplicado el artículo anterior, ha fingido la perturbación o incapacidad mental, se pondrá el hecho en conocimiento del Tribunal sentenciador, para que acuerde su traslación al establecimiento penal que proceda, y la instrucción de diligencias a fin de que, con audiencia del Fiscal, se aplique al delincuente la agravación que corresponda por el quebrantamiento de condena”.

En este caso, se había aplicado la condena condicional por creer el tribunal que el reo se encontraba en alguno de los supuestos de incapacitación que contemplaba el artículo 184 del Código pero, posteriormente, se comprobaba que dicha situación había sido fingida; esto es, «buscada de propósito por el sujeto con la intención de verse beneficiado de la condena condicional» ya que, sin esa fingida incapacidad, el reo se veía obligado a cumplir con la pena impuesta. Se trataba de un supuesto específico de causa de revocación de la condena condicional que además conllevaba, no solo el cumplimiento de la pena indebidamente suspendida, sino una agravación por el quebrantamiento de la condena. Así lo disponía el propio precepto aludiendo a que «la pena, que injustamente fue suspendida y se debía cumplir, se vería incrementada por el quebrantamiento de la condena inicial».

Estos dos artículos, 184 y 185 del Código de 1928, recogían una regulación novedosa ya que la Ley de 1908 no hacía alusión alguna a estos supuestos, tomándose como referencia lo contenido en otras normativas europeas que sí que lo regulaban. Además, es destacable que su inclusión en el Código penal de 1928 no se haya mantenido hasta la regulación actual ya que lo único que se mantiene es para el caso en que, desaparecida la causa de la incapacidad (lo cual entiendo equiparable a si se prueba que la incapacidad fue fingida), el reo debe cumplir con la pena siempre que la misma no hubiera prescrito y siempre que no se establezca lo contrario por el juez. Como es sabido, la regulación actual permite al juez dar por extinguida la pena (siempre de forma motivada y solo en el supuesto en que la duración de la medida de seguridad impuesta y

cumplida haya sido semejante lo cual será valorado por el juez), o bien reducir su duración atendiendo al principio de proporcionalidad entre lo que le quedare por cumplir y la finalidad pretendida con la pena.

Después de estos dos artículos, aplicables solo cuando el reo presentaba (o fingía) un supuesto de incapacidad, el resto de preceptos recogían la figura de la condena condicional respetando el espíritu de la Ley de 1908. Así, el artículo 186 del Código penal de 1928 recogía, como ya lo hiciera la Ley anterior, la doble versión de la condena condicional; a saber, «condena condicional concedida *ex arbitrio*» o «condena condicional decretada *ex necessitate legis*» al disponer:

Art. 186. “Los Tribunales podrán otorgar motivadamente, por sí, o aplicar por ministerio de la ley, la condena condicional que deja en suspenso la aplicación de la pena de privación de libertad impuesta. El plazo de suspensión será de tres a seis años, que fijarán los Tribunales atendidas las condiciones del delincuente, las circunstancias del hecho y la extensión de la pena impuesta.

Serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena:

1ª Que el reo haya delinquido por primera vez.

2ª Que no haya sido declarado en rebeldía.

3ª Que la pena consista en reclusión o prisión que no exceda de dos años.

En los casos comprendidos en los tres números anteriores, los Tribunales podrán aplicar o no la condena condicional, según lo estimen procedente, atendiendo para ello a la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de todas clases que concurriesen en su ejecución”.

Se recogía en primer lugar la «condena condicional *ex arbitrio*» que inequívocamente permitía a los órganos judiciales decidir sobre la concesión o denegación de la suspensión de la pena, siempre de forma motivada. Esta regulación ya evitaba, desde ese momento, el carácter arbitrario en su aplicación ya que el juez necesitaba justificar (motivar) el respeto o cumplimiento a las condiciones que el propio artículo preveía como eran: la primariedad delictiva; la no declaración en rebeldía; y que la pena consistiera en reclusión o prisión que no excediera de dos años.

Estas condiciones eran (y son) la base sobre las que se asentaba la verdadera naturaleza jurídica de la condena condicional, hoy suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. El primero de los requisitos era el ya reiterado principio de «primariedad delictiva» que ya contemplaba la Ley de 1908. Sobre su valoración actual me detendré al analizar la normativa vigente y las cuestiones que se suscitan en torno a su definición y aplicación. Baste decir ahora que, en general, no debía tener el reo una sentencia penal condenatoria cuando el tribunal fuera a decidir sobre la condena condicional¹²⁰.

En segundo lugar se exigía que el sujeto «no hubiera sido declarado en rebeldía». Esta causa, que hoy en día no se mantiene en la dicción literal del Código penal, se basaba en la configuración legislativa de que no se podía ver beneficiado de la condena condicional aquél que no se había presentado ante el tribunal encargado de resolver sobre su concesión. La regulación de esta segunda condición también se incluía como necesaria en la Ley de 1908, por lo que no era de nueva redacción y su espíritu y finalidad eran los mismos ya expuestos en la normativa anterior.

Por último se recogía la «clase de pena» que era susceptible de suspensión que, en ese momento, era la de reclusión o prisión que no excediera de dos años. Sobre esta cuestión también hubo diferentes regulaciones hasta la normativa actual. Entiendo que dichas modificaciones se aplicaban en función de la mayor o menor reprochabilidad en la conducta del reo acorde con las clases de penas y la duración de las mismas que se iban configurando en los diferentes Códigos penales. En todo caso, sí que se aumenta en la regulación española ese límite de la duración de la pena ya que el artículo 2 apartado tercero de la Ley de 1908 fijaba el límite en la condena a privación de libertad que no excediera de un año. El límite se duplicó en esta nueva regulación y se especificó que la suspensión no era aplicable a todas las penas privativas de libertad en general sino que el precepto solo se refiere a la pena de reclusión y prisión.

Por lo que respecta al artículo 187 del Código de 1928 venía prácticamente a reproducir los supuestos excluidos de aplicación de la figura de la condena condicional que ya contenía el artículo 3 de la Ley de condena condicional de 1908. Aun así, es

¹²⁰ Ello evidentemente generaba muchas interpretaciones sobre qué sucedía si se había cometido un hecho con anterioridad a la suspensión de la pena pero la condena es posterior; o qué ocurría si los dos hechos eran de la misma fecha pero en uno recae sentencia condenatoria antes que en el otro. Como digo, estas cuestiones, muchas de ellas aún sin resolver y siguen siendo tarea pendiente que analizaré al profundizar en los problemas que generan en la práctica judicial.

cierto que se aprecian matices en cuanto a las exclusiones y se elimina la referida a los «delitos contra el honor» como uno de los supuestos que sí que recogía el artículo 3 de la Ley de 1908. Pero como digo, el resto de exclusiones no son sino una mera transcripción de lo ya recogido en la Ley de 1908, por lo que me remito a lo ya expuesto¹²¹.

Junto a lo anterior, el artículo 189 del Código de 1928 regulaba otro supuesto de excepción a la aplicación de la condena condicional, pero que no era referido a los tipos de delito cometidos (como hacía el artículo 187) sino al tipo de pena impuesta:

Art. 189. “La condena condicional no será extensiva a las medidas de suspensión del derecho de sufragio, cargo de jurado u otro de carácter público, impuesto como consecuencia o efecto de la pena, ni alcanzará a las responsabilidades civiles directas ni a las subsidiarias”. Este espíritu es el que sigue manteniendo el Código actual en el que la suspensión de la pena, en ningún caso, abarca a las responsabilidades civiles dimanantes del ilícito penal que se han de cumplir”.

Por lo demás, reseñar que el artículo 188 del Código penal de 1928 mantuvo la denominada «condena condicional *ex necessitate legis* o automática» que ya contenía la Ley de 1908 al disponer que:

¹²¹ El artículo 187 del Código penal de 1928 decía:

Art. 187. “Quedan exceptuados de la suspensión condicional de la pena los autores, cómplices o encubridores de los siguientes delitos:

1º Los de robo y los de hurto calificado en todo caso, los de hurto no calificado en cantidad superior a 500 pesetas, y los de defraudación y estafa en cantidad superior a 250 pesetas.

2º Los de incendio, estragos y delitos afines no cometidos por imprudencia.

3º Los cometidos por las Autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio o con ocasión de sus cargos.

4º Los de falsificación de títulos y moneda, billetes de Banco y efectos timbrados, cuya expendición esté reservada al Estado.

5º Los de falsedad en documentos públicos y privados.

Para la aplicación del beneficio de la condena condicional a los reos de delito que no puedan ser perseguidos sin previa querrela, denuncia o consentimiento de la parte agraviada tendrá que ser oída ésta necesariamente y, cuando sea dicha parte quien lo inste, o cuando dictamine favorablemente, se otorgará siempre el beneficio”.

Art. 188. “El Tribunal aplicará siempre por ministerio de la ley la condena condicional, en los casos de delitos no exceptuados por el artículo anterior, cuando, además de las condiciones enumeradas en el artículo 186, concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Que el reo no fuera al delinquir mayor de diez y ocho años [redacción expresamente recogida de la publicación en la Gaceta de Madrid]. 2ª Que en la sentencia se aprecie el mayor número de requisitos o condiciones para eximir de responsabilidad con arreglo a este Código”.

Conforme a este precepto el tribunal aplicaba, siempre por «ministerio de la Ley» la condena condicional; eso sí, cuando se cumplieran las condiciones y circunstancias que el propio precepto preveía. En este supuesto (dejando a un lado las exclusiones anteriores a las que hemos hecho referencia) se recogían una serie de requisitos de debido cumplimiento que se añadían a los que ya regulaba el artículo 186 que también debían concurrir. El primero de dichos requisitos era muy concreto y relativo a la «edad del reo» siendo necesario que no fuera mayor de dieciocho años para que se le pudiera aplicar la condena condicional automática, lo cual era fácilmente comprobable a través de la partida de nacimiento; y el segundo, a mi parecer, manteniendo ese carácter genérico que ya he comentado que se daba en la Ley de 1908, al disponer que «en la sentencia se aprecie el mayor número de requisitos o condiciones para eximir de responsabilidad» con arreglo a este Código. Se trataba de una especie de cláusula de cierre que conllevaba que si el tribunal apreciaba la concurrencia de prácticamente todos los requisitos para la condena condicional, ésta operaba automáticamente como institución de beneficio en favor del reo. En este aspecto, como decía, tanto el espíritu como su naturaleza jurídica tienen su origen en la Ley de 1908 que se mantiene en el Código de 1928.

El último artículo del Código de 1928 dedicado a la condena condicional era el artículo 190, en el cual se permitía la aplicación de la condena condicional a un número limitado de las entonces faltas¹²², que eran faltas que no fueran contra la propiedad siempre que se cumpliera con la premisa básica de primariedad delictiva. Establecía este precepto:

Art. 190. “El beneficio de la condena condicional podrá también ser aplicado a los condenados a penas de arresto por faltas que no sean contra la propiedad y que no hayan sido penados anteriormente. La

¹²² Reiterar que hasta la L.O. 1/2015, de 30 de marzo de modificación del Código penal de 1995, existía la clásica clasificación tripartita entre delitos graves, delitos menos graves y faltas. A raíz de esta Ley desaparecen las faltas como clase de infracción penal.

concesión de este beneficio se otorgará por el Juez sentenciador, con intervención del Ministerio fiscal y mediante el procedimiento que señalen las disposiciones reglamentarias correspondientes”.

Se trataba de un derecho de gracia concedido para aquellos reos que tuvieran su primera sentencia condenatoria por una falta siempre que no se tratara de faltas contra la propiedad ya que las mismas se encontraban expresamente excluidas de la posibilidad de condena condicional. Entiendo que el legislador consideró que, en estos casos, debido a la gravedad de los hechos así como a la responsabilidad civil que se pudiera derivar, no eran susceptibles de ser beneficiados por la condena condicional. Esta posibilidad no se ha mantenido hasta la regulación actual. No obstante las interpretaciones que pudieran darse al respecto quedan hoy día vaciadas de contenido al no existir esas infracciones penales en el sistema actual. La duda es si los delitos leves que nacen con la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, podrían equipararse a las faltas en este aspecto, pero ello será objeto de análisis al estudiar la normativa actual en el apartado correspondiente.

D. El Código penal de 8 de septiembre de 1932.

El Código penal de 1928 vigente en España, al igual que el resto de Leyes, sufría modificaciones tan pronto como existía un cambio de Gobierno. Proclamada la Segunda República en España el 14 de abril de 1931, el Gobierno provisional derogó inmediatamente el Código penal de 1928 con lo que se volvió al anterior Código de 1870. Tomando éste como punto de partida se elaboró seguidamente un nuevo Código penal a través de la Ley de 8 de septiembre de 1932¹²³ que se decretó el 27 de octubre de ese mismo año y que fue publicada en la Gaceta de Madrid el 5 de noviembre de 1932. Además, según la Disposición Transitoria Primera entró en vigor el 1 de diciembre de 1932. En este nuevo Código se mantiene la regulación de la institución de la condena condicional que ya recogía el Código de 1928 y la Ley de condena condicional de 1908 pero con las modificaciones que señalaré.

¹²³ Interesa destacar la participación en la elaboración del Código de 1932 de grandes autores tales como JIMÉNEZ DE ASÚA, ANTÓN ONECA o RODRÍGUEZ MUÑOZ. Además se valoró positivamente que se tratara de un texto con una clara orientación humanitaria que se manifestó en diferentes aspectos como, por ejemplo, en la supresión de la pena de muerte, en la disminución del número de agravantes, así como en el aumento de las atenuantes, o en la introducción de la sordomudez y del trastorno mental transitorio como circunstancias eximentes.

Cabe destacar que el apartado I de la propia Exposición de motivos del nuevo Código se rubricaba “Necesidad de reformar el Código penal de 1870”. Atendiendo a la urgencia de los acontecimientos con ese cambio de régimen, el Gobierno se vio desbordado para la elaboración, en tan poco tiempo, de un nuevo Código penal. De ahí que se optara por una labor intermedia: por un lado se adaptaron los artículos del Código de 1870 a la nueva Constitución de 1931 (sobre todo humanizando sus preceptos); y, por otro lado, se siguió trabajando en la necesidad de elaborar un nuevo Código penal¹²⁴.

Consecuentemente, aun cuando se basaba en el Código penal de 1870 (Código en el que, insisto una vez más, no se incluía la regulación de la condena condicional ni tan siquiera después de la publicación de la Ley de condena condicional de 1908), sí se regulaba la condena condicional en términos similares y con la misma finalidad que pretendía el legislador del Código penal de 1928. En concreto, se regulaba la condena condicional en los artículos 95 a 100 del Código ubicados en la Sección III con la denominación de “Remisión condicional”, dentro del Capítulo V titulado “De la ejecución de la penas”, en el Título III denominado “De las penas”, dentro del Libro I

¹²⁴ Ahondando en el contenido de la Exposición de motivos del Código penal de 1932 se manifestaba lo siguiente: “Por Decreto de 6 de Mayo del pasado año, el Gobierno provisional de la República creó la Comisión Jurídica Asesora en reemplazo de la vetusta Comisión general de Codificación existente desde el 10 de Mayo de 1875. Uno de los cometidos que la nueva Junta de técnicos había de cumplir con harta prisa era la reforma del Código penal. El Gobierno republicano, apenas exaltado al Poder por aclamación pública, cuidóse [dicción literal de la Exposición de motivos], del restablecimiento de la legalidad punitiva, y el 15 de Abril de 1931 anuló el “Código gubernativo” de 1928. El Decreto de 15 de Abril se limitó a esta empresa de restitución de la legítima vigencia del Código de 1870. Pocos días más tarde -el 2 de Mayo del pasado año-, el Gobierno introdujo parcas reformas en el Código resucitado, tendentes a poner en armonía su texto con el régimen democrático, que el país se dio el 14 de Abril. Respetuosos los Ministros provisionales con la soberanía popular, no quisieron emprender enmienda alguna de otra índole -ni aun siquiera para humanizar el duro documento legislativo-, dejando in lacia la tarea reformadora al Parlamento constituyente. Devolver a la auténtica disciplina de 1870 su legítimo vigor, no suponía que el Gobierno provisional de la República estimase perfecta y adecuada a esta época una Ley que, por muy progresiva que fuese en los días de su nacimiento, es hoy francamente insostenible como obra permanente. Las épocas revolucionarias precisan apresurar las faenas legislativas, pero no pueden atropellar las etapas de aquellos trabajos que tienen largos períodos de gestación. En pocos meses era imposible preparar un proyecto, de Código penal enteramente nuevo. A seguida [dicción literal de la Exposición de Motivos] se insistirá en las razones que obstan la fulminante composición de un Código de delitos y penas. Pero tan imposible como componer en breve plazo una Ley de nuevo estilo, era mantener intacto el Código penal de 1870”. Añade que “[...] el entonces Ministro de Justicia, adoptó con acierto una solución intermedia, encomendando a los técnicos de la Asesoría Jurídica un doble cometido en el orden penal. El primero, de urgente término, y de más dilatado cumplimiento el segundo. Por taxativo encargo del Ministro, la Comisión se cuidó con máxima premura de reformar el Código penal en dos aspectos principales: adaptando sus artículos a la nueva Ley constitucional, y humanizando sus preceptos; y una vez acabada esta tarea preliminar, la Comisión debería esforzarse en otra empresa de más monta, sin plazos perentorios: la de redactar el nuevo Código penal español. Fieles al cometido, los miembros de la Subcomisión penal reformaron el Código de 1870, poniéndole en condiciones de que pueda extender su vida durante el tiempo preciso para componer y promulgar una nueva Ley de delitos y penas”.

rubricado “Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas”.

No obstante, merece destacar que el artículo 86 del Código¹²⁵, fuera de esa Sección III, se regulaba una modalidad de suspensión de la pena. Se trataba de la suspensión que podía conceder el tribunal sentenciador en casos de «enajenación del reo posterior a la sentencia firme de condena». Disponía este artículo que:

Art. 86. “Cuando el delincuente cayere en enajenación después de pronunciada sentencia firme, se suspenderá la ejecución tan sólo en cuanto a la pena personal, observándose en sus casos respectivos lo establecido en el párrafo tercero, número 1º del artículo 8º.

En cualquier tiempo en que el delincuente recobrare el juicio, cumplirá la sentencia, a no ser que la pena hubiere prescrito con arreglo a lo que establece este Código.

Se observarán también las disposiciones respectivas de esta Sección cuando la enajenación sobreviniere hallándose el sentenciado cumpliendo la sentencia”.

Se trataba del supuesto clásico de «enajenación mental sobrevenida» en la que se permitía la suspensión de la pena debido al estado mental del reo y que se limitaba a reproducir lo ya contenido en los artículos 184 y 185 del Código de 1928.

Pero es preciso tener en cuenta que, en dicho supuesto, no se aplicaba la condena condicional a cualquier tipo de pena impuesta ya que el propio precepto señalaba que «se suspenderá la ejecución tan sólo en cuanto a la pena personal» no extendiéndose por lo tanto a la posible responsabilidad civil del delito que se mantenía intacta a pesar de la enajenación. De ahí que el artículo añadiera que «observándose en sus casos respectivos lo establecido en el párrafo tercero, número 1º del artículo 8º»¹²⁶. Cabe decir al respecto que, a pesar de recogerse con diferente redacción y con diferente ubicación en el Código, el sentido y finalidad de este supuesto era el mismo que ya recogía el artículo

¹²⁵ Ubicado en el mismo Libro I, Título III, Capítulo V, pero en la Sección I rubricada “Disposiciones generales”. Este mismo supuesto se recogía en los artículos 184 y 185 del Código de 1928 en los términos que ya he comentado.

¹²⁶ Disponía el artículo 8.1 párrafo 3º del Código penal de 1932 que:

Art. 8.1 pfo. 3º. “Cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la Ley sancionare como delito, el Tribunal decretará su internamiento en uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal”.

184 del Código penal de 1928, por lo que todo lo dicho al respecto es de aplicación a este caso.

Por lo demás, como he adelantado, eran los artículos 95 a 100 del Código donde se regulaba la condena condicional. Así el artículo 95 venía a regular el supuesto clásico de condena condicional en sus dos modalidades (facultativa e imperativa) al disponer que:

Art. 95. “Se confiere a los Tribunales la atribución de otorgar motivadamente por sí o de aplicar por ministerio de la ley la condena condicional, que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta”.

“El plazo de esta suspensión será dos a cinco años, que fijarán los Tribunales, atendidas las circunstancias del hecho y la aplicación de la pena impuesta”.

Se trataba única y exclusivamente de una refundición del concepto de condena condicional que no añadía ni modificaba nada a lo ya regulado hasta entonces. Pero en párrafo segundo de dicho artículo, sí que supone una primera modificación ya que se modificó el plazo de suspensión, pasando de los tres a seis años que contemplaba el artículo 186 del Código de 1928, a un plazo de dos a cinco años conforme a esa nueva regulación. Sobre el motivo de la reducción del plazo de suspensión, nada se dice en la Exposición de motivos¹²⁷.

Por su parte, el artículo 96 del Código venía a recoger las mismas condiciones que el anterior artículo 186 del Código penal de 1928, modificando únicamente la clase de pena susceptible de suspensión así como el tiempo máximo de duración. Disponía este precepto que:

Art. 96. “Serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena.

Primera. Que el reo haya delinquido por primera vez.

¹²⁷ No obstante se evidencia que se basó en el carácter humanitario que se pretendía dar a las penas que supuso, además, una disminución del plazo de suspensión, que hacía que el reo estuviera menos tiempo sometido al plazo de suspensión (lo que conllevaba que su obligación de no delinquir se reducía en el tiempo). Si bien al hablar del plazo de suspensión en la Ley de 1908 he señalado cómo los autores indicaban que la extensión amplia en un plazo de suspensión permitía individualizar con mayor precisión la pena atendiendo a las circunstancias del hecho y del autor, a mi juicio una mayor extensión puede conllevar un mayor plazo de suspensión durante el cual el reo sigue sometido a la amenaza de cumplimiento de la pena por lo que en todo caso entiendo que esa reducción fue positiva. Destacar además que el actual artículo 81 párrafo primero del Código penal de 1995, prevé este mismo plazo para las penas privativas de libertad no superiores a dos años (si bien se añade otro plazo de suspensión de tres meses y un año para las penas leves).

Segunda. Que no haya sido declarado en rebeldía.

Tercera. Que la pena consista en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal del delito o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa.

En los casos comprendidos en los tres números anteriores, los Tribunales podrán aplicar o no la condena condicional, según lo estimen procedente, atendiendo para ello a la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de todas clases que concurrieren en su ejecución”.

Por lo que respecta a la «clase de pena» se aplica a todas las penas privativas de libertad sin excepción (frente al Código penal de 1928 que lo limitó a las penas de reclusión) por lo que se vuelve a la misma normativa de la Ley de 1908. En lo que se refiere a la «duración de la pena privativa de libertad susceptible de suspensión» se vuelve a la redacción de la Ley de 1908, al disponer que no tenga que ser superior a un año. Debido a este retorno a la Ley de 1908 en estos dos aspectos, la doctrina se inclinó a considerar que la «nueva redacción» del Código de 1932 en realidad no era tan nueva, sino que fruto de los inconvenientes que la aplicación práctica del Código de 1928 había generado, se tuvo que volver a la configuración de origen.

Manteniendo la dualidad de la condena condicional que ya preveían tanto la Ley de 1908 como el Código penal de 1928, el artículo 97 del Código de 1932 regulaba la denominada «condena condicional decretada *ex necessitate legis*» pero modificando los requisitos que en esos casos debían concurrir para su aplicación automática. Este precepto establecía lo siguiente:

Art. 97. “El Tribunal aplicará por ministerio de la ley la condena condicional en los casos siguientes:

Primero. Cuando en la sentencia se aprecie el mayor número de requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad con arreglo a este Código.

Segundo. En los delitos que se persiguen a instancia de agraviado si mediase solicitud expresa de la parte ofendida”.

Destaco en esta redacción la desaparición de toda alusión a la «edad del reo», que sí contemplaba la regulación anterior, limitándose a mantener la necesidad de que en la sentencia se aprecien «el mayor número de requisitos establecidos para declarar la extinción de responsabilidad con arreglo a este Código». El problema era, una vez más,

como ya sucedía en las redacciones anteriores, definir cuándo se daba o no ese mayor número de requisitos ya que al no especificarse de forma clara, se podía interpretar de diferentes formas, siendo en todo caso el órgano judicial el que determinaba si concurrían o no ese mayor número de requisitos.

Lo que sí que se añadió, con carácter preceptivo, fue que para aplicar la condena condicional automática en delitos perseguibles únicamente a instancia de parte, genéricamente conocidos como de «delitos privados» era necesario que «el ofendido los solicitara de forma expresa al tribunal». Me parece poco probable que el ofendido, sobre todo en estos casos en que exige su actuación para la tramitación de la causa, realice luego una solicitud para que se le aplique la condena condicional al reo. Por ello entiendo que, al condicionar esta aplicación automática a la solicitud del ofendido, en la práctica, quedó realmente vaciado de contenido pues pocos o ninguno serían los supuestos en los que efectivamente este precepto se aplicó. Sin embargo esta fue la primera vez que se dio protagonismo a la otra gran olvidada del delito que no era otra que la víctima, lo cual fue el origen de la redacción actual del artículo 80.6 del Código de 1995.

Siguiendo con la regulación de los delitos privados, el artículo 99 del Código de 1932 recogía la necesidad de dar «audiencia al perjudicado» antes de resolver sobre la condena condicional, al disponer:

Art. 99. “En los delitos que solo pueden ser perseguirlos a instancia de parte, el Tribunal oír a la persona ofendida o a quienes la represente antes de conceder el beneficio de la remisión condicional”.

Por lo tanto, mientras en la condena condicional automática, se exigía «solicitud expresa» del ofendido por el delito, en el caso de la condena condicional otorgada *ex arbitrio* solo se exigía «previa audiencia al perjudicado», pero en ningún caso esa declaración tenía carácter vinculante para el tribunal que era el que finalmente decidía sobre su concesión o denegación.

El artículo 98 del Código penal recogía la posibilidad de recurrir la resolución que se dictara, pero solo cuando se refiriera a la condena condicional decretada *ex necessitate legis*; si bien no se trataba de un recurso ordinario sino que solo se preveía que se pudiera interponer recurso de casación de conformidad con la redacción de la Ley de 1908, por lo que todo lo dicho al respecto es de aplicación:

Art. 98. “Contra la resolución que se dicte en todos los casos a que se refiere el artículo anterior se dará el recurso de casación”.

Cerrando la normativa sobre la condena condicional el artículo 100 del Código penal de 1932 venía a reproducir lo ya contenido en el artículo 189 del Código de 1928, recogiendo los límites de aplicación de la condena condicional al disponer que:

Art. 100. “La condena condicional no será extensiva a las penas de suspensión de derechos de sufragio, cargo de jurado u otro de carácter público, si éstas figurasen como accesorias, ni alcanzará a las responsabilidades civiles”.

Como he señalado en relación al artículo 189 del Código de 1928, se trataba de que el reo pudiera beneficiarse de la condena condicional porque el Estado le condonaba la deuda (pena) que tenía, pero siempre sobre la base de que dicha remisión no alcanzaba, en ningún caso, a las penas de suspensión de derechos de sufragio, cargo de jurado u otro de carácter público, siempre que éstas figurasen como accesorias. Junto a ello también se exceptuaban las responsabilidades civiles dimanantes del delito entendiendo que sobre éstas no cabía hablar de suspensión. La base se encuentra en que el Estado le concede el derecho a la segunda oportunidad al reo pero ello no debía (ni debe) afectar al derecho del perjudicado u ofendido a ser indemnizado en lo que le corresponda por el delito cometido.

E. El Código penal de 1944, el Texto revisado de 1963 y el Texto refundido de 1973.

a) El Código penal de 23 de diciembre de 1944.

Tal y como refleja la historia española la Guerra Civil española da paso a una nueva legislación penal de la cual fue fiel reflejo el Código penal de 1944. Este nuevo Código fue aprobado mediante Decreto de 23 de diciembre de 1944, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 13 de enero de 1945 y entró en vigor a los veinte días de su publicación (conforme al artículo 2 del Decreto); esto es, el 3 de febrero de 1945. En su publicación se denominaba a sí mismo como «Código Penal, texto refundido de 1944» y se redactó conforme a las prescripciones de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944¹²⁸.

¹²⁸ El encabezamiento de esta Ley de Bases decía “Limitase el propósito de esta Ley a lograr una nueva edición refundida y ligeramente modificada del Código penal de mil novecientos treinta y dos, en espera

Una de las críticas más notables a este nuevo Código penal que se publicaba fue la del restablecimiento de la pena de muerte, con lo que se volvía a sistema penal más remoto y dejaba de lado ese carácter humanista de las penas que se venía implantando desde el Código anterior en el que se basaba la condena condicional¹²⁹.

Esta Ley de Bases otorgaba una idea sobre el texto que se tomaba como referencia, toda vez que se disponía en su artículo 1 que:

Art. 1. “Se autoriza al Gobierno para publicar a propuesta del Ministerio de Justicia un nuevo texto refundido del Código penal vigente. En dicho texto se insertarán las disposiciones legislativas dictadas con posterioridad a mil ochocientos setenta y en las que concurran dos condiciones esenciales: primera, que hayan sido establecidas o expresamente aceptadas por el Nuevo Estado; y segunda, que puedan ser incorporadas al texto refundido sin alterar la unidad y armonía científica del citado Código”.

Es por ello que se dice, formalmente, que el Código penal, Texto refundido de 1944 enlaza, a través del Código de 1932, con el de 1870 y, en definitiva, con el Código de 1848, pero siempre tomando como referencia la abolición expresa del Código de 1932 que recogía el artículo 604 del Código de 1944 que disponía:

Art. 604. “Queda derogado el Código Penal de 27 de octubre de 1932. Los preceptos de Leyes penales especiales incorporados al presente Código se aplicarán con arreglo a las disposiciones del mismo, quedando subsistentes aquellos otros que no contradigan ni se opongan a lo establecido en este Cuerpo legal y, en todo caso, mientras no se disponga lo contrario, los de la Ley de Seguridad del Estado no incorporados a este Código, tanto en el aspecto sustantivo como en el de la determinación de la jurisdicción competente”.

El artículo 2 de la Ley de Bases recogía las modificaciones que este nuevo Código pretendía introducir entre las que se encontraba la materia objeto del presente

de la reforma total del mismo exigida por las nuevas realidades políticas y sociales del país que se halla en preparación por los organismos asesores del Ministerio de Justicia. Arduo empeño que requiere tiempo por lo que es aconsejable en espera de ese nuevo Código proporcionar un texto en el que se comprendan las disposiciones penales en vigor”.

¹²⁹ A pesar de que no se puede obviar que si bien el Código penal de 1932 se caracterizó en sus inicios por la abolición de la pena de muerte, no es menos cierto que mediante la Ley de 11 de octubre de 1934, publicada en la Gaceta de Madrid el 17 de octubre de ese mismo año, fue restablecida para delitos de terrorismo y bandolerismo y, finalmente, se incorporó de forma definitiva en el Código de 1932 a través del Decreto Ley de 5 de julio de 1938 en base al argumento de que su abolición no era compatible con el buen funcionamiento del Estado. En este sentido y solo en este sentido se consideró que realmente el Código de 1944 no hacía sino seguir lo recogido por su predecesor.

análisis con la denominación, en todo caso, de «remisión condicional»¹³⁰ dejando a un lado la tradicional calificación de «condena condicional».

Tomando por como referencia la nueva normativa que entró en vigor puedo decir que resulta, cuanto menos llamativo, que apenas se modificara la regulación de la «remisión condicional». Digo esto porque a pesar de que los cambios políticos y sociales fueron de alto calado, parece que no afectó a la naturaleza y espíritu de la remisión condicional que ya el legislador de 1908 pretendió darle.

Bajo estas premisas, nuevamente en la Sección III titulada “Remisión condicional”, del Capítulo V rubricada “De la ejecución de las penas”, dentro del Título III titulado “De las penas”, del Libro I del Código penal que llevaba como rúbrica “Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas”, artículos 92 a 97, se regulaba la remisión condicional, respetando la estructura general del Código de 1932, pero derogando en todo caso su articulado. Lo cierto es que, aunque con diferente número de articulado, los artículos 92 a 97 del Código penal de 1944 se correspondía, prácticamente, con los artículos 95 a 100 del Código penal de 1932, solo experimentando cambios dos de sus artículos. Si bien es necesario puntualizar que, previamente, el artículo 82, fuera de esa Sección III, como ya sucedía en el Código anterior, regulaba el supuesto de suspensión de la pena en caso de «enajenación posterior a la sentencia condenatoria» reproduciendo exactamente lo que el artículo 83 del Código de 1932 venía a establecer en estos casos:

Art. 82. “Cuando el delincuente cayere en enajenación después de pronunciada sentencia firme, se suspenderá la ejecución tan sólo en cuanto a la pena personal, observándose en sus casos respectivos lo establecido en el párrafo tercero, número 1º del artículo 8º.

¹³⁰ Señalaba el artículo 2 de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944 que

Art. 2. “En esta nueva edición se introducirán las siguientes modificaciones: A) En el Libro Primero [...] Cuarto. Podrá ampliarse el beneficio de la condena condicional a que hacen referencia los artículos noventa y cinco a ciento del Código, haciéndolo extensivo a las penas de dos años de duración cuando así lo estimara procedente por resolución expresa motivada el Tribunal sentenciador, si en el hecho delictivo concurría alguna atenuante muy cualificada estimada como tal en la sentencia”. Fruto de ello se introduce el único cambio sustancial en materia de remisión de la pena con relación al Código de 1932, lo que se tradujo en la inclusión de un segundo párrafo en el artículo 93 del Código de 1944 (este artículo 93 se correspondía con el artículo 96 del Código de 1932, salvo por ese segundo párrafo que como indico se añadió).

En cualquier tiempo en que el delincuente recobraré el juicio, cumplirá la sentencia, a no ser que la pena hubiere prescrito con arreglo a lo que establece este Código.

Se observarán también las disposiciones respectivas de esta Sección cuando la enajenación sobreviniere hallándose el sentenciado cumpliendo la sentencia”.

Centrándome ya en la Sección III, el artículo 92 del Código penal de 1944 (que se correspondía con el artículo 95 del Código penal de 1932) disponía que:

Art. 92. “Se confiere a los Tribunales la atribución de otorgar motivadamente por sí o de aplicar por ministerio de la Ley la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena.

El plazo de esta suspensión será de dos a cinco años, que fijarán los Tribunales, atendidas las circunstancias del hecho y la duración de la pena impuesta”.

Se trata de la misma redacción del artículo 95 del Código penal de 1932 salvo por dos puntualizaciones; primera, en el párrafo primero *in fine* desaparece la palabra «impuesta», lo cual no modifica en nada ni su espíritu ni la finalidad de la remisión de la pena. En segundo lugar, en el párrafo segundo al referirse a los criterios que habrán de ser valorados por el tribunal para la concesión del beneficio, se cambia la alusión a «aplicación de la pena impuesta» por «duración de la pena impuesta», lo tampoco aportaba un cambio real al contenido del precepto.

Junto a ello el artículo 93 del Código penal de 1944 (que se correspondía con el artículo 96 del Código penal de 1932), se mantuvo con idéntica redacción, si bien se introdujo un párrafo segundo nuevo, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Bases de 19 de julio de 1944. Así la nueva redacción del artículo fue la siguiente:

Art. 93. “Serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena.

Primera. Que el reo haya delinquido por primera vez.

Segunda. Que no haya sido declarado en rebeldía.

Tercera. Que la pena consista en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal del delito o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa.

En los casos comprendidos en los tres números anteriores, los Tribunales podrán aplicar o no la condena condicional, según lo estimen procedente, atendiendo para ello a la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de todas clases que concurrieren en su ejecución.

El Tribunal sentenciador podrá ampliar el beneficio de la condena condicional a los reos condenados a penas hasta de dos años de duración cuando así lo estimare procedente, en resolución expresa motivada, si en el hecho delictivo concurriera alguna atenuante muy calificada, apreciada como tal en la sentencia”.

Como he indicado anteriormente hay que tener en cuenta que la Ley de 1908 recogía que la condena condicional se concedía a las penas privativas de libertad que no excedieran de un año. Esta previsión fue modificada por el Código penal de 1928 que limitaba el tipo de penas solo a las penas de reclusión y prisión (no a todas las penas privativas de libertad) y además ampliaba su concesión a ese tipo de penas que no superaran los dos años. Sin embargo el Código de 1932 recupera la redacción de la Ley de condena condicional de 1908 y se aplica a «todo tipo de penas privativas de libertad no superiores a un año». Lo que hizo el Código penal de 1944 fue mantener la dicción del Código de 1932 (y consecuentemente de la Ley de 1908), pero añadiendo la posibilidad, a criterio de juez, de conceder la remisión condicional también a penas privativas de libertad que no excedieran de dos años «siempre y cuando concurriera alguna atenuante muy calificada y que la misma fuera apreciada como tal en la sentencia».

Como ya he indicado, el resto de los artículos no experimentaron modificación alguna respecto de la redacción del Código penal de 1932, por lo que baste reproducir al respecto lo que ya he comentado al exponerlos anteriormente con la nueva numeración (los artículos 94, 95, 96 y 97 del Código de 1944 se corresponden, respectivamente, con los artículos 97, 98, 99 y 100 del Código de 1932):

Art 94. “El Tribunal aplicará, por ministerio de la Ley, la condena condicional en los casos siguientes:

1º Cuando en la sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención, de responsabilidad con arreglo a este Código.

2º En los delitos que se persiguen a instancia del agraviado, si mediase solicitud expresa de la parte ofendida”.

Art. 95. “Contra la resolución que se dicte en todos los casos a que se refiere el artículo anterior, se dará el recurso de casación”.

Art. 96. “En los delitos que sólo pueden ser perseguidos a instancia de parte, el Tribunal oirá a la persona ofendida o a quien la represente antes de conceder el beneficio de la remisión condicional”.

Art. 97. “La condena condicional no será extensiva a las penas de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, si éstas figurasen como accesorias, ni alcanzará a las responsabilidades civiles”.

Como es sabido por todos, este Código penal de 1944 experimentó numerosas reformas a lo largo de los años, llegándose a publicar un Texto revisado en 1963 y otro Texto refundido en 1973; sin olvidar luego las modificaciones inspiradas en el nuevo sistema democrático y, más exactamente, en la Constitución española de 1978, que alcanzan su punto culminante con la L.O. 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal, lo cual será expuesto en los apartados siguientes.

b) El Texto revisado de 28 de marzo de 1963.

El Texto revisado de 1963 no fue un verdadero Código penal sino que como su propio nombre indicaba se trataba de una «revisión del Código penal de 1944». Este Texto revisado se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 8 de abril de 1963, fecha en la que se publicó el Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprobó el «Texto revisado de 1963» del Código penal. Disponía este Decreto en su artículo 1 que:

Art. 1. “Se aprueba el adjunto Código Penal, texto refundido de 1944, revisado en cumplimiento de la Ley 79/1961, de 23 de diciembre”. Señalándose inmediatamente en su artículo 2 que “El Cuerpo legal aprobado se denominara «Código Penal, texto revisado de 1963»”.

La regulación de la remisión condicional se encontraba en este Texto refundido en los artículos 92 a 97, ubicados en la Sección III rubricada “Remisión condicional”, del Capítulo V titulado “De la ejecución de las penas”, en el Título III denominado “De las penas”, dentro del Libro I que llevaba por título “Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas”. Fue así que, con idéntico número de articulado (artículos 92 a 97) así como con una misma ubicación, la remisión de la condena no se vio alterada en este Texto revisado recogiendo íntegramente la

normativa que ya regulaba el Código de 1944, por lo que me remito a lo ya dicho en el apartado anterior, incluida la referencia a artículo 82 del Código referido al supuesto del «trastorno mental sobrevenido».

c) El Texto refundido de 14 de septiembre de 1973.

De igual forma el Texto refundido de 1973, en sintonía con el Texto revisado de 1963, tampoco fue un verdadero Código penal sino que se limitó a «refundir los textos anteriores»; esto es, tanto el Código penal de 1944 como el Texto revisado de 1963. Este Texto refundido se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 12 de diciembre de 1973, fecha en la que se publicó el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publicó el Texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre¹³¹.

Al igual que sucedió con el Texto revisado de 1963, la remisión de la condena no se ve alterada en este Texto refundido recogiendo, íntegramente, la misma normativa que en el Código de 1944 y que en el Texto revisado de 1963. Es más, tal y como he expuesto, el propio Decreto de publicación del Texto especificó cuáles eran las modificaciones que introducía y, entre ellas, no se recoge alusión alguna a la materia relativa a la suspensión de la pena. Por ello era en los artículos 92 a 97 del Código ubicados en las Sección III, del Capítulo V, del Título III, del Libro I del Código penal (con la misma rubrica en todos ellos que en el Texto revisado de 1963 y del Código penal de 1944) donde se seguía regulando la materia relativa a la remisión condicional. De igual forma se mantuvo el artículo 82 referido a la suspensión de la pena en caso de trastorno mental sobrevenido, con la misma redacción por lo que me remito a lo ya dicho con anterioridad.

¹³¹ Disponía este Texto refundido en su encabezamiento que “La disposición final de la Ley cuarenta y cuatro/mil novecientos setenta y uno, de quince de noviembre, establece que «El Gobierno, en el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley, publicará un texto refundido del Código Penal». El alcance de la modificación del texto del Código, en estricto cumplimiento del mandato mencionado, es bien limitado: se reduce a incluir en él las modificaciones siguientes, todas ellas establecidas por la Ley de referencia [...]”. A continuación se fijaban hasta diez apartados en los que se especificaban las modificaciones que introducía este Texto refundido no apareciendo en ese listado ninguna modificación referida a la remisión condicional.

F. Las reformas posteriores.

Como es lógico, el Texto refundido de 1973 experimentó modificaciones hasta la promulgación del actual Código penal de 1995 (el cual ha sido igualmente modificado por numerosas Leyes), habida cuenta que fue un período considerablemente amplio para la vigencia de un Código¹³². No obstante como no todas estas reformas afectaron a la configuración de la remisión de la pena me centraré únicamente en las que sí modificaron la institución. Con carácter previo cabe señalar que, formalmente, solo la L.O. 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal, afectó propiamente a la configuración de la remisión condicional. Si bien, he considerado necesario hacer una mención especial a la Constitución española de 1978 como norma suprema del ordenamiento jurídico español que reconoce a España como un Estado social y democrático de derecho que consagra en su artículo 25.2 el principio esencial de «reeducación y reinserción social» elevándolo a la categoría de ser la base de la finalidad de las penas.

a) La Constitución española de 29 de diciembre de 1978.

Como adelantaba, el Texto refundido de 1973 no experimentó, en sí mismo, un cambio en su redacción con la publicación de la Constitución española de 1978. No obstante, la consagración del artículo 25.2 de la Constitución, supuso una nueva interpretación de las penas al disponer:

Art. 25.2 inciso 1º. “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”.

Esta nueva regulación se daba, a su vez, en un nuevo sistema resocializador acorde con los valores constitucionales del artículo 1.1 así como con los principios generales del derecho del artículo 9.3 de la Constitución. Baste en este momento señalar que el artículo 25 de la Constitución se desglosa en tres apartados; a saber: a) la proclamación del principio de legalidad; b) los mandatos al legislador para orientar la regulación de la relación de sujeción especial penitenciaria; y c) la prohibición a la

¹³² Lo cierto es que pasaron más de veinte años si se toma como referencia el Texto refundido de 1973 y cincuenta años si se valora desde el Código penal de 1944, porque tal y como he señalado, la regulación del Texto refundido de 1973 sobre la remisión condicional fue la misma que la del Código de 1944.

Administración civil de imponer sanciones que impliquen privación de libertad. Realmente, sólo los apartados primero y tercero generan, por sí mismos, derechos amparables, mientras que el apartado segundo contiene, lo que se conoce como «principios orientadores de la legislación penitenciaria». Es precisamente dentro de ese apartado segundo donde se encuentra la alusión a la finalidad de las penas al señalar que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados». Se entiende que se trata de un principio general de orientación de las penas, que sienta las bases de la relación de sujeción especial penitenciaria que se tradujo en la publicación de la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, siendo la primera Ley Orgánica aprobada después de que se crearan este tipo de leyes al amparo de la propia Constitución.

Si bien es cierto que algunos autores vieron en este apartado un reconocimiento de derechos de los condenados¹³³ el Tribunal Constitucional confirmó que se trata más bien de un «mandato al legislador del que no pueden derivarse directamente derechos articulables en amparo sino, en la medida en la que la ley lo disponga, derechos de configuración legal»¹³⁴. En conclusión se puede decir que no existe, como señala

¹³³ La introducción en la Constitución de la reeducación y reinserción social tenía por objeto fijar la orientación que debe seguir la legislación, sin que ello suponga olvidar la finalidad preventiva tanto general como especial de la pena. Por este motivo, autores como COBO DEL ROSAL y BOIX REIG, “Derechos Fundamentales...”, p. 219, entienden que “[...] la norma constitucional no puede convertirse en quicio constitucional de la teoría de la pena, sino que simplemente fija un criterio por el que, en determinadas circunstancias, debe regirse la fase de ejecución de las penas”. En opinión de estos autores, el hecho de que el primer inciso del artículo 25.2 de la Constitución se sitúe únicamente en el ámbito penitenciario, esto es, que afecte solamente a una de las instancias del sistema penal, la relativa a la ejecución de ciertas sanciones como son las penas y medidas privativas de libertad, hace que el destinatario de la norma constitucional sea exclusivamente la Administración penitenciaria. Por su parte, CÓRDOBA RODA, “La pena y sus fines...”, pp. 129 y ss., señala que “[...] de la citada norma constitucional podría interpretarse, por un lado, que la reeducación y la reinserción social es la única y exclusiva función de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, en cuyo caso y como consecuencia negativa, no podría imponerse la pena privativa de libertad en todos aquellos supuestos en los que, habiendo cometido el sujeto un delito conminado con una pena privativa de libertad, no esté aquél necesitado de reeducación y reinserción social”. De modo similar se pronuncia MAPELLI CAFFARENA, *Principios Fundamentales del Sistema...*, p. 134, quien admite la posibilidad de que “[...] en un futuro el legislador, guiado por el principio de humanidad en la imposición de las sanciones, vaya reduciendo la presencia de la pena privativa de libertad, sustituyéndola por otras modalidades de sanciones («resocialización»)”.

¹³⁴ Así se dispone, entre otros, en el ATC 15/1984, de 11 de enero y en las SSTC 28/1988, de 23 de febrero y 81/1997, de 22 de abril. La primera de estas sentencias dispone que “Este Tribunal se ha ocupado en numerosas ocasiones en interpretar el inciso del art. 25.2 de la Constitución invocado por el recurrente. En el ATC 15/1984 (Sección Tercera) ya dijimos que dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos. La misma Sección Tercera, en su Auto de 10 de julio de 1985 (ATC 486/1985) dijo que «lo que dispone el art. 25.2 es que en la dimensión

DELGADO DEL RINCÓN, compartiendo esta visión, “un derecho a la reeducación o a la reinserción social, pues tanto una como otra son objetivos o metas a alcanzar con la ejecución de la pena”¹³⁵.

A partir de la Constitución española la nueva orientación que se configura desde entonces será la base sobre la que se asienten las resoluciones judiciales que, en todo caso, deberán atender a esa finalidad de las penas de reeducación y reinserción social.

- b) La L.O. 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal.

La L.O. 8/1983, de 25 de junio, fue la última modificación del Texto refundido de 1973 en materia de remisión condicional, hasta que ya en 1995 se publicó el nuevo Código penal¹³⁶. La propia denominación de esta Ley da una idea del momento histórico en el que se publicó. Se trató de una reforma, urgente y parcial, que supuso una modificación amplia en el Código penal vigente hasta ese momento, que afectó

penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y a la reinserción social, mas no que a los responsables de un delito al que se anuda una privación de libertad se les condone la pena en función de la conducta observada durante el período de libertad provisional». Tras estas resoluciones, y tras los AATC 303 y 780 de 1986, en los que se reiteraron las afirmaciones contenidas en los antes transcritos, añadiéndose además que «el art. 25.2 de la Constitución no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad» (ATC 780/1986), esta Sala en su STC 2/1987, de 21 de enero, volvió a insistir en que, aunque no debe desconocerse la importancia del principio constitucional en él contenido, «el art. 25.2 no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación».

En este mismo sentido la STC 209/1993, de 28 de junio, señala que “Se aduce también la transgresión de un tercer precepto constitucional, donde se fija una finalidad o función concreta a “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad” que estarán “orientadas hacia la reeducación y reinserción social” (art. 25.2), sin que en ningún lugar de ese párrafo se haga alusión alguna a las penas restrictivas o privativas de derechos [...]. En este resulta suficiente recordar que -según hemos dicho en distintas ocasiones- la norma constitucional arriba invocada señala un norte para la política penitenciaria, en el marco normativo y en la fase de ejecución, cuyos destinatarios directos son los poderes públicos, Gobierno de la Nación y Cuerpos colegisladores o cualquier otra institución competente en la materia, no configura ni transforma tal admonición en un “derecho subjetivo protegible en vía de amparo que condicione la punibilidad y la existencia misma de la pena a dicha orientación” (SSTC 2/1987 y 19/1988; AATC 15/1984, 486/1985 y 1112/1988)”.

¹³⁵ DELGADO DEL RINCÓN, “El artículo 25.2 CE: alguna consideraciones...”, p. 346. Añade este autor que “Tampoco se deriva a favor del reo derecho alguno a la proporcionalidad de las penas, proporcionalidad que corresponde valorar al legislador”; del mismo autor “Algunas cuestiones en torno a la interpretación...”, pp. 541 y ss. Ahondando en esta concepción, por todas, STC 136/1999, de 20 de julio.

¹³⁶ Analizando las reformas que introduce esta Ley Orgánica, por todos, CEREZO MIR, “Principales reformas del Código Penal introducidas en 1983”, pp. 1012 y ss.; FERNÁNDEZ ALBOR, “Modificaciones introducidas por la ley orgánica 8/1983...”, pp. 5 y ss.; o MUÑOZ CONDE y QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 1983*, pp. 10 y ss.

igualmente a la materia relativa a la remisión condicional vigente hasta entonces. El porqué de esta reforma urgente se encuentra en la propia Exposición de motivos de esta Ley, que introduce la necesidad de adaptar el sistema español a los nuevos principios penales tales como el principio de culpabilidad y de concreción del hecho, desconocidos hasta entonces en el Derecho penal español¹³⁷.

Como decía, esta reforma también afectó a la figura de la remisión condicional. Así, dentro de los artículos 92 a 97 del Texto refundido de 1973 (reiterar, una vez más, que son los mismos que en el Código penal de 1944), se introdujo una modificación, en concreto en el artículo 93, referida a las condiciones que debían darse para que los tribunales pudieran conceder este beneficio penitenciario. Así quedó redactado este precepto:

Art. 93. “Serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de las penas contenidas en el artículo 27:

1ª. Que el reo haya delinquido por primera vez, o su caso, haya sido rehabilitado, o pueda serlo con arreglo a lo dispuesto en el párrafo último del artículo 118 de este Código. La primera condena por imprudencia en todo caso no se tendrá en cuenta a estos efectos.

2ª. Que la pena consista en privación de libertad cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal del delito o falta o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa.

En los supuestos comprendidos en los dos números anteriores, los Tribunales podrán aplicar o no la condena condicional según lo estimen procedente, atendiendo para ello a la edad y antecedente del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de todas clases que concurrieren en su ejecución.

El Tribunal sentenciador podrá ampliar el beneficio de la condena condicional a los reos condenados a penas hasta de dos años de duración

¹³⁷ Disponía la Exposición de motivos de la L.O. 8/1983, de 25 de junio, que “Junto a la reflexión, que conduce a la necesidad de disponer de tiempo para redactar un nuevo proyecto, el Gobierno ha contemplado la urgencia de abordar una serie de problemas existentes en nuestra realidad penal y penitenciaria, cuya trascendencia es de tal magnitud que su solución no puede dilatarse por más tiempo, y ello no sólo por la gravedad intrínseca de ciertas situaciones, sino también porque la tarea antes expuesta de revisión del proyecto del Código Penal requiere un período de reflexión más profundo”. Añadía que “Asimismo, existe la necesidad de satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho penal ajustado al Estado de Derecho y, por lo tanto, asentado en las garantías del llamado principio de culpabilidad y el de concreción al hecho. Tales principios, hoy ajenos a nuestro ordenamiento punitivo, anclado aún en los criterios de determinación de la responsabilidad penal propios del pasado siglo, no pueden ver tampoco retardada su incorporación al Derecho positivo, máxime teniendo en cuenta que no plantean problemas de adecuación al aún vigente Código, ya que entrañan esencialmente la posibilidad, hoy inexistente, de que los Tribunales dispongan de principios positivos que permitan avanzar en la individualización de la responsabilidad criminal en el marco de las garantías antes mencionadas”.

cuando así lo estimare procedente en resolución expresa y motivada, si en el hecho delictivo concurriera alguna atenuante muy cualificada, o una eximente incompleta, o la atenuante tercera del artículo 9, apreciada como tal en la sentencia”.

Se trató de una reforma de enorme calado porque este precepto contenía las condiciones que necesariamente se debían cumplir para suspender la pena. En el propio encabezamiento se remitía a lo contenido en el artículo 27 del Código que era el que contenía la clase de penas que podían suspenderse¹³⁸, si bien luego la segunda circunstancia seguía hablando de «penas privativas de libertad cuya duración no excediera de un año». Debe entenderse por lo tanto que, aun cuando la primera alusión se refiera a todo tipo de penas, la limitación lo era a las penas privativas de libertad no superiores a un año.

Junto a ello se recogen dos condiciones necesarias para dejar en suspenso la pena; a saber: a) se mantiene la necesidad de «primariedad delictiva» pero matizando su conceptualización; y b) se regula la «clase y duración de la pena susceptible de suspensión» también con algún ajuste que luego comentaré. Lo más llamativo en esta reforma, sin duda, es la eliminación de la necesidad de que el reo no hubiera sido declarado en rebeldía. Este requisito era un elemento esencial desde la publicación de la Ley de 1908 y que se mantuvo en todos los Códigos penales posteriores hasta su eliminación en 1983.

El motivo de su supresión no era otro que las consecuencias negativas que ocasionaba el hecho de que no se conociera el paradero del reo por causas inimputables a él; lo que le impedía acceder al beneficio de la remisión condicional. En todo caso resultó positiva su eliminación hasta el punto que la redacción actual conserva el espíritu de esa reforma de 1983, no contemplando el Código de 1995, ni siquiera tras

¹³⁸ Decía el artículo 27 del Texto refundido de 1973:

Art. 27. “Las penas que se pueden imponer con arreglo a este Código y sus diferentes clases son las que comprende la siguiente escala general: penas graves (muerte, reclusión mayor, reclusión menor, presidio mayor, prisión menor, prisión menor, arresto mayor, extrañamiento, confinamiento, destierro, reprensión pública, pérdida de la nacionalidad española, inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para cargos públicos, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio y suspensión de cargos públicos, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio); penas Leves (arresto menor y reprensión privada); penas comunes a las dos clases anteriores (multa, privación del permiso de conducción y caución); y penas accesorias (interdicción civil y pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito)”.

sus variadas reformas, una alusión similar a la declaración de rebeldía. Con ocasión de esta reforma la propia Exposición de motivos de la Ley establecía que “Se modifica la regulación de la remisión condicional de la condena, aceptando la de rehabilitado como equiparada a la condición de delincuente primario y suprimiendo la exclusión de los declarados rebeldes, que tan injusta se ha mostrado en ocasiones en la práctica”.

Como es sabido, siendo además un hecho que reconoce esta misma Ley, que la declaración de rebeldía de una persona fuera impedimento para conceder la suspensión de la condena era, cuanto menos, perjudicial para el reo y, a todas luces, desproporcionado. Sobre todo cuando la declaración de rebeldía no había sido buscada de propósito por el reo para abstraerse de la acción de la justicia, sino simplemente por el desconocimiento de su domicilio. En esta situación, como ya he comentado en los apartados anteriores al tratar de este tema, fueron muchas las críticas a la inclusión de este requisito como *sine que non* para conceder la remisión de la pena. Por ello, cuando esta Ley Orgánica de 1983 lo derogó, fue reconocido como un síntoma de evolución del Estado de derecho que había consagrado la Constitución española de 1978.

Por lo que respecta al ya tan aludido principio de primariedad delictiva, el mismo se equipara al concepto del «reo rehabilitado o que pudiera serlo» a los efectos del artículo 118 del mismo Código¹³⁹. Se trató sin duda de una nueva concepción de

¹³⁹ Este artículo 118 del Código penal también se vio afectado por la L.O. 8/1983, de 25 de junio, pasando a tener el siguiente tenor literal:

Art. 118. “Por la rehabilitación se extinguen de modo definitivo todos los efectos de la pena.

Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal o alcanzado la remisión condicional de la pena, tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia la cancelación de sus antecedentes penales previo informe del Juez o Tribunal sentenciador.

Para obtener este beneficio serán requisitos indispensables:

1º No haber delinquido durante los plazos que se señalan en el número 3.

2º Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Tribunal sentenciador, salvo que hubiera venido a mejor fortuna.

3º Haber transcurrido el plazo de seis meses para las penas leves, dos años para las de arresto mayor, las impuestas por delito de imprudencia y penas no privativas de libertad, tres años para la de prisión y cinco para las de reclusión.

El Ministerio de Justicia procederá de oficio a la cancelación de los

este principio. Hasta entonces solo se hablaba de la necesidad de que el delincuente hubiera delinuido por primera vez, lo cual excluía toda posibilidad de que el mismo hubiera sido condenado con anterioridad. La equiparación del reo rehabilitado o que pudiera serlo, a la primaridad delictiva, para poder verse beneficiado de la suspensión de la pena, fue una nueva regulación, que sirvió de base al actual artículo 80.2.1ª del Código penal de 1995, que ya examinaré en el apartado correspondiente.

Parece por tanto que esta nueva concepción se estaba adaptando a las nuevas realidades sociales. Sin embargo debo destacar que en el propio artículo 118 donde se especificaba cuándo debía entenderse por rehabilitado al reo, se volvía a hacer alusión a un concepto que, como acabo de analizar, había desaparecido. Este precepto volvía a referirse a la «declaración de rebeldía del reo» en su párrafo séptimo. Parece contradictorio que se elimine ese requisito para conceder la suspensión de la pena al reo y que luego, al definir la rehabilitación, se volviera a exigir para la cancelación de los antecedentes penales que el reo no hubiera sido declarado en rebeldía. Creo que al tratarse de una nueva regulación aún quedaban aspectos que había que superar y éste era uno de ellos.

antecedentes penales cuando transcurriesen los plazos precedentemente señalados y un año más sin que se haya anotado una nueva y posterior condena o declaración de rebeldía del penado.

Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquél en que quedara extinguida la pena, pero si ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retro trayéndolo al día siguiente a aquél en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, le tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.

Las inscripciones de antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley. En todo caso se librarán las que soliciten los Jueces y Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se diere, esta última circunstancia.

En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación por solicitud del interesado, éste no hubiere instado la rehabilitación, el Juez o Tribunal sentenciador, acreditadas tales circunstancias, no apreciara la agravante y ordenará la cancelación.

4º En los supuestos de reincidencia, los términos de la cancelación se incrementarán en un 50 por 100”.

Además se introduce en este artículo 118 otra modificación sustancial como fue que la cancelación de los antecedentes penales se podía acordar de oficio y no solo a instancia del reo como era hasta entonces¹⁴⁰.

Junto a lo anterior se añadía otro supuesto que ya suponía que, aun condenado, el reo seguía siendo delincuente primario. El último inciso del artículo 93.1 decía que «la primera condena por imprudencia en todo caso no se tendrá en cuenta a estos efectos». Si el reo tenía una condena anterior, pero dicha condena se había impuesto por la comisión de un delito por imprudencia (inobservancia del deber objetivo de cuidado), la misma no podía valorarse por el juez debiendo otorgarse la remisión condicional al tratarse de un delincuente primario. Esta excepción se mantiene en la actualidad junto a otras (antecedentes por delitos leves o delitos que, antecedentes cancelados o cancelables o condenas que por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de futuros delitos), no dejando dudas en estos casos que el reo seguía teniendo el tratamiento de delincuente primario porque, aun cuando su hoja histórico penal no estuviera vacía, esas condenas, estaban expresamente exceptuadas por el Código penal al no revestir peligrosidad criminal en el sujeto que es la base que caracteriza al delincuente primario.

Por último indicar que se añade al último párrafo del artículo 93 dos incisos referidos a que la «conurrencia de una eximente incompleta» o la de «tener el reo menos de dieciocho años» (atenuante del artículo 9.3ª del Texto refundido de 1973); estos casos, también podían, junto con la concurrencia de una atenuante muy cualificada (supuesto ya contemplado en la redacción anterior) ser causa por la que el tribunal sentenciador ampliara el beneficio de la condena condicional a los reos condenados a penas hasta de dos años de duración.

Esta Ley Orgánica de 1983 fue la última que modificó el Texto refundido de 1973 en lo que se refiere a la materia de suspensión de la pena, entonces remisión condicional. Hubo otras reformas posteriores que no se analizarán por no afectar a la

¹⁴⁰ A esta cuestión también se refiere la Exposición de motivos de la L.O. 8/1983, de 25 de junio al establecer que “Importantes e inaplazables son los cambios que se introducen en materia de rehabilitación, que se contraen en lo siguiente: la cancelación de antecedentes puede llevarse a cabo de oficio por el Ministerio de Justicia, y no solo a instancia del interesado, como venía sucediendo”.

institución objeto de estudio¹⁴¹. La doctrina consideró que las reformas que se dieron (sobre todo la de 1989) eran un simple “parcheo” que dilató una vez más la necesidad de que el legislador publicara un nuevo Código penal, totalmente adecuado al Estado social y democrático instaurado por la Constitución española. Aspiración finalmente cumplida con la publicación del entonces nuevo Código penal de 1995.

¹⁴¹ Tales como la L.O. 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, relativo a la despenalización de algunos supuestos de aborto, combinando el sistema de plazos y el de indicaciones; en 1988 en dos ocasiones, con la L.O. 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas y la L.O. 3/1988, de 25 de mayo, que modificó el Código en materia de delitos contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social. Finalmente la L.O. 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, reformó el Libro III acorde con el principio de intervención mínima, modificándose además el delito de lesiones, los delitos contra la libertad sexual, delitos de tráfico, e introduciéndose nuevos tipos como el delito de malos tratos habituales, impago de pensiones o explotación de menores en la mendicidad.

III. FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LA REDACCIÓN ORIGINARIA DE LA L.O. 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y SUS REFORMAS POSTERIORES.

1. Introducción.

Sentadas las bases tanto de los motivos por los cuáles procedo a la realización del presente estudio sobre la institución de la suspensión de la pena, así como de su estructura y metodología; analizados los orígenes de la figura tanto a nivel internacional como a nivel nacional y, una vez asumida la necesidad de que este tipo de formas alternativas al cumplimiento de las penas formen parte de cualquier sistema jurídico-penal, creo necesario ahondar en este apartado sobre el actual Código penal de 1995. Para ello partiré de su redacción originaria en el momento de su publicación pasando por sus posteriores modificaciones, hasta llegar a su contenido actual.

Como es sabido, la normativa vigente hasta entonces era el Texto refundido de 1973, basado en el Código penal de 1944, con las modificaciones posteriores que igualmente he analizado. Pero este Texto refundido no era más que un nuevo «parcheo» tal y como lo entendía la doctrina¹⁴² siendo necesario que cuanto antes se dictara un nuevo Código penal acorde al Estado social y democrático de Derecho que consagró la Constitución española de 1978.

En este contexto fueron varios los Proyectos de Código penal¹⁴³ hasta la culminación del Código penal de 1995 derivado del Proyecto de 20 de septiembre de

¹⁴² Criticando estas reformas no solo hasta llegar al Código de 1995 sino también las posteriores se pronuncian la inmensa mayoría de penalistas españoles. Por todos, GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas...*, p. 10 y ss. Se considera que el Código penal anterior de 1944, que, a su vez, venía del de la República, para posteriormente llegar al Texto refundido de 1973, que también estaba muy parchado. Entonces, cuando se hizo el de 1995, se buscó poner orden en todo este parcheo que llevaba veinte años haciéndose para elaborar un Código ordenado, claro y sistemático. Como analizaré, esta intención se quedó en eso, una mera intención que duró poco tiempo porque pronto comenzó la «histeria de las reformas».

¹⁴³ El primero de estos Proyectos fue el Proyecto del Código penal de 1980 publicado el 17 de enero de ese año en el BOE donde se decía que “En estos momentos en que España inicia una nueva etapa histórica bajo la Constitución de 1978, el Gobierno entendió que había llegado la hora de afrontar la tantas veces anunciada reforma total del sistema punitivo, elaborando un Código que, sin renunciar a nuestra tradición jurídica, tuviese en cuenta, no sólo el cambio político, sino también las nuevas realidades sociales y los avances que ofrecen actualmente la Dogmática penal, la Criminología y la

1994¹⁴⁴. Dicho Proyecto regulaba el derecho a la segunda oportunidad dentro de lo que genéricamente se denominaba como «formas alternativas al cumplimiento de las penas» en dos figuras: la suspensión y la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad. En ese momento se incluyó lo que hasta entonces se conocía como la «condena condicional» que en el Código penal de 1944 había pasado a denominarse «remisión condicional», íntimamente relacionada con la *sursis* franco-belga, pero utilizando elementos propios de la *probation* anglosajona. Lo anterior dio lugar a una figura híbrida entre la tradicional *probation* y la *sursis*¹⁴⁵.

Como se ha expuesto en los apartados anteriores, los diferentes Proyectos de Código penal (que culminaron, algunos de ellos, con los Códigos penales de 1932 y 1944 así como el Texto revisado de 1963 y el Texto refundido de 1973), recogían de una u otra forma la condena condicional desde que fuera introducida por primera vez en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908. Desde entonces hasta el Proyecto de Código penal de 1994 se fue

Ciencia penitenciaria”. Sin embargo fue duramente criticado este Proyecto; por todos, BERISTAIN IPIÑA, “El Proyecto de Código penal de 1980...”, pp. 586 y ss., cuando indicaba que este Proyecto “[...] merece una respuesta bien pensada por la suma importancia de lo que dice, lo que omite, lo que significa y lo que sugiere. Pero, al lector inteligente le bastara una respuesta breve que se puede resumir en las palabras del título. De ahí se deduce la necesidad de considerarlo inviable, de pedir su devolución al gobierno. Añadiendo que “Por desgracia, ante la falta de medios y de personas con que se ha preparado el articulado que ahora comentamos, nadie deba extrañarse de su baja calidad que no resiste la crítica más somera”. Debido a esta falta de rigor en su articulado, se solicitaba desde la doctrina la elaboración de Comisiones interdisciplinarias que elaboraran un Anteproyecto radicalmente nuevo al de 1980. Por el contrario, defendiendo este Proyecto, QUINTERO OLIVARES, “Los delitos contra la Administración de justicia...”, p. 196. Ante el fracaso de este Proyecto se hace una nueva propuesta que fue el Anteproyecto de 1983 que pretendió, sobre la base del Proyecto de 1980 y las enmiendas presentadas al mismo, dar redacción a un nuevo Código penal, considerándose que era una cuestión de estado. A pesar de esa necesidad este Anteproyecto también fracasa no siendo hasta 1990 cuando se propone un nuevo borrador de Anteproyecto de Código penal que prácticamente se identifica con el anterior de 1983, por lo que tampoco llega a convertirse en el tan deseado nuevo Código penal. Habría que esperar hasta 1992, cuando se presentó un nuevo Proyecto de Código penal claramente inspirado en los anteriores de 1980 y 1983 que no llegó a aprobarse a pesar de ser debatido parlamentariamente por la situación social en España, si bien, como indicaba MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte especial*, p. 947, muchas de las novedades que se contenían en este Anteproyecto, pasarían luego al texto del Código penal de 1995.

¹⁴⁴ Como se ha indicado, los anteriores Anteproyectos y Proyectos de Código penal hacían ver la necesidad de elaborar un nuevo Código penal ante las nuevas exigencias de la sociedad, por lo que a pesar de los fracasos anteriores se siguió en esa labor hasta llegar al Proyecto de Código penal de 1994, que culminó, finalmente, en el actual Código penal de 1995 que se basaba expresamente en las discusiones parlamentarias del Proyecto de 1992, con carácter de universalidad y con vocación de permanencia.

¹⁴⁵ Esto mismo sucedió en Francia con el Código penal francés de 1994 con la *sursis avec mise à l'épreuve* o con el Código penal alemán con la *Strafaussetzung zur Bewährung* o suspensión condicional de la pena con puesta a prueba. España seguía con la tradición de estos y otros países europeos tomándolos como referencia para regular su propia normativa; de ahí la regulación de esa figura intermedia a semejanza de los países europeos.

ampliando y modificando la regulación de esta figura hasta consolidarse como una institución de previsión obligada en cualquier Código penal democrático, incluido el español.

Sin duda alguna la tarea más complicada con la que se encontró el Estado a la hora de elaborar este Proyecto de 1994 fue la necesidad de adaptar la normativa del Código penal a los valores constitucionales que la aún reciente Constitución de 1978 había consagrado en España; manteniendo como base el principio de legalidad¹⁴⁶ pero sobre todo en la necesidad de adaptar el Código a la pretendida resocialización y reinserción social que consagró el artículo 25.2 de la CE¹⁴⁷. Esta adaptación se produjo a través de una simplificación de la regulación de las penas así como con la inclusión de la posibilidad de suspensión de las mismas en unos casos y de sustitución en otros en una clara intención de afectar en la menor medida de lo posible a los bienes jurídicos esenciales del ciudadano; en concreto, al derecho a la libertad ambulatoria que recoge el artículo 17 de la CE.

En este escenario, como indicaba, la propia Exposición de motivos del Proyecto de 1994 toma como referencia las discusiones parlamentarias del Proyecto de 1992, el dictamen del Consejo General del Poder Judicial así como las consideraciones que la Jurisprudencia daba sobre la interpretación de la figura en determinados aspectos en una intención clara de conformar un «Código penal de todos y para todos los ciudadanos con carácter de universalidad»¹⁴⁸. Esta intención de universalidad supuso un ataque directo contra las Leyes especiales pretendiendo unificar todo el Derecho penal en un único texto punitivo. A pesar de ello se era consciente de que la sociedad avanzaba y

¹⁴⁶ Paul Johann Anselm von Feuerbach estableció este principio en materia de Derecho penal basándose en la máxima «*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*»; es decir, para que una conducta sea calificada como delito debe ser descrita de tal manera con anterioridad a la realización de esa conducta y el castigo impuesto debe estar especificado de manera previa por la Ley. Ello conlleva que la legalidad penal es un límite a la potestad punitiva del Estado, en el sentido de que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos o faltas (hoy día solo como delitos al desaparecer la tipificación de las faltas en la L.O. 1/2015, de 30 de marzo de 2015, de modificación del Código penal), en una Ley anterior a la comisión de la infracción penal.

¹⁴⁷ Sobre la resocialización y reinserción social, detenidamente MAPELLI CAFFARENA, *La resocialización penitenciaria*, pp. 1 y ss.

¹⁴⁸ Difiere este Proyecto de los anteriores en la pretensión de universalidad, pretendiendo una regulación completa del poder punitivo del Estado y que el Código penal fuera un Código de todos, para lo escucharon las diferentes opiniones parlamentarias optando finalmente por las soluciones que parecieron más razonables. Profundizando sobre ello CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español...*, pp. 309 y 310; o CUELLO CALÓN y MAPELLI CAFFARENA, *Curso de Derecho Penal*, pp. 20 y ss.

avanza independientemente de la normativa vigente, con la consecuente necesidad de continuas reformas y adaptaciones algunas dentro del propio Código y otras a través de Leyes especiales.

Bajo estas premisas nació el Código penal de 1995, como toda norma, con vocación de universalidad y permanencia y, como no podía ser de otro modo, con la intención de regular todos los supuestos en los que se aplicaba o se debía aplicar la suspensión o la sustitución de la ejecución de la pena como formas alternativas al cumplimiento de las penas. Sin embargo, dado el tiempo transcurrido desde su publicación, se vio sometido a numerosas reformas. Algunas de ellas fueron de especial trascendencia. Otras fueron meras correcciones o el establecimiento de concordancias entre su articulado. Sea como fuere, todas ellas modificaron la normativa sobre la suspensión de la pena por lo que he creído conveniente estudiar y reflexionar de forma pormenorizada y separada sobre ellas en los diferentes epígrafes de este apartado.

Sin perjuicio de lo anterior, con carácter previo a realizar dicho análisis, creo necesario precisar dos conceptos que no vienen definidos en el Código penal a pesar de las múltiples referencias a ellos como son la «pena» y la «ejecución de la pena».

El concepto de «pena» proviene del latín «*poena*» y se define como una «condena, sanción o punición que un juez o tribunal impone, según lo estipulado por la legislación, a la persona que haya cometido un delito o una infracción penal». En este sentido, solo ante el incumplimiento del ordenamiento jurídico (tomando siempre como base el principio de intervención mínima del Derecho penal que solo actúa ante las vulneraciones más importantes de los bienes jurídicos más relevantes del sistema, siendo el derecho a la libertad ambulatoria uno de los derechos fundamentales básicos en el sistema jurídico-penal español), se impondrá la correspondiente sanción penal. Sobre esta cuestión se pronunciaba, entre otros, CUELLO CALÓN que definía la pena como “la privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la Ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al culpable de una infracción penal”¹⁴⁹. De esta definición se podrían resaltar varios caracteres como son el de «necesaria y preceptiva determinación legal» (*nullum crime nullum pena sine legem*); el de «aplicación judicial» por el juez competente que

¹⁴⁹ Siguiendo a CUELLO GALÓN se pronuncia FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Ejecución de sentencias penales...”, pp. 93 y 94.

determine la Ley (no hay que confundir la ejecución de la pena que les corresponde a los jueces y tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que consagra el artículo 117.3 de la CE, con el cumplimiento de la pena que se le encomienda a la Administración que lo materializa a través de los órganos administrativos de prisiones); el de «culpabilidad» como máxima expresión de la concurrencia del dolo (conciencia y voluntad de llevar a cabo los elementos objetivos del tipo penal sin olvidar la posibilidad de la comisión de la infracción penal por imprudencia en aquellos supuestos específicamente previstos en el Código); así como el de «personalidad» en cuanto a que en materia penal solo se responde de los actos propios.

No obstante lo anterior, a pesar de que la pena nace con clara intención de favorecer los fines tanto de la prevención general como especial, pronto se llegó a la conclusión de que, a pesar de que existiera una sentencia condenatoria firme que debiera ejecutarse en sus estrictos términos, era más perjudicial para el reo primario el internamiento en un establecimiento penitenciario que el cumplimiento de la pena en libertad. Es justo en ese preciso momento cuando entran en juego las formas alternativas al cumplimiento de las penas tal y como se conocen hoy día.

Seguidamente al concepto de pena es necesario hacer una mínima alusión al concepto de «ejecución de la pena». Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse, entre otros, FERNÁNDEZ ARÉVALO al definir la ejecución de la pena como “la actividad desplegada por los órganos estatales facultados legalmente en orden a hacer cumplir todos y cada uno de los pronunciamientos contenidos en el fallo de una Sentencia firme”¹⁵⁰. De alguna manera se deja a un lado ese carácter automático de la ejecución de la pena y se valoran otros principios como los de proporcionalidad, humanidad o subsidiariedad del Derecho penal, en aras a la finalidad de reeducación y reinserción social que consagra la Constitución española.

¹⁵⁰ Ahondando en esta cuestión ver FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Ejecución de sentencias penales...”, p. 93. Añade que “[...] la ejecución se define como aquel conjunto de actividades encaminadas a la actuación de los pronunciamientos contenidos en los fallos de las Sentencias penales, y que la índole variada de dichos pronunciamientos determina contenidos diversos o proyecciones plurales de la ejecución penal, según la naturaleza de aquéllos. De esta manera la ejecución penal constituye un género de la ejecución de las Sentencias, específicamente de los pronunciamientos contenidos en el fallo de las sentencias penales”.

No cabe duda que las conocidas como formas alternativas al cumplimiento de las penas han estado siempre ligadas al derecho a la segunda oportunidad que se otorga a una persona dando una alternativa a la imposición de la pena de prisión, a su ejecución y a que ésta se produzca en condiciones de internamiento ininterrumpido en un establecimiento penitenciario¹⁵¹. En este sentido son muchas las definiciones que tanto doctrinal como jurisprudencialmente se han dado o pretendido dar tanto de la suspensión como de la sustitución de la pena habida cuenta que no existe una definición concreta en el Código penal. Como decía, se relaciona con el derecho a la segunda oportunidad que se otorga al condenado penalmente por sentencia firme considerando que su entrada en prisión, cuando lo sea para el cumplimiento de penas de corta duración, le producirá más perjuicios que beneficios por el propio efecto desocializador que produce la cárcel. Pero todo lo anterior, siempre sobre la base de que la pena existe¹⁵² y se comuniquen al penado las consecuencias del cumplimiento en libertad¹⁵³. En este sentido se habla del «carácter inútil» de las penas de prisión de corta duración, precisamente por esos efectos desocializadores¹⁵⁴.

No obstante, pudiera pensarse que la imposición de una sanción (pena) ante la comisión de una infracción penal, aun cuando se trate del cumplimiento de una pena de corta duración, supone ejecutar lo que determina la Ley en cumplimiento de los fines de

¹⁵¹ Profundizando sobre ello, por todos, CARDENAL MONTRAVETA, “Alternativas a la pena de prisión...”, p. 18.

¹⁵² Como ya se ha reiterado en la doctrina, con la concesión de la suspensión o sustitución de la ejecución de la pena privativa de libertad, únicamente se excluye su entrada en prisión, pero la pena sigue existiendo, aunque su cumplimiento se realice en libertad; por todos MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, p. 48; DE LA MATA BARRANCO, “Suspensión de la ejecución...”, p. 3; o MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “Las novedades de la suspensión de la ejecución...”, p. 2.

¹⁵³ En este sentido, afirma PUENTE SEGURA, *Suspensión y sustitución de las penas*, p. 99, que “[...] para que pueda disfrutarse del beneficio de la suspensión de la pena no es óbice que se haya cometido un delito previamente en relación a aquél al cual pretende suspenderse la pena si en el momento de comisión del segundo delito no había recaído Sentencia firme y, por tanto, no había existido apercibimiento de la pérdida de condición para el futuro del delincuente primario”. No obstante existen posturas contrapuestas a esta consideración, por todos, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 108 y ss., que opina que “[...] si un delito se ha cometido con anterioridad a aquél cuya pena pretende suspenderse y la Sentencia se dicta con anterioridad a la resolución sobre la suspensión del segundo delito, aunque no se dicte previamente a su comisión, no podrá considerarse que el reo es delincuente primario”. Entiendo que el segundo criterio es contrario al sentido de la figura. Esta cuestión será analizada en profundidad al ver las controversias que esta diferente interpretación conlleva en la aplicación de la institución por los tribunales de justicia.

¹⁵⁴ Sobre esta cuestión se pronuncia DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad...”, p. 125, al señalar que “[...] la cárcel (y con ella el sistema penal, del que es privilegiado escaparate) continúa presentándose como un mero lugar de exclusión y de segregación, fuente de injusticia y de sufrimientos inútiles”.

prevención especial, pero entiendo que esta postura no puede ser tan estricta que no impida las formas alternativas al cumplimiento de las penas como base de un sistema que da una segunda oportunidad al reo. Otros en cambio muestran una postura intermedia¹⁵⁵.

No puedo sino compartir la primera de las posturas, pues si lo que busca el legislador es dar esa segunda oportunidad al delincuente primario no puede entenderse que el sistema sea tan rígido como para no permitir ese cumplimiento en libertad. Lo anterior no supone que el reo no cumpla con sus obligaciones puesto que aun cuando la pena se cumpla en libertad, deberá cumplir con el plazo de suspensión así como con las obligaciones o deberes que, en su caso, le haya impuesto el órgano judicial. Esta es la base o esencia de la suspensión y de la sustitución de las penas que, obligatoriamente, ha conjugarse con el Estado de Derecho.

Puede decirse que, tradicionalmente, este derecho a la segunda oportunidad ha sido una figura que se ha recogido en los Códigos penales españoles desde el Código penal de 1928 que lo reguló por primera vez. Tal y como apuntaba con anterioridad, la primera vez que se introdujo en España la regulación de la entonces conocida como condena condicional (hoy suspensión de la pena), fue a través de la Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908, desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto de 23 de marzo de ese mismo año. Desde el momento en que se introdujo en su articulado legal se consideró a la condena condicional como una variante institucionalizada del perdón, considerada por algunos autores como “el remedio ideal a los riesgos inherentes al sistema de penas cortas privativas de libertad”¹⁵⁶ que, como ya señaló VON LISZT “ni corrigen, ni intimidan ni inocuizan, pero en cambio arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen”¹⁵⁷.

Desde esa perspectiva de «concesión» que otorga el Estado es desde donde se debe ubicar la promulgación del Código de 1995; tomando como referencia que todo

¹⁵⁵ A modo de ejemplo CARDENAL MONTRAVETA, “Alternativas a la pena de prisión...”, p. 19, señala que “[...] formulada de modo tajante y con carácter general, me parece muy discutible la afirmación de que las penas cortas de prisión son inútiles. Solo me parece admisible la afirmación, más matizada, de que son en general poco útiles, de que no son útiles para realizar un tratamiento correctivo que vaya más allá del efecto intimidatorio, que infringen a menudo los principios de proporcionalidad o subsidiariedad, etcétera”.

¹⁵⁶ Así lo señala PECES BARBA, “Suspensión de condena...”, p. 33.

¹⁵⁷ Continuando con PECES BARBA, “Suspensión de condena...”, pp. 33 y ss.

texto legal responde a una determinada orientación político-criminal y ésta ha de servirle para dotarle de coherencia¹⁵⁸.

La suspensión y la sustitución de la ejecución de la pena constituyeron, desde sus inicios, un beneficio en virtud del cual se concedía al condenado la posibilidad legal de no ingresar en prisión, atendiendo a la escasa gravedad de la infracción penal cometida y atendiendo a la consideración de que el ingreso en prisión en este tipo de supuestos producen el efecto desocializador que comentaba y al que aludía DE LA CUESTA ARZAMENDI, para el denominado delincuente primario¹⁵⁹. En igual sentido, como señaló MORILLAS CUEVA “el breve período de internamiento no es suficiente para conseguir ningún fruto resocializador y sí es, en cambio, lo suficientemente largo como para impulsar definitivamente al delincuente primario por la senda del crimen al situarse en contacto con delincuentes habituales”¹⁶⁰. Por tanto, desde sus orígenes se vio como «necesaria» la inclusión de este tipo de instituciones como formas alternativas al cumplimiento de las penas y ello a pesar de las críticas que estas figuras generaban en relación con la prevención especial de la pena a la que aludía con anterioridad.

En este contexto, GONZÁLEZ DEL ALBA consideraba que la aplicación de la figura de la suspensión de la pena significaba que “la condena queda suspendida hasta el cumplimiento o incumplimiento de la condición de no recaer en nuevos delitos aquél en

¹⁵⁸ También CARDENAL MONTRAVETA, “Alternativas a la pena de prisión...”, pp. 19 y ss., aborda esta cuestión al señalar que “Las decisiones político-criminales son decisiones valorativas que no vienen determinadas ontológicamente por la naturaleza de las cosas. Pero las decisiones político-criminales y sus posibilidades de ser efectivas si vienen condicionadas por una multitud de factores de diversa naturaleza, unos tan complejos como la propia naturaleza humana, y otros más banales, como las circunstancias de algunos de los destinatarios de la política criminal, los medios materiales y humanos que se invierten, o los procesos que se articulan para hacerla efectiva”.

¹⁵⁹ Sobre esta cuestión entiende DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Formas sustitutivas de la penas privativas de libertad...”, p. 126, que “[...] las alternativas existentes a la privación de libertad como pena se pueden dividir en tres bloques: a) De un lado, los mecanismos de ejecución atenuada o más suave de la privación de libertad (arrestos domiciliarios, semilibertad, tratamiento intermedio, semidetención y libertad controlada...), que no son propiamente alternativas, en la medida en que no sólo no evitan la privación de libertad, sino que buscan obtener de ésta “el máximo rendimiento político-criminal posible a través de la modificación de sus estructuras”, y entre los que destacan las nuevas penas privativas de libertad: en particular, el arresto de tiempo libre o de fin de semana que persigue evitar los efectos “más indeseables de la prisión”, conservando “el contenido de castigo que tiene la privación de libertad”; b) De otra parte, las modalidades surgidas originariamente en torno a la suspensión condicional de las penas cortas de privación de libertad y que, en la actualidad, constituyen todo un conjunto de *instituciones probatorias* que van desde los procedimientos de *diversion* (suspensión a prueba de la persecución) hasta el indulto condicional; y c) Por último, las consistentes en la *sustitución* de la pena privativa de libertad *por otras* penas, menos incisivas de un derecho tan fundamental como la libertad y más favorables, por tanto, para la persona del delincuente y la sociedad”.

¹⁶⁰ Así lo expone MORILLAS CUEVA, *Estudios sobre el Código Penal...*, p. 56.

cuyo beneficio se otorga, una labor de suprema justicia, inspirada en el generoso perdón de la primera falta, que evitando dolorosas e inminentes reiteraciones en la culpa, regeneraba la voluntad del culpable, iniciando a éste en el camino de la enmienda y apartándole de los morbosos adoctrinamientos de la cárcel, que pudieran convertir al delincuente primario en un verdadero profesional del delito”¹⁶¹. Por su parte CARDENAL MONTRAVETA siguiendo a MAQUEDA ABREU fijaba que “la suspensión de la ejecución de la pena [...] es el mecanismo a través del cual tradicionalmente el legislador español ha limitado el recurso a las penas privativas de libertad de corta duración, sin renunciar definitivamente a la posibilidad de su imposición y ejecución”¹⁶². Mientras que CASTELLÓ NICÁS, definía la suspensión de la pena como “la facultad potestativa que tiene el Juez de dejar en suspenso la ejecución de una pena, en la legislación vigente de no muy prolongada duración [...] por un plazo determinado que fijarán los Tribunales, cuando se den ciertos requisitos”¹⁶³.

La evolución de esta institución a lo largo de los años en la legislación española, no ha hecho sino consagrar, hoy día, la concepción inicial de la suspensión y la sustitución de la ejecución de las penas, llegando a consolidarse en el sistema jurídico español actual como verdaderas formas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad, si bien he de adelantar, como es sabido que actualmente existe una única clase de figura como es la suspensión dentro de la cual la sustitución vendría a configurarse como una forma de suspensión de la pena.

En todo caso, ambas figuras (suspensión y sustitución) son verdaderos beneficios en virtud de los cuales se concede al condenado por sentencia penal firme la posibilidad de no ingresar en prisión siempre que el reo se comprometiera a no delinquir durante un determinado período de tiempo, conocido como «período a prueba» o «plazo de suspensión»; y, en algunos casos, además, cumpliera una serie de deberes u obligaciones impuestos por el órgano judicial. El problema era determinar cuándo se consideraban cumplidos esos requisitos necesarios para su concesión al existir

¹⁶¹ Sobre este aspecto detenidamente, GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, p. 24.

¹⁶² Teniendo la misma concepción que MAQUEDA ABREU se prodiga CARDENAL MONTRAVETA, “Alternativas a la pena de prisión...”, p. 25.

¹⁶³ CASTELLÓ NICÁS, “Suspensión de la ejecución...”, p. 339.

diferentes interpretaciones. Es en este punto donde el presente trabajo pretende dar solución a estas y otras cuestiones que se plantean.

Si bien, no solo los diferentes autores han pretendido definir estas figuras sino que, dado el vacío legal, también la jurisprudencia ha ido perfilando los requisitos de la suspensión y la sustitución al resolver casos concretos. A modo de ejemplo, la STS 278/1999, de 19 de febrero, señalaba que “las alternativas a las penas de prisión [...] son el complemento imprescindible a la normal respuesta prisonizada porque al actuar sobre la causa remota [...] respecto de la que el concreto delito enjuiciado en cada caso suele ser la consecuencia, se constituyen en factor de disminución de la delincuencia, y lo que es más importante, medio idóneo para la reintegración social de la persona y su recuperación como ser libre en el sentido exigido por el artículo 25 de la Constitución”. En este mismo sentido, la STS 349/2004, de 18 de marzo, señalaba que “la suspensión que no es beneficio de concesión automática y obligatoria, como parece entenderse en el recurso, sino facultad potestativa y discrecional, que puede acordarse o no según las circunstancias del hecho y del autor, desde luego de forma motivada”¹⁶⁴.

Por último me gustaría apuntar que la falta de regulación de un concepto que defina estas figuras conlleva diferente respuesta jurídica, tanto en su interpretación como en su aplicación. Aun así, se puede tomar como referencia que estas formas alternativas al cumplimiento de las penas eran y son un beneficio penitenciario; una facultad discrecional otorgada por el órgano judicial mediante resolución judicial motivada y que se aplican al delincuente primario para evitar su entrada en prisión en casos de penas privativas de libertad de corta duración en aras a cumplir con la finalidad de reeducación y reinserción social que consagra el artículo 25.2 de la Constitución. De lo anterior se desprende que la suspensión y la sustitución de la pena no tienen carácter preceptivo sino que, en cada caso concreto, será el juez quien resuelva sobre su

¹⁶⁴ Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional las Audiencias Provinciales y juzgados tratan igualmente de esta materia. A modo de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 6 de octubre de 2005, define la suspensión de la pena al señalar que “[...] es una institución con la que se intenta evitar el ingreso en prisión del delincuente primario o con actividad delictual circunstancial a quien se le hubieren impuesto penas de corta duración y que requiere ineludiblemente la concurrencia de determinados requisitos o presupuestos que establece el artículo 81 [dicha alusión es a la redacción originaria del Código penal que hoy en día lo sería al artículo 80.2 del Código penal]”. En este mismo sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 291/2008, de 9 de junio, define la suspensión de la pena como un “[...] instituto resocializador en el sentido de evitar al delincuente primario el efecto desocializador del ingreso en prisión, en supuestos de condena penas privativas de libertad de corta duración”.

procedencia valorando las circunstancias personales del autor y las propias del hecho cometido.

Consecuentemente, en garantía de lo anterior se requiere que la resolución en que se acuerde sea motivada, con una especial motivación que se aplica a estos casos al estar en juego el derecho fundamental a la libertad del reo¹⁶⁵. Se presume además que se concede al denominado delincuente primario, que es aquél que ha delinquido por primera vez, como forma alternativa al cumplimiento de la pena y al que se le concede una segunda oportunidad a pesar de haber sido condenado por sentencia firme, siempre y cuando se trate de penas privativas de libertad de corta duración. Por último resaltar, una vez más, esa finalidad consagrada en el artículo 25.2 de la Constitución en la necesidad de que las penas estén orientadas a la reeducación y reinserción social.

Junto a todo lo anterior y como base de estas formas alternativas al cumplimiento de las penas no se debe olvidar la importancia del efecto desocializador que provoca al delincuente primario sancionado el internamiento en un centro penitenciario. Las altas tasas de reincidencia¹⁶⁶ unida a los efectos desocializadores de la entrada en prisión de los delincuentes primarios, fueron dos de las razones esenciales por las que fructificó la inclusión de este tipo de figuras, en sus diferentes versiones, en cada ordenamiento jurídico. Como señala DE LA CUESTA ARZAMENDI “a pesar del esfuerzo reformador realizado, fundamentalmente en la década de los 70 y no obstante las innegables mejoras de algunos de los aspectos de la vida prisional, la cárcel (y con ella el sistema penal, del que es privilegiado escaparate) continúa presentándose como un mero lugar de exclusión y segregación, fuente de injusticia y se sufrimientos inútiles”¹⁶⁷ siendo difícil, por tanto, que esa desocialización no se produzca en un entorno tan favorable a ella. Por esta misma razón, la suspensión de la pena se refiere sólo a las penas en sí mismas consideradas (penas privativas de libertad) y no a la

¹⁶⁵ Sobre la especial motivación de las resoluciones judiciales incorporadas al artículo 80 del Código penal que resuelvan sobre la suspensión se pronuncian las SSTC 224/1992, de 14 de diciembre; 209/1993, de 28 de junio; 115/1997, de 16 de junio; 55/1999, de 12 de abril; 164/1999, de 27 de septiembre; 25/2000, de 31 de enero; 264/2000, de 13 de noviembre; 8/2001, de 15 de mayo; 163/2002, de 16 de septiembre, 110/2003, de 16 de junio y 251/2005, de 10 de octubre, entre otras.

¹⁶⁶ Detalladamente sobre la reincidencia, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, pp. 12 y ss.

¹⁶⁷ Así lo expone DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad...”, p. 125. Igualmente y ahondando en esta cuestión se pronuncia, CID MOLINÉ, “¿Es la prisión criminógena?”, pp. 427 y ss.

responsabilidad civil cuya obligación de pago subsiste en todo caso quedando el beneficiado por la suspensión obligado a la satisfacción de la responsabilidad civil que se hubiera derivado del delito junto con el cumplimiento del plazo de suspensión y de las obligaciones o deberes que en su caso le hubiera impuesto el órgano judicial.

2. Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad en la redacción originaria de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

A. Introducción.

Después del fracaso comentado de los diferentes Proyectos de Código penal y tras la ardua tarea parlamentaria, el Proyecto de Código penal de 20 de septiembre de 1994 se convirtió, al fin, en el nuevo Código penal español. Seguidamente, la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el 24 de noviembre de 1995. La misma Ley Orgánica preveía en el párrafo primero de su Disposición Final Séptima que:

Disposición Adicional Séptima, pfo. 1º. “El presente Código entrara en vigor a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado y se aplicara a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia”.

Bajo mi punto de vista, este período de *vacatio legis* de seis meses fue un período, sin duda, acorde a la importancia del nuevo Código penal en la sociedad española, del llamado «Código penal de la democracia». Recordar, una vez más, que hasta ese momento aún seguía vigente el Texto refundido de 1973 y sus modificaciones posteriores. Tampoco debe olvidarse que esta normativa no era sino una refundición del Texto revisado de 1963, que a su vez lo era del Código de 1944. Se trataba por tanto de terminar con el «parqueo» de las reformas anteriores; reformas que culminaban en diferentes Leyes que sin embargo no conseguían regular de forma completa el escenario que se iba dibujando en la sociedad. Esta aspiración fue finalmente cumplida con la publicación del Código penal de 1995.

Como se ha adelantado en la Introducción del presente trabajo, la Exposición de motivos del Código penal de 1995 ponía de manifiesto la necesidad de una normativa

que definiera los delitos y las penas. Esta base era necesaria como presupuesto para que el Estado ejerciera el *ius puniendi* a través de la sanción penal por la comisión de infracciones penales. Bajo esta premisa se pretendió crear un nuevo Código penal unitario, ordenado y sistematizado que unificara todas las normas jurídicas punitivas del Estado; es decir, todas las Leyes o, lo que es lo mismo, un compendio ordenado de la legislación aplicable en materia penal buscando la eliminación de redundancias, la ausencia de lagunas y la universalidad para evitar que existieran normas penales vigentes fuera del compendio. Lo anterior se pretendió a pesar de que con la redacción del párrafo segundo de la Disposición Final Séptima se asumía que, al menos en materia de responsabilidad penal de los menores de edad, existiera una Ley penal fuera del propio Código penal, que no se publicó hasta el año 2000, con la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Establecía esta Disposición que:

Disposición Adicional Séptima, pfo. 2º. “No obstante lo anterior, queda exceptuada la entrada en vigor de su artículo 19 hasta tanto adquiriera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto”.

A través de este nuevo Código penal donde se definían tanto los delitos como las penas, el legislador buscaba evitar la aplicación de penas arbitrarias ya que sólo podía ser sancionada penalmente una conducta cuando ésta se consignara expresamente en el propio Código penal y con la sanción que el mismo dispusiera. Todo lo anterior, como he adelantado, en especial vinculación con el principio de resocialización y de reinserción social que prevé el artículo 25.2 la Constitución como finalidad última de las penas así como de las formas alternativas a su cumplimiento. Partiendo de este escenario intentaré analizar la redacción originaria del Código penal en materia de suspensión y sustitución de la penas.

Como es conocido por todos, la regulación inicial de estas formas alternativas al cumplimiento de las penas se contempló en el Capítulo III precisamente rubricado “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”, dentro del Título III denominado “De las penas” en el Libro I del Código penal que se denominaba “Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, las medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal”. En este Capítulo III se ubicaban tanto la figura de la suspensión en la Sección I con la rúbrica

“De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad” como la sustitución de la pena en la Sección II denominada “De la sustitución de las penas privativas de libertad”. Este Capítulo III contenía otras dos Secciones; la Sección III rubricada “De la libertad condicional” y la Sección IV que contenía un artículo de cierre, el artículo 94, denominada “Disposiciones comunes”. Baste adelantar que no es hasta la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, cuando tanto la sustitución como la libertad condicional pasan a configurarse como formas de suspensión de la pena. Por ello, en este apartado me dedicaré exclusivamente al análisis de la suspensión y de la sustitución de la pena como formas alternativas al cumplimiento de las penas, dejando la libertad condicional y su estudio al apartado en el que analizaré esa L.O. 1/2015 y sus modificaciones.

Sentado lo anterior, recordar que para que cualquiera de estas dos figuras operara (suspensión o sustitución) era esencial que existiera como presupuesto *sine qua non* una sentencia penal condenatoria firme; es decir, una pena y que por su propia naturaleza la misma naciera con vocación de ejecución. Sobre el concepto de pena ya se ha apuntado la falta de regulación legal sin perjuicio de que los artículos 32 y siguientes del Código contemplaran las clases de penas pero sin definir las como tampoco se definía las figuras de la suspensión y de la sustitución de pena¹⁶⁸.

Ambas figuras recogían un auténtico beneficio legal previsto con carácter general (salvo las excepciones previstas y que señalaré con posterioridad), para penas privativas de libertad que no superaran los dos años de prisión¹⁶⁹. No obstante lo anterior, dicho beneficio (ya en esta redacción originaria), a pesar de que era entendido

¹⁶⁸ Dentro de estas clases de penas privativas de libertad, conviene recordar que la pena de muerte fue utilizada en España sin interrupción hasta 1932, fecha en la que cuando fue abolida a raíz de una reforma del Código penal introducida durante la Segunda República. Posteriormente fue restablecida en 1934 para delitos concretos de terrorismo y de bandolerismo pero no fue hasta 1938 cuando se reincorporó plenamente al Código penal argumentando que su abolición no era compatible con el buen funcionamiento de un Estado. Se mantuvo este tipo de penas hasta el Código penal de 1995 donde el artículo 32 no lo recogió como clase de pena (disponía este precepto que “Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa”). A pesar de ello se incluía esta clase de pena en el artículo 15 de la CE (disponía este precepto “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”). Definitivamente esta posibilidad se derogó con la L.O. 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra, que eliminó el resquicio constitucional de la pena de muerte lo cual supuso su derogación definitiva.

¹⁶⁹ Sobre esta cuestión incide MIR PUIG, “Alternativas a la prisión en el nuevo Código penal”, pp. 55 y ss.

como un modo alternativo al cumplimiento de las penas, no tenía una aplicación automática sino que se trataba (y dicha configuración se mantiene), de una facultad concedida al tribunal competente, lo cual era novedoso frente a la regulación anterior que contemplaba junto a la «condena condicional decretada *ex arbitrio*», la «condena condicional *necessitate legis*».

No puedo comenzar dicho análisis sin antes valorar la finalidad con la que se regularon estas formas alternativas al cumplimiento de las penas en el ordenamiento jurídico español. La inclusión de esta figura en los Códigos penales modernos se percibió necesaria debido al fracaso de las penas privativas de libertad que conllevaba unas altas tasas de reincidencia. Es conocido por todos que la pena de prisión no conseguía la finalidad pretendida por el legislador, que no solo era la de cumplir la pena impuesta por el delito cometido, sino que buscaba un efecto disuasorio para el propio delincuente así como para el resto de ciudadanos quienes, con conocimiento de las consecuencias de la comisión de infracciones penales, se abstuvieran de cometerlos. No cabe duda que a la hora de hablar de la finalidad de la suspensión de la ejecución de la pena lo primero que buscó el legislador fue dar cumplimiento a la finalidad constitucional establecida en el artículo 25.2 inciso primero de la Constitución, el cual disponía que:

Art. 25.2 inciso 1º. “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”.

Es evidente que la reeducación y reinserción social eran y son las finalidades principales de la suspensión de la pena privativa de libertad; siendo estas mismas finalidades perseguidas por las penas. Lo que pretendió el legislador en este punto fue la resocialización del delincuente primario. Dicha resocialización estaba íntimamente relacionada con la idea de evitar que el penado entrara en prisión pues se suponía que dicho ingreso, como he insistido en reiteradas ocasiones, conllevaba un efecto negativo en la vida y en la personalidad del reo.

Bajo mi punto de vista, esta finalidad es clara y no plantea mayores dudas si no fuera porque es necesario conjugar los fines de prevención general de la pena con los fines de prevención especial, dando preferencia a una u otra dependiendo del momento de que se trate. Podría decirse que la premisa de la que se parte es que la reeducación y reinserción social debían cumplir, inicialmente, con los fines de la prevención general al

regular con carácter general la consecuencia penal (sanción) que se imponía al reo ante la comisión de una infracción penal. Posteriormente, una vez cometido el ilícito penal, esa reeducación y reinserción social tenía su máxima expresión en la necesidad de cumplimiento de los fines de prevención especial para evitar que ese delincuente en concreto volviera a delinquir.

En este contexto, atendiendo a ese momento posterior de comisión de la infracción penal, se valoraba más positivamente la reeducación del penado derivada de su no ingreso en prisión que los efectos positivos que para la sociedad pudiera tener someter al penado a un régimen penitenciario¹⁷⁰. Precisamente para garantizar la finalidad pretendida por el legislador de reeducación y reinserción social el Estado mantuvo la suspensión y la sustitución de las penas en aras a proporcionar una segunda oportunidad al delincuente primario. Esta alternativa al cumplimiento de la pena tenía como premisa, como he señalado, la necesidad de que el reo cumpliera el denominado período de prueba así como los deberes u obligaciones que, en su caso, se le hubiera impuesto el juez o tribunal. Solo así tenía el reo derecho a la remisión definitiva de la pena de conformidad con el Código penal.

Esta realidad social se fue plasmando en las resoluciones judiciales. Ya el ATC 780/1986, de 15 de octubre, señalaba que “[...] aunque no debe desconocerse la importancia del principio constitucional en el contenido, el artículo 25.2 de la CE no confiere, como tal, un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación”. En igual sentido se pronunciaron las SSTC 2/1987, de 21 de enero, 28/1988, de 23 de febrero; 224/1992, de 14 de diciembre; 112/1996, de 24 de junio; o 75/1998, de 31 de marzo, entre otras. Se entendía que tal precepto no contenía un derecho fundamental sino un «mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria»; mandato del que no se derivaban derechos subjetivos para el reo añadiéndose además que la Carta magna no establecía que la reeducación y la reinserción social fueran la única finalidad legítima de

¹⁷⁰ Como apuntan DE LA MATA BARRANCO y HERNÁNDEZ DÍAZ, “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad...”, p. 29, “El legislador entiende que la eficacia preventivo-especial de las penas privativas de corta duración (inferiores a dos años) puede sustituirse por la de la amenaza de ingreso en prisión en caso de que se vuelva a delinquir, siendo esta amenaza más eficaz para los fines de prevención especial que el cumplimiento de las penas privativas de libertad y en especial de la pena de prisión”. Añadiendo que “Es evidente que estos fines preventivo-especiales no serán posibles si dicha amenaza ya se ha comprobado que no ha surtido efecto en el pasado. Por ello, la suspensión de la ejecución de las penas impuestas mediante sentencia firme exige la primariedad delictiva”.

la pena privativa de libertad. Sobre este aspecto merece especial mención la STC 224/1992 comentada, ya que a partir de la misma la doctrina del Tribunal Constitucional ha ido en esa tendencia de considerar que el ingreso en prisión en este tipo de supuestos produce un efecto más devastador para el reo dejando el ejercicio del *ius puniendi* solo para el caso de que incumpla las condiciones exigibles para la suspensión de la condena. Reflejo de lo anterior fueron las posteriores resoluciones, tales como la STC 91/2000, de 30 de marzo, que resume la doctrina expuesta o la STC 163/2002, de 16 de septiembre, que dice que “la pena cumple, en principio, una función de restablecimiento de la confianza de la comunidad vulnerada por el delito”.

Manteniendo esta misma doctrina la STC 251/2005, de 10 de octubre, dispuso que “se trata, en efecto, de un beneficio asentado sobre la idea de que, en el caso de delinquentes primarios condenados a penas cortas privativas de libertad, las finalidades preventivas especiales mencionadas en el artículo 25.2 de la CE pueden ser alcanzadas con mayores garantías de éxito si los órganos del Estado que ostentan la titularidad del *ius puniendi* renuncian momentáneamente a ejecutar la pena a condición de que el penado no vuelva a delinquir durante un plazo de tiempo preestablecido, sin que ello vaya en detrimento de los fines preventivos generales que también han de cumplir las penas”. Añade que “La ejecución de la pena impuesta quedaría así en suspenso durante un cierto tiempo [...] a la espera de que el condenado cumpla la condición de no delinquir de nuevo en dicho plazo”. La actuación posterior del reo es la que determinará el proceder del Estado ya que continúa diciendo que “el incumplimiento de dicha condición implica automáticamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del CP [en relación a la redacción vigente en ese momento], la revocación del beneficio y la consiguiente ejecución de la pena de prisión impuesta. El cumplimiento de la condición por el penado le hace, por el contrario, acreedor de un derecho a que la pena cuya ejecución estaba en suspenso le sea remitida”¹⁷¹.

¹⁷¹ Sentadas las bases anteriores continúa señalando el Tribunal Constitucional que “La propia dinámica de esta modalidad de contraprestación, por la que el titular del *ius puniendi* se compromete a remitir la pena en la medida en que el penado cumpla la mencionada condición, conduce a concluir que el período de prueba a que este último se somete se inicia en el mismo momento en que se notifica la resolución por la que se concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Carecería, en efecto, de sentido dilatar *sine die* dicho inicio a la espera de la resolución de eventuales recursos contra tal decisión por dos principales razones: en primer lugar, porque ello supondría, en este caso concreto, añadir a los dos años de “prueba” preestablecidos el período adicional de año y medio que medió entre la conclusión de dicho plazo y la tardía resolución del recurso de apelación presentado contra el Auto de concesión de la suspensión, con la consecuencia de que durante todo ese tiempo se estaría requiriendo del penado que no volviera a delinquir toda vez que de lo contrario la remisión condicional de su condena sería revocada de

conformidad con lo establecido en el art. 84 CP; en segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, porque con ello se ocasionaría inseguridad jurídica al penado dado que no podría saber en qué momento exacto debía situar los dos años de prueba establecidos como condición para la remisión de la condena, pues para ello tendría que esperar a la resolución de los recursos presentados contra la decisión concesiva de tal beneficio aun cuando la misma se dilata varios años”.

Sin embargo no existió conformidad en dicha visión y por ello merece mención expresa el voto particular emitido en dicha sentencia por el magistrado CONDE MARTÍN DE HIJAS que señala que “Creo, ante todo, que se incurre en un error cuando se habla de cumplimiento de la pena, pues el transcurso del plazo de suspensión de la ejecución sin delinquir no implica cumplimiento de pena, sino sólo el presupuesto para la concesión final del beneficio de la remisión de la pena, como dice el art. 85.2 CP, que no es sino precisamente la exoneración del cumplimiento de la pena; o en otros términos, y utilizando la propia terminología legal del capítulo III del título III, libro primero del Código penal, una "de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad". La sustitución de la ejecución de la pena por su remisión en modo alguno, a mi juicio, puede calificarse de cumplimiento de la pena. Lo que en la Sentencia se suscita es si el transcurso del plazo de suspensión de la ejecución de la pena por el retraso en la tramitación del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial contra el Auto del Juzgado de lo Penal, que concedía la suspensión impedía revocar el beneficio de la suspensión. Estimo que, al margen de la irregularidad que pudiera representar tal retraso, la misma no era suficiente para tener que dar por sentado el derecho al beneficio de la remisión de la pena, sin poder tener en cuenta por tanto la concurrencia de los requisitos legales para su otorgamiento, cuyo control era precisamente el que se planteaba en el recurso de apelación. La argumentación de nuestra Sentencia sobre el hecho de que el recurso contra el Auto de suspensión se admitiera en un solo efecto me resulta artificiosa y no compartible. A mi juicio el hecho de que no se admitiera con efecto suspensivo no tenía otra consecuencia que la de que no se suspendía la suspensión de la ejecución de la pena; en otros términos, y como afirma nuestra Sentencia, que estaba corriendo el plazo atendible para que, si no se volvía a delinquir, pudiera obtenerse el beneficio final de la remisión de la pena. Pero ese hecho no eliminaba el de que la misma concesión de ese plazo de suspensión no era incondicionada e irreversible, sino que estaba condicionada por el efecto devolutivo del recurso, y supeditada en su eficacia a que el recurso entablado confirmase la concesión del beneficio o la revocase”. Finaliza señalando que “No creo así que quepa plantear el derecho a la remisión de la pena (que no la constatación de su cumplimiento por el transcurso del plazo de la suspensión) como simplemente condicionado por el transcurso del plazo de suspensión sin delinquir, sino que la pendencia del recurso de apelación introducía un elemento condicionante anterior, cuál era el de la validez jurídica de la suspensión misma. De este modo, y como bien entendieron los Autos del Juzgado de lo Penal recurridos, si se revocaba el Auto de suspensión, la suspensión otorgada perdía toda su eficacia”.

Así el auto de la Audiencia Provincial de Burgos 285/2004, de 1 de septiembre, señala que “la suspensión condicional de la pena tiene como espíritu y finalidad evitar que los delincuentes primarios u ocasionales, que no reúnan características de peligrosidad criminal y condenados a pena de prisión no muy dilatadas, ingresen en el Centro Penitenciario, con el quebranto y desarraigo que ello supone en su vida familiar, laboral y social, de manera que se les permite eludir dicho ingreso y seguir en libertad bajo unas condiciones determinadas”.

Otras resoluciones, como el auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 10 de diciembre de 2013, recoge que en cuanto a la función o finalidad de la pena la doctrina recogida por el Tribunal Constitucional cuando dice que “Las resoluciones que concedan o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor de libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo”. En igual sentido se pronuncian las SSTC 25/2000, de 31 de enero; 8/2001, de 15 enero; 2/2002, de 14 de enero y 10/2003, de 16 de junio, entre otras.

Continúa señalando que esta afectación al valor libertad exige que este tipo de resoluciones “no solo constituyan la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso” sino también que exterioricen “los elementos necesarios para entender efectuada la ponderación de los fines de la institución y los bienes y valores en conflicto (STC 8/2001, de 15 enero)”. En particular, habida cuenta que también esta suspensión constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el artículo 25.2 de la Constitución española, la resolución judicial debe ponderar “las circunstancias individuales del penado, así como los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución,

Aceptando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo incluyó también en sus resoluciones estos principios; por todas, las SSTS 1919/2001, de 26 de octubre; 307/2008, de 5 de junio y 28/2009, de 23 de enero, señalando esta última que “la reinserción social no es una finalidad absoluta de las penas privativas de la libertad establecida constitucionalmente [...] se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena y con la exigencia de justicia prevista en el art. 1 CE. De aquí se deriva que no cabe renunciar sin más a la prevención general, dentro de límites compatibles con el principio de proporcionalidad, ni tampoco a la prevención especial frente al propio sujeto que exterioriza una comprobada tendencia al delito”. Visión jurisprudencial que fue aceptada por la doctrina¹⁷².

Una vez pues de manifiesto todo lo anterior, bajo mi punto de vista, la reeducación y reinserción social constituían ya desde la redacción inicial del Código, el fin esencial de todas las penas que tenía su máxima expresión en instituciones tales como la suspensión y la sustitución de las penas. Esa finalidad, se valoraba en el momento de imposición de la pena en sentido amplio, pues en otro caso, era prácticamente imposible que la suspensión de la pena pudiera cumplir sus objetivos.

la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad”. En igual sentido que las anteriores se pronuncian las SSTC 163/2002, de 16 de septiembre; 248/2004, de 20 de diciembre y 320/2006, de 15 de noviembre.

¹⁷² Así lo exponía DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Formas substitutivas de las penas privativas de libertad...”, p. 126, cuando indica que “[...] la prisión actual, lejos de resocializar, acentúa la desocialización y marginación de los internos que, controlados muchas veces más por las mafias del interior que por la propia Administración penitenciaria, viven el período de internamiento como una época de privaciones (no solo de la libertad) volcada a la acentuación y reforzamiento de sus carreras criminales. Esto tiene lugar ante una sociedad cada vez más represiva e insensibilizada por la problemática penitenciaria en el arco de una absurda política oficial (no por negada menos evidente) de desconfianza y distanciamiento entre el mundo penitenciario y la calle: ahí están la falta de información ministerial sobre el mundo penitenciario, incluso para los estudiosos, y las trabas a los grupos de voluntarios, deseosos de realizar actividades con los presos”. Este mismo criterio es compartido por HURTADO YELO, “La peligrosidad criminal como criterio...”, p. 2, que pone de manifiesto que “[...] la carencia de peligrosidad criminal es la que propicia la concesión de la suspensión de la pena para cumplir con la finalidad constitucional de reeducación y reinserción social”. Es precisamente en este contexto social de desconfianza de los beneficios que reporta la pena de prisión donde tiene su cabida la finalidad que buscaban estas formas alternativas al cumplimiento de las penas. Igualmente ÁVAREZ GARCÍA “La reeducación y reinserción social...”, p. 52, precisaba que “[...] la norma constitucional recogida en el artículo 25.2 CE no contiene tanto un mandato, en sentido estricto, dirigido al legislador, cuanto un principio que debe observarse por todos los poderes públicos, y por lo tanto no solamente por el legislador, en el desarrollo de su actividad”. Añade que “cuando se «fabrica» la norma de la parte especial no puede pretenderse «curar», «retribuir», «reeducar», etc.; y ello porque todavía, en ese momento, no hay un «enfermo», un «comportamiento» o un posible objeto de «pedagogía», indicando que “[...] por imposición constitucional la reeducación y reinserción se constituyen en una de las cualidades esenciales de la pena, la caracterizan en su contenido ontológico y la acompañan desde el instante de su nacimiento, en la conminación legal, hasta el momento en que finaliza la actuación que deba desarrollar la administración penitenciaria con cada sujeto en particular”. En igual sentido, DE LAMO RUBIO, “La suspensión condicional de la pena...”, pp. 47 y ss.

Bajo esta premisa, el órgano judicial decidirá lo que proceda sobre la suspensión o sustitución de la pena, toda vez que, solo si concurren los requisitos de la institución y, solo si se cumplen las obligaciones o deberes impuestos, podría suspenderse (o en su caso sustituirse) la ejecución de la pena, aplicándose a partir de ese momento el período o plazo de suspensión.

Como apunte final dentro de apartado, me gustaría distinguir las dos finalidades que contempla el artículo 25.2 de la CE puesto que no es lo mismo «reeducar» que «reinsertar». «Reeducar» conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define como «volver a educar»; y a su vez «educar» se define como «dirigir, encaminar o adoctrinar» o como «desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios o ejemplos»¹⁷³. No obstante parece obvio que reeducar ha de ser algo más, lo que conlleva poner a disposición del reo una serie de medios. Es de especial importancia el concepto que se dé a la reeducación porque entran en juego las disputas entre las teorías retribucionistas o de prevención. Mientras que para la teoría retribucionista se pretendía dar una nueva moralidad al reo o modificar su actitud interior en relación a los bienes tutelados por el ordenamiento jurídico; la teoría preventiva atendía a la conducta meramente exterior de respecto a la Ley penal.

Parece lógico que cada una de estas teorías se centrara en un aspecto concreto, si bien para ambas las formas alternativas al cumplimiento de las penas cumplía una finalidad esencial de reeducación del reo. En esta tesitura no puedo sino posicionarme a favor de la teoría de la prevención ya que no se puede pretender la modificación del interior del reo quien es libre, en conciencia, de actuar como considere, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de sus actos.

Por lo que respecta al concepto de «reinsertar» acudiendo nuevamente a la definición que ofrece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se

¹⁷³ Mucho más concreto en su definición se muestra MAPELLI CAFFARENA, *La resocialización penitenciaria*, pp. 15 y ss., quien considera que reeducar es “[...] compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad”. Añade que “Se entiende que el objeto del proceso reeducador no es tanto la personalidad del individuo como el marco penitenciario que debe adaptarse de tal forma que el recluso pueda iniciar por sí mismo su reeducación”. En contra de esta argumentación se posiciona MUÑOZ CONDE “La resocialización de delincuente...”, p. 66, que considera que “[...] una resocialización que sólo se dirija o se limite al mantenimiento del respeto de la legalidad penal supone un recortamiento de la meta resocializadora y, a la larga, la renuncia a una duradera estabilización del comportamiento del delincuente”.

define como «volver a integrar en la sociedad a alguien que estaba condenado penalmente o marginado»¹⁷⁴. Aceptando este concepto hay que tener en cuenta que la premisa de la que parte esta reinserción, cuando el reo no haya ingresado en prisión, es que pudiera parecer, *strictu sensu*, que no fuera necesaria la reinserción. No obstante, la reinserción también se hace necesaria a pesar de no ingresar en prisión y el ordenamiento jurídico ha de poner los medios para ello. Reflejo de lo anterior son, entre otras, las SSTC 150/1991, de 4 de julio; 19/1988, de 16 de febrero; 28/1988, de 23 de febrero; 55/1996, de 28 de marzo; 234/1997, de 18 de diciembre; 79/1998, de 1 de abril; o 88/1998, de 21 de abril.

B. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad: artículos 80 a 87 del Código penal de 1995.

En este apartado pretendo únicamente indicar cuáles eran los presupuestos, condiciones y requisitos que exigía la redacción originaria del Código penal de 1995 para que los órganos judiciales pudieran pronunciarse sobre el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena. Entiendo que esta exposición es estrictamente necesaria para entender esas posteriores reformas hasta llegar a la regulación actual. Si bien no me detendré en su análisis toda vez que por unos motivos u otros, como bien es sabido, se fueron modificando siendo en el apartado IV del presente trabajo donde enlazando con las cuestiones y controversias judiciales que se plantean analizaré cada uno de los presupuestos. También quisiera apuntar que en este apartado solo expondré la institución de la suspensión de la ejecución de las penas dejando la figura de la sustitución para el apartado siguiente.

Entrando ya en esa exposición cabe señalar que la redacción en el Código penal de 1995 de la figura de la suspensión de la ejecución de la pena supuso una ruptura total

¹⁷⁴ Nuevamente acudiendo a MAPELLI CAFFARENA, *La resocialización penitenciaria*, pp. 15 y ss., define la reinserción del siguiente modo “[...] reinsertar es volver a meter una cosa en otra. En este sentido reinserción es un proceso de introducción del individuo en la sociedad, ya no se trata como en el caso de la reeducación de facilitarle ese aprendizaje par a que sepa reaccionar debidamente en el momento en el que se produzca la liberación”. En este sentido profundiza GONZÁLEZ DEL ALBA, *La Condena condicional...*, p. 24, considerando que “[...] significa que la condena queda suspendida hasta el cumplimiento o incumplimiento de la condición de no recaer en nuevos delitos aquél en cuyo beneficio se otorga, una labor de suprema justicia, inspirada en el generoso perdón de la primera falta, que evitando dolorosas e inminentes reiteraciones en la culpa, regeneraba la voluntad del culpable, iniciando a éste en el camino de la enmienda y apartándole de los morbosos adoctrinamientos de la cárcel, que pudieran convertir al delincuente primario en un verdadero profesional del delito”.

con la regulación que hasta entonces asumían los Códigos españoles anteriores. El nuevo Código penal eliminó toda alusión a la hasta entonces denominada «condena condicional decretada *ex necessitate legis*» que conjuntamente con la «condena condicional *ex arbitrio*» se venía regulando desde la Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908 y que se había transmitido a los Códigos penales españoles de 1928, de 1932 y de 1944 (con la denominación de «remisión condicional») y que, igualmente, se había mantenido en el Texto revisado de 1963 y en el Texto refundido de 1973. A partir del Código penal de 1995 solo cabe hablar de «suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», institución que se concedía de «forma facultativa» por los órganos judiciales. Lo anterior se deriva de la redacción del artículo 80.1 del Código penal que era la siguiente:

Art. 80.1. “Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto”.

Se concebía la suspensión de la pena como una facultad¹⁷⁵ otorgada por los jueces y tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional que, en exclusiva, les atribuye el artículo 117.3 de la CE. Dicha facultad suponía (y supone) que concurriendo el resto de elementos que el propio Código penal preveía, era finalmente el órgano judicial el que, en uso de esa facultad, decidía sobre la concesión o denegación de la suspensión de la ejecución de la pena. Lo anterior suponía erradicar del sistema la aplicación automática de la suspensión¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Tratándose de una facultad discrecional no es revisable en casación ante el Tribunal Supremo. Así lo disponían, ya entre otras, las SSTS 257/2000, de 18 de febrero establecía que “[...] la determinación exacta de la pena corresponde al tribunal de instancia en el ejercicio de un arbitrio, que si teóricamente no es absoluto, en la práctica sí lo es en cuanto tal determinación, en tanto no rebase el techo legal del grado medio, no es revisable en casación [...] y ello porque la labor individualizadora en tanto que el Tribunal de instancia goza de un conocimiento directo de todo el elenco circunstancial -material y personal-coexistente en el hecho, viene encomendado al mismo, atento siempre a los factores criminológicos y objetivos que han de darle pauta y servirle de módulo”. En los mismos términos se pronuncian la SSTS de 16 de abril de 2000 o 539/2002, de 25 de marzo; así como los AATS de 12 de septiembre de 2001; 25 de marzo 2002; o 20 de febrero de 2006. Recogiendo la jurisprudencia anterior, se pronunciaba la jurisprudencia menor, por todas, la sentencia 215/2004, de 7 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Burgos.

¹⁷⁶ Sobre esta cuestión señalaba LLORCA ORTEGA, “La suspensión de la ejecución de la pena”, pp. 145 y ss., que “[...] al haberse configurado por el Código penal de 1995 la suspensión de la ejecución de la pena con carácter exclusivamente potestativo (en ninguna circunstancia resulta obligada su adopción), el legislador ha evidenciado la naturaleza individualizadora de este instituto, así como la función preventivo especial que le confiere”.

No obstante ese carácter facultativo lo cierto es que cumplidos los requisitos del Código penal, la práctica judicial habitual era la de suspender la pena en la mayoría de los casos de un modo prácticamente automático. Ello evidenciaba el interés por acudir a esta forma alternativa al cumplimiento de la pena para evitar el ingreso en prisión del condenado. Sin embargo, en cuanto el infractor tenía antecedentes penales (aunque estos fueran cancelables) o bien hubiera delinquido con posterioridad al hecho juzgado, aun cumpliéndose el resto de requisitos, el porcentaje de suspensiones descendía, al ser la suspensión de la pena una figura reservada para aquellos delincuentes primarios que se someten al sistema y asumen que el beneficio se le otorgaba para evitar la reiteración delictiva. Bajo mi punto de vista, esta consideración vulneraba el principio de legalidad puesto que si la existencia de antecedentes penales cancelables impedía el acceso a este beneficio, de nada servía el contenido del artículo 136 del Código que determinaba cuándo son cancelables los antecedentes penales ante el transcurso de los plazos fijados. Si bien es cierto que la existencia de antecedentes penales puede revestir un carácter externo de posible reiteración delictiva, no es menos cierto que llevarlo hasta el extremo de que el reo, aun cumpliendo condena y teniendo derecho a obtener la cancelación de sus antecedentes penales, no pueda verse beneficiado de la suspensión de la pena, conlleva una estigmatización en su futuro por esa condena anterior.

Sobre el carácter facultativo de la suspensión de la pena ha tenido ocasión de pronunciarse la Jurisprudencia en diferentes sentencias, siendo reflejo de todas ellas, entre otras las SSTC 264/2000, de 13 de noviembre y 8/2001, de 15 de enero. Además, tal y como la extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo venía estableciendo este proceso se conocía como el «principio de individualización de las penas»¹⁷⁷ teniendo en cuenta, entre otros, los datos del delito, la especial peligrosidad del delincuente y alarma social creada así como las circunstancias personales de los condenados en las que, a pesar de concurrir los requisitos del Código penal no se otorga la suspensión de la pena por diferentes motivos. Entre ellos destaca, por su congruencia con el sistema penal, el de la gravedad del delito cometido¹⁷⁸. En este contexto se valora más la gravedad del

¹⁷⁷ Detenidamente sobre el principio de individualización de las penas, DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de las penas en los Tribunales de justicia...*, pp. 17 y ss.

¹⁷⁸ Así el ATS de 29 de mayo de 2001, señalaba en el conocido como “Caso Marey” que “aunque en los cuatro [condenados] concurren todos los requisitos que exige el artículo 81 del CP, esta Sala entiende que no procede acceder a la solicitud de suspensión de ejecución de tales penas por las particulares circunstancias del caso. Hemos de tener en cuenta que nos hallamos ante un hecho sumamente grave, como ya dijimos en la Sentencia en cuya ejecución nos encontramos [...]. Las respectivas penas ya se han

delito que el hecho de que concurren las circunstancias que legalmente permiten la suspensión de la pena.

Es notorio que la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena como una facultad en la que finalmente es el juez o tribunal el que decidía sobre su concesión o denegación venía y viene siendo objeto de numerosas discusiones existiendo posiciones contrarias a esta regulación; discrepancias que se siguen manteniendo en la actualidad ya que en la normativa vigente sigue tratándose de una facultad concedida a jueces o tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sin perjuicio de lo anterior, como he señalado, comparto la posición de la mayor parte de la doctrina constitucional que señala que no se trata de una aplicación arbitraria y ello no solo por el principio de sujeción de los jueces a la Ley y solo a la Ley (como base de su actuación que prevé el artículo 117.1 *in fine* de la Constitución), sino porque el propio

visto reducidas a solo la tercera parte de las impuestas en Sentencia [por aplicación de indultos parciales]. Consideramos que sería una benevolencia excesiva el que, además, ahora se les conceda el beneficio de suspensión de su ejecución. Es cierto que el artículo 80 CP para la concesión o denegación de este beneficio, nos manda atender fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto y que tal peligrosidad no existe en el caso presente. Pero la expresión «fundamentalmente» usada en tal norma penal nos permite tener en consideración otros elementos de juicio, como es en el caso la mencionada gravedad de los hechos por los que estos cuatro solicitantes fueron condenados”. Se trató sin duda de un caso enormemente mediático en el que el Tribunal Supremo consideró, como él mismo señala, “una benevolencia excesiva” conceder la suspensión de la pena a personas que, en principio no podrían optar a esta forma alternativa al cumplimiento de las penas debido a que las penas inicialmente impuestas superaban los límites fijados por el Código para la suspensión de la pena. Solo una vez que el Gobierno en ejercicio de la facultad que le reconoce la Constitución, había ejecutado indultos parciales a estos condenados, podían verse beneficiados de la suspensión de la pena. Sin embargo en este caso el Tribunal Supremo tiene como criterio valorar la gravedad del hecho cometido para impedir esa suspensión de la pena. Entiendo que este Auto es un ejemplo claro de la facultad y no obligatoriedad de la suspensión de la pena en el sistema judicial español, en el que con la motivación suficiente se deniega la suspensión de la pena atendiendo a otros criterios, en este caso la gravedad del delito.

Esta visión que recogía el Tribunal Supremo ya en el año 2001 se mantiene hoy día. A modo de ejemplo y también muy llamativo por su repercusión fue el auto del denominado “Caso Malaya” de 3 de noviembre de 2014, dictado por la Audiencia Provincial de Málaga en la ejecutoria 50/2014 en el que se argumentaba que “se plantea ante este Tribunal la cuestión -como siempre trascendente- de conceder o denegar a los penados reseñados en los hechos de esta resolución, el beneficio de la suspensión [...] de la ejecución de las penas privativas de libertad que les fueron impuestas”. Añade que “la suspensión de penas de prisión no superiores a dos años a quienes cumplan los requisitos contemplados en el artículo 81 del Código Penal [...] no comporta que necesaria o ineludiblemente el Juez o Tribunal sentenciador tenga que otorgar el citado beneficio a quien ha sufrido el reproche punitivo. Los artículos 80 y siguientes del Código Penal contemplan una facultad del órgano sentenciador y nunca un mandato imperativo para el mismo, en orden a acordar que -quién ha sido condenado a una pena privativa y siempre que concurren determinados requisitos establecidos por el legislador-, evite su ingreso en un Centro Penitenciario; pudiendo llegar a redimir definitivamente la pena y extinguir así su responsabilidad criminal si no llegare a cometer un nuevo delito y observare el resto de condiciones que se le impusieron dentro del plazo de tiempo durante el que se acordase la suspensión de la ejecución. Se articula, pues, un supuesto específico de discrecionalidad judicial pero de una discrecionalidad reglada, en el sentido de que, para marcar la frontera entre la arbitrariedad -proscrita- y el arbitrio, el Juez deberá atenerse tanto a lo dispuesto en el párrafo último del apartado 1 del artículo 80 del Código Penal, como a la función y fines que están llamados cumplir ya sea la pena privativa de libertad, ya sea el beneficio de la suspensión”.

artículo 80.1 del Código penal disponía que uno de los elementos que necesariamente se debían de tener en cuenta era (entre otros) «la peligrosidad criminal del sujeto». Posteriormente profundizaré sobre este concepto incidiendo en que se trataba de un criterio literalmente recogido en el precepto en su redacción originaria y que hoy en día se sigue teniendo en cuenta a pesar de su derogación.

Asimismo y para que fuera posible la concesión de la suspensión de la pena era necesario que se tratara de «penas privativas de libertad». El artículo 80.1 era claro incluso en esta redacción originaria, como lo es el Código penal actual: solo podía suspenderse la ejecución de las penas privativas de libertad. Este concepto ha sido reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, la STS 950/1999, de 19 de julio, al considerar que “la suspensión de la ejecución de la condena sólo se aplica a las penas privativas de libertad entendiendo por tanto que son penas privativas de libertad la prisión, la de arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por el impago de multa”, de conformidad con la regulación del entonces artículo 35 del Código penal¹⁷⁹. El mismo contenido era recogido en las SSTC 165/1993, de 18 de mayo y 209/1993, de 28 de junio.

Sin perjuicio de lo anterior parece que más bien esta forma alternativa al cumplimiento de las penas estuviera pensada, ya desde su origen, solo para la suspensión de la ejecución de la pena de prisión; esto es, solo para una de las tres clases de penas privativas de libertad debido a su naturaleza jurídica. Tratándose del primer delito (no siempre pero en la mayoría de los casos así era) y evidenciándose la voluntad inequívoca del reo de no volver a delinquir y realizando el juicio de valor de la peligrosidad del sujeto, se pretendía evitar su ingreso en prisión recordando los efectos perjudiciales y desocializadores que suponía que un delincuente primario entrara en prisión porque tenía contacto con otros presos. Sin embargo no se limitaba y no se hace hoy día, a las penas de prisión sino, insisto, a las penas privativas de libertad.

Junto a la clase de pena susceptible de suspensión se regulaba la duración que la misma debía tener para poder conceder el beneficio. Tal y como he puesto de manifiesto

¹⁷⁹ Recordar que este artículo 35 fue modificado por el apartado tercero del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. de 26 de noviembre de 2003 y vigencia desde el 1 de octubre de 2004) dándole la siguiente redacción “Son penas privativas de libertad la prisión, localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa”, sobre lo que me detendré al ver las modificaciones posteriores que sufrió el Código penal.

en el momento de publicación del Código penal era necesario que fueran «penas privativas de libertad inferiores a dos años»¹⁸⁰. Este límite de duración de las penas para que sean susceptibles de suspensión guardaba su evidente relación con la clasificación de las penas y su duración. Es evidente que cuando se le planteaba al órgano judicial la suspensión de una pena de prisión inferior a dos años, se trataba de una pena menos grave conforme a la clasificación del artículo 33.3 del Código penal. Si por el contrario se trataba de la suspensión de la pena de arresto de fin de semana o de la responsabilidad personal subsidiaria por el impago de la multa, podía tener una doble clasificación; esto es, pena menos grave o pena leve, dependiendo de su duración de conformidad con los artículos 33.3 y 33.4 del Código. Merece la pena destacar en relación a esta duración que el límite fijado para la duración de las penas susceptibles de suspensión era superior a los límites que en la trayectoria histórica se había dado en el sistema penal español¹⁸¹.

A pesar de lo señalado, el hecho de que no tuviera carácter preceptivo “no supone arbitrariedad del Juez, esto es, facultad de decidir sin motivar la resolución”¹⁸² ya que el propio artículo exigía «resolución motivada» tratándose en estos casos de una «especial motivación» atendiendo a que la resolución afecta al derecho a la libertad del condenado¹⁸³. La motivación de las decisiones judiciales tenía su base en la existencia de un Estado social y democrático de Derecho en el que la sujeción de los jueces a la

¹⁸⁰ Es necesario adelantar que la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, modificó esta regulación y hoy en día se hace referencia a «penas privativas de libertad no superiores a dos años». Sobre esta cuestión ahondaré en el apartado correspondiente.

¹⁸¹ No se debe olvidar que, como ya expuse en el apartado II de este trabajo, a excepción del Código penal de 1928, el resto de normativa penal que reguló la entonces condena condicional (Ley de condena condicional -art. 2-, Código penal de 1932 -art. 96-, Código penal de 1944 -art. 93-, Texto revisado de 1963 -art. 93- y Texto refundido de 1973 -art. 93-) recogía que el límite de las penas privativa de libertad susceptibles de suspensión no debía exceder de un año. Sin embargo el Código penal de 1995 optó por aumentar ese límite a las penas privativas de libertad no superiores a dos años. Se retornó así la regulación del Código de 1928 que ya recogió, durante el breve período de tiempo que estuvo en vigor, este límite (no obstante con una modificación más que evidente y es que mientras el Código de 1928 se refería a las penas de reclusión o prisión el Código de 1995 se refería a las penas privativas de libertad, lo cual es un concepto más amplio y por consiguiente más beneficioso para los penados).

¹⁸² Profundizando sobre este concepto de motivación de la resolución en que se resuelva sobre la suspensión de la pena, HURTADO YELO, “La peligrosidad criminal como criterio...”, p. 2.

¹⁸³ Sobre esta cuestión señalar, a modo de ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid 450/2003, de 14 de octubre, que hablaba de “facultad potestativa judicial”. En igual sentido el auto de la misma Audiencia Provincial de 20 de diciembre de 2005 o el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de enero de 2006.

Ley hacía que no se pudieran dictar resoluciones arbitrarias o contrarias a derecho. En este sentido la STC 57/2007, de 12 de marzo, señalaba que “Forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva el derecho a que las resoluciones judiciales estén motivadas, pues, en primer lugar, tal motivación constituye la vía natural para conocer las razones de la decisión judicial, lo que forma parte ya de la tutela del implicado en el asunto resuelto y, en segundo lugar, permite su defensa y, en su caso, el ulterior control jurisdiccional de la resolución”¹⁸⁴. Por eso decía que la existencia de una motivación adecuada y suficiente dependiendo de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto constituye una garantía esencial para el justiciable. Con la motivación de la sentencia se exteriorizan los rasgos más esenciales del razonamiento que lleva a los órganos judiciales a adoptar su decisión, permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los tribunales superiores. Consecuentemente se mejoran las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan¹⁸⁵.

Lo anterior no es sinónimo de valorar todos los aspectos de la misma siendo suficiente que estuvieran identificadas las bases o los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. Solo así se cumplía con el principio de no arbitrariedad de las decisiones judiciales y solo así el ciudadano podía comprender el contenido de la resolución adoptada: o bien el motivo por el que se le permitía un cumplimiento alternativo de la pena; o bien, en su caso, la razón por la que se le denegaba la concesión de la suspensión. En este sentido no puedo sino compartir la visión que adopta el

¹⁸⁴ Continuaba señalando que “La exigencia de motivación de las Sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (artículo 1.1 de la CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (artículo 117 de la CE, párrafos 1 y 3)”. En igual sentido ya se pronunciaban las SSTC 24/1990, de 15 de febrero y 35/2002, de 11 de febrero.

¹⁸⁵ En igual sentido, por todas, la STC 209/1993, de 28 de junio que disponía que “[...] esta exigencia constitucional no significa, como también hemos dicho, que las resoluciones judiciales deban contener un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que tengan las partes de la cuestión que se decide, sino que es suficiente, desde el prisma del precepto constitucional citado, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi*. [...] No conlleva tampoco un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la resolución judicial con el esquema discursivo de los escritos forenses donde se contienen las alegaciones de los litigantes. Finalmente, tampoco implica un tratamiento pormenorizado de todos los aspectos sugeridos por las partes, siempre que permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión”. Esta misma visión es compartida en las SSTC 196/1988, de 24 de octubre; 215/1998, de 11 de noviembre y 68/2002, de 21 de marzo.

Tribunal Constitucional al entender que la motivación de las resoluciones judiciales, en evidente relación con la prohibición de arbitrariedad de las mismas, supone la necesidad de valorar las circunstancias del caso desde un punto de vista objetivo. No obstante creo que el concepto de arbitrariedad resulta del todo desproporcionado e impertinente. De lo que sí que puedo hablar es de discrecionalidad en relación con la sumisión a ciertos criterios genéricos en los que los jueces y tribunales se basaban al resolver sobre la concesión de la suspensión de la pena¹⁸⁶.

Si bien la interpretación que el Tribunal Constitucional ofrece en esta materia es enormemente instructiva, considero que no es misión del Tribunal Constitucional censurar la interpretación del Derecho ni revisar la estructura de las resoluciones judiciales. Solo cabe que compruebe si existe fundamentación y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualesquiera que fueren su brevedad y concisión¹⁸⁷, incluso en supuestos de motivación por remisión¹⁸⁸. Todo lo anterior sin duda en base a la independencia judicial y sin perjuicio, por supuesto, de los recursos judiciales que procedan¹⁸⁹. Sobre la especial motivación me detendrá al analizar la normativa vigente.

El último elemento que consagraba el artículo 80.1 del Código era que la resolución debía atender «fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto». Este elemento, hace que entre en juego una valoración objetiva que ha de producirse *ex ante* de la comisión de una infracción penal. Ello puede suponer un cajón de sastre donde puede tener cabida la temida arbitrariedad judicial toda vez que no existía unanimidad

¹⁸⁶ Sin perjuicio de lo anterior, bajo mi punto de vista, si no se hubiera incluido de forma expresa esa necesidad de resolución motivada ello no eliminaría la necesidad de motivación al ser principio general consagrado en el ordenamiento jurídico español. Toda interpretación contraria llevaría al absurdo de considerar que cuando el legislador no hubiera incluido de forma expresa tal consideración se estuviera amparando el dictado de resoluciones carentes de motivación. De ahí que considero que en esta redacción se incluyeron elementos que se dan por supuestos y por lo tanto resultaban innecesarios y redundantes a la vez que se incluyeron otros controvertidos y que dieron lugar a diferentes interpretaciones, no incluyendo otros que podrían resultar necesarios.

En este contexto, según doctrina constitucional, no existe norma alguna en las Leyes de enjuiciamiento que imponga *a priori* una determinada extensión o un cierto modo de razonar. Lo único que se exigía es que expresaran la ponderación de las necesidades de seguridad colectiva (prevención general) y las necesidades de resocialización (prevención especial) en atención a la peligrosidad criminal del condenado.

¹⁸⁷ SSTC 75/1988, de 25 de abril; 84/1988, de 28 de abril y 14/1991, de 28 de enero, entre otras.

¹⁸⁸ SSTC 174/1987, de 3 de noviembre y 146/1990, de 1 de octubre.

¹⁸⁹ Detenidamente sobre los recursos, DEL MORAL GARCÍA, “Recursos frente a decisiones en materia de ejecución...”, pp. 351 y ss.

de criterio en cuanto a qué debe o debiera entender como «peligrosidad criminal del sujeto». Junto a lo anterior también se criticó que sólo este elemento se incluyera en la redacción originaria lo que lleva a preguntarme por qué se incluyó este elemento y por qué sólo se incluyó este elemento y no otros¹⁹⁰.

Se trataba de realizar un juicio de probabilidad; una valoración del riesgo que, aunque constituye un concepto esencialmente criminológico, es esencial a la hora de conceder o no por los jueces la suspensión de la ejecución de la pena. Solo realizado ese juicio de probabilidad por el juez y, solo cuando el resultado sea negativo; es decir, cuando se considere que no va a volver a delinquir, atendiendo al resto de circunstancias que constan en el supuesto del hecho (no solo del autor sino del mismo hecho en sí mismo), se concederá la suspensión de la ejecución de la pena, eximiendo al condenado de su cumplimiento, pero manteniendo la pena ya que la misma sigue existiendo al tratarse de una sentencia firme de condena aun cuando se permita que el reo no cumpla siempre que concurren los requisitos legales y condicionando su suspensión a que no vuelva a delinquir en el plazo previsto, precisamente en consonancia con el principio de reinserción social que comentaba con anterioridad¹⁹¹. Por ello se entiende que la tarea del juez o tribunal debe ir más allá de una mera labor objetiva de identificación de los hechos cometidos y, en consecuencia, proceder a una valoración conjunta de las circunstancias que rodean el caso concreto llegando incluso a poderse inferir la peligrosidad criminal del sujeto en el resto de elementos objetivos y no solo los

¹⁹⁰ Adelantar desde este momento que debido precisamente a estas voces discrepantes en cuanto a la inclusión de la «peligrosidad criminal del sujeto» como un elemento a tener en cuenta para la concesión del beneficio de la suspensión y además como el único elemento a tener en cuenta contenido en la redacción originaria del Código, hizo que en las posteriores sesiones parlamentarias se discutiera sobre esta materia, haciendo necesaria la inclusión de otros elementos. Baste muestra de lo anterior que la redacción posterior del Código penal de 1995 dispuso en el artículo 80.1 que “Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada. En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste” (nº 1 del artículo 80 redactado por el apartado vigésimo séptimo del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal). Pero esta modificación no se mantuvo ya que la actual redacción del Código incluye otras consideraciones en las que ahondaré en el apartado correspondiente.

¹⁹¹ De ahí que tal y como señalan MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ, *Manual práctico sobre la ejecución penal...*, p. 43, “La Ley no dice qué ha de entenderse por peligrosidad criminal. Alguna Sentencia lo ha relacionado con la peligrosidad de la acción delictiva concretamente ejecutada (STS 208/2000, de 18 de febrero). Sin embargo en la práctica el concepto de «peligrosidad criminal» ha venido siendo valorado no solo por las características del delito cometido sino también por la existencia de un pronóstico relativo a las posibilidades de comisión de nuevos delitos, que habrá de configurarse análogamente a lo previsto en el artículo 95.1.2 del Código Penal [...] en atención al hecho ya ejecutado y a las circunstancias personales del sujeto, y no tanto por el concepto social en que sea tenido el mismo”.

personales del condenado. Por lo tanto, el concepto «peligrosidad criminal del sujeto» era un elemento más pero ni mucho menos el único que se tenía en cuenta a la hora de decidir sobre la suspensión de la pena¹⁹².

Una vez que el órgano judicial hubiera llegado a la determinación de que el sujeto era merecedor de la suspensión de la pena así lo debía declarar con la mayor urgencia. Sobre esta cuestión se pronunciaba el primer párrafo del artículo 82:

Art. 82. pfo. 1º. “Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los Jueces o Tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena. Mientras tanto, no comunicarán ningún antecedente al Registro Central de Penados y Rebeldes”.

Parece que lo ideal fuera que el juez declarara en la misma sentencia condenatoria la suspensión de la pena siempre y cuando dispusiere de los elementos necesarios para ello. Sin embargo en esta redacción originaria el legislador difiere ese pronunciamiento a la firmeza de la sentencia condenatoria, lo cual no hace sino retrasar el pronunciamiento. Por ello me parece más acorde a la realidad la regulación actual en la que como regla general el juez se pronunciará en la sentencia y solo en auto posterior motivado cuando en el momento de dictar sentencia no tuviere todos los elementos de juicio suficientes.

Junto a los presupuestos anteriores indicados el Código exigía unas condiciones para dejar en suspenso la ejecución de la pena. La primera de las condiciones estaba íntimamente relacionado con el concepto de «delincuente primario». En este sentido el artículo 81 del Código disponía que:

¹⁹² En este punto señala GARCÍA SAN MARTÍN, *La suspensión de la ejecución...*, p. 41, que se llega a una “[...] desafortunada y estéril conclusión susceptible de alcanzarse con dicha constancia, por cuanto sin haberse dictado al menos Sentencia, aun sin haber alcanzado firmeza, difícilmente podemos extraer datos de significativa relevancia o trascendencia”.

Art. 81. Condición 1ª. “Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 1ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código”.

Siendo necesario que se tratara de un delincuente primario, la primariedad delictiva se comprobaba a través de la previa consulta del Registro Central de Penados y Rebeldes del reo. En el caso de que el propio juzgado fuera concededor de una condena anterior, bien por haber sido impuesta por el mismo juzgado o por otro dentro del mismo partido judicial, podrá unirse testimonio de tal resolución y acordar lo que se estime oportuno. Sin perjuicio de lo anterior, lo que permitía determinar que se trataba de una persona sin antecedentes penales era la consulta al Registro Central de Penados y Rebeldes. En el momento de la publicación del Código de 1995, se preveía una Sección especializada y separada en dicho Registro en los casos en los que se hubiera acordado la suspensión de la pena. Así lo contemplaba el artículo 82 párrafo segundo cuando indicaba:

Art. 82. pfo. 2º. “Si el Juez o Tribunal acordara la suspensión de la ejecución de la pena, la inscripción de la pena suspendida se llevará a cabo en una Sección especial, separada y reservada de dicho Registro, a la que sólo podrán pedir antecedentes los Jueces o Tribunales”.

Hoy día solo existe un único Registro de Penados y Rebeldes que será del cual se obtengan los datos necesarios¹⁹³.

Toda la fundamentación sobre qué se ha de entender en la actualidad por delincuente primario será abordada en el apartado correspondiente al analizar los problemas actuales que genera tal consideración en los tribunales de justicia, al igual que los supuestos que no eran computados a efectos de valorar dicha reincidencia ya que la redacción actual del Código incluye los dos supuestos que ya se eliminaban en la

¹⁹³ Solo una vez verificado este extremo se podía decidir sobre la suspensión. Sobre esta cuestión se pronunciaba el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 septiembre de 2008 al decir que “En el presente caso, el examen de la hoja histórico penal del recurrente pone de manifiesto que el mismo no es un delincuente primario, habiendo sido condenado por un delito de quebrantamiento de condena por sentencia firme de 10/10/2005, a la pena de 1 año de multa, por lo que a la fecha de la perpetración de los delitos que ahora nos ocupan y de la sentencia condenatoria, no había transcurrido el plazo de cancelación previsto en el artículo 136 C.P. Por tanto, al no concurrir los requisitos del art. 80 C.P. -que reiteramos son de ineludible exigencia- no puede serle concedido la suspensión de las dos penas de prisión”. En igual sentido los autos de la misma Audiencia Provincial de Madrid de 21 de julio de 2008 y de 14 de septiembre de 2009; o de 10 de abril 2007 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa.

publicación inicial del Código (delitos imprudentes y antecedentes cancelados o cancelables).

El segundo requisito se preveía en el artículo 81 del Código que indicaba que:

Art. 81. Condición 2ª. “Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 2ª Que la pena impuesta o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad”.

En este punto he de destacar la descoordinación que existía entre dos preceptos tan cercanos y ligados. Por un lado, este precepto posibilitaba que las penas de dos años de duración pudieran ser suspendidas pero previamente, el artículo 80.1 se refería a penas «inferiores a dos años», de lo cual se deduciría que el reo condenado a una pena que tuviese dos años de duración no podría beneficiarse de la suspensión¹⁹⁴. No obstante, ante la duda interpretativa, la doctrina optaba por la solución más generosa y consideraba suspendibles las penas de dos años, dada la finalidad global de la institución de la suspensión, tendente a evitar, o al menos reducir su número, las estancias carcelarias de corta duración, que parece ser una de los objetivos latentes en el nuevo Código¹⁹⁵. No puedo sino compartir esta postura por cuanto es más acorde a las finalidades que se pretenden conseguir con la institución de la suspensión de la pena y por aplicación genérica del principio *in dubio pro reo*. A esta misma conclusión llegaban los tribunales; reflejo de esta postura era el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 649/2005, de 14 de octubre¹⁹⁶.

¹⁹⁴ HERRERO ÁLVAREZ, en una conferencia pronunciada en el Plan de Formación de Jueces organizado por el Consejo General del Poder Judicial, en Oviedo, el 30 de mayo de 1996, sostenía que “[...] la cuestión no es baladí, especialmente si se tiene en cuenta que algunos tipos delictivos de frecuente comisión aparecen sancionados en el nuevo Código con penas cuya mínima duración es, precisamente, de dos años de prisión (robos con fuerza agravados del artículo 241, robos con violencia o intimidación sin uso de armas, del artículo 242), y otros, precisamente en tal cifra inician la mitad superior de las penas correspondientes, mitad que será la imponible cuando concurra una agravante en solitario, a tenor del artículo 66-3ª (robos con fuerza básicos, del artículo 240, hurtos agravados del artículo 235, y tráfico simple de drogas "blandas" del artículo 368)”.

¹⁹⁵ Véase entre otros, CARDENAL MONTRAVETA, “Alternativas a la pena de prisión...”, pp. 36 y ss.; o DE LA MATA BARRANCO, “Suspensión de la ejecución...”, pp. 12 y ss.

¹⁹⁶ En este auto se decía que “Antes de su reforma mediante la LO 15/2003, el art. 81.2º exigía «que la pena impuesta o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años» [...]. Pero lo cierto es que la doctrina, la Fiscalía y la jurisprudencia han venido aceptando la posibilidad de suspender la ejecución de varias penas cuando la suma no es superior a dos años, aunque no se hayan impuesto por la comisión de un único delito o un único hecho. Lo que se venía exigiendo es que esa pluralidad de penas se hubiera impuesto en un mismo proceso. Esta interpretación del art. 81.2º CP sólo podía hacerse compatible con el art. 81º CP negando que la exigencia de «haber delinquido por primera vez» comporte «haber delinquido sólo una vez». Ello supone que cabe conceder la suspensión a pesar de

En tercer lugar se exigía que se hubieran satisfecho las responsabilidades civiles derivadas de la infracción penal de conformidad con la condición tercera del artículo 81 que establecía que:

Art. 81. Condición 3ª. “Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 2ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”.

Como adelantaba, ya desde su redacción original la concesión de la suspensión de la pena no alcanzaba a la responsabilidad civil dimanante del delito o falta ya que el artículo 80.3 del Código recogía lo siguiente:

Art. 80.3. “La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados”.

Como es sabido, la comisión de una infracción penal podía conllevar no solo la imposición de responsabilidad penal sino que, en muchos supuestos, se derivaba una responsabilidad civil derivada de esa comisión delictiva¹⁹⁷. En este aspecto era claro el Código penal al señalar que en ningún caso la suspensión de la pena se extendía a la responsabilidad civil derivada del delito o falta, si bien la satisfacción no tenía que ser efectiva por cuanto el propio precepto indicaba «salvo que el juez o tribunal sentenciador declarara la imposibilidad total o parcial de que el condenado hiciera frente a las mismas».

que el sujeto hubiera delinquirido con anterioridad a la comisión del delito cuya pena se suspende. Lo único que se exigía era que todas las penas suspendidas no sumaran más de dos años y se hubieran impuesto en un mismo proceso. Este requisito vino a reconocerse legalmente mediante la referencia a que las distintas penas se hubieran impuesto en una misma sentencia”.

Añade que “La LO 15/2003 ha eliminado este requisito de que las distintas penas se hayan impuesto en una misma sentencia. Por lo tanto, para poder conceder la suspensión, además de no ser necesario que el sujeto haya delinquirido sólo una vez, actualmente ni siquiera es necesario que la pluralidad de delitos se haya declarado y sancionado en un mismo proceso. Sin embargo, sí es cierto que la concesión de la suspensión debe hacerse atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto y, al respecto, puede ser relevante el número de los delitos cometidos, así como la propia existencia de otros procedimientos penales, tal y como reconoce ahora expresamente el art. 80.1 CP”.

¹⁹⁷ Como apunta MAGRO SERVET, “La insolvencia del condenado...”, p. 9, “En estos casos será obvio reseñar que en los supuestos en los que una sentencia haya reconocido la existencia de la responsabilidad civil, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular estarán especialmente vigilantes de que esta se consigne en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial que tramita la ejecutoria antes de resolver sobre cualquier petición del penado relativa a la concesión de beneficios”.

Por lo que respecta al «plazo de suspensión», período durante el cual el individuo condenado y al que se le había concedido el beneficio de la suspensión de la pena no podía volver a delinquir, contemplaba el artículo 80.2, con la siguiente redacción:

Art. 80.2. “El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena”.

Si no se cumplía con el plazo de suspensión, el reo se exponía a la revocación de la suspensión concedida con la obligación de cumplir con la pena inicialmente suspendida más la pena del delito que hubiera cometido. Por el contrario, si lo que incumplía eran las reglas de conducta del artículo 83, no se producía automáticamente la revocación sino que el juez podía acordar la sustitución de la regla de conducta por otra o bien la prórroga de la regla de conducta incumplida, solo produciéndose la revocación de la suspensión ante un incumplimiento reiterado de las reglas de conducta. Lo anterior se deduce de la redacción del artículo 84 del Código:

Art. 84. “1. Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena.

2. Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos:

- a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.
- b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.
- c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado”.

Este plazo de suspensión ha estado tradicionalmente ligado a la idea de la propia esencia y naturaleza de la figura de la suspensión de la ejecución de la pena, siendo el período durante el cual el reo demostrara ante el órgano judicial (a nivel individual) y ante la sociedad (a nivel general), que tenía un compromiso decidido de no reincidencia así como de reinserción social.

Art. 85.1. “Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena, así como la inscripción de la misma en el Registro Central de Penados y Rebeldes”

En caso de cumplimiento del plazo de suspensión sin volver a delinquir y habiendo cumplido las demás obligaciones que en su caso el juez le hubiera impuesto al amparo del artículo 83 del Código, el juez acordaría la remisión definitiva de la pena que implicaba la extinción de la responsabilidad penal. Así lo expresaba el Código:

Art. 85.2. “Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena, ordenando la cancelación de la inscripción hecha en la Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes. Este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto”.

Junto a lo anterior y, como es sabido, era necesaria una previa audiencia de las partes antes de acordar una medida de estas características. Requisito que se une al resto de los que prevé el Código y que conjuntamente interpretados conformaba la decisión del órgano judicial de suspender o no la pena impuesta. En el supuesto de que no se atendiera a este criterio, se daba una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva así como del derecho a la libertad personal, respectivamente, de los artículos 24.1 y 17.1 de la Constitución. Si se resolvía sin esa previa audiencia se generaba indefensión al condenado, lo que conllevaría la posibilidad de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración de un derecho fundamental¹⁹⁸.

Lo que requería el artículo y exigía la Jurisprudencia constitucional es que se hubiera tenido conocimiento de que se iba a acordar la denegación de la suspensión de la pena (evidentemente su concesión supone la no entrada en prisión del penado y

¹⁹⁸ En este sentido se mostraba rotunda la STC 222/2007, de 8 de octubre, al señalar que “Como hemos declarado en otras ocasiones son varios los preceptos del Código penal que, específicamente en relación con la institución de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, requieren la audiencia de las partes (arts. 80.2, 81.3, 84.2, 87.1). Dicha audiencia, aunque no se establezca de forma expresa en caso de denegación de la suspensión, constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE) y que resulta tanto más relevante cuando lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en un centro penitenciario (SSTC 248/2004, de 20 de diciembre y 76/2007, de 16 de abril). Pero también hemos de recordar que, conforme a nuestra doctrina, no se produce indefensión material en aquellos supuestos en los cuales, aun privado el recurrente en un determinado trámite o instancia procesal de sus posibilidades de defensa, sin embargo pudo obtener en sucesivos trámites o instancias la subsanación íntegra del menoscabo causado a través de sus posibilidades de discusión sobre el fondo de la cuestión planteada y, en su caso, de la proposición y práctica de pruebas al respecto (SSTC 134/2002, de 3 de junio y 94/2005, de 18 de abril)”.

tendrá conocimiento real de tal circunstancia, bien sea a través del propio cauce legal y procesal, bien a través de cualquier otro medio que implique su conocimiento. En todo proceso penal, es evidente por su carácter eminentemente público (salvo en los casos en que se acuerde el secreto de las actuaciones concurriendo los requisitos y plazos que para ello prevé la Ley), que las partes han de tener conocimiento y ello con los correspondientes traslados a través de sus representaciones legales de los devenires del procedimiento, máxime cuando este tipo de resoluciones afecta al derecho fundamental a la libertad.

Precisamente relacionado con esta audiencia previa el artículo 86 preveía para el caso de delitos privados una regulación específica con el siguiente contenido:

Art. 86. “En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Como es sabido, junto con el plazo de suspensión, el juez podía condicionar la suspensión de la pena al cumplimiento de una serie de «obligaciones» o «deberes», siempre que la pena lo fuera de prisión, que eran las fijadas en el artículo 83 con el siguiente contenido:

Art. 83. “1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

1º Prohibición de acudir a determinados lugares.

2º Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.

3º Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

4º Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

5º Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

2. Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas”.

En esta redacción originaria, junto con el plazo de suspensión, el juez debía imponer necesariamente alguna de las obligaciones o deberes que contemplaba este precepto. Ya en esta redacción originaria algunos de estos deberes u obligaciones se imponían con carácter facultativo por el juez atendiendo a las circunstancias del caso, mientras que otras se imponían con carácter preceptivo dependiendo de la naturaleza del delito cometido. Así, el órgano judicial, valorando las circunstancias del caso concreto podía o debía imponer una o varias de las obligaciones o deberes que disponía el Código penal. Consecuentemente, la suspensión de la pena no daba lugar a la mera inaplicación de la pena privativa de libertad, sino que no debía delinquir en el plazo de suspensión ni incumplir con las obligaciones que en su caso le hubiera impuesto el juez.

Finalmente destacar que se regulaban dos formas especiales de suspensión caracterizadas por el delincuente al que se aplicaba. En el primero de los casos se refería al delincuente aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, genéricamente conocida como la suspensión por causa humanitaria¹⁹⁹, con el siguiente contenido:

Art. 80.4. “Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo”.

¹⁹⁹ Valorando ampliamente esta causa de suspensión, OSSET BELTRÁN, *Suspensión de la pena privativa de libertad...*, pp. 75 y ss., “El supuesto de suspensión de ejecución de la pena recogido por el art. 80.4 CP tiene carácter excepcional como consecuencia tanto de su justificación como en su aplicación [...]. Esta modalidad extraordinaria de suspensión aparece en el Código Penal de 1995, sin que antes se hiciera mención a estos casos; aunque la referencia a la enfermedad grave, además de en cuanto a la posibilidad de suspensión de cumplimiento de la pena, se aplica respecto a la libertad condicional, siendo instituciones distintas con procedimientos independientes, pero que en ocasiones generan efectos similares”. Añade que “La finalidad perseguida en este caso es cumplir con la prevención especial mediante la reincorporación del delincuente a la sociedad, evitando el contagio criminológico y el cumplimiento inútil de una condena que no va a surtir los efectos pretendidos de resocialización, sino más bien el efecto contrario”. Sobre esta cuestión se pronuncia VIDAL CASTAÑÓN, *Los institutos de la suspensión y sustitución...*, p. 52, quien se arriesga a concretar que se trata de “[...] evitar la pena privativa de libertad a quien ya no puede apercibirse del sentido de la pena”.

En el segundo de los casos se trataba de la suspensión para drogodependientes del artículo 87 del Código penal²⁰⁰. La esencia de este tipo de suspensión es que se había cometido el hecho debido a su dependencia al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produjeran efectos análogos. Así lo disponía este precepto:

Art. 87. “1. Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a tres años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, siempre que se den las siguientes circunstancias:

1ª Que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

2ª Que no se trate de reos habituales.

2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

3. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años.

4. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador, en los plazos que señale, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización.

²⁰⁰ Sobre la regulación de la suspensión para drogodependientes, ALCÁCER GUIRAO, “La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes...”, p. 890, afirma que “En materia de tráfico de sustancias ilícitas, el Código Penal de 1995 pretende hacer conciliable el imposible binomio «más represión-más prevención especial»”.

5. El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.

Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años”.

Sobre los requisitos concretos de esta forma de suspensión me detendré al analizar la normativa en vigor fruto de la L.O. 1/2015.

C. La sustitución de la ejecución de las penas de prisión: artículos 88 y 89 del Código penal de 1995.

Junto a la suspensión de la pena en el momento de publicación del Código penal español de 1995 la otra gran figura de referencia como forma alternativa al cumplimiento de las penas era la sustitución de la ejecución de la pena que se regulaba con el siguiente contenido:

Art. 88.1. pfo. 1º. “Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales. Cada semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana; y cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código”.

Art. 88.1. pfo. 2º. “Excepcionalmente podrán los Jueces o Tribunales sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior”

Art. 88.2. “También podrán los Jueces y Tribunales, previa conformidad del reo, sustituir las penas de arresto de fines de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada arresto de fin de semana será sustituido por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo”.

Art 88.3. “En el supuesto de quebrantamiento o incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión o de arresto de fin de semana inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo que se haya cumplido, de acuerdo con las reglas de conversión respectivamente establecidas en los apartados precedentes”.

Art. 88.4. “En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras”.

Aun cuando la sustitución de la pena no tiene en la actualidad entidad de figura independiente debido a que el legislador de 2015 ha configurado la sustitución como una modalidad de suspensión, creo necesario hacer una mínima mención a esta normativa toda vez que las reformas posteriores (anteriores a la L.O. 1/2015), también afectaron a esta institución.

La sustitución de la ejecución de la pena de prisión por otras penas es una alternativa que establecía el Código penal frente a la posibilidad de la suspensión. Esta vía permitía sustituir la pena de prisión impuesta en la sentencia firme de condena antes de que se iniciara su ejecución por otras penas, en concreto por multa, por trabajos en beneficio de la comunidad o bien por localización permanente. A diferencia de la suspensión, es esta otra forma alternativa al cumplimiento de la pena sí que se cumplía una pena, pero distinta a la inicialmente fijada en la sentencia²⁰¹.

Dentro de esta sustitución se distinguía entre «sustitución ordinaria» cuando la duración de la pena a sustituir no excediera del límite de un año; o, para la de localización permanente, que no excediera del límite de 6 meses; y «sustitución

²⁰¹ Sobre esa cuestión señalaba DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Formas sustitutivas de las penas privativa de libertad...”, pp. 131 y ss., que “Tanto la multa como el arresto de fin de semana unen, por tanto, en el Derecho Penal español, a su condición de penas principales por determinados hechos, la calidad de penas sustitutivas de las privativas de libertad. También el trabajo en beneficio de la comunidad se contempla, en general, como una pena principal y que funciona como sustitutiva y como modalidad de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria; ahora bien, en la práctica su carácter de pena principal es sólo teórico ya que el Código penal no castiga directamente con ella ningún hecho constitutivo de delito o falta y, al no estar prevista como vía sustitutiva de la prisión, acaba teniendo un «escaso margen de aplicación», presentándose a la postre como una especie de «alternativa de la alternativa»”.

extraordinaria» cuando se trataba de penas superiores a un año pero que no excedieran de dos años. Se fijaba igualmente unos módulos de conversión para aplicar dicha sustitución así como las consecuencias en caso de incumplimiento de la pena sustituida²⁰².

Como forma específica de sustitución se regulaba la sustitución del cumplimiento de la pena por la expulsión del territorio nacional de aquellos extranjeros residentes ilegalmente en España, que hubieran sido condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años o bien para aquellos cuya pena hubiera sido superior a dicho límite siempre que hubiera cumplido tres cuartas partes de la condena. Así lo contemplaba el artículo 89.1 cuando decía:

Art. 89.1. “Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado”.

Por su parte el artículo 89 en sus apartados 2 y 3 fijaba no solo el plazo durante el cual el extranjero no podía regresar a España, sino las consecuencias del regreso en caso de que ni hubiera transcurrido dicho plazo:

Art. 89.2. “El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas”.

²⁰² Analizando este precepto, entre otros, PRATS CANUT, “Comentarios al artículo 88”, pp. 480 y ss.; CARDENAL MONTRAVETA, “Alternativas a la penas de prisión...”, pp. 17 y ss.; CEREZO MIR, “Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal...”, pp. 1470 y ss.; DE LAMO RUBIO, *El Código Penal de 1995 y su ejecución...*, pp. 18 y ss.; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas...*, pp. 8 y ss.; GIMÉNEZ GARCÍA, “Alternativas sociales a las instituciones privativas de libertad”, pp. 27 y ss.; LLORCA ORTEGA, “La suspensión de la ejecución de la pena”, pp. 145 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “Las novedades de la suspensión de la ejecución...”, pp. 1 y ss.; MIR PUG, “Alternativas a la prisión en el nuevo Código penal”, pp. 55 y ss.; NÚÑEZ PAZ, “Alternativas a la pena privativa de libertad...”, pp. 137 y ss.; QUINTERO OLIVARES, “La reinserción en el marco constitucional...”, pp. 437 y ss.; o VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código penal de 1995...*, pp. 35 y ss.

Art. 89.3. “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa”.

Sobre las condiciones esenciales para acordar la expulsión se ha pronunciado ampliamente la doctrina ya desde su regulación originaria en el Código de 1995²⁰³. No obstante he de decir que no se especificaba y tampoco lo hace el actual Código posterior a la reforma de 2015, la naturaleza jurídica de esta institución, cuestión sobre la que me detendré ampliamente al abordar la problemática judicial actual en ejecución de este figura.

3. Leyes Orgánicas posteriores que modifican la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de suspensión y sustitución de las penas.

Como he comentado a lo largo del presente trabajo, a pesar de que el Código penal de 1995 tuvo una clara inspiración de universalidad, no es menos cierto que existían y existen Leyes especiales en materia penal fuera del Código y que, además, el propio Código, en la necesidad de adaptarse a las nuevas realidades sociales, se fue modificado en diversas ocasiones. No pretendo realizar un examen exhaustivo de todas las modificaciones penales, sino solo de aquéllas que afectaron a las figuras de la suspensión y la sustitución de la ejecución de las penas. Esta exposición reflejará cuáles han sido las inquietudes legislativas desde la redacción originaria hasta la regulación actual.

²⁰³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Formas substitutivas de las penas privativa de libertad...”, pp. 139 y ss.; “Faculta, en efecto, el art. 89 a los Jueces y Tribunales a substituir discrecionalmente [...] por la expulsión del territorio español, previa audiencia del penado las penas privativas de libertad inferiores a seis años así como la última cuarta parte de la condena, en el caso de penas de prisión iguales o superiores a seis años. La expulsión judicial [...] se acompaña en estos supuestos de la prohibición de regresar a España en un plazo determinado desde la fecha de expulsión, cuya duración [...] se fijará a partir de la duración de la pena impuesta. De regresar con anterioridad, se ordenará el cumplimiento de las penas substituidas (sin abono del tiempo de expulsión transcurrido), salvo que el extranjero que intente quebrantar la «decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español» sea sorprendido en la frontera; entonces se ordenará su expulsión por la autoridad gubernativa”. En el mismo sentido ROMA VALDÉS, “La substitución de las penas cortas de prisión...”, pp. 849 y ss.; o ASÚA BATARRITA, “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena...”, pp. 17 y ss., entre otros.

- A. *L.O. 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.*

La L.O. 11/1999, de 30 de abril, vino a modificar el Código penal de 1995 en la materia relativa a los delitos contra la libertad sexual dando incluso una nueva rúbrica al Título VIII del Libro I del Código penal pasando a denominarse “De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Tal y como dispone la propia Exposición de motivos de la referida Ley Orgánica, la normativa que hasta ese momento contenía el Código penal relativa a los delitos contra la libertad sexual “no responden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego”. Ante la tesitura de tener que adaptar el ordenamiento jurídico español a las necesidades de una nueva realidad de protección, no solo de carácter nacional sino también internacional, relativo tanto al derecho a la libertad sexual como en relación a los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana (como el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la indemnidad o integridad sexual de menores e incapaces cuya voluntad aún no tiene una base formada como para entender que poseen conciencia para decidir en libertad sobre su sexualidad), es por lo que se produjo la modificación de la referida Ley²⁰⁴.

Como es sabido, la propia modificación de la Ley Orgánica tuvo, como uno de sus fundamentos, el respeto a la dignidad humana como principio inspirador del ordenamiento jurídico y como base del artículo 10.1 de la Constitución con el desarrollo jurisprudencial²⁰⁵. Es en este escenario de configuración constitucional donde se debe

²⁰⁴ Sobre esta reforma apuntaba SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “La inmigración ilegal y el Código penal...”, p. 37, que “Los criterios plasmados en convenciones y acuerdos internacionales, de progresiva implantación en la legislación nacional, obligan a realizar una reflexión global. La necesidad de contrarrestar organizaciones criminales de signo transnacional y de conferir respuesta inmediata a sectores de opinión convulsionados por el impacto derivado del conocimiento, a través de los medios de comunicación, de hechos delictivos de específica gravedad, está generando una legislación, de signo sustantivo y procesal, que, cada vez de forma más expansiva, está cuestionando principios generales del Derecho Penal y Procesal”. En igual sentido se pronunciaba SIERRA LÓPEZ, “La cualificación del nudo 1 del artículo 180...”, p. 193, cuando señala que “Especialmente significativa fue la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril [...]. Esta reforma constituyó un indudable acierto, pues se hizo eco de las numerosas críticas llevadas a cabo por la doctrina respecto de considerar únicamente la «libertad sexual» el bien jurídico protegido en todo el título”.

²⁰⁵ A este respecto señalar que la STC 53/1985, de 11 de abril, señalaba que “Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le

entender que tuvo cabida la reforma. La siempre necesidad de adaptar el sistema a la protección de los bienes jurídicos del individuo, era la base de cualquier adaptación de la normativa nacional en consonancia con los países del entorno. Si bien es cierto que en el momento de aprobarse el Código penal de 1995 puede entenderse que ese escenario era el mismo, en muchas ocasiones se vislumbraba la necesidad de adaptación con el paso del tiempo y atendiendo a la especial naturaleza de determinados tipos de bienes.

Tal y como se infiere de su propio título, esta reforma del Código penal de 1995 tuvo como finalidad modificar y adaptar los delitos que atentaban contra la libertad sexual de las personas, pero ello afectó, de forma indirecta, a la normativa de la suspensión de la ejecución de las penas. En concreto el artículo quinto de la L.O. 11/1999, de 30 de abril, introdujo en el Código penal de 1995 un nuevo apartado primero *bis* al artículo 83.1 con la siguiente redacción:

Art. 83.1.1º *bis*. “Prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella o con su familia”.

Cabe recordar que el artículo 83.1 del Código penal condicionaba la suspensión de la pena a que el condenado no delinquiriera durante el plazo de suspensión en los términos que preveía el artículo 80.2 del mismo y establecía, además, la posibilidad de que cuando la pena a suspender fuera de prisión (no respecto de cualquier pena privativa de libertad sino solo como dice el artículo respecto de la pena de prisión), el órgano judicial pudiera condicionar la suspensión de la pena a una o varias de las obligaciones o deberes que preveía dicho precepto. Pues bien, a las obligaciones o deberes que ya se contenían en ese artículo, como digo, se añade una más relativa a la «prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella o con su familia». Esta nueva

son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás. La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especialidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución”.

prohibición tuvo una evidente conexión con el artículo cuarto de esta misma Ley Orgánica que introdujo un nuevo artículo 57 en el Código²⁰⁶.

El motivo de la introducción de esta nueva prohibición se relacionaba con el tipo de delito que se había cometido, en los casos en que fuera necesaria una especial protección de la persona perjudicada por el delito cuya pena se suspendía (víctima) o bien de las personas con quienes tuviera un vínculo más cercano (familiares). La prohibición que se añadió (como de necesario cumplimiento junto con el plazo de suspensión de la pena) podía consistir en la «prohibición de aproximación» de forma exclusiva; en la «prohibición de comunicación» de forma exclusiva o de ambas prohibiciones, «prohibición de aproximación y comunicación» de forma cumulativa²⁰⁷.

Parece lógico que la propia naturaleza y sensibilidad de los delitos que modificaba esta Ley Orgánica, afectara a la suspensión de la ejecución de la pena, al ser necesario que, en estos casos, se tuviera una especial consideración a la víctima del delito, antes de conceder este beneficio penitenciario. Si bien es cierto que en este tipo de delitos, de alto rechazo social, existía igualmente un rechazo a que se pudiera suspender la pena, no es menos cierto que nuevamente la labor del órgano judicial consistía en valorar, en conjunto, las circunstancias que rodeaban al caso y las personales del autor. Solo así podría pronunciarse sobre la solicitud del beneficio de la suspensión de la pena. En el caso de que se concediera, el juez podía, además, condicionar la suspensión de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones que disponía el artículo 83.1, entre las que se añadió esta nueva prohibición que tenía como finalidad básica y fundamental la protección de la víctima y su entorno.

²⁰⁶ El artículo 57 del Código penal de 1995 pasó a tener la siguiente redacción fruto de esta la L.O. 11/1999, de 30 de abril:

Art. 57. “Los Jueces y Tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo se aproxime a la víctima o se comunique con ella o con su familia, vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el Juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años”.

²⁰⁷ Un estudio más profundo sobre este aspecto se realiza por MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ *Manual práctico sobre la ejecución penal...*, p. 59, quienes señalaban que “[...] ha de buscarse un equilibrio, una proporcionalidad entre la procedencia de la suspensión de la condena y las condiciones que el Juez o Tribunal considere procedente imponer”.

Este tipo de prohibiciones, tanto la prohibición de aproximación como la prohibición de comunicación, se recogían, a su vez, como penas privativas de derechos en los artículos 48.2 y 48.3 del Código. Sin embargo, el motivo de su inclusión no tuvo carácter ni punitivo ni de medida de seguridad, sino que buscaba asegurar el cumplimiento de la condición principal, que no era otra que la de evitar la reiteración delictiva. Comparto, como no podía ser de otro modo, esta visión que daba la mayoría de la doctrina así como la Jurisprudencia, considerando que la introducción de este tipo de medida (no solo en el ámbito de la suspensión como deber u obligación que condicionaba el cumplimiento de la suspensión sino también como pena privativa de derechos), tenía un ámbito de protección en el proceso penal español más concreto que en el ámbito europeo; lo anterior era sin duda debido a que trató de consolidar instrumentos de amparo y tutela frente a la violencia ejercida sobre las víctimas en el ámbito familiar, siendo por lo tanto su ámbito más específico que el de la orden europea de protección.

No obstante, una parte del sector doctrinal entendía que realmente esta nueva prohibición que se introduce era lo que denominaban «pena accesoria impropia». Se decía que aun cuando se tratara de penas sistemáticamente ubicadas entre las penas accesorias, el hecho de que se tratara de una prohibición condicionada a la concurrencia de determinadas circunstancias, hacía que realmente nos encontrásemos ante una verdadera medida de seguridad complementaria de la pena²⁰⁸. Ello porque entendían que no se declaraba que otras penas la llevaban consigo sino otros delitos; porque debido a que su duración no se vinculaba a la pena principal (frente a la norma general del artículo 33.6 del Código); porque no era de aplicación el artículo 79; y porque no podían ser impuestas sin petición de parte. En todo caso esta perspectiva no cambiaba el hecho de que su imposición fuera facultativa para el juez o tribunal lo que lo diferenciaba radicalmente de las penas accesorias previstas en los artículos 54 a 56 del Código, de preceptiva imposición legal, que enlazaba directamente con el principio acusatorio y el carácter rogado de las penas, quedando con ello sometido al ejercicio de la facultad de su imposición, en el caso del artículo 57, a previa petición de las partes.

Ello hacía que este tipo de prohibiciones se aplicaran por los tribunales cuando se encontraban ante delitos de malos tratos en el ámbito familiar, sobre todo en relación

²⁰⁸ Sobre esta misma cuestión se pronunciaron entre otras las SSTS 369/2004, de 11 de marzo y 1426/2003, de 31 de octubre.

con el artículo 153 del Código penal que conllevaba una pena de prisión de seis meses a tres años, por lo que era posible la suspensión de la pena cumpliendo los requisitos de los artículos 80 y 81 del Código. Pero en estos casos se condicionaba la suspensión a un plazo de suspensión de hasta cinco años conforme al artículo 80.2; mismo período (cinco años), durante el que se imponía la prohibición de aproximarse y/o de comunicarse con la víctima o con su familia.

B. L.O. 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta Ley Orgánica se dicta sin haber siquiera transcurrido dos meses desde la anterior que se ha expuesto y se fundamentaba en su Exposición de motivos que se publicaba para la “erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas”. Al hilo de lo que hasta ahora se ha dicho respecto de la modificación anterior, esta Ley Orgánica sigue esa senda marcada por una sociedad que exige reacciones a una nueva lacra social que emergía como eran los malos tratos²⁰⁹. Esas medidas legislativas afectaron a diferentes artículos del Código penal entre los que se encontraba el artículo 83, que como decía en el apartado anterior, se modificó igualmente por la L.O. 11/1999, de 30 abril y que, nuevamente, se vio afectado por esta L.O. 17/1999, de 9 de junio²¹⁰. Fruto de esta reforma el artículo 83.1.1º *bis* del Código pasó a tener la siguiente redacción:

²⁰⁹ Recordar que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998 se incluyó entre las medidas a adoptar, determinadas acciones legislativas encaminadas a modificar tanto el Código penal como la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo cual no se hizo realidad hasta esta L.O. 14/1999.

²¹⁰ No obstante conviene precisar que también sufrieron modificaciones otros artículos que guardaban evidente conexión con este artículo 83 como eran los artículos 33, 39, 48, 57, 105 y 153. Profundizando sobre esta reforma TAPIA PARREÑO, “Protección del menor-víctima...”, pp. 85 y ss. He de indicar además que especial mención merecen los artículos 48 y 57 del Código que regulaban respectivamente las penas privativas de derechos y las penas accesorias que pasan a tener una nueva redacción con esta L.O. 14/1999, de 9 junio con el siguiente contenido:

Art. 48. “La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado volver al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así

Art. 83.1.1º bis. “Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos”.

Puedo decir que lo que realmente hizo esta modificación fue precisar el alcance de la prohibición de aproximación que se había introducido con la L.O. 11/1999, al referirse no solo a la víctima y a sus familiares sino también a otras personas que determinara el juez o tribunal. En base a lo anterior, entiendo que la fundamentación fue la misma que he señalado en el apartado anterior, al igual que la finalidad de protección a determinadas personas en relación con el delito cometido como una expresión de la prevención especial del Derecho penal.

C. *L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.*

Esta Ley Orgánica, como su propio nombre indicaba, suponía una modificación de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Poco tiempo había transcurrido desde esta Ley Orgánica

como acercarse al domicilio de dichas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual”.

Art. 57. “Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias, dentro del período de tiempo que los mismos señalen que, en ningún caso, excederá de cinco años, la imposición de una o varias de las siguientes prohibiciones:

a) La de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

b) La de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

c) La de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el presente artículo, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620 de este Código”.

4/2000 y ya se puso de manifiesto la necesidad de su modificación. Además, debo precisar que no se trató de una modificación puntual sino que esta L.O. 8/2000, afectó a un gran número de artículos de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Esta necesidad de reforma se justificaba en la Exposición de motivos señalando que se habían detectado durante la vigencia de la L.O. 4/2000 “aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma”. Se conjugaba esa necesidad con la de adaptarse a la normativa europea en dicha materia. Sea añadía que “nuestra normativa debe ser conforme a los compromisos asumidos por España, concretamente con las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembro de la Unión Europea [...] sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”.

En consonancia con lo anterior, se introdujo una modificación en el artículo 89 del Código penal excluyendo la aplicación de la sustitución para determinados delitos. Así la Disposición Adicional Segunda de la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, añadió un nuevo apartado cuarto al artículo 89 con el siguiente contenido:

Art. 89.4. “Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal”.

No se altera por lo tanto el contenido de la sustitución que se mantiene, si bien se excluye la posibilidad de que determinados delitos, dada su naturaleza, puedan verse beneficiados por la sustitución de la pena como forma alternativa al cumplimiento de las penas²¹¹. Estas exclusiones se referían a los delitos contra los derechos de los trabajadores (artículo 312); delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 *bis*); y delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución (artículos 515.6º, 517 y 518)²¹².

²¹¹ Como apuntaba DÍAZ-GARCÍA CONLLEDO, “Extranjería y Derecho penal...”, p. 66, “[...] la finalidad de este nuevo artículo 89.4 era endurecer la persecución de actividades u organizaciones que tuviesen como víctima el inmigrante ilegal; ésa fue, entendemos que correctamente, la *ratio legis* de la modificación”. A pesar de la reforma y de la exclusión de este tipo de delitos, ASÚA BATARRITA, “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena...”, pp. 17 y ss., sigue considerando que la expulsión se mantiene aún para determinados delitos graves.

²¹² GONZÁLEZ TASCÓN, “La cuarta reforma del artículo 89 del CP...”, pp. 140 y ss., apuntaba que “La primera de las modificaciones que experimentó este artículo tuvo lugar por LO 8/2000, de 22 de

D. *L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.*

La L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, fue el resultado de una lucha contra la delincuencia adoptada por el Estado español. Presentó especial trascendencia, tal y como disponía su propia Exposición de motivos, en las medidas dirigidas a fortalecer la seguridad ciudadana, en combatir la violencia doméstica y en el favorecimiento de la integración social de extranjeros. Éstos fueron precisamente los tres puntos clave sobre los que se asentó dicha reforma que conllevaba, paralelamente, la modificación de otras normas del ordenamiento jurídico español junto con la reforma del Código penal de 1995. Sin desmerecer los otros dos ámbitos de reforma en los que se centraba la Ley Orgánica, haré referencia a la materia relativa a los extranjeros no residentes legalmente en el territorio español, que es donde se produjo una modificación de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. En concreto se modificó el contenido de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89 del Código penal, así como el artículo 108 del mismo cuerpo legal en relación a la sustitución de las medidas de seguridad²¹³.

Como adelantaba, se modificó el artículo 89 del Código como ya hizo la L.O. 4/2000, que he comentado anteriormente, si bien en esta caso lo fue para favorecer que el órgano encargado de resolver sobre la suspensión de la pena, pudiera acordar la sustitución de la pena por su expulsión del territorio nacional, siempre que se cumplieran las condiciones que el propio artículo preveía. Así se produjeron una serie de reformas que podrían resumirse en las siguientes: desaparece el carácter potestativo

diciembre [...]”. Añade que esta reforma “[...] resultaba acorde con el nuevo artículo 57.8 de la LOEX en el que se ordenaba que la expulsión de los extranjeros, residentes o no, que hubiesen sido condenados por esos delitos se llevase a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad. No obstante, la automática exclusión de la expulsión sólo de los condenados por estos delitos únicamente se entendería por el contexto en que se elabora la norma, el de la lucha contra la inmigración ilegal; siendo así, sin embargo, no existiría explicación razonable a que no se aludiese también al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España del artículo 313 del CP, omisión que se subsanaría en la reforma operada en el CP por la LO 5/2010”.

²¹³ Por todos ver, DÍAZ-GARCÍA CONLLEDO, “Extranjería y Derecho penal...”, pp. 61 y ss.; ASÚA BATARRITA, “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena...”, pp. 17 y ss.; MUÑOZ LORENTE, “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva...”, pp. 401 y ss.; PRAT WESTERLINDH, *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas...*, pp. 25 y ss.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, “La reforma del sistema de penas por la LO 15/2003...”, pp. 527 y ss.; GRACIA MARTÍN, *Tratado de consecuencias jurídicas...*, pp. 10 y ss.; y del mismo autor, “Suspensión de la ejecución y sustitución...”, pp. 131 y ss.

de la institución²¹⁴; se extendió la expulsión a aquellos sujetos que accedían al tercer grado penitenciario; se estableció un plazo único de duración de la prohibición de regresar a España, en diez años y, en todo caso, mientras no hubiese prescrito la pena; la devolución del extranjero expulsado que retornaba a España antes de transcurrir el plazo fijado implicaba que el plazo de prohibición de entrada comenzase de nuevo a computarse en su integridad; la expulsión se aplicaba con preferencia a la aplicación de los artículos 80, 87 y 88 del Código; la expulsión conllevaba el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España; y como cláusula de cierre se regulaba sobre la manera de proceder en caso de que la expulsión acordada no pudiera ejecutarse, acordándose la ejecución de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente de cumplimiento.

Todas estas conclusiones se extraen de la nueva redacción de estos primeros tres apartados del artículo 89, que a partir de esta L.O. 11/2003, fueron los siguientes:

Art. 89. “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

²¹⁴ GONZÁLEZ TASCÓN, “La cuarta reforma del artículo 89 del CP...”, pp. 141 y ss., que exponía que se articulaba la expulsión “[...] como una medida imperativa que únicamente podría dejar de aplicarse si la naturaleza del delito justificaba el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, suprimiéndose al tiempo, y en consonancia con la reafirmación de la filosofía que envolvía a la expulsión, la audiencia del penado, a pesar de la crítica formulada por parte del Consejo General del Poder Judicial. Esto dio lugar a una interpretación de la norma favorable a que sólo fuese objeto de motivación la decisión judicial que no concediese la expulsión, que sería rechazada por el Tribunal Supremo [entre otras SSTs 710/2005, de 7 de junio; o 1099/2006, de 13 de noviembre] oponiéndose también la jurisprudencia a que el único dato de ponderación de la procedencia del cumplimiento de la pena en un centro penitenciario español fuese la naturaleza del delito”. Ahora bien, que su aplicación sea regular como obligatoria no quiere decir que fuera automática. Tal y como exponía la STS 901/2004, de 8 de julio, una lectura constitucional del precepto exige, al margen de la naturaleza y gravedad del delito cometido, que se realice un “juicio de procedencia tomando en consideración cualquier circunstancia personal del condenado relevante a la hora de decidir si se le expulsa o no de España”. Por tanto, en los supuestos susceptibles de imponer la expulsión penal, deberá realizarse sin excepción un examen individualizado del caso particular y, en concreto, una ponderación entre los intereses de orden público y los derechos de carácter personal y familiar del penado. Un estudio detallado sobre esta sentencia se realiza por ARIAS SENSO, “Expulsión de extranjeros condenados...”, pp. 1 y ss.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente”.

Por su parte los apartados 2 y 3 se remitían a las consecuencias que se derivaban en caso de incumplimiento por el extranjero de la prohibición de regresar a España durante el período de tiempo que hubiera determinado el juez, con el siguiente contenido:

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.

Fue por lo tanto el artículo 89 de Código un precepto ampliamente reformado desde su publicación en 1995. Como he apuntado en el apartado anterior mientras la L.O. 8/2000, reformó el artículo 89.4, la L.O 11/2003 hizo lo propio con los números 1, 2 y 3 del artículo 89. No quedándose aquí las reformas como comentaré en los apartados siguientes.

E. *L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.*

La L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, supuso una amplia modificación del Código penal de 1995 en la necesidad de corregir los defectos que la aplicación práctica del Código suscitaba hasta aquel entonces. La Exposición de motivos de la referida Ley Orgánica señalaba que era el propio Congreso de los Diputados quien instaba al Consejo General del Poder Judicial, máximo órgano de gobierno de los juzgados y tribunales, a que elaborara un informe con las disfunciones que se habían detectado y los problemas que ello conllevaba en los juzgados que eran, al fin y al cabo, los encargados de aplicar las Leyes. Tomando como base dicho informe, se elaboró esta L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, considerándose, según la doctrina, como una verdadera revisión parcial del Código penal de 1995, pero manteniendo la sistemática y estructura así como los principios inspiradores del mismo²¹⁵.

Dada la extensión de esta reforma, una de las más amplias hasta la fecha, se introdujeron amplias modificaciones entre las que destacaba la desaparición de la pena de arresto de fin de semana en consonancia con la creación de la pena de localización permanente así como la nueva regulación de la sustitución de las penas privativas de libertad. Antes de entrar en la exposición de las modificaciones que se produjeron en las formas alternativas al cumplimiento de las penas, creo conveniente precisar que se modificó la propia rúbrica del Capítulo III, del Título III, del Libro I del Código penal pasando a denominarse “De las formas substitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”. Frente a la nomenclatura anterior y, a pesar de que en la redacción originaria del Código ya se contenía la materia relativa a la libertad condicional, se introduce esa denominación en la rúbrica lo cual fue objeto de no pocas críticas y que la libertad no es en sí misma una forma alternativa al cumplimiento de las penas. Me gustaría hacer un inciso y recordar que hoy en día esta discusión ha quedado zanjada a raíz de que la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código penal, la libertad condicional se configuran como una clase de suspensión de la pena.

²¹⁵ Entre otros MONTERO HERNANZ, *Compendio de legislación y jurisprudencia...*, p. 267; LÓPEZ LORENZO, “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003...”, pp. 31 y ss.; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, “La suspensión de la ejecución de las penas...”, pp. 175 y ss.; GRACIA MARTÍN, *Tratado de consecuencias jurídicas...*, pp. 10 y ss.; PRATS WESTERLINDH, *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas...*, pp. 25 y ss.; o VÁZQUEZ GONZÁLEZ, “La reforma del sistema de penas por la LO 15/2003...”, pp. 527 y ss.

Como se ha señalado, junto con la modificación de la propia rúbrica del Capítulo III, se modifican los artículos que en él se contenían en los términos que a continuación se señalarán. En primer lugar se modifica el artículo 80.1 del Código que pasa a tener dos párrafos:

Art. 80.1. “Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada.

“En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste”.

Por lo que respecta al primer párrafo, se introduce una modificación que afecta al plazo de duración de las penas ya que anteriormente se refería a penas privativas de libertad «inferiores a dos años» siendo a partir de ese momento aplicable la suspensión de la pena a penas privativas de libertad «no superiores a dos años». Esta modificación tuvo un origen claro: eliminar las discordancias existentes entre el artículo 80.1 y el artículo 81 condición segunda del Código. Si bien la intención del legislador era la de acabar con las diferentes interpretaciones, realmente no se consiguió el propósito, toda vez que no se modificó el artículo 80.2 del Código que seguía refiriéndose a las penas privativas de libertad «inferiores a dos años» al fijar el plazo de suspensión aplicable. Por lo tanto, la intención del legislador quedó vaciada de contenido en la práctica ya que lo único que se consiguió con esta reforma fue que se rompiera la correspondencia entre los dos primeros apartados del artículo.

En todo caso creo que, a pesar del error del legislador, la suspensión de la pena debía aplicarse a las penas de hasta dos años de privación de libertad, atendiendo al verdadero espíritu del marco en el que se produce la referida redacción.

Junto con la duración de las penas susceptibles de suspensión se produce otra modificación en el mismo artículo 80.1 del Código al introducir un párrafo segundo, relativo a los criterios a tener en cuenta por el juez o tribunal encargado de conceder la suspensión. Así se incluyó, de forma expresa, otro criterio que ya se aplicaba jurisprudencialmente a la hora de valorar, la concesión o denegación de la suspensión de la pena como era la «existencia de otros procedimientos penales contra el sujeto». Se mantuvo por lo tanto en la redacción del Código el criterio de la «peligrosidad criminal» del sujeto para conceder la suspensión. Entiendo que la inclusión de este criterio en la

redacción del Código tuvo su razón de ser en esa conciencia social de que existía un aumento excesivo de la delincuencia y de la violencia en la sociedad, sin embargo no precisaba el estado en el que se debían encontrar dichos procedimientos, pudiendo ser incluso procedimientos penales abiertos, pendientes de resolución firme. En un intento de clarificar la situación, la Circular 1/2005, 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado indicaba que con la expresión «la existencia de otros procedimientos penales contra éste», los tribunales valoraban que existiera un procedimiento penal contra el reo “cuando el procedimiento se dirigía contra el culpable” y todo ello en relación con el artículo 132.2 del Código respecto de la interrupción de la prescripción del delito²¹⁶.

En este sentido se hablaba que desde el mismo momento en el que se tenía conocimiento por el juzgado de la denominada *noticia criminis* (incluso desde el mismo momento de interposición de la denuncia o querrela), se tomaba en consideración dicho procedimiento para valorar la concesión o no del beneficio de la suspensión de la pena. Reiterar que, a pesar de esta interpretación, creo que tener en cuenta procedimientos penales abiertos en los que aún no hubiera recaído sentencia condenatoria firme, suponía una vulneración del principio de presunción de inocencia, ya que se tenía en cuenta un procedimiento penal abierto contra una persona cuyo devenir aún se desconocía y, no obstante, ello podía conllevar que el órgano judicial denegara la suspensión de la pena en el procedimiento penal en el que se estaban valorando dichas circunstancias²¹⁷.

²¹⁶ En este sentido había una sola línea jurisprudencial de la que eran exponentes las SSTS 492/2001, de 4 de mayo y 71/2004, de 2 de febrero, según las cuales “La Jurisprudencia mayoritaria de esta Sala (entre otras SSTS 147/2003; 162/2003 y 298/2003), se ha manifestado en el sentido de que la querrela o la denuncia forma ya parte del procedimiento y por ello su presentación es suficiente para producir la interrupción de la prescripción. Así, la Sentencia citada en segundo lugar expone que la fecha que ha de tenerse en cuenta para computar el momento en que el procedimiento se dirige contra el culpable es la de la presentación de la denuncia o querrela (o ampliación de ésta), más exactamente, la de su asiento en el Registro General, puesto que es la que permite con mayor seguridad establecer el “dies a quo” al margen de la mayor o menor diligencia del Juzgado”. Como digo ésta era la línea de la Jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo. Continuando con lo anterior, se señalaba que “la denuncia y la querrela con que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento. Si en las mismas aparecen ya datos suficientes para identificar a los culpables de la infracción penal correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a los efectos de interrupción de la prescripción, sin que sea necesaria, para tal interrupción, resolución judicial alguna de admisión a trámite”, añadiendo que “lo que pueda ocurrir después de la interrupción, aunque se trate de una dilación importante en la diligencia de recibir declaración al imputado, no puede servir para que esa interrupción anterior quede sin su eficacia propia”.

²¹⁷ En cuanto a la presunción de inocencia, tal y como señalaba la STS de 24 de septiembre de 2003, “[...] este derecho tiene rango fundamental en nuestro ordenamiento al aparecer reconocido en el artículo 24 de la Constitución, e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la ley y que la carga de la prueba corresponde a la acusación,

Sin perjuicio de todo lo anterior, y como ya adelantaba, este precepto no contenía un listado de criterios *numerus clausus* por lo que el órgano judicial encargado de decidir sobre la suspensión, debía atender, como decía el propio artículo, fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste, pero también, a cualquier otro criterio que resultara relevante²¹⁸.

Junto a lo anterior se modificó la condición segunda del artículo 81 que pasó a tener la siguiente redacción:

Art. 81. “Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 2ª Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa”.

Esta L.O. 15/2003, supuso una nueva redacción de la condición segunda del artículo 81 del Código, en dos aspectos. Por un lado respecto del límite de la pena que seguía siendo de dos años pero eliminando el requisito de que debía ser impuesta en la misma sentencia como recogía de forma expresa la redacción originaria del Código penal²¹⁹. Antes de esta reforma se impedía la suspensión de la ejecución de las penas

de forma que ninguna actividad en ese sentido se le puede exigir al acusado. Así lo reconocen también el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos. Su alegación en el proceso penal obliga al Tribunal de casación a comprobar que el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta prueba de cargo, de contenido suficientemente incriminatorio, obtenida e incorporada al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica, de manera que se pueda considerar acreditada la realidad de unos hechos concretos, con sus circunstancias agravatorias relevantes jurídico-penalmente, y la participación o intervención del acusado en los mismos”. En base a esta concepción del principio de presunción de inocencia, creo que aun cuando una persona tuviera uno o varios procedimientos penales abiertos ello no podía ser tenido en cuenta por un juzgado o tribunal para decidir (entre otros criterios) sobre la suspensión o no de la condena impuesta, porque ello supondría adelantarse a la resolución final que en cada uno de esos procedimientos abiertos pudiera darse vulnerándose con ello el derecho de defensa de la persona presuntamente autora de los mismos.

²¹⁸ Así lo disponía la STC 8/2001, de 15 de enero, al afirmar que “[...] el artículo 80 del CP de 1995 requiere que la decisión de suspensión de la pena atienda a la peligrosidad criminal del condenado -lo que resulta acorde con la finalidad de la institución, la cual tiene como objetivo que la ejecución de las penas privativas de libertad se orienten en lo posible hacia la reeducación y reinserción social-, no exige que sólo se tenga en cuenta la peligrosidad criminal de aquél, en el sentido de que su escasa o nula peligrosidad criminal conlleve siempre la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena; como tampoco el artículo 25.2 CE impone que únicamente se consideren las necesidades de resocialización del condenado. Tanto la doctrina constitucional sobre el art. 25.2 CE, como las interpretaciones doctrinales sobre el artículo 80.1 del CP, se expresan en el sentido de que se trata de ponderar los otros fines de la pena, las necesidades de prevención general y seguridad colectiva”.

²¹⁹ Para una mayor profundización sobre este aspecto cabe acudir al informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, previa petición del Congreso de los Diputados en el que se establecía que “El

privativas de libertad que, impuestas en la misma sentencia, con duración unitaria inferior a dos años, por adición entre ellas, superasen ese límite. Tras la reforma, la misma circunstancia niega la posibilidad de suspender la ejecución de las penas de duración inferior a dos años que, sumadas, superen tal frontera, sin hacer mención a que hayan sido impuestas en la misma sentencia.

No obstante, a pesar de esta modificación, siguieron suscitándose problemas en su aplicación práctica. En este sentido, nuevamente la Circular de la Fiscalía General del Estado a la que me refería con anterioridad, 1/2005, de 31 de marzo, discrepaba de la supresión de la referencia a «una misma sentencia» al considerar que “la lectura conjunta de las condiciones exigidas por el artículo 81 del CP demuestra que la determinación de su presencia o ausencia debe ser realizada dentro del marco impuesto por el fallo de una misma sentencia”. Las condenas previas por delitos dolosos producían sus efectos según lo previsto por la condición primera del artículo 81 del Código, mientras que las impuestas por delitos imprudentes anteriores eran irrelevantes. De ahí que admitir su trascendencia respecto de la segunda condición tendría la misma consecuencia que concederles por esta vía el valor que les niega la primera. En consecuencia, entendía la Fiscalía General, que la supresión de la expresión «en una misma sentencia» suponía una “mejoría técnica del texto legal, que eliminaba una redundancia, pero que no extraía el cálculo del límite de la pena o penas susceptibles de suspensión del ámbito de la Sentencia en la que fueron impuestas”; es decir, realmente se tendría en cuenta que las condenas lo hubieran sido impuestas en una misma sentencia para poder apreciar que se cumplían con los requisitos y, en su caso, decidir sobre la suspensión de la pena.

El segundo de los aspectos que resulta modificado por esta L.O. 15/2003, fue en lo relativo a la exclusión de la responsabilidad personal derivada del impago de la multa del cómputo del límite de la pena o penas susceptibles de suspensión. La interpretación que dio de dicha exclusión lo fue en el sentido de considerar que el objetivo no era el de identificar las penas que podían ser suspendidas (cuestión que regulaba el artículo 80 del Código) sino de establecer reglas para su cálculo. De ahí que la pena impuesta como

límite de pena para la suspensión de la ejecución de la pena, establecido en dos años, regirá bien se trate de pena única, bien de la suma de varias condenas, aunque se hubieran impuesto en distintas sentencias (modificación del art. 81.2ª). Por tanto, se equipara el tratamiento del que es juzgado en un solo proceso por varios hechos, respecto del que lo es en procesos distintos. La modificación es oportuna pues, incluso, materialmente el concurso de delitos existe aunque los hechos hubieren sido enjuiciados en procesos distintos, pudiendo serlo en uno solo”.

responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa no se tuviera en cuenta para el cómputo de los plazos para otorgar la suspensión.

La L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, también modificó el artículo 82 del Código, si bien realmente no fue una verdadera reforma como tal sino que lo que se produjo fue una eliminación tanto del inciso segundo del párrafo primero así como del párrafo segundo de la anterior redacción del Código quedando del siguiente modo:

Art. 82. “Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los jueces o tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Esta supresión tuvo como origen la necesidad de adaptar el texto legal a la nueva realidad que se crea con la L.O. 15/2003, al desaparecer el régimen especial que el Código de 1995 había establecido para la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes de las condenas cuya ejecución hubiese sido suspendida. Precisamente, tras la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes de las condenas suspendidas quedaba sometida al régimen general. En consecuencia, los antecedentes penales constaban con independencia de la suspensión y su cancelación quedaba sometido el cómputo de los plazos establecidos en el artículo 136 del Código, mientras que antes de la reforma tales condenas sólo constaban en la Sección especial, de acceso restringido y, en caso de remisión, desaparecían. Esta reforma supuso que la concesión del beneficio la anotación en el Registro Penal era la misma al someterse al régimen general y no al especial que existía hasta esta nueva redacción.

Asimismo se modificó el artículo 83.1 párrafo primero pasando a tener la siguiente redacción:

Art. 83.1. “La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes”.

Siendo el resto del artículo un listado sobre las obligaciones o deberes a imponer con el siguiente contenido:

“1ª Prohibición de acudir a determinados lugares.

2ª Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

3ª Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.

4ª Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

5ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

6ª Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si se tratase de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el juez o tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª de este apartado”.

El artículo 83.1 del Código regulaba el conocido como plazo de suspensión de la pena (en los términos que ya he fijado), ya que condicionaba la suspensión de la condena a que el reo no delinquiera durante el período que se estableciera por el juez competente en resolución judicial. Se añadía además que, si la pena suspendida fuera de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estimaba necesario, podía también condicionar la suspensión al cumplimiento de otras obligaciones o deberes. Dentro de este listado que regulaba el artículo (recordar que en la redacción originaria del Código de 1995 se preveía un listado que también fue modificado por la L.O. 11/1999, de 30 de abril, añadiéndose un apartado 83.1 *bis*), se realizó por la L.O. 15/2003, una corrección técnica de las obligaciones o deberes que el juez o tribunal podía imponer cuando la pena suspendida lo fuera de prisión, atendiendo al orden de importancia que en coherencia mantenía el Código en su redacción.

Por tanto, se constata que no añade nada nuevo en este punto la Ley Orgánica, sino que simplemente se trata de una corrección técnica en la numeración de las obligaciones o deberes.

La verdadera innovación en este artículo fue la inclusión de un nuevo párrafo segundo al artículo 83.1 del Código en relación con los delitos de los artículos 153.2 y 173.2 del Código con el siguiente contenido:

Art. 83.1. pfo 2º. “Si se tratase de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el juez o tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª de este apartado”.

En estos delitos relativos al maltrato en el ámbito familiar, el juez debía de condicionar, en todo caso, la suspensión al cumplimiento de las reglas primera y segunda del párrafo primero del artículo 83. Es evidente que la redacción del Código en relación con el resto de delitos, en los que es el juez o magistrado quien decide (apreciadas las circunstancias del hecho y las personales del autor) si suspender o no la pena impuesta (estando condicionada a que no delinca durante el plazo de suspensión y que en algunos casos conlleva también alguna de las obligaciones o deberes que prevé el artículo 83.1 del Código), contrasta con el carácter preceptivo de las obligaciones contenidas en las reglas primera y segunda del artículo 83.1. Esto era así (ese carácter preceptivo), por una evidente necesidad de protección a víctima del delito así como debido al carácter, naturaleza y entidad del delito cometido, considerándose que existía una especial vulnerabilidad de la víctima.

Cabe reseñar que las obligaciones o deberes que preveían estas reglas primera y segunda del artículo 83.1 del Código también estaban previstas como penas accesorias (a veces con carácter preceptivo y otras de obligada imposición), en los delitos del artículo 57 del Código en consonancia con los artículos 48.2 y 48.3 del mismo cuerpo legal. La diferencia estaba en que en este tipo de delitos no se permitía la suspensión de la pena (dadas las penas que conllevan estos delitos superiores al límite que prevé el Código) y que el contenido y duración no coincidía necesariamente con las obligaciones o deberes del artículo 83.1.

La inclusión con carácter obligatorio de estas dos prohibiciones en los dos tipos de delitos que he comentado, tuvo su evidente relación con el hecho de que la misma L.O. 15/2003, modificó también la redacción que hasta entonces contenía el Código de los citados preceptos. Creo que resultó sumamente importante y novedosa esta modificación, ya que se elevaba a la categoría de delito sendas conductas que estaban contempladas como falta en la regulación del Código penal que se derogaba, cuando se

cometían los hechos antes citados contra alguna de las personas que se citaban en el artículo 173.2, antes recogidos en el artículo 153. Se trataba pues de elevar la sanción de estas conductas contra las personas en razón al círculo especial de los sujetos pasivos y su relación con el agresor.

Esta L.O. 15/2003, también añadió un nuevo apartado tercero al artículo 84 del Código así como una modificación al artículo 85 en sus apartados 1 y 2 que no fue sino la consecuencia evidente de la inclusión del párrafo segundo del artículo 83.1 en los términos a los que me acabo de referir en el apartado anterior. Al introducir esta Ley Orgánica el carácter obligatorio o preceptivo de las reglas primera y segunda del artículo 83.1 del Código ello conllevaba, necesariamente, por coherencia, que su incumplimiento supusiera la revocación de la suspensión concedida. De ahí la nueva redacción:

Art. 84.3. “En los supuestos en los que la pena suspendida fuera la de prisión por comisión de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes señalados en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Art. 85.1. “Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena.

2. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena”.

De igual modo se modificaron los apartados 1 y 4 del artículo 87 del Código que pasaron a tener la siguiente redacción:

Art. 87.1. “Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal solicitará en todo caso informe del Médico forense sobre los extremos anteriores.

Art. 87.4. “En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al juez o tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización”.

Estas modificaciones se traducen en la aplicación de dos años a cinco años la pena que podría ser suspendida en su ejecución requiriendo para su aplicación que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión; suspensión que aparece condicionada a que no abandone el tratamiento. Adquiere especial importancia el hecho de que el Código prevea que el inicio del tratamiento pueda ser realizado antes o después de la ejecución de la sentencia, pues se dispone que el tribunal requerirá certificación sobre el inicio del tratamiento de deshabitación, lo que se supone que al tiempo de su adopción no ha sido iniciado y permite acordar la sustitución de la pena por un tratamiento futuro para la deshabitación.

Pero sin duda la modificación más relevante es la que se produce en la figura de la sustitución de la pena que pasa a tener la siguiente redacción:

Art. 88.1. “Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por

multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

En el caso de que el reo hubiera sido condenado por el delito tipificado en el artículo 173.2 de este Código, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el juez o tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código.

2. En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente.

3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras”.

F. L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La Exposición de motivos de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, alude a la violencia de género como un problema que excede del ámbito privado basado en una violencia que se ejerce sobre las mujeres “por el mismo hecho de serlo” y que denota un trato de desigualdad en un ambiente machista y de superioridad del hombre sobre la mujer. La misma Exposición de motivos alude a la necesidad de relacionar esta Ley Orgánica con el artículo 15 de la Constitución española a nivel nacional, así como con la IV Conferencia Mundial de 1995, en la sede de Naciones Unidas a nivel internacional. Lo anterior se hizo en la necesidad de hacer desaparecer la violencia contra las mujeres “para poder lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”²²⁰.

²²⁰ De forma detallada sobre esa reforma, CERESO MIR, *Curso de derecho penal español (I)*..., pp. 15 y ss.; GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas*..., pp. 10 y ss.; MAGRO SERVET, “Los

La propia Ley Orgánica y las reformas que la misma contenía, fueron duramente criticadas por entenderse que rompían con el principio de igualdad reconocido como Derecho fundamental en el artículo 14 de la Constitución y por considerarse que podía ser discriminatoria por razón de sexo, ya que permite la imposición de mayores penas para el hombre que agrede a su mujer o ex mujer (recordar que el sujeto activo conforme a esta Ley Orgánica siempre ha de ser un hombre y el sujeto pasivo una mujer), siendo una violencia que el hombre ejerce sobre la mujer por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, conforme al artículo 1 de la propia Ley Orgánica.

Como digo fueron muchas las críticas sobre esa posible vulneración de la igualdad ante la ley, pero todas ellas fueron disipadas a raíz de la STC 59/2008, de 14 de mayo, que avaló la constitucionalidad de esta Ley Orgánica²²¹. Con esta sentencia, el Tribunal Constitucional avala que las penas sean mayores para el hombre que agrede a su mujer o ex mujer, frente a los casos en los que la agresora es la mujer y la víctima el hombre u otra mujer, sin estar en contradicción constitucional con el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. Se rechaza así que el artículo 153.1 del Código incurriera en discriminación por razón de sexo, porque según se decía no se imponía esta condena mayor por ser varón, sino, tal y como se decía, por una “grave conducta que reproducía un arraigado modelo agresivo contra la mujer”.

planes formativos de reeducación en la ley orgánica 1/2004...”, pp. 381 y ss.; LÓPEZ CONTRERAS, “La suspensión y la sustitución de la pena...”, pp. 20 y ss.; MAGRO SERVET, “La aplicación de los planes formativos de reeducación...”, pp. 1718 y ss.; del mismo autor “La aplicación de los planes formativos de reeducación de maltratadores...”, pp. 5 y ss.; y del mismo autor “Los planes formativos de reeducación en la ley orgánica 1/2004...”, pp. 381 y ss.; o NOREÑA SALTO, “Medidas sustitutivas de la pena...”, pp. 3475 y ss.

²²¹ Esta constitucionalidad de la Ley Orgánica fue cuestionada por la titular del Juzgado de lo penal nº 4 de Murcia que consideraba la norma desproporcional y discriminatoria en la redacción y aplicación del artículo 153.1 del Código penal; al sancionar de una forma indistinta las amenazas leves por violencia de género, respecto a las que se producen en otro ámbito, que se calificaban como falta y se sancionaban con la pena de localización permanente de cuatro a ocho días del agresor, en domicilio diferente y alejado de la víctima, o con trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. El Tribunal Constitucional afirmó en esta sentencia que el objetivo y pretensión de la ley era “prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto y proteger así a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos”. También justificaba que se impusieran penas mayores para prevenir estas agresiones que “suponen un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural (la desigualdad en el ámbito de la pareja) generadora de gravísimos daños a sus víctimas”.

Es en este contexto donde se ubica la modificación que esta Ley Orgánica realiza en la suspensión y la sustitución de la pena. La reforma de aquellos apartados de los artículos 83, 84 y 88 del Código que, en la anterior redacción, venían referidos a determinadas especialidades en la suspensión o sustitución de las penas cuando hubieran sido impuestas por delitos de violencia doméstica en general, restringe el ámbito de aplicación de estos preceptos a los delitos relacionados exclusivamente con la violencia de género.

En concreto el artículo 33 de la L.O. 1/2004 dentro del Título IV rubricado “Tutela Penal” donde se modifica el párrafo segundo de la regla sexta del artículo 83.1 del Código. El motivo de esta modificación fue el mismo que he señalado con anterioridad al analizar la L.O. 15/2003, pero en su necesidad de adaptar su redacción a la nueva L.O. 1/2004; esto es, proteger a las víctimas de los delitos de violencia de género. El citado precepto pasó a tener la siguiente redacción:

Art. 83.1.6ª pfo 2º. “Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este apartado”.

Teniendo en cuenta la nueva realidad social existente, este párrafo segundo de la regla sexta del artículo 83.1 ya no alude de forma concreta a los delitos de los artículos 153 y 173.2 del Código, sino que desde un punto de vista más genérico habla de «delitos relacionados con la violencia de género». La propia esencia del artículo se mantuvo pero condicionado a que, cuando se tratara de delitos relacionados con la violencia de género, el condenado debía cumplir las tres obligaciones o deberes (de forma cumulativa y no alternativa) que preveía el artículo 83.1 del Código en sus apartados primero, segundo y quinto²²².

El motivo de esa imposición obligatoria era porque se consideraba que tratándose de delitos relacionados con la violencia de género existía una mayor vulnerabilidad de la víctima y que su carácter necesitaba especial protección.

²²² Recordar que esas reglas eran las relativas a: 1ª) Prohibición de acudir a determinados lugares; 2ª) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos; y 5ª) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

Como decía también se modificó el artículo 84.3 relativo a la comisión de delitos durante el plazo de suspensión en los siguientes términos:

Art. 84.3. “En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena”.

No se debe obviar que, tal y como se ha analizado en el apartado anterior, este artículo 84.3 del Código había sido introducido por la L.O. 15/2003 y, apenas un año después, con esta nueva normativa vuelve a ser modificado. En este caso también se trataba de eliminar la alusión concreta que se hacía a los delitos de los artículos 153 y 173.2 del Código por la alusión a «delitos relacionados con la violencia de género». Pero además, se añadió que el incumplimiento de la regla quinta del artículo 83.1 era causa también de revocación de la suspensión concedida. Como digo el trasfondo de esta modificación se encontraba en que las reglas esas reglas primera, según y quinta del artículo 83.1 eran de imposición obligatoria por el órgano judicial cuando se tratara de delito de violencia de género; de ahí que cualquier incumplimiento generara la revocación de la suspensión.

La última de las reformas introducida por esta Ley Orgánica lo fue en materia de sustitución al modificar el párrafo tercero del artículo 88.1 del Código:

Art. 88.1 pfo. 3º. “En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código”.

Al igual que en los preceptos anteriores, la interpretación literal del precepto obliga a aplicar esta regla únicamente a los delitos relacionados con la violencia de género, lo que, sin duda altera el ámbito de aplicación que la L.O. 15/2003 le había concedido para el supuesto de condena por delito tipificado en el artículo 173.2 del mismo.

G. *L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.*

Esta L.O. 5/2010 fue una Ley extensa que modificó ampliamente el Código de 1995. En dicha modificación, como su propio Preámbulo reflejaba se tomaba como punto de partida “las obligaciones internacionales contraídas por España sobre todo en el ámbito de la Unión Europea y la necesidad de adaptar nuestro sistema al sistema europeo en la aplicación de las normas penales”. Hay que entender la referida modificación en relación a las carencias que en algunas materias presentaba el Código de 1995, que se habían ido vislumbrando en la aplicación práctica de la Ley. Es en este contexto donde se produce esa ya reiterada amplia modificación del Código que, sin embargo, tuvo poca influencia en la figura de la suspensión y de notable importancia en la sustitución²²³.

En concreto, en lo relativo a las formas alternativas al cumplimiento de las penas señalaba que “En esta línea de evolución de la respuesta jurídico-penal hacia fórmulas más operativas y mejor adaptadas a las actuales necesidades y demandas sociales, la secular carencia de penas alternativas a las penas cortas de prisión del sistema español ha motivado que en esta reforma se haya optado por otorgar un mayor protagonismo a la pena de localización permanente. Con este objetivo, se le confiere una mayor extensión y contenido, si bien se ha pensado que inicialmente, aunque con vocación de futuras ampliaciones, su ámbito de aplicación se reduzca al marco de la sustitución de las penas privativas de libertad. A tal efecto se articula el correspondiente módulo de conversión en el artículo 88”.

Como indicaba en lo relativo a la suspensión afectó exclusivamente a un apartado de un precepto que fue la obligación contenida en la regla quinta del artículo 83.1 del Código:

Art. 83.1.5ª. “Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares”.

²²³ Detenidamente sobre esta reforma: ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, pp. 1 y ss.; FERRER GUTIÉRREZ, *Manual práctico sobre ejecución penal...*, pp. 1 y ss.; MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ, *Manual práctico sobre ejecución penal...*, pp. 45 y ss.; ROLDÁN BARBERO, *Manual de derecho penal. Parte general...*, pp. 85 y ss.; entre otros.

La reforma de la L.O. 5/2010, añadió al contenido que ya se regulaba con anterioridad, dos tipos de programas a los que el órgano judicial podía condicionar el cumplimiento de la suspensión de la pena como eran la «participación en programas de defensa del medio ambiente» así como la «participación en programas de protección de los animales». Se trató de una mera reforma superficial que no afectó realmente a la naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena²²⁴. A diferencia de lo que sucedió con las Leyes Orgánicas 15/2003 y 1/2004 que he expuesto con anterioridad, esta modificación no supuso que se impusieran con carácter obligatorio, sino que se respetaba el espíritu de la redacción inicial del Código de 1995 en cuanto que era el juez o tribunal el valoraba la concesión de la suspensión condicionada al cumplimiento de alguna de estas obligaciones o deberes. Además cabe destacar, como es conocido por todos, que se trataba de obligaciones o deberes muy específicos en atención también a la especialidad del tipo de delito cometido relacionado con «la defensa del medio ambiente» o bien con «la protección de los animales». Por tanto, solo cuando el bien jurídico afectado por el hecho cometido lo fuera o el medio ambiente o los animales, se podía aplicar este tipo de obligación.

Donde sí que afectó en gran medida esta Ley Orgánica fue en materia de sustitución de la pena. Así se modificaron los párrafos 1º y 3º del artículo 88.1 del Código con el siguiente contenido:

²²⁴ Sobre las razones de esta inclusión ver ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, pp. 123 y 124.

Art. 88.1. pfo. 1º. “Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida”.

Art. 88.1. pfo. 3º. “En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código”.

De nuevo se reforma la sustitución de la pena a pesar de las recientes reformas que había sufrido la institución con las Leyes Orgánicas anteriores que he comentado. La continua reforma de la institución hizo que la doctrina criticara enormemente al legislador, entendiendo que la figura merecía un mejor trato no pudiendo ser modificada constantemente ya que generaba inseguridad jurídica²²⁵.

²²⁵ Así lo exponen autores como: ABEL SOUTO, “Necesidad de alternativas frente a la propensión...”, pp. 17 y ss.; BACH I FÁBREGO y GIMENO JUBERO, “Penas, medidas de seguridad, aplicación y sustitución de las penas...”, pp. 1 y ss.; CANO PAÑOS, “La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes...”, pp. 87 y ss.; CAÑADAS SANTAMARÍA, “Antecedentes penales y suspensión de la ejecución...”, pp. 1 y ss.; FARALDO CABANA, “Suspensión y sustitución de la penas privativas de libertad...”, pp. 413 y ss.; GARCÍA SAN MARTÍN, “Presupuestos de la suspensión ordinaria...”, pp. 12 y ss.; y del mismo autor “Las prohibiciones de comunicación y aproximación...”, pp. 1 y ss.; GORJÓN BARRANCO, “La sustitución de la pena corta de libertad...”, pp. 67 y ss.; LARRAURI PIJOÁN, “Los programas formativos como medida penal...”, pp. 1 y ss.; MAGRO SERVET, “Reeducación de condenados por delitos de violencia de género...”, pp. 361 y ss.; del mismo autor, “Protocolo para la aplicación de programas formativos de carácter reeducativo...”, pp. 1 y ss.; y también del mismo autor, “Una propuesta de reforma en la ejecución penal...”, pp. 1 y ss.; MAGRO SERVET, CUÉLLAR ONTÓN y HERNÁNDEZ RAMOS, “La aplicación de programas formativos...”, pp. 172 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, “La orientación de la penas privativas de libertad...”, pp. 1 y ss.; del mismo autor, “Sobre la cancelación de los antecedentes penales...”, pp. 1 y ss.; MARTÍ CRUCHAGA, “El sistema penal ante la violencia de género”, pp. 155 y ss.; OTERO GONZÁLEZ, “Las penas privativas de libertad y formas substitutivas”, pp. 247 y ss.; RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, “Algunos apuntes sobre la reforma...”,

Además se dio una nueva redacción al artículo 89, cuyas reformas generales se pueden resumir en las siguientes: además de poder acordarse mediante sentencia, también podrá acordarse mediante auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas; el plazo durante el cual no podrá regresar el extranjero a España una vez decretada la expulsión deja de ser un plazo fijo de diez años pasa a ser de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado; si acordada la expulsión, no se encontrare al penado o no quedare efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa; habiéndose sustituido la pena por la expulsión, y esta no pudiera llevarse a cabo, se podrá aplicar, en su caso, la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código, cuando con anterioridad quedaba expresamente prohibida la aplicación de lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código penal.

Todas estas reformas se deducen de la nueva redacción del artículo 89 que queda del siguiente modo:

Art. 89. “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

pp. 149 y ss.; RUPÉREZ PARACUELLOS, “Repercusiones penitenciarias de la reforma del Código Penal...”, pp. 1 y ss.; SIBONY, “Formas substitutivas de la ejecución de las penas...”, pp. 385 y ss.; TAMARIT SUMALLA, “La sustitución de la penas de prisión (art. 88)” pp. 125 y ss.; TENA ARAGÓN, “Suspensión y sustitución de penas...”, pp. 1 y ss.; o TOMÉ GARCÍA, “Sustitución de las penas privativas de libertad...”, pp. 1 y ss.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código”.

Como cláusula de cierre, se reducen los supuestos en los que no serán de aplicación las disposiciones establecidas en los apartados anteriores²²⁶, a los extranjeros que hubiesen sido condenados únicamente por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis, dejando así fuera los relativos a los artículos

²²⁶ Más concretamente sobre la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional de extranjeros, FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010”, pp. 11 y ss.; o GUNDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, “Derecho a la vida: análisis de las circunstancias que envuelven la expulsión...”, pp. 409 y ss.

515.6º, 517 y 518, y añadiéndose el artículo 313 del nuevo Código penal, con el siguiente contenido:

Art. 89.7. “Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código”.

H. *L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.*

Junto a las anteriores reformas señaladas, la última reforma del Código penal en materia de suspensión ha sido la L.O. 1/2015, de 30 de marzo. Esta reforma es quizá la más contundente que se ha producido en la materia objeto de análisis y, en general, en el propio Código penal desde su aprobación en 1995. Esta Ley Orgánica de 2015 se publicó en el BOE el 31 de marzo de 2015 previéndose un período de *vacatio legis* de tres meses, entrando en vigor el 1 de julio de 2015 después de un largo camino, dilatado en el tiempo. Fue muy criticada por su contenido y además fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional pendiente aún hoy día de resolución²²⁷.

Para entender la fundamentación y finalidad de esta reforma creo esencial tomar como referencia los anteriores Anteproyectos elaborados y que, por uno u otro motivo, no siguieron su tramitación parlamentaria hasta su aprobación. Así, el 16 de julio de 2012, el propio Ministerio de Justicia publicó un borrador de reforma del Código penal en el que se aludía ya a muchas de las reformas que finalmente entrarían en vigor con la

²²⁷ El recurso presentado recurre un total de doce artículos del nuevo Código penal relativos a la aprobación de un nuevo tipo de pena como es la prisión permanente revisable, por considerar que contraviene la prohibición de penas inhumanas (artículo 15.1 de la CE); vulnera los principios de proporcionalidad y de culpabilidad y, en consecuencia, el derecho a la libertad (artículo 17 de la CE); contradice el principio de legalidad penal (artículo 25.1 de la CE) porque no es una pena determinada; y porque contradice el mandato de resocialización y reinserción social (artículo 25.2 CE), por cuanto prácticamente restringe toda posibilidad de reinserción. Explica el recurso que “[...] no es posible cumplir la finalidad de reinserción y resocialización que prevé la Constitución cuando la primera revisión se producirá a los 25 años, y aunque se produzca esa revisión en forma de suspensión de la condena, el penado continuará sometido a esa condena volviendo a prisión si cambian las circunstancias que motivaron la suspensión, aunque sean ajenas al reo y no controladas por él, incluso aunque hubiera transcurrido una buena parte del periodo de suspensión condicional”.

L.O. 1/2015²²⁸. La principal razón esgrimida en esta iniciativa reformadora era la pretensión de incrementar la eficacia de la justicia penal. En concreto, en materia de suspensión de la pena se indicaba expresamente en la Exposición de motivos de este Anteproyecto de 2012, que con esta reforma “se pondrá fin a la situación actual, en la que habitualmente los Jueces y Tribunales se ven obligados a resolver de forma repetida sobre la procedencia de la suspensión o sustitución”. Se deduce de tal manifestación, que desde un primer momento el Anteproyecto trató de simplificar y unificar la materia relativa a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas contenidas en el Capítulo III, del Título III, del Libro I del Código penal, en esa intención de evitar reiteradas resoluciones judiciales sobre la misma cuestión. No obstante, como es sabido, este borrador no fructificó debido a la situación política, social y económica de España pero, sobre todo, por el rechazo social a las modificaciones que introducía; motivo por el que no continuó con su tramitación parlamentaria²²⁹.

Posteriormente hubo otro Anteproyecto de reforma del Código penal de 11 de octubre de 2012²³⁰. Al igual que el anterior Anteproyecto fue duramente criticado y

²²⁸ La Exposición de motivos del borrador del Anteproyecto de reforma del Código penal de 16 de julio de 2012 disponía que “La necesidad de fortalecer la confianza en la administración de justicia hace necesario poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de penas que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a los supuestos más graves de delincuencia terrorista; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada, e introducción de la regulación de la custodia de seguridad, como medida de seguridad privativa de libertad que puede ser impuesta, en supuestos excepcionales, a delincuentes reincidentes peligrosos; y la revisión de la regulación del delito continuado”. Se añadía que “Junto con ello, se afrontan dos reformas que están orientadas a incrementar la eficacia de la justicia penal: de una parte, se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y se introduce un nuevo sistema caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas”.

²²⁹ Profundizando sobre este Anteproyecto, entre otros, ABEL SOUTO, “Suspensión de la pena...”, pp. 291 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, “Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto...”, pp. 26 y ss., MANZANARES SAMANIEGO, “Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (I)...”, pp. 1 y ss.; y del mismo autor, “Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (II)...”, pp. 1 y ss.; TRAPERO BARREALES, “El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas...”, pp. 13 y ss.; y del mismo autor “Formas sustitutivas de la ejecución de la penas...”, pp. 329 y ss.

²³⁰ Tal y como se señalaba por el Ministerio de Justicia con este nuevo Anteproyecto de reforma del Código penal se procedía a la revisión del sistema penal para dar respuesta a las nuevas formas de delincuencia, a la multirreincidencia y a los delitos más graves. Sin perjuicio de que como digo, no pasó de ser un mero borrador, creo que es conveniente señalar aquellos aspectos en los que incidía. Por lo que respecta a la figura de la suspensión de las penas, una de las novedades del Anteproyecto era que la libertad condicional pasaba a ser regulada como una forma de suspensión de la pena, de tal modo que si, una vez en libertad, el penado volvía a delinquir, podía ser devuelto a la cárcel para que siguiera cumpliendo condena desde el momento en que quedó en suspenso. Se aplicaba en los mismos términos en los casos de prisión permanente revisable (nueva figura que se regulaba ya en el Anteproyecto de 16 de

tampoco siguió con su tramitación parlamentaria si bien hay quienes que consideran que sobre ese texto es sobre el que se elaboró el Anteproyecto de 3 de abril de 2013 que fue el que finalmente culminó en la L.O. 1/2015, de 30 de marzo. No obstante lo anterior, lo cierto es que ese Anteproyecto de 11 de octubre de 2012 fue enviado al Consejo de Estado, recabando su preceptivo dictamen como último de esta fase, introduciendo importantes y numerosos cambios sobre los que, lógicamente, no se habían pronunciado los informes ya emitidos tanto de la Fiscalía General del Estado como del Consejo General del Poder Judicial. Por ello, a mi juicio, creo que el texto del Anteproyecto de 3 de abril de 2013 fue un verdadero y novedoso Anteproyecto, necesitado de nuevos dictámenes no solo del Consejo de Estado sino también de la Fiscalía General del Estado y del Consejo General del Poder Judicial.

No sin polémica, el Anteproyecto de reforma del Código penal de 3 de abril de 2013²³¹, que se transformó (con modificaciones) en el Proyecto de reforma del Código penal de 4 de octubre de 2013 y que culminó en 2015 con la referida L.O. 1/2015, se introdujo, según se indica por el propio legislador en su Preámbulo, en la necesidad de “adaptar las normas y, en concreto, el Código penal, a una realidad social cambiante y en continua evolución; una evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución española que determina que el ordenamiento jurídico

julio de 2012 y que como luego analizaré se mantiene), cuando una vez cumplidos los años fijados se revisara su situación y el tribunal entendiera que podía acceder a esta medida. Asimismo contemplaba la posibilidad de acceder a la libertad condicional para los que ingresaran por primera vez en prisión. Así, los condenados por primera vez a penas de hasta tres años y con conducta irreprochable podían acceder a la libertad condicional a mitad de la condena, frente a los dos tercios que contenía el Código en su redacción anterior. No obstante se preveía que se podía solicitar la suspensión de la ejecución de una condena por las mismas causas que en la redacción vigente, todas se encuadraban en un único régimen de suspensión, lo que evitaría la reiteración de trámites y recursos. Otra novedad era que para agilizar la satisfacción de la responsabilidad civil se podría acordar o, en su caso, revocar la libertad condicional, al tenerse en cuenta si el reo había ocultado bienes o no había aportado información sobre los que disponía para no hacer frente a ese pago. En el caso de extranjeros, la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del país se ajustaba a lo previsto en la Ley de Extranjería y cuando las condenas eran superiores a tres años, los tribunales podrían fijar qué parte se debía cumplir en España y qué parte podía ser sustituida por la expulsión.

²³¹ Sobre este Anteproyecto se pronunciaron numerosos autores, entre ellos: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y LIBERATORE S. BECHARA, “El proyecto de reforma del Código Penal de 2013...”, pp. 19 y ss.; CANCIO MELIA, “La pena de cadena perpetua...”, pp. 1 y ss.; GARCÍA SAN MARTÍN, “La suspensión ordinaria de la ejecución de las penas...”, pp. 1 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Expulsión penal de extranjeros en el Proyecto de reforma...”, pp. 157 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, “Nuevo Anteproyecto de Código Penal de 3 de abril de 2013...”, pp. 1 y ss.; y del mismo autor, “Los antecedentes penales en el Proyecto...”, pp. 1 y ss.; ROIG TORRES, “La suspensión de la pena en el proyecto de reforma...”, pp. 170 y ss.; y de la misma autora “La expulsión de extranjeros en el Proyecto de reforma...”, pp. 423 y ss.; SIERRA LÓPEZ, “Algunas cuestiones en relación con la suspensión...”, pp. 149 y ss.; o SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “La expansión de la libertad vigilada...”, pp. 155 y ss.

esté sometido a un proceso constante de revisión”. Añadiendo que “esta reforma suponía una completa revisión y actualización del Código penal”²³².

En concreto, en relación a la materia objeto de estudio, supuso también un cambio sustancial en la regulación existente de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad junto con la libertad condicional, al plantearse un nuevo sistema único, el de la suspensión, integrado por las dos figuras tradicionales, la suspensión y la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad, al que se añade la libertad condicional también como forma de suspensión, con varias alternativas que introduce mayor flexibilidad y eficacia²³³. En este punto creo necesario destacar que solo conserva su autonomía la figura de la sustitución de las penas de prisión impuestas a extranjeros no residentes legalmente por la expulsión del territorio nacional, que se sigue regulando en el artículo 89 del Código penal, aunque con ciertas modificaciones.

Esta simplificación no solo facilita y agiliza la respuesta judicial en el caso concreto sino que, al acordarse la decisión en una única resolución, se evitan dilaciones indeseadas ante los posibles recursos a las diferentes resoluciones y se minimiza la incidencia en la vida del reo. A mi juicio, todo lo anterior favorece la deseada reinserción social que persigue el ordenamiento jurídico español y a la que reiteradamente he hecho referencia en relación con el artículo 25.2 de la CE.

En esta pretendida unificación, sin duda alguna el artículo 80 del Código penal, base de la materia de suspensión de ejecución de la pena, es el que sufrió una de las mayores modificaciones. Se pasan a regular en un único artículo, tanto los denominados presupuestos habilitantes para la concesión de la suspensión de la pena (que ya se

²³² Un estudio más detallado se realiza por QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución...”, p. 7, al señalar que “¿Qué finalidades pretende la reforma en curso? En primer lugar hay que decir que, como se expresa al inicio del Preámbulo, el Código Penal es objeto de una completa revisión y actualización. Ello se pone de manifiesto en que los artículos modificados son doscientos cincuenta y siete y todavía hay dos puntos más sobre sustitución de denominaciones, referentes a la utilización del término personas con incapacidad, en vez de incapaces; y a incluir a la Reina y a la Princesa de Asturias en los preceptos que mencionaban sólo al Rey o al Príncipe heredero de la Corona”. En igual sentido, GUTIÉRREZ ROMERO, “Hacia un nuevo Código Penal...”, pp. 14 y ss.

²³³ Siguiendo con QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución...”, p. 8, cuando indicaba que “[...] la finalidad perseguida es la de dotar la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida; que la existencia de antecedentes penales no impida en todo caso la concesión de la suspensión o determine su revocación; que exista un régimen único de suspensión, incluyéndose como una modalidad la institución de la sustitución del art. 88 CP, la no referente a ciudadanos extranjeros, de hecho el art. 88 CP se suprime; que el cumplimiento de la responsabilidad civil se valore de un modo más eficaz. También se modifica la regulación de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional”.

regulaban con anterioridad en este artículo) como las condiciones necesarias para su aplicación, que antes de la reforma se regulaban en el artículo 81 del Código, pero con las modificaciones. De igual modo se contienen en este artículo todas las clases de suspensión que regula el legislador. Un análisis detallado de esta Ley Orgánica, al ser de la que se deriva la normativa actual de la figura de la suspensión de la pena será objeto de estudio en el apartado siguiente²³⁴.

²³⁴ Por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, pp. 18 y ss.

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS A LAS QUE SE ENFRENTAN LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA AL APLICAR LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

1. Introducción.

En este cuarto apartado del trabajo es donde me voy a centrar en las cuestiones con las que los órganos judiciales se encuentran cuando tienen que resolver, en un caso concreto, sobre la concesión o denegación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. En algunos casos se tratará de problemas pendientes de regulación o de una regulación vaga y, en otros casos, de la existencia de diferentes interpretaciones para un mismo supuesto de hecho que pueden conllevar resoluciones judiciales dispares. Para ello se ha de tener en cuenta la trayectoria histórica que ha sufrido esta figura. Tal y como he expuesto en los apartados anteriores considero que sólo tomando como referencia el verdadero origen, la naturaleza jurídica así como el significado y finalidad de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, se pueden comprender los motivos por los que se acuerda o deniega este beneficio al reo; reo que no hay que olvidar que ha resultado condenado por sentencia firme.

En este sentido tampoco se deben obviar los requisitos y características esenciales que históricamente se ha exigido para conceder la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, tal y como se ha referenciado en el apartado anterior. Considero que estas nociones son las que me van a permitir acercarme a la verdadera esencia de la figura para poder analizar las cuestiones que se plantean en su aplicación práctica por los tribunales de justicia.

No obstante lo anterior, aun cuando la presente obra tiene vocación de ser un trabajo exhaustivo sobre las cuestiones judiciales que la figura conlleva, como es sabido por todos, el Derecho y la sociedad están en continua evolución y cada caso es diferente al anterior. Ello conlleva que puedan existir otras interpretaciones diferentes a las que me planteo; interpretaciones que varían al cambiar el escenario concreto en el que se han de aplicar. Sin perjuicio de ello, creo que ese carácter evolutivo es el que enriquece

la valoración que se haga siempre que, de forma motivada, se resuelva sobre la solicitud de la suspensión de la ejecución de la pena, aplicando la normativa en vigor.

Como señala DE LA MATA BARRANCO “estamos ante una institución, la de la suspensión de la ejecución de la pena, como a menudo se señala, de carácter probatorio, que se ha convertido en la principal alternativa en el Derecho Penal español vigente al cumplimiento de las penas privativas de libertad de corta duración”²³⁵. Por ello la base desde la que parto es desde la configuración de la suspensión de la pena como una alternativa al cumplimiento de esa pena impuesta; alternativa que permitirá el cumplimiento de la pena en libertad, pero condicionada a que no delinca y que cumpla las demás obligaciones que en su caso se le hubieran impuesto²³⁶.

En este contexto es evidente que los diferentes tiempos en los que actúan los juzgados unidos a la carga de trabajo que soportan, hace que los distintos procesos penales no siempre sean resueltos con la celeridad deseable y ni mucho menos en el orden en el que los hechos se hayan podido cometer por el reo. Por ello, aun cuando el concepto de la suspensión de la pena fuera claro (que no lo es como he señalado); aun cuando concurrieran todas las características de la figura (que como se ha visto también da lugar a diferentes interpretaciones sobre su apreciación); y, sobre todo, a pesar de que la finalidad de la suspensión de la pena sea lo más buscado (en un Estado en el que la segunda oportunidad se ve como una alternativa eficaz al cumplimiento de la pena), no siempre es fácil resolver sobre su concesión o denegación. Lo anterior supone que esa labor individual (siempre hay que ver las circunstancias de cada caso concreto) que los

²³⁵ Sobre esta cuestión profundiza DE LA MATA BARRANCO, “Suspensión de la ejecución...”, p. 2. De igual modo GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 144, entiende que “Frente al populismo punitivo que demanda cortas pero intensas descargas punitivas -esto es, prisión- para infracciones incluso bagatelarias, la suspensión de la ejecución de la pena ha constituido y sigue constituyendo el instrumento de política criminal más importante del proceso de reforma penal emprendido por la mayoría de los países europeos desde la segunda guerra mundial”. Esta perspectiva doctrinal se ha plasmado en la jurisprudencia. A modo de ejemplo la STC 166/1993, de 20 de mayo, reconocía la inutilidad de las penas cortas de duración. En el mismo sentido la STC 209/1993, de 28 de junio, señalaba que “[...] la escasa duración de la pena corta de prisión no permite que los efectos negativos de la convivencia sean contrarrestados por un tratamiento adecuado para la reeducación del recluso”. Por ello se busca una forma alternativa al cumplimiento de la pena, evitando el contacto del penado con el establecimiento penitenciario para evitar, como fijó la STC 120/2000, de 5 de julio, el “[...] previsible contagio criminológico que puede tener lugar en la prisión en casos en los que la corta duración de la pena no permite un tratamiento resocializador”.

²³⁶ Esta perspectiva va a ser básica en la aplicación de la suspensión de la pena, toda vez que ese derecho a la segunda oportunidad es en el que se basa la suspensión de la ejecución de la pena. Esto es posible desde el mismo momento en el que los ordenamientos jurídicos reconocen en su legislación la existencia de esta forma alternativa al cumplimiento de las penas, lo cual era impensable en sociedades anteriores basadas en la Ley talión y en la necesidad de cumplir íntegramente la pena.

órganos judiciales desempeñan, se vea en muchos casos cuestionada en relación con el principio de seguridad jurídica como elemento de la estructura democrática.

Es en esta cuestión donde quiero incidir. La labor jurisdiccional encomendada a los jueces y magistrados de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que consagra el artículo 117.3 de la Constitución española conlleva, necesariamente, la aplicación de la Ley vigente; pero esa aplicación conlleva una interpretación en cada caso concreto, valorando todas las circunstancias personales del autor y las reales del asunto en cuestión.

Abordaré la problemática de cómo en un caso similar (nunca idéntico puesto que cada persona y cada asunto tienen, como digo, sus propias circunstancias), dos jueces resuelven en diferente sentido y ambas resoluciones son legales, al estar motivadas y ser acordes a la legislación aplicable. De ahí esa sensación de arbitrariedad que se prodiga de los tribunales de justicia que no es entendida por los legos en Derecho²³⁷. Pero como incidiré más adelante, no cabe confundir discrecionalidad en su aplicación con arbitrariedad. No cabe duda que no se cuestiona el carácter discrecional de la suspensión de la pena al recoger el Código penal en el artículo 80.1 que los jueces o tribunales «podrán» acordar la suspensión de la ejecución de la pena; carácter por lo tanto eminentemente facultativo de la suspensión de la ejecución de la pena, que no se debe confundir con la posibilidad de dictar una resolución sin motivación alguna o insuficiente, lo cual supondría la nulidad de pleno derecho de dicha resolución.

Es en este escenario donde voy a valorar las dificultades que en la práctica se encuentran los reos (y sus letrados) cuando solicitan la suspensión de la ejecución de la pena y en qué modo la falta de definición en el propio Código penal de esta figura dificulta una respuesta clara²³⁸.

²³⁷ Tal y como afirma CARDENAL MONTRAVETA, “Alternativas a la pena de prisión...”, p. 28, se pretende “[...] evitar la arbitrariedad y dotar de a máxima coherencia posible al conjunto de la regulación legal de las alternativas a la prisión, sin comprometer la seguridad jurídica”.

²³⁸ Como señala DE LA MATA BARRANCO, “Suspensión de la ejecución...”, p. 5, “Son varios los problemas que la interpretación, o el silencio, de la regulación penal plantea a la hora de proceder a ejecutar la pena de prisión y tener que decidir, motivadamente, si es o no posible su suspensión. Muchos de ellos ya puestos de relieve por la Consulta 4/1999 de la Fiscalía General del Estado, de 17 de septiembre, sobre algunas cuestiones derivadas de la regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad por el Apartado XII de la Circular 1/2005 de la Fiscalía, de 31 de marzo, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte)”.

Se ha de tener en cuenta que la nueva normativa que crea la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de suspensión, supone la creación de un sistema unitario que se ha evidenciado como más beneficioso para el reo, al evitar dilaciones indebidas al resolverse todo en una misma resolución. Por ello creo que, en estos casos, lo más conveniente para cumplir con la finalidad de la reforma, es que en el mismo auto de incoación de la ejecutoria cuya suspensión se pretende, se dé traslado a las partes personadas (defensa y acusación particular si lo hubiere u otras acusaciones) así como al representante del Ministerio Fiscal a fin de que se pronuncien sobre la solicitud que dentro del elenco que permiten los artículos 80 a 89 del Código quieren que se les aplique. Pero la cuestión no es tan sencilla de ahí la necesidad de este estudio.

Por ello y sin más preámbulos pasaré a analizar estas cuestiones a lo largo de los epígrafes siguientes, no sin antes anticipar que soy consciente de que las conclusiones a las que llego no siempre pueden ser compartidas, pero es aquí donde reside la grandeza del Derecho y la realidad práctica en los tribunales de justicia.

2. Suspensión ordinaria de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Derecho penal español: cuestiones controvertidas que los tribunales de justicia han de resolver en su aplicación.

A. Introducción.

Una vez que he centrado el objeto de análisis y se ha definido la institución de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad así como sus características y su finalidad en la evolución histórica del ordenamiento jurídico español, es necesario concentrar este estudio en esa problemática que surge en torno a la interpretación de los requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena en la normativa actual. En todo caso se reconoce que estos requisitos lo son en consideración de requisitos *sine qua non* y que, por lo tanto, han de concurrir para que los tribunales puedan resolver, favorablemente, sobre la concesión de este beneficio. El problema es esa interpretación que se dé que hace que para unos concorra el requisito y para otros no, lo que conllevaría la inaplicación de la suspensión de la pena, motivando razonadamente dicha negativa.

No obstante lo anterior, como he adelantado, se ha de distinguir entre la suspensión ordinaria y lo que se conoce como suspensión extraordinaria, siendo ambas objeto de estudio en el presente apartado. Si bien, se considera la suspensión extraordinaria como una variante de la suspensión ordinaria, en la que no concurren los presupuestos esenciales (o no todos) para su concesión (recordando además que hemos dicho que esos requisitos se valoran como *sine qua non*), pero que, atendiendo a las especiales circunstancias o características del caso concreto, permiten acordar la suspensión de la ejecución de la pena.

Cabe señalar que se analizarán tanto los requisitos de fondo como los procesales para que el órgano judicial puede, en conciencia, revolver sobre la concesión de este beneficio. Esta distinción es relevante a la hora de identificar no solo los presupuestos que han de preexistir para conceder este beneficio de la suspensión de la pena, sino para poder identificar a su vez los problemas judiciales con los que los tribunales de justicia se encuentran en el ejercicio de la función jurisdiccional cuando tenemos que abordar este tema.

Si no es fácil resolver, en cada caso concreto, la concesión o denegación de la suspensión de la ejecución de la pena, aún más difícil creo que es cuantificar esos requisitos y valorar las circunstancias que han de preexistir desde un punto de vista general, como norma básica de actuación. No obstante lo anterior, parece que los cambios introducidos por la L.O 1/2015, de 30 de marzo de 2015, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de marzo, del Código penal, pretenden de alguna forma simplificar esta materia acotando los elementos de la suspensión de la pena. A pesar de lo anterior, es destacable que esa pretensión legislativa no se ha producido en todos los casos ya que siguen existiendo dudas interpretativas y situaciones no resueltas en las que sigue habiendo una amplia y diferente interpretación en cuanto a su aplicación. Ello puede sentirse, desde el punto de vista de la ciudadanía, como un atisbo de arbitrariedad judicial. Sobre esta cuestión incidiré al destacar las principales resoluciones judiciales que en la materia se han ido dando.

Tal y como refleja el propio Preámbulo de la referida Ley Orgánica (junto a otras) se afrontan dos reformas que están orientadas a “incrementar la eficacia de la justicia penal”. Una de esas dos reformas no es otra que la relativa a la modificación de la regulación de la suspensión y sustitución de la ejecución de las penas privativas de

libertad, al introducir un nuevo sistema, caracterizado por la existencia del único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas y que introduce mayor flexibilidad y eficacia.

Sin más dilaciones comenzaré por la problemática que genera la interpretación de estos requisitos en la suspensión ordinaria dejando el siguiente apartado para las dudas que surgen en las suspensiones extraordinarias.

B. Cuestiones a resolver por los tribunales de justicia en la valoración de los requisitos para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Con anterioridad a la L.O. 1/2015, de 30 de marzo de 2015, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de marzo, del Código penal, el artículo 80 del Código penal, en su redacción originaria, únicamente había sido modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre de 2003²³⁹. Por lo tanto, salvando esa reforma introducida en 2003, el texto original se venía manteniendo desde 1995; texto que debido a su ambigüedad daba lugar a problemas interpretativos sobre la aplicación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad²⁴⁰. Estas cuestiones que se daban, que no siempre se resolvían con idéntico resultado, se iban solventando con la aplicación judicial y jurisprudencial al caso concreto. A pesar de ello se generaba una enorme inseguridad jurídica al no contener una norma clara donde acudir en caso de duda.

La reforma de 2015 ha creado un nuevo escenario en la figura de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Se modifica el contenido de dicho artículo 80 que en la actualidad no solo contiene lo que se conocía como los presupuestos de la suspensión de la ejecución de las penas, sino también las denominadas condiciones necesarias y que anteriormente se regulaban en el artículo 81

²³⁹ Ya he señalado en el apartado anterior del presente trabajo la modificación introducida en este artículo por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre de 2003 y a lo dicho en ese apartado me remito.

²⁴⁰ Conviene recordar que en los sistemas anteriores, tanto en la Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908 como en el Texto refundido del Código penal de 1973 (éste último como normativa inmediatamente anterior al Código de 1995), se incluían una serie de elementos a tener en cuenta para la concesión de la suspensión de la pena (entonces condena condicional) como eran los relativos a la edad, antecedentes del reo, naturaleza jurídica de la infracción cometida y circunstancias de toda clase. Sin embargo el Código penal de 1995 no incluyó ninguno de ellos en su articulado, aunque en la práctica judicial se utilizaban.

del Código. Ello ha hecho que la vigente redacción del artículo 80 del Código sea el artículo donde se contiene toda una regulación exhaustiva a tener en cuenta para que la decisión de los tribunales encargados de resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena pueda resultar favorable al reo. Junto a los criterios y circunstancias que han de ser valoradas por el juez para conceder la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia firme del artículo 80.1, el Código contempla una serie de condiciones que, igualmente, han de concurrir para poder acordar dicha suspensión. Estas condiciones el propio Código las califica de «condiciones necesarias» atendiendo a su consideración *sine qua non*. Han de concurrir y así se ha de valorar por el juez o tribunal competente para que la resolución sea favorable a la concesión de la suspensión de la pena. Estas condiciones son las que se regulan en el artículo 80.2 del Código que viene a recoger, si bien con matizaciones, el contenido del artículo 81 del Código anterior a la reforma de 2015. Se trata de las tres condiciones que tradicionalmente viene exigiendo el Código de 1995 si bien con modificaciones fruto de la evolución legislativa de la figura.

No obstante, esta unificación sistemática no ha dado un respuesta totalmente satisfactoria a ciertas cuestiones que se siguen suscitando y que paso a analizar en consonancia con esa redacción actual del Código.

- a) Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.
- a') Introducción.

Como señalaba, la nueva redacción del Código dada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo de 2015, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de marzo, del Código penal, ha introducido un cambio sustancial en el artículo 80.1 párrafo primero del mismo. Esta reforma toma como referencia el artículo 56 del Código penal alemán y viene prácticamente a reproducirlo²⁴¹. Este precepto actualmente dispone:

²⁴¹ Como bien apunta SÁEZ MALCEÑIDO, “Reforma penal del beneficio de la suspensión...”, p. 2, se produce en este precepto una condensación de “[...] dos de los fines consustanciales a la pena privativa de libertad, cuales son la prevención del delito y el efecto intimidatorio de la sanción, que aparecen formulados como elementos teleológicos que auspician el beneficio. Se habla así de que «sea razonable esperar que la mera imposición de la pena que se suspende resulte suficiente para evitar la comisión

Art. 80.1. pfo. 1º. “Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”.

Dejando a un lado el tipo de penas que pueden suspenderse (que son objeto de estudio más adelante), así como el carácter facultativo de la figura de la suspensión de la pena²⁴², la duración de las penas susceptibles de suspensión²⁴³ y, por supuesto, la especial motivación que ha de contener la resolución al afectar a un derecho fundamental como es el derecho a la libertad²⁴⁴, el legislador introduce en este apartado un nuevo requisito que hasta entonces no estaba recogido en la dicción literal del Código²⁴⁵. No obstante no es un criterio nuevo en la práctica judicial ya que se trata de un requisito que ampliamente se utilizaba y que jurisprudencialmente se reconocía como de necesaria apreciación por el juez o tribunal encargado de decidir sobre la concesión o, en su caso, denegación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

futura por el penado de nuevos delitos», y se pone el acento en una serie de criterios orientativos cuales son «las circunstancias del delito cometido, la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

²⁴² Recordar que el artículo 80 del Código penal sigue diciendo que “los jueces o tribunales [...] «podrán» dejar en suspenso [...]”. En este sentido, he de recordar que, según la Jurisprudencia, el instituto de la suspensión es un acto de discrecionalidad reglada (por todas, STC 202/2004, de 15 de noviembre). Lo anterior es de aplicación, a pesar de que la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional del actual artículo 89 del Código (siendo una forma de suspensión) parece recoger un carácter *cuasi* imperativo en su concesión por los jueces y tribunales. Sobre esta cuestión incidiré al tratar la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional.

²⁴³ En este aspecto cabe apuntar que si bien la duración de las penas susceptibles de suspensión conforme a este artículo 80.1 párrafo primero siguen siendo no superiores a dos años tal y como se recogía antes de la reforma de la L.O 1/2015, no es menos cierto que se ha corregido el desajuste que existía entre el artículo 80.1 (que hablaba de penas privativas de libertad no superiores a dos años) y el artículo 81 (que hablaba de penas privativas de libertad no superiores a dos años).

²⁴⁴ Sobre la especial motivación de la resolución que conceda o deniegue la suspensión de la pena ver el apartado correspondiente del presente trabajo.

²⁴⁵ Como apunta RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 61, “La nueva regulación está inspirada en el artículo 56 Código Penal alemán y es mucho más exhaustiva que la actual, si bien no supone un cambio significativo respecto de ésta”. A pesar de esa consideración, bajo mi punto de vista sí que se puede hablar de verdadera modificación. No se debe olvidar que con la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad únicamente se excluye la entrada en prisión, pero la pena sigue existiendo, aunque su cumplimiento se realice en libertad; por todos, MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, p. 48; y, en relación ya al Código vigente, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “Las novedades de la suspensión de la ejecución...”, p. 18 y ss. Por ello entiendo que la introducción de este nuevo concepto, aunque tenga una relación directa con el principio de peligrosidad criminal, creo que va más allá como luego expondré.

Este nuevo requisito conlleva que los jueces y tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad «cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos»²⁴⁶. Parece un criterio de lógica aplicación. El problema es determinar cuándo es razonable dicha consideración ya que la redacción no puede ser más imprecisa. Supone, además, que será el órgano judicial el que valorará esa esperanza o confianza en la innecesariedad de ejecutar la pena para cumplir con la finalidad de la misma²⁴⁷. Esta inconcreción no puedo calificarla sino de forma negativa; negativa porque conlleva nuevamente la sensación de arbitrariedad judicial en su aplicación, cuando verdaderamente no cabe hablar de arbitrariedad sino de discrecionalidad²⁴⁸.

Por ello considero que este requisito que se recoge en la actual redacción del Código es un requisito de carácter subjetivo, puesto que son los jueces y tribunales los que han de entender, de manera razonable, que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión de futuros delitos.

Antes de abordar esta cuestión creo que es necesario pararse un momento en buscar una explicación o argumentación del motivo por el que se introduce este criterio en el Código. Ello se debe relacionar, necesariamente, con la desaparición del criterio que tradicionalmente venía recogido en artículo 80 párrafo segundo del Código penal, que no era otro que el de la «peligrosidad criminal del sujeto». Reitero que la redacción original del Código penal recogía en el artículo 80 párrafo segundo que los jueces o tribunales, al pronunciarse sobre la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, atenderían en sus resoluciones «fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste». Por lo tanto, en este artículo se recogía expresamente el concepto de peligrosidad criminal del

²⁴⁶ Valorando este nuevo concepto se pronuncian, entre otros, GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 145, al señalar que “La suspensión se explica entera y exclusivamente en clave preventivo-especial *negativa*. Y a la conformación de tal pronóstico se enfila, exclusivamente, la valoración de los factores que luego recoge el artículo”.

²⁴⁷ No olvidar el artículo 25.2 de la Constitución que orienta todas las penas hacia la reeducación y reinserción social del reo.

²⁴⁸ Como bien señala PUENTE SEGURA, *Suspensión y sustitución de las penas*, p. 127, “[...] produce cierto desánimo que aún sea necesario insistir en que la discrecionalidad es concepto por entero distinto de la arbitrariedad o el capricho. Y que cuando se trata, como aquí, de la decisión de un órgano jurisdiccional, el carácter discrecional de las mismas no exime, ni disminuye, sino que, al contrario, refuerza o incrementa, la necesidad de motivar sus acuerdos, necesidad en la que por algo será, se insiste todavía continuamente”.

que se entiende que deriva esta alusión actual a «cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos»²⁴⁹.

Sobre esta cuestión merece señalar que la peligrosidad criminal del sujeto, insisto, ya recogida en la redacción originaria del Código penal de 1995 y que se ha mantenido hasta la reforma de la L.O. 1/2015, se mantuvo incluso en la reforma del Código de 2003 que introdujo otro criterio; el relativo a «la existencia de otros procedimientos penales contra el reo»; pero manteniendo en todo caso el de «peligrosidad criminal». Entendiendo por lo tanto que el criterio actual tiene su origen en esa peligrosidad criminal del sujeto. Creo que es relevante examinar dicho concepto de peligrosidad criminal para luego interpretar qué supone esta nueva redacción relativa a «cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos».

b') Concepto de peligrosidad criminal.

La peligrosidad criminal ha existido tradicionalmente en los diferentes sistemas jurídico-penales. Este principio no era novedoso en el sistema penal español como tampoco era desconocido en el resto de países del entorno²⁵⁰. De hecho, el artículo 71

²⁴⁹ De tal forma que la decisión sobre la suspensión seguiría fundándose esencialmente en el pronóstico de peligrosidad criminal del penado lo que se viene manteniendo por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que ya desde la STC 224/1992, de 14 de diciembre, señalaba que la suspensión tiende a “[...] la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde un punto de vista preventivo”. En igual sentido véase las SSTC 115/1997, de 16 de junio; 164/1999, de 27 de septiembre; 264/2000, de 13 de noviembre; 8/2001, de 15 de enero; o 110/2003, de 16 de junio, entre otras.

²⁵⁰ En este punto siguiendo a LEAL MEDINA, “El concepto de peligrosidad...”, p. 2, señala cómo “A finales del siglo XIX y siguiendo los postulados biológicos que invadían las nuevas corrientes de pensamiento criminal, tiene su origen el principio de peligrosidad. A través de la Escuela Positiva Italiana y los autores que la integran, la peligrosidad del individuo cobra vital importancia como presupuesto imprescindible para aplicar las modernas sanciones llamadas medidas de seguridad. Más tarde, los textos penales de comienzos de siglo XX, atendiendo a los novedosos criterios de carácter científico-criminal lo acabarían incluyendo en sus Códigos como instrumento legitimador de las nuevas respuestas que comienzan a prever los ordenamientos jurídicos. En nuestro país, el concepto de peligrosidad se regula por primera vez en el Código Penal de 1928. De ahí pasaría a la moderna regulación formalizada a través de las típicas leyes especiales que constituyeron el cuerpo preventivo más importante de nuestro ordenamiento penal hasta la llegada de la Constitución de 1978. Y así llegamos a la actual regulación de la peligrosidad que se recoge en los arts. 6.1 y 95.1 del vigente CP, que han sido redactados siguiendo los

del Código penal de 1928 llegó a describir el concepto de peligrosidad como el “estado especial de predisposición de una persona del cual resulta la probabilidad de delinquir”. El problema es que esta concepción no se ha mantenido hasta la redacción actual lo cual generó, como ya adelantaba, esa polémica interpretativa en la que los jueces y tribunales han de valorar esa peligrosidad criminal ante el silencio de la Ley. Sin embargo, a mi juicio, el Código penal de 1995 no es sino una evolución de sus antecesores, por lo que se ha de tener en cuenta este concepto para conocer el alcance de dicha regulación en la normativa actual.

La peligrosidad criminal puede ser definida desde un punto de vista lingüístico, acudiendo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que define «peligrosidad» como «cualidad del peligroso» y, a su vez, define «peligroso» como «que tiene riesgo o puede causar daños». Lo anterior, si se refiere a una persona en el ámbito del Derecho penal, podría definirse como «que puede causar daño o cometer actos delictivos». De ahí que se entienda que una persona será considerada «peligrosa» cuando se crea que «puede causar un daño o que puede cometer un acto delictivo». Ello significa, a mi juicio, a pesar de otras consideraciones en las que luego incidiré, que no es necesario que una persona cometa previamente un delito para que sea considerada como una persona peligrosa, sino que simplemente bastará con ese pronóstico de posible reiteración delictiva futura. La cuestión no es baladí, sino que es un elemento fundamental a tener en cuenta, puesto que la previa comisión delictiva no implica necesariamente ser peligroso; del mismo modo que la falta de comisión de una infracción penal no supone obligatoriamente que una persona no tenga la cualidad o condición de peligroso.

Partiendo de esta consideración lingüística, la doctrina fue definiendo lo que consideraba peligrosidad criminal en un intento de buscar un concepto que englobara todas las situaciones y con pretensión de permanencia²⁵¹. Sin embargo puede decirse

principios marcados por la doctrina del Tribunal Constitucional”. Sin duda alguna la alusión del artículo 95.1 era anterior a la reforma de 2015, puesto que de la misma forma que el requisito de la peligrosidad criminal del sujeto desapareció del artículo 80 del Código el actual artículo 95.1.2ª ha desechado esta denominación y alude al «pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión de nuevos hechos delictivos».

²⁵¹ Como afirma CERVELLÓ DONERIS, “Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro...”, p. 44, “Tradicionalmente, el concepto de peligrosidad criminal ha ido ligado a los sujetos inimputables como una valoración de la capacidad criminal en el seno de una enfermedad mental, trastorno transitorio, alteración en la percepción o estado de drogodependencia, como se hace en el art. 95 CP, pero su desarrollo en el campo de los sujetos imputables, como instrumento a tener en cuenta en la

que hay tantas interpretaciones del concepto como autores han tratado la materia²⁵².

Personalmente considero que la valoración de la peligrosidad criminal ha de referirse

decisión de figuras punitivas, es más reciente y, por ello, exige la necesidad de dotarle de un contenido propio y alejado del positivismo decimonónico que dio lugar a la aparición de las medidas de seguridad. Por su parte, en el ámbito de las alternativas a la prisión, si bien hace unos años la suspensión de la pena era una figura excepcional por la estricta limitación de sus requisitos, la ampliación de los mismos en el Código Penal de 1995 y el aumento de figuras penales castigadas con penas cortas de prisión que se viene produciendo desde las reformas de 2003, abre un campo amplísimo de actuación a esta alternativa al ingreso en prisión [...].”

²⁵² Entre ellos destaco los siguientes: GARCÍA SAN MARTÍN, *La suspensión de la ejecución...*, p. 40, que consideraba que “[...] la peligrosidad criminal ha de ponerse en necesaria relación con la existencia un pronóstico relativo las posibilidades o riesgo de comisión de nuevos hechos delictivos por parte del reo y ello a la vista de las circunstancias particulares y en general concurrentes, tales como el comportamiento anterior o posterior a la ejecución del delito cuya pena se suspender, su integración social, instrucción, personalidad, en relación familiar [...]”; LEAL MEDINA, “El concepto de peligrosidad...”, p. 2, apunta a que la peligrosidad criminal tiene varias características, “Primera, la peligrosidad criminal es el presupuesto que fundamenta la imposición de las medidas de seguridad. Segunda, que esta peligrosidad criminal se exterioriza en la comisión de un hecho previsto como delito, por lo que se requiere de la existencia de una peligrosidad post-delictual, en clara diferenciación con la peligrosidad sin delito o pre-delictual que recogían las antiguas leyes especiales de peligrosidad. Tercera, que para que entre en funcionamiento la peligrosidad criminal se ha de acudir a la técnica del pronóstico, en el sentido de que los Tribunales penales deben llegar a la conclusión, teniendo en cuenta una serie de variables; internas y periféricas, de personalidad y conducta, o de ambiente y entorno, entre las que destaca el delito ya cometido que en el futuro el sujeto volverá a delinquir. Cuarta, que la peligrosidad criminal no se presume por el hecho de que el sujeto esté inmerso en alguno de los supuestos o índices que contempla el texto penal, sino que ha de probarse. Quinta, que en el campo del Derecho preventivo, la peligrosidad criminal está relacionada directamente con la inimputabilidad del sujeto, o la ausencia de capacidad de culpabilidad. Es decir, que está conectada con los llamados estados peligrosos que se contemplan en el art. 20 CP en relación con los arts. 101 a 104 CP”; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Alternativas a las penas de prisión...”, p. 19, define la peligrosidad criminal como “[...] el pronóstico de reiteración futura de conductas delictivas. Para dar esta definición se basa el autor en el concepto que sobre peligrosidad criminal prevé el Código penal para las medidas de seguridad del artículo 95.2 del Código; ALONSO BUZO, “La nueva regulación de la suspensión...”, p. 4, señala que “Por peligrosidad criminal puede entenderse, a la luz del art. 95.1.2.º CP, el pronóstico de comportamiento que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos, lo que exigirá valorar aquellos factores a través de los cuales pueda deducirse que en el sujeto no existe una resistencia a la integración social, y entre ellos, su personalidad, su actividad laboral, su situación familiar y social, su estado físico y mental”; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, “La suspensión de la ejecución de las penas...”, p. 185, habla de “[...] posibilidades de que vuelva a delinquir”; POZA CISNEROS, “Suspensión, sustitución...”, p. 257, lo define como “Un pronóstico de comportamiento que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos”; PUENTE SEGURA, *Suspensión y sustitución...*, p. 129, define la peligrosidad criminal cuando dice que “El concepto de peligrosidad criminal aparece directa e inmediatamente relacionado con consideraciones que pertenecen al plano de la prevención especial. La constatación de la existencia en el sujeto condenado de un «estado de peligrosidad criminal» determina un desalentador pronóstico acerca de su futura conducta y hace considerar como probable o altamente probable su reiteración delictiva”. En estas circunstancias se considera que la ejecución material de la pena privativa de libertad impuesta, resulta indispensable, precisamente desde el punto de vista de la prevención especial, para que la misma pueda cumplir su función. Merece especial mención MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas de delito*, p. 93, al ser mucho más explícito en su definición, cuando habla de la peligrosidad criminal como “[...] una situación de carácter subjetivo que debe deducirse de las circunstancias objetivas-subjetivas, así como de factores sociales concurrentes y que permite prever que el sujeto volverá a cometer delitos en el futuro”. Entiendo que todas estas definiciones como señala HURTADO YELO, “La peligrosidad criminal como criterio...”, p. 6, tienen un elemento común como es “La probabilidad de que el reo vuelva a delinquir, esa probabilidad si es alta supone un riesgo para la sociedad y ello lleva a no suspender la pena privativa de libertad aun cuando se den los requisitos [del artículo 80.2 del Código]”; en el mismo sentido LLORCA ORTEGA, “La suspensión de la ejecución de la pena”, p. 222, que lo define como “[...] los factores a través de los cuales pueda deducirse que en el sujeto no existe una

tanto al momento de decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena, como a las consecuencias de tal decisión. Debe valorarse tanto la necesidad de ejecutar la pena para evitar la comisión de nuevos delitos, como los eventuales efectos criminógenos de aquella decisión. Solo de este modo, ese juicio de posible reiteración delictiva, será positivo en relación con los fines de la pena²⁵³.

Como decía, dada la amplia interpretación posible del principio de «peligrosidad criminal» me planteo cómo y cuál es la valoración que de este principio han realizado los tribunales de justicia. Si ese juicio o pronóstico de reiteración delictiva ha de ser realizado por los jueces: ¿cómo valoran esa peligrosidad criminal?, ¿se sirven de algún mecanismo en su valoración?, ¿pueden o deben solicitar informes sobre el penado que determinen esa posible reincidencia penal? Creo que si bien los jueces pueden recabar esta información siempre que lo consideren oportuno, en precepto no lo dispone como de obligatorio cumplimiento por lo que nuevamente será el juez el que, en cada caso concreto, valore esa necesidad²⁵⁴. Ante esta imprecisión solo cabe acudir al tratamiento que la jurisprudencia ha ido dando de este principio.

Así la STS 208/2000, de 18 de febrero, permite que se base la denegación de la suspensión de la condena en la peligrosidad que conlleva las circunstancias específicas concurrentes en el delito, siendo precisamente la peligrosidad criminal del condenado el parámetro que la propia ley establece para que sea valorado por el tribunal a los efectos

resistencia a la integración social de modo que la pena resulte perturbadora o simplemente innecesaria”; en este caso no sería necesario acreditar de forma positiva la presencia de la peligrosidad criminal, como ocurre en las medidas de seguridad, sino valorarla en sentido negativo, es decir su no presencia, para permitir que se pueda evitar el ingreso en prisión por no ser necesario.

²⁵³ Sobre esa finalidad, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “El debate actual sobre los fines de la pena...”, pp. 155 y ss.

²⁵⁴ A este respecto, como bien apunta ROIG TORRES, *Suspensión de la ejecución de las penas...*, p. 320, “[...] se sigue prescindiendo de informes técnicos de carácter preceptivo, que sirvan al órgano judicial de soporte para tomar la decisión”. No obstante la misma pone reparos a su inclusión al valorar que “Aunque en principio cabe pensar que su incorporación sería positiva al emitirse por expertos, debería asumirse también una posible demora en la resolución y el riesgo de una eventual reducción en el número de concesiones en aquel grupo de supuestos donde el otorgamiento del beneficio es práctica común, como sucede cuando el penado carece de antecedentes penales”. Ahondando sobre esta cuestión, CARDENAL MONTRAVETA, “Función de la pena y suspensión de su ejecución...”, p. 22, indica que “La peligrosidad criminal sigue teniendo un papel relevante pero, como ya sucedía en la regulación anterior, la ejecución de la pena no se hace depender exclusivamente de aquella circunstancia. Debe destacarse que en el art. 80.1 CP ya no se dice que, al resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena, “se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto”. Manteniendo el carácter discrecional de la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena, hora se exige que “sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos””.

de la concesión o denegación del beneficio²⁵⁵. Por su parte, las SSTS 992/2000, de 2 de junio; 345/2007, de 24 de abril; 730/2008, de 22 de octubre y 603/2009, de 11 de junio, señalaban que “la peligrosidad criminal no puede presumirse por el hecho de estar el sujeto en uno de los supuestos de peligrosidad (como por ejemplo en el caso que nos ocupa de toxicomanía con dependencia o trastorno paranoide de la personalidad), sino que debe ser establecida en el proceso y puede ser objeto de controversia, sin que la medida deba llevarse a cabo de manera automática”²⁵⁶.

En igual sentido y más reciente, la STS 482/2010, de 4 de mayo, hace referencia a que el juicio de peligrosidad sobre el individuo opera en dos fases: a) en la fase de diagnóstico, fundado en el actuar peligroso para la sociedad, que ya ha sido patentizado y objetivado en el hecho dañoso ejecutado; y b) en la fase de pronóstico, que se

²⁵⁵ Esta STS 208/2000, de 18 febrero, resolvía un recurso de casación presentado contra la sentencia dictada en fecha 19 de enero de 1998 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que condenaba a los entonces recurrentes. Firme dicha sentencia por auto de fecha 6 de mayo de 1998 se les denegó a los condenados el beneficio de la suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad solicitado, interponiendo dichos recurrentes recursos de súplica frente a esta desestimación cuyo auto fue igualmente desestimatorio. En este procedimiento, el Ministerio Fiscal informó sobre la concesión a los penados de los beneficios de la condena condicional en el sentido de que no procedía la suspensión de las penas impuestas a los penados por cuanto habían resultado condenados por un delito de robo en casa habitada, que revelaba, según su apreciación, una especial energía criminal y una manifiesta peligrosidad de los mismos. De conformidad con lo expuesto por el Ministerio Fiscal el tribunal entendió que dado el carácter de peligrosidad de los sujetos no había lugar a la suspensión de la pena.

²⁵⁶ Añade en concreto la STS 603/2009, de 11 de junio, valorando de forma más profunda este concepto, que “En el campo del Derecho preventivo, la peligrosidad criminal está relacionada directamente con la inimputabilidad del sujeto, o la ausencia de capacidad de culpabilidad. Es decir, que está conectada con los llamados estados peligrosos que se contemplan en el artículo 20 del CP en relación con los 101 a 104 del CP”. Se referenciaba aquí los supuestos de inimputabilidad penal conforme a las excusas absolutorias que prevé el artículo 20 del Código penal en relación con las medidas de seguridad a imponer en estos casos de conformidad con los artículos 101 a 104 del Código. Continuaba diciendo que “Se desprende de lo anterior (decía la STS 730/2008, de 22 de octubre), que concurriendo la situación de peligrosidad (circunstancias personales del sujeto de las que pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos), [...] la adopción de la medida se revela como necesaria y consecuencia de aquella, sin estar sujeta su adopción a petición del Ministerio Fiscal, pues el principio acusatorio no puede regir en relación con las medidas de seguridad, consecuencia de la peligrosidad del sujeto, como si se tratase de la imposición de una pena, sistema dual que opera en planos distintos. Cuestión diferente es que la persona sujeta a las mismas, goce del necesario derecho de defensa que ha de resolverse asegurando la vigencia del principio de contradicción. Siendo éste el criterio seguido [...] no pueden entenderse producidas las vulneraciones constitucionales denunciadas y ello por las dos razones expuestas en la STS de 19 de enero de 2000 antes citada: 1) Por la evidencia de la necesidad de aplicar la medida de seguridad que corresponda entre aquellas que el legislador tiene previstas para el caso, no sólo en beneficio de la sociedad, amenazada por la comisión de nuevos delitos, sino también en favor del reo en pro de unas mejores posibilidades para su rehabilitación y reinserción social (art. 25.2 CE) [...]. 2) Porque el condenado intervino, debidamente asistido de letrado, en el mencionado incidente que se tramitó en ejecución de sentencia, en el cual pudo alegar lo que estimó conveniente en los mismos términos que la parte contraria”.

proyecta hacia su comportamiento futuro y que tiene por finalidad prever la posibilidad de que la persona concernida cometa nuevos hechos dañinos para la sociedad²⁵⁷.

Lo que hace el Tribunal Supremo en todas estas sentencias es interpretar que el concepto de «peligrosidad criminal» no es un elemento que se aplique de forma automática a una persona porque haya cometido un ilícito anterior. Del mismo modo que, como he fijado anteriormente, el hecho de no haber cometido ningún hecho penal no quiere decir que objetivamente no se tenga o no se posea la cualidad o condición de peligroso. Lo que importa, lo que es relevante, es que en ese juicio de valor que los jueces y tribunales realizan, atribuya o no a una persona la condición de peligroso. Para llegar a esta conclusión se han valorado las circunstancias concretas del autor así como el resto de elementos que lo rodean, especialmente, las circunstancias específicas concurrentes en el delito. Consecuentemente no puedo sino compartir la visión del Tribunal Supremo que, como digo, jurisprudencialmente fue perfilando una definición o conceptualización de la peligrosidad criminal del sujeto en un contexto determinado; contexto que finalmente se materializó en la reforma operada en el Código penal por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo²⁵⁸. Pero, en todo caso, la consideración que se introduce

²⁵⁷ Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo ha considerado a la peligrosidad criminal del delincuente, en todo caso, como una institución criminológica y no jurídica. Esta interpretación se obtiene a la hora de valorar si existe o no peligrosidad criminal y no solo para suspender la pena privativa de libertad de un condenado sino también para imponer una medida de seguridad en los términos que recogía el artículo 95.1.2 del Código penal (que hablaba expresamente de peligrosidad criminal y hoy habla de pronóstico de comportamiento futuro de reincidencia penal), como requisito esencial en la imposición en este tipo de medidas.

²⁵⁸ Ahondando en la perspectiva que adoptan los tribunales de justicia, es destacable por su claridad y precisión el auto de 10 de diciembre de 2013, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, al resolver un recurso de súplica de un penado al que se le había denegado tanto la suspensión de la pena privativa de libertad como la sustitución de dicha pena privativa de libertad. Dicho Auto señaló que “En el presente supuesto y con relación al penado [...] y respecto del primer parámetro establecido por el legislador en el art. 80.1 del CP, esto es, la peligrosidad criminal del sujeto [Recordar que en esa fecha seguía la redacción anterior a la reforma de la L.O. 1/2015 y que por lo tanto el artículo seguía recogiendo el requisito de peligrosidad criminal así como el de la existencia de otros procedimientos penales contra el reo], no hay dato alguno que permita concluir la existencia de dicha peligrosidad, entendida ésta, como la probabilidad de comisión de nuevos hechos delictivos, especialmente en relación a hechos delictivos de igual o similar naturaleza a los que dieron lugar a esta causa [...]. Sin embargo este Tribunal entiende que existe la peligrosidad criminal del penado entendida como la derivada de la gravedad, naturaleza y entidad de los hechos por lo que fue condenado, así como atendiendo a las circunstancias personales del penado y a su conducta [...] siendo éste un motivo válido y legal admitido por el Tribunal Supremo. Añade esta Sentencia que “En cualquier caso cabe señalar que la resolución de la Audiencia Provincial, denegando la concesión del beneficio de suspensión de la condena impuesta, está razonadamente motivada, pues los recurrentes fueron condenados como autores de un delito de robo en casa habitada a la pena de dos años de prisión y la Sala sentenciadora no estimó procedente ejercitar su facultad legal de suspensión de condena atendiendo, de modo expreso, a la peligrosidad que conlleva la entrada en casa habitada y a la alarma que provoca en la sociedad, es decir a las circunstancias específicas concurrentes en el delito siendo precisamente de peligrosidad criminal del condenado el parámetro que la propia ley establece para que sea valorado por el Tribunal a los efectos de la concesión o denegación del beneficio

para valorar esa peligrosidad criminal no lo es en relación a la reiteración delictiva, sino que lo es en relación a las circunstancias personales del autor, determinadas circunstancias modificativas y a la naturaleza del hecho y su gravedad. Sobre esta premisa se hace un juicio de peligrosidad y se considera que el condenado es peligroso y de ahí la resolución denegatoria de la concesión del beneficio.

Sobre esta base hay que tener en cuenta que el concepto de peligrosidad criminal ha venido siendo valorado no solo por las características del delito cometido sino también por la existencia de un pronóstico relativo a las posibilidades de comisión de nuevos delitos que habrá de configurarse análogamente a lo que preveía el artículo 95.1.2ª del Código penal en su redacción anterior a la L.O. 1/2015, en relación con las medidas de seguridad. Precisamente en este contexto es donde creo que puede tener encaje la nueva redacción que se ha dado al artículo 80.1 párrafo primero del Código penal muy similar a aquella que contenía el artículo 95.1.2ª del Código²⁵⁹. En relación con lo regulado para las medidas de seguridad, la denominada peligrosidad criminal presupone ese juicio de valor sobre la conducta del penado. Legalmente es el artículo 6.1 del Código penal el que (nuevamente con ocasión de regular las medidas de seguridad) recoge expresamente la alusión a la peligrosidad criminal del sujeto al disponer que:

(art. 80.1º C. Penal 1995)”. Continúa diciendo que “La peligrosidad criminal de una persona es siempre algo difícil de valorar y ante ello los Jueces hemos de acudir, de una parte, a inferir dicho peligro o riesgo de los hechos declarados probados en la sentencia en la que se condena al sujeto activo y, de otra parte, de su comportamiento posterior o anterior. Es más, en un intento el legislador de acotar lo que se entiende por «peligrosidad» en la reforma operada en dicho artículo 80 del C. Penal en virtud de la Ley Orgánica 15/2003 se añade que no solo se atenderá a dicha «peligrosidad» sino a la «existencia de otros procedimientos penales». Habitualmente, la peligrosidad se valorará atendiendo a los datos que suministre la causa y con frecuencia será preciso reiterar consideraciones ya utilizadas en la individualización concreta de la pena, exigidas con rigor por los arts. 66.1 y 68 del Código Penal. Las mismas circunstancias personales del autor, determinadas circunstancias modificativas o la naturaleza del hecho y su gravedad pueden servir tanto para individualizar la pena como para extraer de ellas un juicio de peligrosidad”. En este caso, es clara la referida resolución. La pena suspendida no supera el límite de penas que dispone el artículo 80.2 condición segunda del Código penal (se trataba de la imposición de una pena de prisión de nueve meses y un día que ni se suspende ni se sustituye por multa), pero aun así no se suspende la pena por considerar que en el reo, objetivamente, existe peligrosidad criminal.

²⁵⁹ Dispone el actual artículo 95.1.2ª del Código penal que:

Art. 95.1.2ª. “Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias: 2. Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

Art. 6.1. “Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se le impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”.

Desde este punto de vista pudiera parecer y así lo interpretan algunos autores, que la peligrosidad criminal solo se puede apreciar una vez que se cometa un delito, por aplicación del principio de intervención mínima del Derecho penal y por la máxima de que el pensamiento no delinque²⁶⁰. Esto es; es necesario que se cometa algún hecho y que ese hecho se haya exteriorizado a través de la comisión de una infracción penal, para que pueda objetivamente determinarse que nos encontramos ante una persona peligrosa desde el punto de vista penal. Toma esta postura, entre otros, aunque a mi juicio, en contra el sentido de la institución, MAPELLI CAFFARENA, quien opina que si un delito se ha cometido con anterioridad a aquel cuya pena pretende suspenderse y la sentencia se dicta con anterioridad a la resolución sobre la suspensión del segundo delito, aunque no se dicte previamente a su comisión, no podrá considerarse que el reo es delincuente primario. En contra, DE LA MATA BARRANCO sostiene en relación a la peligrosidad criminal que “Si tal advertencia no se ha materializado, ninguna razón habrá para denegar el beneficio de la suspensión de la pena, porque justamente la idea de peligrosidad del sujeto, que también se maneja para explicar la innecesariedad de la pena privativa de libertad, exige conocer si la misma es o no menor tras la advertencia inicial frente a la comisión del primer delito. Si la advertencia no se realiza y se produce un segundo delito, éste, a efectos de valorar el beneficio de la pena, debe entenderse como si fuera el primero; sino, no podría enjuiciarse la efectividad preventivo-especial de la suspensión; en eso consiste esta suspensión a prueba: en ofrecer una segunda oportunidad advirtiendo de las consecuencias que van a derivarse del injusto cometido”. En igual sentido afirma PUENTE SEGURA, que para que pueda disfrutarse del beneficio de la suspensión de la pena no es óbice que se haya cometido un delito previamente a aquél en relación al cual pretende suspenderse la pena si en el momento de comisión del segundo delito no había recaído sentencia firme y, por tanto, no había

²⁶⁰ Por todos, DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la apropiación...*, p. 39, cuando señala que “El Derecho penal debe concebirse como un instrumento de control social al que, no obstante, solo ha de acudir en aquellos casos en que por la importancia de los bienes en juego o por la especial virulencia con la que determinados bienes son atacados, se hace necesaria la aplicación de la más enérgica de las intervenciones que el Estado puede desplegar”.

existido apercibimiento de la pérdida de condición para el futuro de delincuente primario²⁶¹.

No obstante mantengo que ese concepto ha evolucionado y que, como ya adelantaba, no solo es peligroso quien haya cometido algún delito, sino que puede serlo quien no lo haya cometido. Cuestión distinta es que el Derecho penal no actúa *ex ante* ante la comisión delictiva y no se pueda valorar, pero ello no significa que objetivamente una persona no pueda ser considerada como peligrosa. Conceptualmente existe esa posibilidad pero en la práctica no es posible valorar la peligrosidad criminal de un sujeto sin previa comisión delictiva de la que se derive tal peligrosidad. Consecuentemente, puede no ser peligroso quien haya cometido una infracción penal cuando el juicio de probabilidad de reiteración delictiva sea negativo, atendiendo a los requisitos que rodean al hecho cometido y al autor.

Como decía con anterioridad, entiendo que este concepto de peligrosidad criminal es la base y el origen del actual criterio que recoge el artículo 80.1 párrafo primero del Código penal, si bien este nuevo criterio que analizaré en el apartado siguiente va más allá, reelaborando el concepto de peligrosidad criminal.

- c') Valoración del pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

En el apartado anterior me he dedicado a exponer el concepto de peligrosidad criminal que, como decía, a pesar de regularse en la dicción literal de anterior Código penal no se recogía su definición y se tenía que extraer de la aplicación jurisprudencial. El problema es que la redacción actual hace referencia a otro parámetro o criterio que tampoco se encuentra definido en ninguna norma. Este nuevo criterio dice que se podrá acordar la suspensión «cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos»²⁶².

²⁶¹ Profundizando sobre estas cuestiones: MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 108 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, “Suspensión de la ejecución...”, pp. 3 y 4; y PUENTE SEGURA, *Suspensión y sustitución de las penas*, p. 99, entre otros.

²⁶² Sobre esta cuestión se pronuncia GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 144, señalando que se da una “[...] vinculación formal entre el antecedente penal no cancelado o cancelable con un pronóstico de peligrosidad específico. En la práctica, ello supone desbordar el concepto

A mi juicio esta redacción, aún más farragosa si cabe que la anterior, no hace sino generar nuevas incertidumbres con diferentes interpretaciones sobre qué se ha de entender sobre este concepto. No se debe olvidar que no es baladí la cuestión. Si se entiende que es necesaria la ejecución de la pena para evitar la reiteración delictiva, ello supondrá necesariamente la denegación de la suspensión de la pena. Pero no solo eso. En este punto me pregunto: ¿esta nueva redacción realmente contiene un nuevo criterio o elemento a tener en cuenta distinto de la peligrosidad criminal? Como adelantaba entiendo que el origen de este criterio es la peligrosidad criminal pero va más allá en su conceptualización y en lo que conlleva en la práctica judicial. No obstante hay autores que entienden que es una nueva denominación del viejo concepto de peligrosidad criminal, sin añadir nada nuevo²⁶³.

tradicional de primariedad delictiva, o lo que es lo mismo, configurar un supuesto de primariedad *ad hoc*: cuando el antecedente carezca de relevancia para conformar un juicio de reiteración delictiva, el sujeto será considerado, a los solos efectos de la suspensión, como primario”. Igualmente CARDENAL MONTRAVETA, “Función de la pena y suspensión de su ejecución...”, pp. 23 y 24, indica que a la hora de identificar ese principio de pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, se podrían realizar dos agrupaciones: “A) Casos en los que es razonable esperar que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos y, además, aquélla aparece como un factor criminógeno que dificulta un proceso de desistimiento y resocialización directamente relacionado con las circunstancias personales del penado y su entorno familiar, laboral y social. En estos supuestos, en principio, la eficacia preventiva general intimidatoria asociada a la ejecución de la pena no proporciona un saldo preventivo global mejor que el saldo que suministra la suspensión de la ejecución, especialmente cuando la función preventiva se refiere a delitos que suelen cometerse en circunstancias en las que la eficacia intimidatoria de la ejecución de la pena es reducida (por tratarse de delitos que no van precedidos de un proceso reflexivo sobre sus consecuencias) [...]. B) Casos en los que es razonable esperar que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos, pero -atendiendo a las características del penado y de su entorno familiar, laboral y social, y a las consecuencias que aquí pueda tener el ingreso en prisión- éste no aparece como un factor criminógeno que dificulta un proceso de desistimiento y resocialización, porque no disminuirá de forma significativa los recursos de los que ya dispone el penado para vivir sin volver a delinquir, ni es previsible que provoque la aparición de otros factores que favorecen la comisión de nuevos delitos, pudiendo la ejecución de la pena facilitar, incluso, que el sujeto tome conciencia de los recursos de los que dispone y el desvalor de su comportamiento. En estos supuestos, en principio, la eficacia preventiva general (intimidatoria y positiva) asociada a la ejecución sí proporciona un saldo preventivo global mejor que el asociado a la suspensión, especialmente cuando la función preventiva se refiere a delitos respecto de los cuales -atendiendo a las circunstancias en las que suelen cometerse y a la trascendencia del reproche social que expresa en relación con quien venía disfrutando de una reputación social- la eficacia intimidatoria de la ejecución de la pena sí es significativa mientras que, por el contrario, es muy limitada la eficacia intimidatoria de las otras alternativas”.

²⁶³ Entre otros: TÉLLEZ AGUILERA, “El libro primero del Código Penal...”, p. 8, cuando dispone que “[...] el régimen general de suspensión de penas privativas de libertad ha de cumplir un requisito subjetivo como es el de que el Juez o Tribunal entienda de manera razonable que la ejecución de la pena no es necesaria a fin de evitar la comisión de futuros delitos. Es el requisito tradicionalmente conocido como peligrosidad criminal del sujeto, es decir, que, si se entiende que la suspensión propiciará que el condenado continuará delinquir, se ha de proceder a no conceder la suspensión. A fin de que el Juzgador tenga una serie de parámetros interpretativos que le permitan valorar este requisito subjetivo de la peligrosidad del condenado, el propio precepto señala que el mismo habrá de valorar las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular el esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales y los

En todo caso, me gustaría apuntar que a pesar de que este concepto es novedoso en la redacción del Código, no lo era en la práctica judicial. Ya la STC 209/1993, de 28 de junio, apuntaba que “la necesidad de evitar el cumplimiento de las penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en alta casos la ejecución de una pena de tan breve duración no solo impedirá alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo [...]”. Ello denota que en la práctica judicial ya se tenía en cuenta este principio aun cuando la dicción literal del Texto refundido del Código de 1973, ni tan siquiera lo mencionara.

A mi juicio, este criterio va más allá de una nueva redacción del criterio tradicional. No se debe olvidar que la peligrosidad criminal no solo está relacionada con la reiteración delictiva sino que hay que encuadrarla en un contexto en el que también se han de valorar las circunstancias personales del autor así como determinadas circunstancias modificativas o la propia naturaleza del hecho y su gravedad. Por ello considero que este nuevo criterio conlleva, en sí mismo, una valoración subjetiva que tienen que realizar los jueces y tribunales como paso previo para suspender el cumplimiento de la ejecución de la pena²⁶⁴. Lo anterior tiene cabida al considerar que su ejecución no es necesaria para cumplir los fines de prevención especial.

efectos que quepa esperar de la propia suspensión y del cumplimiento de las medidas que se le pudieran imponer”; CARDENAL MONTRAVETA, “Función de la pena y suspensión de su ejecución...”, p. 22, cuando apunta que “Cuando -utilizando los términos del nuevo art. 80.1 CP- «sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos», la función de prevención especial podrá satisfacerse con una intervención menos intensa que la ejecución de la pena, y ello limitará sus eventuales efectos criminógenos, que reducen o eliminan la eficacia preventiva especial de la pena y, con ello, disminuyen el saldo preventivo global”. Añade que “Es posible que la repercusión negativa de los efectos criminógenos de la pena en el saldo preventivo sea igual o superior a la repercusión positiva que su ejecución produce desde el punto de vista intimidatorio. Cuando la función preventiva especial no pueda satisfacerse sin ejecutar la pena, la suspensión disminuiría también desde esta perspectiva el saldo preventivo global; QUINTERO OLIVARES, “Las penas y su ejecución...”, pp. 7 y 8, indica que “La idea es, pues, que la ejecución de la pena tiene como fin neutralizar la peligrosidad del sujeto, y no tiene sentido si no existe ese peligro de reincidencia, o de reiteración delictiva, lo cual se deberá apreciar tomando en cuenta las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

²⁶⁴ Postura compartida, entre otros, por SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “Los modelos de inejecución...”, pp. 201 y 202, cuando indica que “El precepto [artículo 80.1 párrafo 1º] deja bien a las claras que el modelo de inejecución condicionada únicamente es factible cuando permite construir un modelo de neutralización del riesgo de reincidencia. Para ello deberá ponderarse [los elementos que se recogen en el artículo 80.1 párrafo 2º]. Muchas de estas variables incorporan nociones propias de la ciencia criminológica y,

En este contexto, el órgano judicial que considere que la suspensión de la ejecución de la pena propiciará que el condenado continúe delinquir no concederá dicha suspensión. Es lo que tradicionalmente se conoce como un elemento subjetivo tendente a la segunda oportunidad que se da al condenado siempre que se trate de un delincuente primario y concurran el resto de elementos de la suspensión de la pena. De la misma forma que no se concederá la suspensión de la pena, aun cuando se haga un juicio de valor negativo a esa reiteración delictiva, pero del resto de elementos sea preferible que el penado cumpla la pena privativa de libertad a que ha sido condenado.

En todo caso, no se trata de una ciencia exacta. Si fuera tan fácil como conocer que ese delincuente no va a volver a delinquir no sería necesario este juicio de valor que hace el juez; ello conllevaría su regulación no como una facultad sino de aplicación automática en el ordenamiento jurídico español²⁶⁵. Habrá casos en los que aun cuando se valore negativamente esa posibilidad de reincidencia y por ello se suspenda la pena, el sujeto vuelva a delinquir. Lo anterior conllevaría la revocación de la suspensión con todas las consecuencias inherentes a ello siempre que la reiteración ponga de manifiesto que la expectativa en que estaba fundada la decisión de suspensión adoptada no pueda ser mantenida como indica el artículo 86.1 a) del Código. Esto es debido a que la reiteración delictiva no conlleva automáticamente la revocación de la pena. Pero si el juicio de peligrosidad ha sido negativo; esto es, si se le ha suspendido la pena valorando que no va a volver a delinquir: ¿no sería lógico pensar que cualquier reiteración delictiva posterior frustrará ese juicio de probabilidad negativo que ha hecho el juez que le ha concedido la suspensión de la pena? Pues aunque entiendo que sería así, no es la opción que ha plasmado el legislador en la normativa actual. Ahondaré sobre esta cuestión al analizar las causas de revocación de la suspensión de la pena. Baste aquí puntualizar que la intención legislativa es la de que el derecho a la segunda oportunidad del reo no se vea limitado o impedido por la comisión de cualquier delito, sino solo en los casos en los que el nuevo delito tenga relación directa con el hecho que ha motivado la primera condena que está suspendida.

atendiendo a la escasa presencia de los informes criminológicos en el sistema institucional de justicia, es de esperar que, desgraciadamente, lo intuitivo siga presidiendo este espacio jurisdiccional”.

²⁶⁵ No obstante sí que es necesario puntualizar que la sustitución de la ejecución de la pena por la expulsión del territorio nacional que regula el actual artículo 89 del Código prevé un carácter *cuasi* imperativo en su concesión, lo cual será analizado en el apartado correspondiente.

Quizás debido a la inconcreción en la redacción del párrafo primero del artículo 80.1 del Código penal, cabría pensar que en la regulación posterior se aportaría algo de luz al respecto. Nada más lejos de la realidad. El párrafo segundo del mismo precepto al recoger un catálogo de circunstancias a valorar que luego analizaré, genera más incertidumbre que seguridad. Se recoge una previsión concreta al imponerse a los jueces la valoración de unas circunstancias; circunstancias que deberán ser apreciadas para acordar la suspensión de la ejecución de la pena. Se vuelve en este punto, una vez más, a la posible arbitrariedad delictiva que socialmente se puede vislumbrar al tratarse de una valoración personal que realiza el juez, cuando realmente se trata de una posible discrecionalidad (pero nunca arbitrariedad) que ha de estar debidamente motivada en todos sus aspectos.

En definitiva, el juicio de pronóstico futuro de reiteración delictiva, en tanto que contiene un pronóstico de futuro, resulta más problemático que el juicio de culpabilidad, que se refiere a hechos ya realizados y a la imputación de los mismos a su autor. Pero su dificultad no puede conducir a eliminarlo en la aplicación del caso concreto.

- b) Criterios a tener en cuenta por los órganos judiciales para resolver sobre la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad: la llamada discrecionalidad judicial del artículo 80.1 párrafo segundo del Código penal.

Como he adelantado el artículo 80.1 párrafo segundo del Código, fruto de la reforma operada por la tan aludida L.O. 1/2015, contiene un elenco de criterios que el juez o tribunal ha de valorar para adoptar la resolución sobre la suspensión de la ejecución de la pena. Dispone este precepto lo siguiente:

Art. 80.1 pfo. 2º. “Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

Estos criterios, junto con el previsto en el párrafo primero del mismo precepto que acabo de analizar, sirven al juez para valorar ese pronóstico futuro de posible

reincidencia en relación con la eficacia preventiva especial²⁶⁶. En todo caso, lo que me parece claro es que todas estas circunstancias han de ser, necesariamente, tenidas en cuenta por el juez o tribunal encargado de resolver sobre la concesión de la suspensión de la pena, toda vez que el Código dice que el juez o tribunal «valorará». Este carácter imperativo supone esa necesaria valoración pero, a mi juicio, ello no conlleva que en la resolución en que se acuerde o deniegue la suspensión de la pena se tenga que aludir a todas ellas, siempre que se hayan apreciado, en conciencia, por el juez competente. Esto es; ese juicio de probabilidad que realiza el juez tomará en conciencia estas (y otras) circunstancias de las que se valdrá para determinar si existen indicios de una futura reiteración delictiva. Pero la resolución en que se pronuncie el juez sobre este beneficio penitenciario no debe entrar a analizar una por una; estas circunstancias serán valoradas en su conjunto y siempre que la motivación sea suficiente y de la misma se puedan inferir los motivos por los que se acuerda o deniega, nunca adolecerá de nulidad. Lo anterior no implica que la Audiencia Provincial correspondiente, resolviendo el posible recurso de apelación, resuelva en el mismo sentido, ya que ese juicio de probabilidad no es una ciencia cierta, de ahí la independencia judicial.

A mi juicio, la inclusión de todas estas circunstancias por la L.O. 1/2015, otorga una mayor discrecionalidad a los jueces y magistrados al pronunciarse sobre la suspensión de la pena. Además lo que realmente hace la reforma de 2015 es normar unas circunstancias que ya eran valoradas por el juez por lo que poco o nada añade. A pesar de ello creo que es conveniente intentar dar nociones de cada una de estas circunstancias a las que se refiere el precepto y su posible interpretación.

1º) Circunstancias del delito cometido.- El juez encargado de resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad ha de tomar en consideración (retomando ese carácter obligatorio al que aludía al decir «valorará») en primer lugar,

²⁶⁶ Como considera CARDENAL MONTRAVETA, “Función de la pena y suspensión de su ejecución...”, p. 22, “[...] esta eficacia preventiva especial de la decisión sobre la suspensión o la ejecución de la pena depende de las circunstancias personales del penado, y de la capacidad de las distintas alternativas para neutralizar o limitar su peligrosidad; y dependerá, también, de los efectos criminógenos que aquella decisión pueda producir”. Para CORELLA MIGUEL, “La nueva regulación de la suspensión...”, p. 2, “Esto es una novedad, quizá pensada para dar más discrecionalidad al Juez o Tribunal pero lo cierto es que, en mi opinión, introduce más inseguridad jurídica y todavía habrá que esperar a ver sus resultados ya que, qué duda cabe, supone que el órgano judicial haga una prospección o labor adivinatoria de lo que pueda o no hacer el reo en el futuro y el término «sea razonable esperar» parece un concepto jurídico hartamente indeterminado. Considero una dificultad añadida para los Jueces y Tribunales tener que realizar esta tarea para terminar exigiéndoles que su decisión sea motivada, como debe serlo ya que se trata de una discrecionalidad reglada la que se les confiere para resolver acerca de la concesión o denegación de la suspensión o sustitución”.

«las circunstancias del delito cometido». Se trata de un criterio novedoso. Con anterioridad a la reforma de 2015, las circunstancias del delito cometido no podían ser valoradas nuevamente por el juez de ejecución al haber sido ya tenidas en cuenta por el juez sentenciador. Se impedía por tanto que el juez de ejecución entrara, otra vez, a apreciarlas. Como digo, con la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, se reconoce expresamente dicha posibilidad. El problema que encuentro es: ¿qué sucederá si la valoración que hace el juez de ejecución en este momento para resolver sobre la concesión de la suspensión de la pena es diferente a la que hizo el juez sentenciador al imponer la sentencia condenatoria? Dudo que el legislador haya tenido en cuenta esta premisa. De ser así no permitiría que el juez de ejecución valorara, de nuevo, esas circunstancias porque se expone a que, como digo, la valoración sea diferente.

Parecería lógico que esa valoración inicial, en cierta medida, vinculara al juez de ejecución, puesto que si ya se tuvieron en cuenta como un elemento más que determinó que la sentencia fuera condenatoria, parecería que lo más razonable fuera que ello se mantuviera en la ejecución posterior y, por ende, en el momento de abordar la concesión o denegación de la suspensión de la pena. Pero ¿qué pasa si el juez de ejecución no tiene ese mismo criterio? ¿Cómo afecta ello a la suspensión de la pena?

Bajo mi punto de vista cuando se incluye este criterio de las «circunstancias del delito cometido» en realidad no se está permitiendo que el juez de ejecución valore *strictu sensu*, de nuevo, las circunstancias que ya valoró el juez sentenciador. Creo que el juez de ejecución no puede valorar ni la naturaleza del hecho cometido ni la gravedad del mismo, circunstancias que ya se habrán tenido en cuenta, como decía, por el juez sentenciador²⁶⁷. Toda posición contraria creo que no tiene cabida. Entiendo que, lo que se vuelve a valorar por el juez encargado de resolver sobre la suspensión (cuando no sea el mismo juez sentenciador que sería lo deseable) es esa posibilidad de futura

²⁶⁷ Sobre este nuevo criterio, GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 146, entiende que “[...] los elementos que deben conformar el juicio pronóstico han de conectarse *funcionalmente* con el riesgo de reincidencia, o como mínimo con reiteración delictiva. Así ha de interpretarse la referencia a la «circunstancias del delito cometido»”. Añade que “[...] se trata de valorar la existencia o no, en el delito cometido, de factores criminógenos históricos, contextuales, o motivacionales, que no permitan excluir la posibilidad de comisión de nuevos delitos”. En idéntico sentido RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 62, indica que las circunstancias del hecho cometido “no puede ser identificado con “la naturaleza del hecho” a la que ha de atenderse para decidir la suspensión sustitutiva [...] ni con la gravedad, que se habrá valorado en la determinación de la pena, sino que como dice algún autor, se trata de valorar si en el delito cometido concurren o no factores criminógenos, histórico o motivaciones de los que pueda inferirse o excluirse la peligrosidad del penado”.

reincidencia del sujeto. Ponderará las circunstancias del delito cometido para apreciar, en conciencia como decía, si de las mismas se pudiera revelar un pronóstico futuro de reincidencia. Se trata de una tarea que no es sencilla pues tiene un carácter eminentemente subjetivo. Lo que para un juez puede revestir un pronóstico negativo de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, para otro puede denotar un pronóstico positivo. No se puede olvidar que determinados delitos de los tipificados en el Código y no solo atendiendo a su gravedad (ya que ello habrá influido en el tipo y extensión de la pena impuesta en la sentencia cuya suspensión se pretende), conllevan un factor criminógeno *per se* que es lo que se ha de valorar.

Ante esta tesitura solo puedo añadir que para tener una visión global, en ese pronóstico se apreciarán el resto de circunstancias que recoge el propio precepto.

2º) Circunstancias personales del penado.- Junto a las circunstancias del delito cometido añade el precepto que el juez valorará las «circunstancias personales del penado»²⁶⁸. Se trata de un nuevo criterio que si bien es nuevo en la redacción no lo es la práctica judicial, como ya indicaba anteriormente. Los jueces y tribunales, a la hora de resolver sobre la concesión o denegación de la suspensión de la pena, ya valoraban estas circunstancias. Pero nuevamente surge la duda sobre qué se ha de entender o qué ha de valorarse en esas circunstancias personales del penado²⁶⁹.

Parece indudable que si por ejemplo existe una medida cautelar adoptada en un procedimiento anterior (una prisión provisional o una orden de alejamiento), ello suponga que, en un asunto concreto, en el que aún no hay sentencia firme, un juez ha valorado la necesidad de adoptar este tipo de medidas²⁷⁰. Lo cierto es que, como no hay

²⁶⁸ Conviene recordar que en el Anteproyecto de reforma del Código penal de 3 de abril de 2013 se aludía expresamente a «la personalidad del penado» si bien se sustituyó esta referencia en el Proyecto de reforma del Código penal de 4 de octubre de 2013, por la valoración de las «circunstancias personales del penado». Entiendo que este concepto es más objetivo y, por lo tanto, más acorde a los principios del Derecho penal español, basado en el hecho cometido y no en la persona del autor.

²⁶⁹ Para ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de las penas...*, p. 111, “Se trata de establecer un juicio de peligrosidad mediante unas circunstancias que, aun cuando recuerden al Derecho penal de autor, no fundamentan la sanción sino la individualización de la ejecución, atienden solo a la prevención especial y no a criterios preventivo-generales o retributivos”.

²⁷⁰ Parece poco probable que se conceda la suspensión cuando se están cumpliendo otras condenas en un centro penitenciario, habida cuenta de la gran incidencia que posee la situación personal: un análisis jurisprudencial puso de manifiesto que si el sujeto se encontraba en prisión la posibilidad de que se le sustituyese la pena era nula, mientras que si se hallaba en libertad el porcentaje se elevaba al 30%; así lo

sentencia firme, el penado no tiene antecedentes penales por esta causa (sino estaríamos en el supuesto siguiente), pero es evidente que es un elemento a valorar. El problema es que, si por esta circunstancia se le deniega el beneficio de la suspensión y luego la sentencia es absolutoria, se estaría vulnerando el derecho a la presunción de inocencia. Por ello entiendo que es una cuestión delicada que ha de ser valorada caso por caso. Como adelantaba, en la resolución en que se acuerde o deniegue la suspensión de la pena no se tiene porqué hacer mención expresa a todas y cada una de estas circunstancias, pero todas ellas habrán sido valoradas previamente²⁷¹.

Dentro de estas circunstancias personales del penado se podrían incluir los antecedentes policiales del reo. Si el penado tiene antecedentes penales es evidente que los mismos se valoraran pero ya no estamos en este juicio de probabilidad sino en la consideración de si el nuevo delito cometido (el que se valora si ha de ser suspendido) carece o no de relevancia para valorar futuros hechos delictivos a los efectos del artículo 80.2.1ª *in fine* del Código. Además, la preexistencia de antecedentes penales creo que es subsumible en el apartado siguiente como indicaba. Sin embargo, sí que creo necesario plantear qué sucede con los antecedentes policiales, ¿pueden ser valorados a efectos de determinar la peligrosidad del sujeto? Si bien es defendible la postura que entienda que podrían ser valorables, bajo mi punto, no pueden serlo. A la hora de condenar a un reo en sentencia solo se pueden valorar los antecedentes penales que son los únicos que garantizan que el reo ha tenido un juicio en contradicción y que, cumpliendo las legalidad previstas en el ordenamiento jurídico, el órgano judicial haya considerado que es culpable.

Se trata de determinar si ese sujeto puede ser potencialmente reincidente. Para ello un hecho objetivo no puede ser la existencia de antecedentes policiales. Quienes entienden que serían valorables consideran que, si bien puede que no hayan sido suficientes para dictar una sentencia condenatoria (bien porque la causa ni siquiera llega al juzgado; porque una vez que llega se acuerda el archivo de la causa; o bien porque

considera ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 111, siguiendo a CERES MONTES, CID MOLINÉ y LLARRAURI PIJOÁN, *Penas alternativas a la prisión*, entre otros.

²⁷¹ Sin embargo, para RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 62, “La mención a las *circunstancias personales, sociales y familiares de penado* no ofrece ninguna dificultad interpretativa y exigen la incorporación de estos datos al procedimiento, lo que aconseja articular algún trámite para traer a la ejecución una información de todas estas circunstancias.” Bajo mi punto de vista sí que existen dudas interpretativas, como he expuesto.

aún se está tramitando), no es menos cierto que exteriorizan un comportamiento que es valorable por el juez. No obstante, me reitero, en que los antecedentes policiales no pueden ser tenidos en cuenta.

3º) Antecedentes del penado.- En este caso es evidente que el juez encargado de resolver sobre suspensión de la ejecución de la pena ha de valorar los antecedentes que tenga el penado. El problema que se ha suscitado es, dada la vaguedad de la redacción, ¿qué se debe entender por antecedentes del penado? La mayoría de la doctrina discute en este punto sobre si esa alusión lo es a los antecedentes penales del reo o si también se pueden valorar otros antecedentes como pueden ser los policiales²⁷². En esta polémica creo que la única interpretación posible al concepto de «sus antecedentes» lo ha de ser a sus antecedentes penales, porque considero que solo esa valoración es acorde al principio de presunción de inocencia, como indicaba anteriormente.

Entiendo que solo las condenas impuestas en sentencia firme pueden ser valoradas. Considero que ésta es la única interpretación posible porque, como digo, a pesar de que el reo tenga antecedentes policiales, entiendo que tenerlos en cuenta en el apartado relativo a «sus antecedentes» de forma que pueda conllevar la denegación de la concesión del beneficio, supondría una vulneración directa a su derecho a la presunción de inocencia en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Pero realmente la valoración de los antecedentes penales ya se realiza *ex* artículo 80.2.1ª del Código, por lo que esta inclusión, si solo se interpretara en relación a los antecedentes penales del reo, no añadiría nada nuevo. Por ello considero que la alusión a «sus antecedentes» no debe relacionarse con los antecedentes penales (y ni mucho

²⁷² Sobre este criterio, GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 146, alude a que la referencia a los antecedentes del penado ha de interpretarse como un factor más del que inferir el juicio de peligrosidad. Añade que “El legislador no habla aquí de antecedente penales ni policiales, por lo que parece partir de un concepto meramente descriptivo o fáctico”. En igual sentido, RASILLO LOPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 62, “La referencia a “antecedentes” no ha de identificarse con antecedentes penales, a los que se atiende en el artículo 80.2.1ª CP, por lo que la mención sería superflua. La falta de concreción parece que permite tener en cuenta todo (antecedentes policiales y procesales)”. En cambio, ROIG TORRES, *Suspensión de la ejecución de las penas...*, p. 321, apunta que “No obstante, en cuanto a los antecedentes, debería acotarse la mención a los penales, de acuerdo con la exigencia de taxatividad necesaria para garantizar la seguridad jurídica, puesto que bajo esa expresión amplia podrían apreciarse otros datos. De hecho, en esta materia la reforma ha estado influida por el artículo 56 del Código penal alemán, donde se aprecian para resolver la suspensión, los antecedentes vitales del condenado y en este apartado el Tribunal Supremo alemán ha afirmado que cabe estimar, por ejemplo, los delitos anteriores del sujeto aunque no haya recaído sentencia firme, los que realice durante el proceso, e incluso la privación de libertad acordada en este periodo en otra causa”.

menos, insisto una vez más, con los policiales), sino en relación a esos factores criminógenos en los que se tendrá en cuenta toda la historia personal del reo²⁷³.

De igual forma tampoco se podrían tener en cuenta los antecedentes penales cancelados o susceptibles de cancelación por entender que, si se tomaran en cuenta, se estaría vulnerando el principio de reinserción social del artículo 25.2 de la Constitución española. De no ser así, la persona que hubiera sido condenado, a pesar de que sus antecedentes penales están cancelados o debieran serlo, mantendría esos antecedentes penales durante toda su vida y su consideración sería contraria al artículo 136.5 párrafo primero del Código penal²⁷⁴ así como al artículo 80.2.1ª *in fine* del Código.

No obstante lo anterior es evidente la discrecionalidad y amplitud de los términos en los que está redactado este párrafo segundo del artículo 80.1 del Código al decir «sus antecedentes» que conlleva estas disquisiciones jurídicas que se plantean en la práctica de los tribunales de justicia. A mi juicio, a pesar de la imprecisión y vaguedad del precepto, el hecho de que con la configuración actual de la suspensión de la pena la existencia de un previo antecedente penal no cancelado o cancelable impida la concesión de la suspensión de la pena es contrario al ordenamiento jurídico penal y al sentido y finalidad de las penas.

Además hay que tener en cuenta otra novedad introducida por la reforma de 2015, como es la equiparación de los antecedentes penales europeos a los españoles, en virtud de lo establecido en el artículo 94 *bis* del Código penal que dispone:

²⁷³ En este sentido, véase, por todos, QUINTERO OLIVARES “Las penas y su ejecución...”, p. 8, que entiende que “[...] la referencia a los antecedentes señala al juzgador la necesidad de hacer una valoración de carácter criminológico, para la cual el juzgador puede considerar todos los aspectos de la historia personal del sujeto [...]”.

²⁷⁴ Dispone este precepto que:

Art. 136.5 pfo. 1º. “En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, ésta no se haya producido, el juez o tribunal, acreditadas tales circunstancias, no tendrá en cuenta dichos antecedentes”.

Art. 94 *bis*. “A los efectos previstos en este Capítulo, las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea tendrán el mismo valor que las impuestas por los jueces o tribunales españoles salvo que sus antecedentes hubiera sido cancelados, o pudieran serlo con arreglo al Derecho español”.

4º) Conducta posterior al delito cometido, en particular el esfuerzo para reparar el daño causado.- En ese juicio de peligrosidad al que vengo haciendo referencia que se realizará por el juez, tiene especial trascendencia «la conducta posterior al delito cometido»²⁷⁵. No se trata aquí de valorar la gravedad de la infracción, sino que una interpretación conforme al principio de vigencia y al contenido preventivo especial apunta a la conducta posterior al delito tales como: la disponibilidad de los tribunales sobre el reo, el cumplimiento de medidas cautelares, el normal actuar procesal sin trabas como incomparencias, suspensiones o dilaciones; es decir, la conducta del reo para con la Administración de Justicia²⁷⁶.

Pero dentro de esa premisa general «conducta posterior al delito cometido», que puede englobar un sinnúmero de supuestos, el propio Código identifica una actuación del reo que será especialmente valorada para la concesión de la suspensión de la pena²⁷⁷: «el esfuerzo para reparar el daño causado»; o lo que es lo mismo, la reparación del daño a la víctima del delito. Por tanto no solo se trata de la responsabilidad civil sino también la reparación del perjuicio, la mediación y la conciliación que se relacionará, necesariamente, con la satisfacción de la víctima. Lo anterior no conlleva la satisfacción real. No se ha de olvidar que el Código dice «esfuerzo para reparar el daño causado»,

²⁷⁵ Entiende GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 147, que “Cuando se trata de hechos lejanos en el tiempo, por haber transcurrido años entre su comisión y el dictado de sentencia condenatoria firme, lo que haya hecho el sujeto durante ese período constituye un dato cierto y privilegiado para conformar el juicio de peligrosidad. Si desde entonces el sujeto se condujo con absoluto respeto por la ley penal, suponer que pueda reincidir durante la suspensión es una suposición ayuna de base empírica alguna”. A este respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 834/2015, de 4 de diciembre, continua diciendo “[...] es relevante en cuanto a este último parámetro, que el penado no comete con posterioridad a los hechos por los que es condenado, dato que nos proporciona una información esencial de la que no se puede prescindir en un juicio de comportamiento futuro, pues si en este período de 3 años, transcurrido entre la comisión del hecho y su enjuiciamiento, se ha conducido con arreglo a la norma, decae (o, cuando menos se aminora notablemente) la base objetiva para inferir la probable comisión de más delitos”.

²⁷⁶ VIDAL CASTAÑÓN, *Los institutos de la suspensión...*, pp. 71 y 72. A modo de ejemplo sobre esta cuestión la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de enero de 2007, tomó en consideración la elusión por el acusado de la acción de la Justicia a modo de conducta entendida como «posterior al hecho» para denegar la suspensión de la pena.

²⁷⁷ Como apunta ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 115, “[...] se le otorga mayor valor que a los otros criterios, carácter predominante que lo convierte en el criterio fundamental”.

por lo que si se acredita que ese esfuerzo se ha realizado, aun sin resultado, será valorado positivamente por el juez²⁷⁸.

5º) Circunstancias familiares y sociales del penado.- Se trata de un nuevo criterio a tener en cuenta. Se observa que en la redacción del Código se separan las circunstancias personales del penado a las que ya he hecho referencia, de sus circunstancias familiares y sociales. No obstante todas ellas tienen una evidente conexión²⁷⁹, no existiendo dudas de relevancia en su valoración y aplicación.

6º) Efectos que quepa esperar de la suspensión de la pena y del cumplimiento de las medidas impuestas.- Al recoger este criterio el Código penal está pensando en esa finalidad de reeducación y reinserción social que constitucionalmente reconoce el artículo 25.2 de la Constitución. Así lo considero porque si se concede la suspensión de la ejecución de la pena al reo es porque se le da una segunda oportunidad al delincuente primario que se compromete a no delinquir (durante el plazo de suspensión) así como a satisfacer las responsabilidades civiles (si las hubiera) y a cumplir con las obligaciones, deberes o medidas que en su caso se le hubieran impuesto. En este caso lo que hace el juez al valorar este criterio es realizar un juicio sobre la prevención especial de la suspensión de la pena en el caso concreto. Si ese juicio es positivo, junto con el resto de circunstancias, concederá la suspensión de la pena. Si, por el contrario, es negativo será un elemento (uno más) a valorar para la posible denegación de la suspensión de la pena impuesta.

Hasta aquí el catálogo de criterios expresamente recogidos en el artículo 80.1 párrafo segundo del Código. La cuestión que cabe plantearse es si este precepto recoge criterios de consideración *numerus clausus* o, por el contrario, debe entenderse que es *numerus apertus*. Creo que el hecho de que se recoja un elenco de criterios no impide que se puedan apreciar o valorar otros. Así lo considero, por la propia evolución del sistema que hace que la redacción dada en un momento concreto, pueda verse limitada cuando se haya de aplicar a un caso real. La cuestión es determinar qué otros criterios se

²⁷⁸ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código penal...*, p. 673.

²⁷⁹ Para ROIG TORRES, *Suspensión de la ejecución de las penas...*, p. 321, introducir este requisito de las circunstancias familiares y sociales del penado “[...] puede mermar las expectativas respecto a la suspensión. Pensemos en casos de sujetos pertenecientes a familias conocidas en sede judicial por su dedicación a la criminalidad. O, en el plano social, en ciertos supuestos emitidos por los medios de comunicación, donde los acusados de terrorismo acuden al juicio acompañados por personas afines a esos grupos delictivos, desautorizando estos terceros a los miembros del tribunal”.

podrían valorar, ya que como he adelantado, dada la vaguedad del propio precepto, muchos criterios no expresamente recogidos pudieran encajarse en uno u otro de los criterios que se regulan. Como señala CARDENAL MONTRAVETA “a pesar de que concurren los requisitos previstos por el legislador para acordar la suspensión de la ejecución de la pena, la función de prevención general justificará la ejecución de penas de duración inferiores [al plazo legal] cuando no se asocien a ella efectos criminógenos en relación con el penado, y la ejecución no pueda considerarse desproporcionada, atendiendo: a) a la existencia de un riesgo claro y significativo de la comisión de nuevos delitos por parte de terceros; o b) a la gravedad del delito, que no se refleja en la duración de la pena impuesta, por haberse determinado ésta otorgado un gran protagonismo a otras circunstancias”²⁸⁰.

Por tanto la concesión de la suspensión exige la valoración de los criterios del artículo 80.1 párrafos primero y segundo y la de cualquier otro dato relevante que refleje la imagen de una persona que, probablemente, no delinquirá en el futuro, por lo que el cumplimiento de la breve privación de libertad ya impuesta no satisfaría a ninguno de los fines de la pena, sino que, por el contrario, podría ser determinante de la comisión de nuevos ilícitos penales.

Como cierre me gustaría precisar que esta nueva redacción que contiene el Código en el artículo 80.1 párrafos primero y segundo, a mi juicio, busca evitar que los jueces y tribunales apliquen automáticamente la concesión o denegación de la suspensión de la pena²⁸¹. Se quiere que se valore caso por caso la peligrosidad criminal del sujeto, o más bien, ese pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Solo realizada esa valoración se podrá resolver sobre la suspensión de la pena. En caso de concesión del beneficio, entiendo que la amenaza de cumplimiento de la pena en caso de reiteración ya cumple en sí

²⁸⁰ Profundizando sobre esta cuestión, CARDENAL MONTRAVETA, “Función de la pena y suspensión de su ejecución...” p. 26; ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre los fines de la pena...*, pp. 12 y ss.; y del mismo autor, “La reeducación y reinserción social...”, pp. 35 y ss.; CERESO MIR, “Los fines de la pena en el código penal...”, pp. 13 y ss.; y del mismo autor, “Los fines de la pena en la constitución en el código penal...”, pp. 217 y ss.

²⁸¹ Así lo apunta ALONSO BUZO, “La nueva regulación de la suspensión...”, p. 2, cuando entiende que “[...] la reforma trata de introducir un régimen distinto al vigente de forma que permita una mayor flexibilidad y discrecionalidad a los jueces y tribunales a fin de valorar si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para valorar su posible peligrosidad, de forma que la existencia de un antecedente penal no cancelable no impida en todos los casos la concesión de la suspensión”.

misma las aspiraciones preventivo-especiales de la pena. Esa prevención especial es la esencia de la nueva normativa como han tenido ocasión de indicar los tribunales. Ya la STC 8/2001, de 15 de enero, afirmaba que “Ahora bien, el art. 80 CP 1995, que requiere que la decisión de suspensión de la pena atienda fundamentalmente a la peligrosidad penal del condenado -lo que resulta acorde con la finalidad de la institución, la cual tiene como objetivo que la ejecución de las penas privativas de libertad se orienten en lo posible hacia la reeducación y la reinserción social-, no exige que solo se tenga en cuenta la peligrosidad criminal de aquél, en el sentido de que su escasa o nula peligrosidad conlleve siempre la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena; como tampoco el art. 25.2 CE impone que únicamente se consideren las necesidades de resocialización del condenado. Tanto la doctrina constitucional sobre el art. 25.2 CE, como las interpretaciones doctrinales sobre el art. 80.1 CP, se expresan en el sentido de que se trata de ponderar los otros fines de la pena, las necesidades de prevención general y seguridad colectiva”.

En igual sentido y dada la claridad en su exposición merece especial mención la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 834/2015, de 4 de diciembre, cuando fijaba que “En nuestro ordenamiento jurídico la decisión sobre la forma de cumplimiento de una pena corta de duración no puede venir guiada exclusivamente por razones de prevención general positiva; pues de entenderlo así el derecho penal se convertiría en un mecanismo sancionador meramente ejemplificante y nuestra Constitución, en el artículo 25.2, prevé otras finalidades específicas para las penas privativas de libertad al proclamar sus fines resocializadores y de rehabilitación de la persona del condenado”. Añade que “la decisión recurrida no cumple tales criterios legales o los cumple solo de forma parcial que se apoya esencialmente en las finalidades generales de la pena cuando hemos visto que la nueva regulación se dirige hacia criterios de prevención especial; además, en cuanto al pronóstico de futuro, se atiende tan solo a uno de los parámetros expresamente previstos en el artículo 80, *las circunstancias de delito*, no compartiéndose el juicio preventivo-especial de la suspensión al decidir el peligro de la reiteración, partiendo del solo dato del no cumplimiento de la pena (estimando que de no procederse a dicho cumplimiento específico el condenado *estará dispuesto a repetir*); sin incluir en dicho pronóstico la ponderación de otros criterios legalmente previstos pese a que la defensa los alega y acredita; al tiempo que se valoran negativamente, en pro del cumplimiento específico,

circunstancias improcedentes o no acreditadas, todo lo cual justifica la revisión que se nos solicita en esta alzada”.

No puedo sino compartir la postura que adoptan los tribunales, en la medida en que creo que refleja la intención legislativa que se pretendía en la reforma de 2015; es decir, se busca que en ese juicio de valor no solo se valore el posible riesgo de reiteración delictiva sino que se cumplan los principios de la prevención especial. De ahí que esta sentencia concluya que “[...] la ponderación conjunta de todos los factores confluyentes en el supuesto de autos, teniendo en cuenta la ausencia de antecedentes del penado, el largo tiempo transcurrido desde los hechos sin delinquir y su situación laboral y familiar, determinan que el pronóstico de probable reiteración en que el artículo 80 del Código Penal funda la concesión del beneficio sea favorable, sin perjuicio de que las circunstancias en que se comete el delito a las que alude la juzgadora de instancia (la violencia con que llevó a cabo el maltrato sobre el animal) quepa extraer un factor criminógeno el cual, tratándose de una pena corta de prisión, encontrará mejor respuesta en otras formas de cumplimiento a través de la participación en un programa de protección de animales, tal y como expresamente prevé en su nueva redacción el art. 83.6º del Código Penal”. En este contexto, la suspensión de la pena adquiere su máxima expresión como forma alternativa al cumplimiento de las penas. El juez ha de conjugar la reeducación, rehabilitación y reinserción social que encomienda el artículo 25.2 de la Constitución con la necesaria prevención especial en el caso concreto en el que se ha de pronunciar sobre la suspensión de la pena.

Pero la cuestión no queda aquí. Habrá que verificar, igualmente, que se dan las condiciones necesarias que dispone el artículo 80.2, las cuales analizaré en el apartado siguiente.

c) Primariedad delictiva.

La necesidad de que el condenado «haya delinquido por primera vez» es la primera condición que regula el artículo 80.2 del Código penal con la siguiente redacción:

Art. 80.2.1ª inciso 1º. “Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 1ª. Que el condenado haya delinquido por primera vez”.

Esta primera condición es la conocida como «primariedad delictiva». Cabe recordar que la suspensión de la ejecución de la pena es, en todo caso, un beneficio que se dirige única y exclusivamente en favor del reo condenado por sentencia firme. Los reos privados de libertad provisionalmente o a quienes se les hubiera impuesto una medida cautelar no pueden ser beneficiarios de la suspensión de la pena, precisamente, porque aún no tienen una pena impuesta en sentencia firme.

Partiendo de la base de una sentencia firme de condena, se habla del derecho a la segunda oportunidad de los condenados y se dejan a un lado tanto los intereses de la sociedad como los del Estado (reiterar que hay posturas que entienden que con la suspensión de la pena no se cumple con la prevención especial). Ello a pesar de los intereses tanto de la familia del condenado como los de la propia víctima perjudicada por el delito cuya suspensión se pretende²⁸². Pero lo destacable es que no va dirigida a toda persona condenada por sentencia firme sino solo a los denominados «delincuentes primarios»; es decir, a aquellos que delinquen por primera vez y que, precisamente por ello, se les otorga ese derecho a la segunda oportunidad²⁸³.

Aunque este concepto de primariedad delictiva parezca claro al referirse al reo que delinque por primera vez, en la práctica surgen dudas acerca de su interpretación y ello, en gran parte, debido a la ausencia de una definición en el propio Código penal. Ante esta falta de definición son muchas las interpretaciones que se han dado, no solo del concepto de primariedad delictiva sino también del momento procesal en que se ha de valorar esa primariedad delictiva. Por ello intentaré abordar esta cuestión para hallar una perspectiva clara.

²⁸² Así lo señala entre otros, HURTADO YELO, “La peligrosidad criminal como criterio...”, p. 2.

²⁸³ Lo anterior sin duda solo es la primera regla de este precepto (con los matices que señalaremos a continuación) valorando, como no podía ser de otro modo, las condiciones 2ª y 3ª del artículo 80.2 del Código, que serán analizadas en los apartados d) y e) de este mismo epígrafe.

- a') Que el condenado haya delinquirido por primera vez: concepto de primariedad delictiva.

La legislación penal no ofrece un concepto exclusivo e incuestionable de primariedad delictiva. No hay un artículo concreto que lo defina. El artículo 80.2.1ª habla de que «el condenado haya delinquirido por primera vez» pero no dice cómo se ha de interpretar esa primariedad delictiva. No se puede olvidar que, tradicionalmente, la primariedad delictiva siempre se ha exigido para conceder la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Ya se exigía desde que se reguló por primera vez en la Ley de condena condicional de 1908 y se mantiene en la actualidad. Sin embargo el legislador no se ha preocupado por fijar taxativamente una definición del precepto. A mi juicio el resto del artículo 80.2.1ª lo que hace es excluir algunas conductas pero esa eliminación (valoración negativa) no da un concepto de primariedad delictiva.

Ante esta indeterminación la tarea le correspondió a la doctrina y la jurisprudencia que fueron esclareciendo el concepto de primariedad delictiva. La postura que más seguidores tiene es la que considera que el concepto de primariedad delictiva se identifica con el concepto de delincuente primario. Esta asimilación presupone que la pena que se pretende suspender ha de ser la primera condena del reo²⁸⁴. Sin embargo hay posturas diferentes. Hay autores como MAPELLI CAFFARENA o QUINTERO OLIVARES que proclaman que la primariedad delictiva no se relaciona directa o exclusivamente con el delincuente primario y que igualmente

²⁸⁴ Defendiendo esta postura, entre otros, NIETO GARCÍA, “La primariedad delictiva...”, p. 2, cuando señala que “En una primera interpretación se ha de considerar que el concepto de primariedad delictiva se ciñe a los efectos penales, y no a los procesales o penitenciarios, ello, en la medida que se exige la previa inexistencia de sentencias firmes, resultando, así, indiferente los ingresos en prisión del interno, en situación de prisión provisional, o la coexistencia de sentencias definitivas, que no firmes, irrelevantes a efectos de autorizar la suspensión de la ejecución de condena [...]. En segundo lugar, cabe preguntarse por la interpretación que pudiera darse al concepto «delinquir», si ha de ceñirse a la comisión de actos delictivos calificados como delito o falta”; DE LA MATA BARRANCO, “Suspensión de la ejecución...”, p. 2, apunta que “[...] el legislador, en la regulación de la institución, que, conviene insistir en ello, no es más que un modo distinto de cumplir la pena de prisión (en libertad) otorga este beneficio bajo unas condiciones que resaltan la idea de primariedad delictiva y que, al mismo tiempo, tienen en cuenta que, para el carácter eminentemente preventivo-especial de la figura pueda desplegar toda su eficacia habrá que advertir al delincuente primario de que se le brinda una segunda oportunidad de no ingresar en prisión siempre que (amenaza de prevención especial) en el futuro no vuelva a delinquir”; o DÍAZ ROLDÁN, “Las suspensiones de la ejecución...”, p. 2, cuando indica que “La solución, bajo mi punto de vista, no se compadece con el principio de legalidad, ya que hace sinónima de haber delinquirido haber sido condenado y ello semánticamente no es posible, sin embargo, es correcta desde una interpretación sistemática de la institución, ya que el art. 83 del CP no recoge como causa de revocación el descubrimiento posterior a la concesión del beneficio de que el delincuente no fuese primario, al establecer como condición que el reo no delinca en el plazo fijado en el art. 80.2 del CP”.

es delincuente primario quien tiene una condena anterior que no guarda relación con el delito cuya suspensión se pretende o que no se pueden tener en cuenta a la hora de valorar la peligrosidad del sujeto²⁸⁵.

Bajo mi punto de vista esta segunda interpretación desvirtúa el concepto originario de primariedad delictiva. Considerar delincuente primario a quien tiene una condena penal firme es alterar la finalidad perseguida por el legislador en beneficio del delincuente que, realmente, no es primario sino reincidente. Sin embargo, esta interpretación que apuntaba QUINTERO OLIVARES parece ser la senda que marca el legislador en la reforma de 2015 al señalar el inciso final del artículo 80.2.1ª que «Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su propia naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad futura de comisión de delitos futuros». Esta cuestión será analizada más adelante.

Estas valoraciones se daban siempre en consonancia con la finalidad de la pena, pues no se debe olvidar que la pena que se impone por la comisión de una infracción penal sirve al propio reo (prevención especial) y al resto de la sociedad (prevención general) para evitar la futura reiteración delictiva. Pero aquí el legislador va más allá. Considera que, tratándose del primer hecho delictivo con sentencia condenatoria, el reo tiene derecho a una segunda oportunidad; al cumplimiento de la pena, como bien dice

²⁸⁵ En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 108 y ss., entiende que no es un delincuente primario quien vaya a ser condenado por primera vez por un delito si tiene pendiente otro asunto por otro delito previo aun cuando sobre este asunto no se haya dictado sentencia condenatoria firme. Del mismo modo, QUINTERO OLIVARES “Las penas y su ejecución...”, p. 9, quien va más allá y da una vuelta de tuerca al concepto de primariedad delictiva al considerar “[...] «delincuente primario» a quien tiene antecedentes no cancelados ni cancelables, pero que no guardan relación con el delito que se está juzgando ni son delitos relevantes para emitir un juicio de peligrosidad”. Añade que “Es justo que así sea, pues, pensando en un solo grupo de casos, el derecho penal de nuestro tiempo está plagado de infracciones de peligro abstracto, cuando no de meros ilícitos de naturaleza formal, que carecen de significación para la convivencia y no son reveladores de especie alguna de personalidad conflictiva por lo tanto, nada dicen sobre el perfil criminológico de su autor, además de que en su estructura interna están más cerca de la imprudencia que del dolo. Evidentemente, la «ausencia de significación criminológica» no se circunscribe a los delitos de peligro abstracto, puede establecerse una reflexión similar relacionando un delito actual con otro anterior de naturaleza totalmente diferente, y, por lo mismo, no podría construirse sobre esos datos un pronóstico de conducta o un perfil criminal. Con la Reforma se suprime el anterior formalismo administrativo, y se da la importancia que merece a la peligrosidad del sujeto, que no puede ser afirmada *iuris et de iure* por la presencia de cualquier clase de antecedente, y eso vale tanto para la concesión de la suspensión como de motivo para no revocar la situación de suspensión por el objetivo hecho de haber cometido una infracción. Por lo tanto, en esas situaciones, el juez o tribunal deberá atender al conjunto de factores expresados en el apartado primero, y no podrá rechazar la suspensión basándose exclusivamente en la presencia de un antecedente, pues tendrá que explicar el significado que tiene ese antecedente como revelador de la personalidad y tendencias presentes y futuras del condenado”.

DE LA MATA BARRANCO, en libertad²⁸⁶. Esta creo que debe ser y no otra la base de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad a pesar del giro que ha supuesto ese último inciso del artículo 80.2.1ª.

En una primera aproximación, como apuntaba NIETO GARCÍA “el concepto de primariedad delictiva se debe ceñir a los efectos penales y no a los procesales o penitenciarios”²⁸⁷. Lo anterior conlleva la imposibilidad de valorar diferentes comportamientos del reo que, aunque objetivamente puedan ser reprochables, penalmente no tienen cabida a efectos de valorar esa primariedad delictiva. Me refiero a hechos tales como ingresos en prisión del reo, la situación de prisión provisional o la coexistencia de sentencias definitivas, que no firmes, que como digo son irrelevantes a efectos de valorar esa primariedad delictiva. Cuestión distinta es que esos mismos elementos sean valorados negativamente en relación con la peligrosidad criminal y el pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de la pena tal y como se ha analizado en el apartado correspondiente. Pero no tendrían cabida, en ningún caso, para entender que no se trata de un delincuente primario.

Como decía también los tribunales de justicia fueron perfilando una definición de primariedad delictiva al conceder la suspensión de la pena apreciando en conciencia que el delincuente era primario o bien al resolver recursos contra las resoluciones denegatorias de la suspensión de la pena. Como la expresión «que haya delinquirido por primera vez» coincide literalmente con la del artículo 93.1ª del Texto refundido del Código penal de 1973, resulta perfectamente aplicable la doctrina jurisprudencial ya existente al respecto, que debe someramente recordarse. La expresión legal «haya delinquirido» se entendió siempre referida a la previa comisión de una infracción penal con rango delictivo, sin que, por lo tanto, una o varias condenas anteriores por faltas pudieran servir de obstáculo legal a la concesión de la suspensión. La cuestión no era del todo clara al no preverse dicha exclusión en el Código, por lo que la interpretación jurisprudencial era clave en esa valoración. Hoy día, la reforma de 2015, como se sabe ha supuesto la eliminación de las faltas del Código y creado un nuevo tipo de infracción penal, los delitos leves, los cuales están expresamente excluidas por el artículo 81.2.1ª como luego ahondaré. Sobre esta cuestión, merece especial atención la STS de 7 de diciembre de 1994, que

²⁸⁶ Por todos DE LA MATA BARRANCO, “Suspensión de la ejecución...”, pp. 2 y ss.

²⁸⁷ Profundizando sobre esta cuestión, NIETO GARCÍA, “La primariedad delictiva...”, p. 2.

afirmaba que “El primer requisito exigido por el art. 93 [ya he adelantado que es el artículo donde el Texto refundido de 1973 regulaba la que se conoce como suspensión de la pena, entonces remisión condicional] es que el reo haya delinuido por primera vez, lo que hemos de interpretar en el sentido de que para denegar la aplicación de la remisión condicional por incumplimiento de esta exigencia no basta que se haya realizado un hecho que pudiera ser delictivo, sino que es necesaria la condena como delito por sentencia firme, de modo que al someterse la nueva infracción existiera una condena anterior por delito, salvo que haya sido cancelado o sea cancelable el correspondiente antecedente penal conforme el art. 118 [que es el artículo donde el Texto refundido de 1973 regulaba la posible cancelación de antecedentes penales] o que se trate de primera condena por imprudencia, salvedades introducidas por la L.O. 8/1983, de 25 de junio”.

En este mismo sentido se pronunciaba la STS 1196/2000, de 17 de julio, ya vigente el Código penal de 1995, cuando indicaba que “para que el condenado no haya delinuido por primera vez, debe existir una primera sentencia condenatoria, pues solo entonces puede decirse que ha delinuido, ya que no basta con que en el momento de cometer el delito por el que se le impuso la pena que se pretende suspender el condenado haya realizado un hecho que pueda ser delictivo, sino que es necesario que en esa fecha exista una condena anterior por delito impuesta en sentencia firme”. Igualmente, las Audiencias Provinciales se hicieron eco de la interpretación del Tribunal Supremo en esta cuestión²⁸⁸.

Si la indefinición del concepto de primariedad delictiva genera los problemas que he comentado, qué no decir de las cuestiones que se plantean en los tribunales de justicia a la hora de fijar el momento procesal que se ha de tomar para comprobar esa primariedad delictiva. Concepto sobre el que tampoco existe unanimidad y que paso a analizar en el apartado siguiente.

²⁸⁸ A modo de ejemplo la Audiencia Provincial de Castellón mediante auto de 23 de septiembre de 2003, señalaba que “[...] el requisito de la primariedad delictiva debe ser interpretado por razones de seguridad jurídica en el sentido de que la valoración del mismo debe referirse a la fecha de realización de la conducta sancionada con la pena que se trata de suspender, por lo que [deduce la Sentencia], al decirse haya delinuido por primera vez, debe entenderse que en el momento de cometer el delito, cuya pena se pretende suspender, no conste condena anterior al día de comisión de los hechos”. En idénticos términos se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid mediante auto de 27 de enero 2006.

- b') Momento procesal en que se ha de valorar esa primariedad delictiva: cómputo de plazos.

Para valorar plenamente el concepto de primariedad delictiva al que he aludido es necesario valorar en qué momento procesal se ha de estimar esa primariedad delictiva. Sobre esta cuestión existen varias teorías. Es esencial la postura que se tome puesto que optar por una u otra opción supondrá una variación en la concurrencia o no de la primariedad delictiva. Algunos autores, como LLORCA ORTEGA, SÁNCHEZ YLLERA o MAPELLI CAFARENA, han mantenido que debería de ser determinante el momento de realización del hecho delictivo con independencia de la fecha de la sentencia. Pero la doctrina dominante y la jurisprudencia (por todas, STS 1196/2000, 17 de julio), se han pronunciado en el sentido de que sólo la existencia de una condena firme por delito doloso impide la remisión²⁸⁹. Las teorías a las que aludía se podrían resumir en tres.

En primer lugar está la posición doctrinal que considera que esa primariedad delictiva tiene que darse en la fecha en que se dicte sentencia, pues es en ese momento cuando el juez impone la pena cuya suspensión se pretende. En segundo lugar están quienes propugnan que la primariedad delictiva ha de existir en el momento en el que el juez se pronuncia sobre la suspensión de la ejecución de la pena, que como indica el Código puede ser en la misma sentencia o en auto posterior motivado²⁹⁰. Por último, en

²⁸⁹ Tal y como expone QUINTANA GIMÉNEZ, "La suspensión de la ejecución...", p. 15, "Considero que la sentencia penal tiene efectos constitutivos, estando protegido el acusado con anterioridad por el principio de presunción de inocencia, por lo que cualquier efecto que quiera derivarse de una condena debe de ser desde la fecha de firmeza de la sentencia que la haya dictado. En todo caso, esta interpretación «*favor rei*», hay que ponerla en relación con el carácter discrecional de la medida y la procedencia, con antecedentes penales o no, de la concesión de la medida, en base al criterio de peligrosidad que, como ya hemos visto, es el criterio al que los tribunales deben atender".

²⁹⁰ Esta es la postura que acoge, entre otras, la Audiencia Provincial de Barcelona en el auto 508/2007, de 27 de septiembre al señalar que "Ahora bien, el hecho de reconocer que el momento decisivo en el que tiene que comprobarse si concurre en el penado el requisito de primariedad delictiva exigido en el artículo 81.1.ª del Código Penal [hoy artículo 80.2 condición 1.ª fruto de la reforma dada por la L.O. 1/2015] es el momento de resolver sobre la procedencia o no de la suspensión de la ejecución de la pena no significa todavía que las sentencias condenatorias que han alcanzado firmeza antes de ese momento y que se refieran a hechos punibles cometidos con anterioridad a los hechos punibles que han dado lugar a la condena cuya ejecución se discute constituyen necesariamente antecedentes penales que impiden la concesión de la suspensión en aplicación del artículo 81.1.ª del Código Penal. Empieza esta condición exigiendo "que el condenado haya delinquirido por primera vez". Si el precepto se detuviera aquí la interpretación más natural e inmediata pasaría por entender que lo decisivo, a efectos de apreciar la primariedad delictiva excluyente de la suspensión, es que el hecho que posteriormente ha dado lugar a una condena firme por delito haya sido realizado con anterioridad al momento de comisión del delito que ha dado lugar a la condena sobre cuya suspensión se discute. La razón es clara: el momento en que el sujeto delinque es, en principio, el momento en que comete el delito y no el momento en que

tercer lugar, está la postura que defiende que la primariedad delictiva ha de existir en el momento de comisión del hecho cuya suspensión se pretende. Esta tercera teoría adelanta su valoración al momento justo de la infracción penal, siendo irrelevantes los hechos posteriores que se cometan después. Bajo mi punto de vista, esta tercera postura es la única defendible ya que las anteriores teorías valoran otros hechos posteriores a la comisión delictiva entendiendo que esa valoración es contraria a la voluntad del legislador y, *strictu sensu*, a la realidad delictiva del reo. Creo que el momento de comisión del ilícito es cuando se ha de valorar esa primariedad delictiva²⁹¹.

resulta condenado mediante sentencia firme por dicho delito. Ocurre, sin embargo, que el precepto continúa en los siguientes términos: "A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código". Este inciso puede leerse, en una interpretación a contrario, en los siguientes términos: a tal efecto se tendrán en cuenta únicamente las anteriores condenas por delitos dolosos siempre que los antecedentes penales no hayan sido cancelados o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código".

Sigue la sentencia señalando que "Si el inciso reproducido se refiriera, sin más, a las "condenas por delitos imprudentes", en vez de a las "anteriores condenas por delitos imprudentes" todavía podría interpretarse este inciso en el sentido de que lo único que aquí está exigiendo el legislador es que los hechos delictivos que se toman como antecedentes delictivos impositivos de la suspensión hayan sido objeto de una condena firme con anterioridad al momento en que se decide sobre la procedencia o no de la suspensión; pero desde el momento en que este precepto se refiere a que sólo pueden constituir antecedentes penales impositivos de la suspensión "condenas anteriores" (del contexto parece desprenderse que esta anterioridad sólo puede ir referida al momento de la ejecución del delito, pues no parece existir ni una razón sólida o definitiva para considerar que dicha anterioridad ha de entenderse referida al momento en que se pronuncia la sentencia condenatoria por el segundo delito), de ello se sigue que el legislador ha querido que, bajo el concepto de antecedente penal excluyente de la suspensión de la pena de prisión, únicamente se incluyeran aquellos delitos previos que hubieran sido objeto de sentencia condenatoria firme con anterioridad a la fecha de comisión del segundo delito que ha dado lugar a la condena cuya suspensión se plantea". Esta ha sido la solución interpretativa adoptada de forma reiterada por dicha Sala (basta citar, por todos, el auto de este tribunal de 28 de septiembre de 2006) así como por alguna resolución del Tribunal Supremo. En igual sentido que la anterior se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona, en el auto 147/2006, de 20 de enero.

²⁹¹ Entre los autores que defienden esta postura, DE LA MATA BARRANCO, "Suspensión de la ejecución...", p. 14, al indicar "Es cierto, como dice parte de la doctrina, que lo único que da seguridad jurídica es atender a la fecha de realización de la conducta sancionada con la pena que se trate de suspender, puesto que éste el único momento bajo el dominio del sujeto mientras que la fecha en la que recae la sentencia o se decide sobre la suspensión pueden variar por razones ajenas a éste, pero no siempre el dictado legal va en esa dirección". En igual sentido, DE LAMO RUBIO, *Penas y medidas de seguridad...*, pp. 428 y ss.; TENA ARAGÓN, "Suspensión y sustitución...", p. 6, cuando sigue la postura del Tribunal Supremo al indicar que "En estos casos, la jurisprudencia del TS ha considerado que ese requisito de primariedad delictiva concurría, porque el CP no se refiere a antecedentes penales como tal en el momento de pronunciarse sobre la suspensión, sino en la fecha de comisión del delito (STS de 7 de diciembre de 1994)"; y del mismo autor, "La sustitución de la pena de prisión", pp. 389 y ss.

En igual sentido, esta es la postura que por ejemplo sigue la Audiencia Provincial de Sevilla en el auto 108/2006, de 28 de marzo, al señalar que "[...] por todo ello, este tribunal entiende que cuando el artículo 81 del Código Penal [hoy artículo 80.2 condición 1ª fruto de la reforma dada por la L.O. 1/2015] alude a la primariedad delictiva lo hace pensando en principio en el momento de cometerse el hecho que motivó la pena pendiente de ejecución o suspensión".

En íntima conexión con lo anterior, no solo es necesario que no se haya delinquirido con anterioridad, sino que habiendo delinquirido, no haya recaído sentencia firme de condena. Ello es así porque si a pesar de haber delinquirido formalmente, aún no existe sentencia firme de condena (por las razones que fueran tales como tramitación más lenta en el juzgado), el reo se podrá ver beneficiado de la suspensión de la ejecución de la pena.

Como decía, a la indefinición del Código penal que conlleva el surgimiento de diferentes teorías interpretativas, se unen los diferentes tiempos en los que actúan los juzgados y tribunales de justicia²⁹². La realidad práctica muestra que cuando se trate de un único hecho a valorar no surgen problemas. Si el reo no ha delinquirido con anterioridad y concurren en resto de condiciones y circunstancias del precepto, en principio (y bien digo en principio porque no se debe olvidar en ningún momento el carácter facultativo de la figura), se le otorgará el beneficio de la suspensión²⁹³. Del mismo modo, si hubiera delinquirido con anterioridad pero aún no hubiera recaído sentencia firme, tampoco se puede valorar esa circunstancia a los efectos de determinar la primariedad delictiva. Pero obviamente un hecho anterior constitutivo de infracción penal, ya esté en trámite o bien incluso cuando hubiera recaído sentencias si la misma no es firme, ha de ser valorado, aunque como digo no a efectos de esa primariedad delictiva sino para valorar el resto de circunstancias que rodean al reo conforme al artículo 80.1 párrafo primero.

Hasta aquí parece que existe unanimidad doctrinal. La cuestión se complica cuando el reo haya cometido dos (o más) infracciones penales²⁹⁴. En esta tesitura me

²⁹² Esta visión es compartida por DE LA MATA BARRANCO, “Suspensión de la ejecución...”, p. 15, cuando señala que “Los distintos procesos penales no siempre son resueltos con la celeridad que sería conveniente y ni mucho menos en el orden temporal en que van sucediendo los distintos posibles hechos delictivos”.

²⁹³ En igual sentido lo valora DE LA MATA BARRANCO “Suspensión de la ejecución...”, p. 15, cuando dice que “[...] el supuesto que no plantearía ningún problema de cara a decidir sobre la primariedad delictiva es aquel en que el delito denominado primario y la sentencia condenatoria que recae por él son anteriores a la comisión del delito que se juzga en segundo lugar y sobre el que se discute la posibilidad de suspensión, obviamente inviable”.

²⁹⁴ De igual modo merece mención, aunque es una cuestión no debatida, el tratamiento del delincuente que comete varios hechos y es condenado por ello en la misma sentencia. Así, la STS de 22 de mayo de 1963 ya consideraba delincuente primario al reo que se le condene en sentencia como autor de más de un delito. Aunque, en este supuesto, podría mantenerse, como bien apunta NIETO GARCÍA, “La primariedad delictiva...”, p. 3, que salvo en el hecho cronológicamente primero, en los demás ya no se trataría del primer delito, el Tribunal Supremo entiende que, en el momento de cometer cada uno de esos delitos no había aún sido condenado nunca, dado que todos ellos fueron enjuiciados y condenados

planteo qué sucederá si una persona es condenada (sentencia firme) por un hecho que haya acaecido con posterioridad a otro (hecho segundo) pero que, a efectos penales, ese primer delito (hecho primero) aún no tenga sentencia condenatoria firme. El reo se ha visto beneficiado de la suspensión de la pena porque en ese momento no tenía antecedentes penales. Pero ¿qué sucede cuando ese primer delito (primer hecho en el tiempo) sea sentenciado y se imponga una sentencia condenatoria? ¿Se le podría aplicar la suspensión de la pena o ya no tendría la consideración de delincuente primario por la condena anterior aun cuando haya sido posterior en el tiempo? A mi juicio, el problema va más allá porque que ¿qué sucede si se le impone la condena por el segundo hecho pero aún no se ha inscrito la misma en el Registro Central de Penados y Rebeldes y después se le impone la condena por el primer hecho? En este caso ¿se le puede seguir considerando delincuente primario en el primer hecho? ¿Podría el juez suspender la pena? Si el juez sentenciador del segundo hecho también le ha concedido la suspensión de la pena ¿puede el reo verse beneficiado de dos suspensiones de la pena? Creo que la falta de un sistema general estatal de verificación conlleva estas incongruencias²⁹⁵.

Pasaré a plantear los diversos escenarios en los que se ha de valorar esa primariedad delictiva.

conjuntamente en la misma sentencia. Cabe destacar que esta sentencia considera cumplido el requisito de la primariedad por comisión y condena de cinco delitos en una misma sentencia, señalando que “[...] aunque es verdad que ha sido condenada por cinco delitos de robo, como las cinco penas, una de arresto mayor y cuatro de multa, de las que solicita el beneficio de la suspensión, han sido impuestas en la misma sentencia, no puede decirse que no sea delincuente primario, puesto que no hay constancia de que haya sufrido condena alguna con anterioridad”. A esta misma conclusión llegó la ya aludida STS de 7 de diciembre de 1994, en el que se condenaba a un sujeto por tres delitos considerando que, en todos ellos, tenía la consideración de delincuente primario.

²⁹⁵ Sobre esta cuestión, afirma PUENTE SEGURA, *Suspensión y sustitución de las penas*, p. 99, que “[...] para que pueda disfrutarse del beneficio de la suspensión de la pena no es óbice que se haya cometido un delito previamente en relación a aquél al cual pretende suspenderse la pena si en el momento de comisión del segundo delito no había recaído Sentencia firme y, por tanto, no había existido apercibimiento de la pérdida de condición para el futuro del delincuente primario”. En igual sentido, SÁNCHEZ YLLERA, en VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal...*, p. 473. No obstante existen posturas contrapuestas a esta consideración; por todos, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 108 y ss., opina que “[...] si un delito se ha cometido con anterioridad a aquél cuya pena pretende suspenderse y la Sentencia se dicta con anterioridad a la resolución sobre la suspensión del segundo delito, aunque no se dicte previamente a su comisión, no podrá considerarse que el reo es delincuente primario”.

- 1º) ¿Se entiende que se ha delinuido por primera vez si se está cumpliendo condena (o se ha cumplido) por un delito cometido con posterioridad a aquél cuya pena pretende suspenderse?

Este supuesto, es más frecuente en la práctica de los tribunales de lo que pudiera parecer. Supone la realización de un hecho cometido con posterioridad al que se enjuicia, pero que ha sido juzgado más rápidamente por haber existido conformidad o haberse enjuiciado de modo rápido lo que conlleva que ese segundo hecho tiene sentencia condenatoria antes que el primer hecho que aún se encuentra en tramitación. Si la tramitación de los procedimientos fuera consecutiva en función de la fecha de comisión no se daría este supuesto. No obstante la realidad es otra. Dado los diferentes tiempos en los que actúan los juzgados y tribunales puede darse y, de hecho, se da en la práctica este caso. Nuevamente la cuestión no es baladí: si se le sigue considerando delincuente primario podrá tener acceso a la suspensión de la pena pero ¿podrá verse beneficiado en dos ocasiones por la figura de la suspensión?

DE LA MATA BARRANCO es claro en su razonamiento al señalar que cuando cometió el primer hecho, que no hay que olvidar que es el momento procesal que se toma de referencia para valorar esa primariedad delictiva, era un delincuente primario y, como tal, tiene derecho a que se le suspenda la pena siempre que concurren el resto de circunstancias²⁹⁶. Como digo, *strictu sensu*, lo cierto es que en el momento de

²⁹⁶ Profundizando sobre esta cuestión, DE LA MATA BARRANCO, "Suspensión de la ejecución...", p. 17, dispone que "Desde un punto de vista de prevención especial no se ha desplegado por los tribunales el esfuerzo necesario (advertencia de que no se vuelva a delinquir, amenaza o intimidación individualizada a añadir a la que con carácter preventivo-general ya establece el legislador) que permitiría garantizar (o, al menos, intentarlo) la inexistencia de un segundo delito. Puesto que ello no ha ocurrido, y aunque efectivamente se ha cometido ese segundo delito, éste no puede entenderse que es fruto de la ineficacia de la amenaza del tribunal, ya que ésta no se ha producido; y, justamente por ello, no puede ser tenido en cuenta para denegar el beneficio de la suspensión, que de haberse producido en el momento idóneo quizás hubiera podido haberlo evitado". En igual sentido se pronuncia PUENTE SEGURA, *Suspensión y sustitución de las penas*, pp. 103 y ss. Contrariamente, TENA ARAGÓN, "Suspensión y sustitución...", p. 6, considera que "Ciertamente esta interpretación casa con la letra del precepto, pero con ello nos encontramos con situaciones, llamémosle "curiosas", en las que se producen suspensiones de penas impuestas por la comisión de delitos porque al no constarle antecedentes penales, se considera que es un delincuente primario, cuando a la fecha de comisión de ese segundo o tercer delito, el condenado ya había cometido otros delitos, que aún no contaban con sentencia firme y, por lo tanto, sin anotar esa condena y sin figurar su comisión en el registro público, el órgano judicial le concedía la suspensión, y a la vez, también se la concedería por esta interpretación cuando se fuera a ejecutar ese primer delito temporal en cuanto a comisión, y nos encontraríamos con dos suspensiones por ser delincuente primario sin serlo, al menos en una de ellas. Esta situación, a mi entender, o al menos así lo hemos resuelto en la Sala que tengo el honor de presidir, se solventaría tomando en consideración el segundo párrafo del nº 1 del art. 80 CP al especificar en el mismo que para conceder esa suspensión "se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste" (el penado). Al constatarse por esas anotaciones penales que ese penado, aun siendo éste el primer delito

comisión de los hechos que se enjuician no se había cometido ningún otro delito previo y mucho menos existía condena penal alguna. Por tanto, deberá entenderse que el reo era un delincuente primario al que se le debe conceder el beneficio de la rehabilitación sin ingreso en prisión. Esta es la postura que tienen muchas Audiencias Provinciales en una cuestión que no debiera ofrecer dudas, aun en los casos en que no se haya cumplido condena por haberse suspendido la ejecución de la pena impuesta por el segundo delito (enjuiciado con mayor rapidez que el primero)²⁹⁷.

cometido por el que pide la suspensión de la pena, al comprobarse que hay otros procedimientos penales en su contra y otras sentencias condenatorias, consideramos que existe una peligrosidad en el mismo y se le deniega la suspensión”.

²⁹⁷ Entre otras podríamos destacar el auto 16/2006, de 9 de marzo, de la Audiencia Provincial de Cádiz cuando señala que “Es cierto que en el condenado pueden concurrir los requisitos de legalidad establecidos en el art. 81 del Código Penal para el acceso a la suspensión de la condena; en este sentido, en punto a la primariedad delictiva que reclama el art. 81.1º, al tiempo de cometerse el hecho que da origen a la formación de la causa, esto es, a fecha 27/02/1998, es evidente que el condenado carecía de antecedentes penales, como es de ver en la hoja de antecedentes. Que años más tarde, cuando se dicta la sentencia a ejecutar (fecha el día 19/03/2004 o ahora cuando hemos de decidir acerca de la suspensión de condena), ya haya recaído una anterior condena (en concreto el día 02/04/1998), es decir, siempre posterior a la fecha de la comisión de los hechos que nos interesan, no es hecho que altere la citada condición legal. El Sr. [...] era delincuente primario al tiempo de cometer el delito enjuiciado. Otra cosa es que las condenas posteriores puedan influir sobre la oportunidad, que no sobre la legalidad, de la medida debatida [...]; o el auto 648/2010, de la Audiencia Provincial de Madrid dice que “Según la STS de 7 de diciembre de 1994, el requisito de que el reo haya delinquirido por primera vez se debe interpretar en el sentido de que para denegar la aplicación de la remisión condicional [suspensión de la pena] por incumplimiento de esta exigencia no basta que se haya realizado un hecho que pudiera ser delictivo, sino que es necesaria la condena como delito por sentencia firme, de modo que al cometerse la nueva infracción existiera una condena anterior por delito, salvo que haya sido cancelada o sea cancelable”. Añade que en la fecha de comisión del segundo hecho “momento al que debe estarse según la citada sentencia del Alto Tribunal, no había sido condenado por delito, ni había cometido tampoco hechos por los que luego pudiera haber sido condenado, por lo que el único y exclusivo argumento por el que se le deniega el beneficio, consistente en que no era delincuente primario, no se puede compartir, encontrándonos con que fue la primera vez que delinquirió, que la pena que se le impuso no supera los dos años de prisión y que no hay indemnización alguna que satisfacer”;

Véase también el auto 735/2007, de la Audiencia Provincial de Barcelona que dice “[...] pues a tales efectos del reiterado artículo 81.1º CP, sólo deben ser tenidos en cuenta, conforme a pacífica y reiterada jurisprudencia que por extensa y conocida se obvia su cita expresa en la presente resolución a pesar de ciertos criterios doctrinales minoritarios diferentes, aquellos antecedentes penales no cancelados ni cancelables por delitos dolosos anteriores a la comisión de los hechos por los que es penado y sobre cuya condena se interesa la concesión de los beneficios de la suspensión de la pena y no a la fecha de análisis de esa concesión. Es por ello que la existencia de posteriores condenas a la fecha de los hechos de autos son inicialmente irrelevantes a los efectos del requisito del artículo 81.1º CP, si bien pudieran no serlo a efectos de la consideración y apreciación en el reo de una peligrosidad criminal que representa y que ajustaría la denegación a la ausencia del requisito legal genérico del artículo 80 del Código Penal”.

En este último sentido, en relación con el valor de las condenas posteriores al momento de comisión del hecho respecto al que recae la pena cuya ejecución se pretende suspender, véanse, entre otros, el auto de 16 de marzo de 2007, de la Audiencia Provincial de La Rioja o el auto de 4 de febrero de 2009, de la Audiencia Provincial de Barcelona, que deniegan la suspensión en atención a la peligrosidad criminal, aun aceptando que a la misma no se opondría el art. 81.1 CP (aunque insistimos, la peligrosidad deberá valorarse atendiendo a diferentes criterios y no a la existencia de procedimientos pendientes - hecho que hace referencia a un pasado no necesariamente vinculado con la situación actual del

2º) ¿Qué sucede si la pena impuesta por el delito cometido con posterioridad ya se suspendió creyendo que no había comisión de delitos previos?

Se trata del mismo supuesto al que me acabo de referir en el apartado anterior pero al que se le añade un factor más. En este caso se ha suspendido la pena impuesta por el segundo hecho y durante el plazo de suspensión o transcurrido el mismo recae sentencia condenatoria por un hecho anterior (el hecho primero). La cuestión que me planteo es si el reo sigue en este caso teniendo la consideración de delincuente primario. Reitero, una vez más, que si el momento procesal que se tiene en cuenta es el de la fecha de comisión del hecho delictivo, cuando cometió el primer hecho era delincuente primario. La cuestión es si se permite una segunda suspensión de la pena puesto que la primera pena (por el segundo hecho) ya se ha suspendido y ahora se plantea suspender la segunda pena (por el primer hecho). Lo cierto es que por más que la primera pena por el segundo hecho no debiera haberse suspendido en su ejecución en caso de haberse dictado sentencias de forma cronológica en función de la fecha de los hechos cometidos, lo cierto es que teniendo en cuenta que el artículo 80.2 condición primera del Código habla de «condenas» y no de «hechos delictivos» es posible, también, la suspensión de la segunda pena²⁹⁸.

enjuiciado-, que es otra circunstancia, independiente, a la que, no obstante, alude expresamente, junto a la de la peligrosidad, el propio art. 80.1 pfo. 2, inciso último CP)²⁹⁷.

Más contundente si cabe es el auto 133/2009, de 27 de abril, de la Audiencia Provincial de cuando razona que “Si la institución de la suspensión se fundamenta en la suficiencia preventivo-especial de la mera amenaza de ejecutar la pena, y la limitación del beneficio a los delincuentes primarios se funda en que la reiteración delictiva demuestra la ineficacia de esa sola amenaza, lo importante en este tipo de casos es que antes de la comisión del segundo delito el sujeto no había recibido una intimidación previa del sistema de justicia penal. Por lo tanto, las condenas posteriores al segundo delito por hechos anteriores al mismo no deben computarse para determinar la concurrencia del requisito legal de primariedad, sin perjuicio de que puedan tenerse en cuenta -al igual que las condenas por delitos posteriores- a la hora de resolver discrecional y motivadamente sobre la suspensión, como factores indicativos de la peligrosidad del sujeto o de la inconveniencia preventivo especial de la suspensión [...]. Por lo tanto no es óbice para la suspensión de la ejecución el antecedente penal posterior a la comisión de los hechos [...].”

²⁹⁸ DE LA MATA BARRANCO, “Suspensión de la ejecución...”, pp. 17 y 18, considera que “[...] no puede impedirse una suspensión que puede darse dos o más veces, en función de cómo se desarrollen los plazos de enjuiciamiento de los diversos hechos criminales cometidos”. Añade DE LA MATA BARRANCO que “De ningún precepto del Código Penal puede deducirse la voluntad del legislador de que no pueda ser suspendida más de una pena cuando las circunstancias excepcionales de los distintos ritmos procesales nos hagan encontrarnos con un delincuente primario a efectos de suspensión que en el momento de decidir sobre la misma tenga una pena por un delito posterior ya suspendida. Un argumento de peso “a contrario” es que el último inciso de art. 80.4 establece que podrá otorgarse la suspensión sin sujeción a requisito alguno al penado aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables “salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo”. Comparto esta postura en tanto en cuanto entiendo que, cuando el legislador ha querido evitar que se conceda una suspensión mientras ya se disfruta de otra lo ha manifestado expresamente; sin

- 3º) ¿Qué ocurre si la pena impuesta por el segundo delito ya se suspendió porque todavía no había recaído sentencia en relación con el primer delito, cuya existencia ya se conocía?

En este caso la solución ha de ser la misma que la del supuesto anterior ya que en que en el momento de suspender la pena al segundo delito, aun cuando se conozca que ha cometido un delito previo, no había recaído aun sentencia firme para el primer delito por lo que, a ojos del juez, al no haber sentencia previa, esa persona tiene la condición de delincuente primario. Cuestión distinta será, como indicaba anteriormente, es que esa infracción previa sea valorada en las circunstancias personales del reo a los efectos del artículo 80.1 párrafo primero pero como digo, no podrá ser tenida en cuenta a efectos de la primariedad delictiva²⁹⁹.

- 4º) ¿Cabría la revocación de la suspensión de la pena del segundo delito (pero juzgado en primer lugar) precisamente por dictarse sentencia condenatoria (aunque sea más tardía) en relación a un delito previo?

Llegados a este punto y siendo incuestionable que se puede suspender la pena del primer delito, la duda que surge en la práctica es qué hacer con la ejecución de ese segundo delito teniendo en cuenta que el mismo está en suspenso. La realidad es que se le ha suspendido la pena porque tenía la consideración de delincuente primario pero, si después se le suspende la segunda pena (por el primer hecho) se daría la incongruencia de que el reo se ha visto beneficiado en dos ocasiones por la suspensión de la pena cuando, objetivamente, en una de ellas no debiera haber tenido la consideración de delincuente primario. Hay autores que entienden que en estos casos lo que procedería sería la revocación de la suspensión de la primera pena (por el segundo hecho) porque realmente no debería habersele dado la consideración de delincuente primario. Incluso

embargo, para el caso de la suspensión ordinaria nada se dice en el texto legal a este respecto. En igual sentido se pronuncia SÁNCHEZ YLLERA, en VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código...*, p. 475.

²⁹⁹ Esta postura ha sido defendida también por tribunales de justicia. A modo de ejemplo, el auto 26/2009, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, entre otros, recuerda en este sentido que “El requisito de la primariedad es un requisito *sine qua non* que exige para apreciarlo que en el momento de cometer el delito por el que se impone la pena que se pretende suspender el penado no sólo haya realizado un hecho delictivo sino que es necesario que exista una condena anterior por delito impuesta por sentencia firme; por lo que no basta la simple constatación de que cometió con anterioridad un delito, sino que es necesaria la condena como delito por sentencia firme de modo que al cometerse la nueva infracción existiera una condena anterior por delito (STS 2134/94)”.

hay posiciones judiciales que así lo defienden. Pero incluso en estos casos limitan temporalmente la posibilidad de la revocación. Parece lógico que si se aboga por la revocación, el límite lo sea que no haya transcurrido el plazo para la remisión de la pena, momento a partir del cual la misma sería inamovible³⁰⁰.

No obstante considero que no sería posible esa revocación. Bajo mi punto de vista las causas de revocación del artículo 86 del Código se refieren exclusivamente a actuaciones del sujeto durante el plazo de suspensión como ya reconocía la STS de 17 de noviembre de 1969 y como se ha razonado con anterioridad.

³⁰⁰ Abordando esta cuestión, el auto 302/2006, de 5 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona entiende que “La concesión de los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena exige como primer requisito que el condenado hubiera delinuido por primera vez (art. 81 nº 1º Código Penal), de tal manera que la falta del mismo, con independencia del momento procesal de su acreditación, aboca a la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena. Si bien la acreditación de la no concurrencia del referido requisito se producirá normalmente durante la tramitación de la procedencia o improcedencia de la concesión del precitado beneficio no existe obstáculo legal alguno para que una vez acreditado no ser el penado delincuente primario, aun cuando ya se hubieran concedido los beneficios de la suspensión de la ejecución de la condena, se proceda a la revocación del beneficio concedido”.

Insiste esta sentencia en esa interpretación cuando añade que “Otra interpretación vaciaría de contenido la institución (pues la no anotación de una condena puede deberse a una pluralidad de motivos extrajurídicos), en la que sus pilares presupuestales vienen configurados legalmente en el art. 81 del Código Penal, amén de poder operar como incitación a conductas ordenadas específicamente bien a evitar la celebración del juicio que impediría apreciar en otro la primariedad delictiva, bien a evitar la anotación en el Registro Central de Penados y Rebeldes de la sentencia ya recaída (mediante la interposición de recursos, cambios de dirección Letrada y obstaculización al requerimiento judicial para la formalización de aquél, etc.). Por ello, y habida cuenta de que constituye un principio general de la interpretación la de la incorrección de toda aquella que conduzca al absurdo, sólo cabe como interpretación correcta y razonable de la exigencia contenida en el nº 1º del art. 81 del Código Penal la más arriba expuesta, sin que quepa aducir razones ligadas a la firmeza del correspondiente auto de concesión de los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena, pues tal firmeza sólo podría predicarse del contenido concreto del auto de que se tratara, siendo obvio que si en el momento de tener el órgano jurisdiccional que pronunciarse sobre la suspensión o no de la ejecución de la pena no constaran antecedentes penales que evidenciaran la falta de primariedad delictiva del condenado -por las circunstancias que fueren, incluso por causas dependientes de su voluntad- el Juez o Tribunal tendría que conceder aquella suspensión, sin perjuicio de que acreditada la ausencia procediera su denegación, debiendo, pues, entenderse que se trata de una resolución no susceptible de firmeza”.

En igual sentido se pronuncia el auto 632/2006, de 26 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuando dice que “El Tribunal comparte plenamente el criterio de que cuando se dictó la sentencia [...] por la que en trámite de conformidad se condenó [al reo] el mismo había sido ya condenado con anterioridad como autor de otro delito, faltando en definitiva la primera de las condiciones establecidas en el art. 81 del C. Penal para que pudiera acordarse la suspensión de la ejecución de dicha pena. Ahora bien, tal hecho incuestionable lo que debería haber comportado es que en el momento en que el Juzgador se pronunció sobre si procedía o no suspender la ejecución de la pena impuesta, la decisión adoptada fuera la de denegar el beneficio por ausencia de una de las condiciones fijadas en la ley en orden a poder otorgarlo. Al no actuar así y acordar por el contrario la suspensión, la revocación del beneficio por existencia de otros antecedentes penales habría de venir motivada por el hecho de que tales antecedentes derivaran de la comisión de un nuevo hecho delictivo durante el plazo de suspensión fijado, como claramente estipula el art. 84.1º del C. Penal”.

Es más, la reforma introducida por la L.O 1/2015 posibilita que a pesar de ser condenado el reo por un nuevo delito cometido durante el plazo de suspensión, no se procederá a la revocación si no se pone de manifiesto que la expectativa en al que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. Creo que la reforma ha sido consecuente con esta interpretación reafirmando la postura de que no cabría la revocación de la suspensión de la primera pena (por el segundo delito) cuando recaiga la segunda sentencia condenatoria (por el primer delito)³⁰¹.

c') Condenas anteriores que no se tienen en cuenta.

Por si fuera poco la indefinición del concepto y del momento procesal en que se ha de valorar ni el cómputo de los plazos para determinar la primariedad delictiva, el resto del artículo 80.2 condición primera del Código no viene sino a aumentar las cuestiones objeto de debate. Así, los incisos segundo y tercero de esta condición primera, no vienen sino a matizar ese concepto de primariedad delictiva al prever una serie de condenas anteriores que no podrán ser tenidas en cuenta al valorar esa primariedad del sujeto condenado. Disponen los incisos segundo y tercero del artículo 80.2, condición primera que:

Art. 80.2.1ª inciso segundo. “A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136”.

Art. 80.2.1ª inciso tercero. “Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros”.

En estos incisos segundo y tercero se regulan una serie de supuestos que se excluyen del concepto de primariedad delictiva bajo la genérica alusión de «a tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas» recogiendo hasta cuatro supuestos en los que, aun existiendo una sentencia condenatoria, la misma, como señala el propio

³⁰¹ Mantienen esta postura doctrinal, incluso antes de la reforma, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, “Suspensión de la ejecución...”, p. 17; “CARDENAL MONTRAVETA, “Alternativas a la pena de prisión...”, p. 39; GONZÁLEZ ZORRILLA, “Suspensión de la pena y «probation»”, p. 82; POZA CISNEROS, “Suspensión, sustitución...”, pp. 240 y ss.; o SÁNCHEZ YLLERA, en VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código...*, p. 474.

precepto, no se tendrá en cuenta³⁰². Por ello se observa que la propia definición que hasta ahora se ha dado de delincuente primario tiene sus propias excepciones reguladas por el Código.

Me resulta cuanto menos incongruente que el Código penal no defina el concepto de primariedad delictiva y sin embargo regule de forma taxativa los supuestos que no se tienen en cuenta para seguir considerando al reo un delincuente primario. No obstante esa regulación taxativa tampoco es completa del todo por cuanto el artículo 80.2 condición primera *in fine* del Código penal dispone de una cláusula de cierre que nuevamente genera inseguridad jurídica al disponer que tampoco se tendrán en cuenta los «antecedentes penales por delitos que carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros». Sobre esta cuestión incidiré en el apartado correspondiente. A continuación se puntualizará lo que corresponda en cada una de estas condenas anteriores que no se tienen en cuenta para valorar esa primariedad delictiva.

a'') Condenas por delitos imprudentes.

Como he anticipado, se sigue tratando de un delincuente primario (a los efectos de conceder en beneficio de la suspensión de la pena) aun cuando el mismo tenga una o varias condenas impuestas por la comisión de delitos imprudentes. Así lo dispone expresamente el Código cuando indica en el artículo 80.2.1^a inciso segundo que «a tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes». La referencia a los delitos imprudentes se introdujo, por primera vez, en el Código penal de 1995. El concepto de imprudencia se ha mantenido inalterado a lo largo de la historia jurídico-penal de nuestro país siendo, junto al dolo, las dos formas en las que se pueden cometer determinados delitos³⁰³. Así dispone el artículo 5 del Código penal en su Parte

³⁰² Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 6, al decir que “el artículo 80.2.1^a CP sigue exigiendo la primariedad delictiva como requisito *sine qua non* de la suspensión, si bien lo flexibiliza [...]. Igualmente HERRERO ÁLVAREZ, “Las diez formas de que mi cliente...”, p. 2, apuntaba que “Dicho de otra manera, el penado no debe contar con antecedentes penales por delitos dolosos graves o menos graves que estuvieran vigentes en el momento en que cometió el delito cuya condena se pretende suspender”.

³⁰³ Recordando que no todos los delitos pueden ser cometidos por imprudencia sino solo aquéllos que expresamente se encuentran así regulados y tipificados en el Código penal de conformidad con el artículo 12 del Código que dispone:

general cuando indica que “No hay pena sin dolo o imprudencia”. En este contexto se podría definir el dolo como la «conciencia y voluntad de cometer los elementos del tipo penal»; es decir, la concurrencia de los elementos cognoscitivo y volitivo al cometer una infracción penal. Frente a ello la imprudencia se define como la «inobservancia del deber objetivo de cuidado»; deber de cuidado que si se hubiera tenido no se hubiera producido el resultado penal, en todo caso indeseado y no buscado. Como decía, desde el Código penal de 1995, las condenas por delitos imprudentes no se han tenido en cuenta para valorar el carácter primario de un delincuente, elemento que se sigue manteniendo en la actualidad.

Se presupone que al no preexistir voluntad en la comisión delictiva, el sujeto que tenga una o más sentencias condenatorias por delitos cometidos por imprudencia, sigue teniendo la consideración de delincuente primario, por lo que tales sentencias no impedirán la concesión del beneficio de la suspensión de la pena. Esta exclusión no ha generado mayores controversias.

b’’) Condenas por delitos leves.

La exclusión de la condenas impuestas por delitos leves para valorar la primariedad delictiva se introdujo como novedad por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo de 2015. El motivo es claro. Esta Ley Orgánica, entre otras numerosas reformas, derogó el Título III del Código penal rubricado “De las Faltas y sus penas” derogando igualmente todas las infracciones penales constitutivas de faltas del ordenamiento jurídico español. La consecuencia de dicha reforma fue la despenalización de algunas conductas que hasta entonces tenían reproche penal pasando a considerarse infracciones administrativas sancionables al amparo de la nueva L.O. 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que entró en vigor, al igual que la L.O. 1/2015, el 1 de julio de 2015. No obstante, si bien es cierto que la despenalización eliminó conductas del Código penal que se consideró que no merecían ese reproche penal, lo cierto es que fueron pocas las faltas despenalizadas, ya que la mayoría pasaron a configurarse como una nueva infracción penal denominada «delitos leves».

Art. 12. “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

En consecuencia, de la clásica clasificación tripartida de delitos graves, delitos menos graves y faltas se pasara a una misma clasificación tripartita pero en ese caso de delitos graves, delitos menos graves y delitos leves.

Una de esas consecuencias, eminentemente relacionada con la figura de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, es que las condenas de este nuevo tipo de delitos, los delitos leves, no se tendrán en cuenta para valorar esa primariedad delictiva a la que aludía³⁰⁴. Creo que, de alguna forma, el legislador, consciente de que los delitos leves, por su propia naturaleza, tienen un reproche penal limitado (recordar que la mayoría de los actuales delitos leves son las despenalizadas faltas), no ha querido que la condena por un delito leve impida que el condenado por otro delito grave o menos grave pueda verse beneficiado de la suspensión de la pena. Pero no solo eso. Con esta reforma se zanja definitivamente la polémica que existía hasta entonces relativa a si las faltas podían ser valoradas a efectos de la suspensión de la pena como condena anterior o si, por el contrario, la dicción del precepto al referirse a «delitos» lo era en sentido estricto y por lo tanto las condenas firmes por faltas no alteraban el concepto de primariedad delictiva³⁰⁵. Como digo se ha zanjado la polémica porque el Código actual solo regula los delitos (graves, menos graves o leves) y ya expresamente indica que los delitos leves no se valoran a efectos de primariedad

³⁰⁴ A su vez hay que relacionar lo anterior con el hecho de que las condenas por delitos leves tampoco se tienen en cuenta a efectos de apreciar la agravante de reincidencia conforme al artículo 22.8 del Código penal a pesar de que la condena penal firme por un delito leve sí que genere antecedentes penales. Esta es otra de las diferencias fundamentales de la reforma ya que, hasta el 1 de julio de 2015 (fecha de la entrada en vigor de la L.O 1/2015), las sentencias condenatorias derivadas de juicios de faltas no generaban antecedentes penales y, en cambio, a partir del día 1 de julio de 2015, las condenas derivadas de procesos en los que se enjuicien delitos leves, sí que pasarán a formar parte del Registro Central de Penados y Rebeldes a pesar de tratarse, en muchos supuestos, de comportamientos de limitada importancia. Precisamente por ello, se generaron múltiples detractores de la reforma.

En el día a día de los tribunales de justicia se observa cómo la misma conducta que antes tenía una escasa relevancia penal, de ahí que no formara parte de los antecedentes penales de una persona, ahora conlleva esa inclusión en el Registro Central de Penados y Rebeldes. Como medida de gracia ante esta nueva situación generada, el legislador contempló en el artículo 22.8 del Código que tales antecedentes no podrían ser computados a los efectos de reincidencia, para evitar que esas conductas conlleven el agravamiento de la pena en otra conducta posterior.

³⁰⁵ Así lo considera la doctrina, entre otros, QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución...”, p. 16, al disponer que “Respecto a los delitos leves, antes de la reforma de la LO 1/2015 no se mencionaban las faltas, entendiéndose que no impedían la concesión del beneficio al interpretarse que el Código empleaba el término “delito” en sentido técnico” excluyente de la infracción calificada de falta. Pero ahora, dada la creación de la categoría de los delitos leves, se ha hecho necesario incluir su mención para precisar que no serán tenidos en cuenta”; o NIETO GRACÍA, “La primariedad delictiva...”, p. 3, “[...] doctrinalmente, en el análisis del at. 81.1 CP, la postura mayoritaria limita el término «delincuendo» excluyendo del mismo a las faltas”.

delictiva. Reitero que es lo más razonable dada la limitada gravedad de este tipo de conductas por lo que me muestro partidaria de la reforma en este punto.

La cuestión que me planteo es ¿qué sucede con los delitos menos graves que por aplicación del artículo 13.4 inciso segundo del Código pasan a ser considerados delitos leves? Recordar que este precepto dispone que:

Art. 13.4 inciso 2º. “Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará en todo caso, como leve”.

Inconscientemente, el legislador, atendiendo a las penas que ha introducido para los delitos leves, ha hecho que delitos que con anterioridad a la reforma tenían la consideración de delitos menos graves (nunca de faltas) ahora tengan, dada la extensión subsumible en delitos menos graves y delitos leves, la consideración de delitos leves. La cuestión es de suma importancia a los efectos de valorar la primariedad delictiva. Si lo que antes de la reforma de 2015 era considerado un delito menos grave suponía la existencia de antecedentes penales; sin embargo a partir del 1 de julio de 2015 será un delito leve y por lo tanto seguirá teniendo la consideración de delincuente primario.

c”) Antecedentes penales cancelados o que debieran serlo a los efectos del artículo 136 del Código penal: cuestiones que se derivan de su cómputo.

El Capítulo II del Código penal rubricado “De la cancelación de los antecedentes penales”, ubicado dentro del Título VII signado “De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos”, contenido en el Libro I rubricado “De las disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal”, contiene los artículos 136 y 137 del Código penal, que regulan las reglas que han de concurrir para que un antecedente penal se cancele de oficio o pueda ser cancelado a instancia de parte³⁰⁶.

³⁰⁶ Dispone el artículo 136 del Código penal actual tras la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que:

Art. 136. “1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos: a) Seis meses para las penas leves; b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; c) Tres

Estos antecedentes penales que o bien están cancelados o debieran serlo por haber transcurrido los plazos fijados en los referidos preceptos, en ningún caso se pueden tener en cuenta a la hora de resolver sobre la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Esta exclusión es consecuente con el propio espíritu y finalidad de la figura porque, de no ser así, se estaría vulnerando el derecho a la segunda oportunidad del reo que tiene su máxima expresión en el derecho a la reeducación y reinserción social. Ha de existir un momento y así lo consagra el sistema español³⁰⁷, en

años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años; d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años; y e) Diez años para las penas graves.

2. Los plazos a que se refiere el apartado anterior se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.

3. Las penas impuestas a las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 se cancelarán en el plazo que corresponda, de acuerdo con la regla prevista en el apartado 1 de este artículo, salvo que se hubiese acordado la disolución o la prohibición definitiva de actividades. En estos casos, se cancelarán las anotaciones transcurridos cincuenta años computados desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia.

4. Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia solo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la ley. En todo caso, se librarán las que soliciten los jueces o tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente esta última circunstancia.

5. En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, ésta no se haya producido, el juez o tribunal, acreditadas tales circunstancias, no tendrá en cuenta dichos antecedentes”.

Por su parte, dispone el artículo 137 del Código penal que:

Art. 137. “Las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida; mientras tanto, sólo figurarán en las certificaciones que el Registro expida con destino a Jueces o Tribunales o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la Ley”.

³⁰⁷ Como oportunamente indica MANZANARES SAMANIEGO, *Suspensión, sustitución y ejecución...*, p. 7, “La cancelación de antecedentes penales fue confiada desde sus orígenes a la Administración, como corresponde a su naturaleza, y así continuó ocurriendo cuando aquélla se llevó con discutible acierto a los Códigos Penales desde 1928. Puede ocurrir, sin embargo, que el deficiente funcionamiento del Registro de Penados y Rebeldes, que continua ubicado en el Ministerio de Justicia, así como la imposibilidad de una impecable actualización de sus anotaciones, provoquen en los Jueces y Tribunales sentenciadores la duda acerca de si en el momento de la valoración de los antecedentes en sede judicial penal concurrirían o

el que el sujeto condenado tiene derecho a que sus antecedentes penales se cancelen liberándose la hoja histórico penal de cualquier apunte³⁰⁸.

A pesar de lo anterior, es posible que existan este tipo de antecedentes penales, reitero, aun cancelados o que debieran serlo, si bien no son computables a efectos de reincidencia ni de primariedad delictiva. No obstante sí que denotan cierto grado de peligrosidad en el sujeto y pueden conllevar la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena, pero no ya por la existencia de antecedentes penales, porque el propio precepto limita tal posibilidad, sino por ser valorados como «antecedentes del penado» de conformidad con el artículo 80.1 párrafo segundo del Código penal.

En íntima conexión con lo anterior, se han dado diferentes posturas sobre la fecha en la que se ha de tener en cuenta para la cancelación de estos antecedentes penales. La primera de ellas es la que considera que se ha de atender a la fecha de los hechos cuya cancelación se pretende. La segunda es la que atiende a la fecha de la sentencia que condena a la pena cuya cancelación se pretende y la tercera es la que propugna que se ha de atender a la fecha en la que se resuelve sobre dicha cancelación de antecedentes penales. Bajo mi punto de vista, ha de atenderse a la fecha de la comisión de los hechos porque, en todo caso, resultará siempre más beneficiosa para el reo³⁰⁹. Si después del primer hecho que se está enjuiciando cometiera otros delitos no se tendrán en cuenta toda vez que son posteriores al primer hecho³¹⁰.

Además se plantean problemas a la hora de su interpretación en dos casos concretos que paso a exponer.

no los requisitos legales para su cancelación. Habría que atender por ello a esa contingencia evitando automatismos y formalismos jurídicamente inaceptables, sobre todo cuando están en juego los derechos fundamentales de la persona, empezando por su libertad”.

³⁰⁸ A esta conclusión es a la que llega la doctrina, entre otros, CAÑADAS SANTAMARÍA, “Antecedentes penales y suspensión de la ejecución...”, p. 2; o GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 149.

³⁰⁹ Ya la STS de 22 de noviembre de 1996 tuvo ocasión de manifestar que “[...] nadie discute, en el ámbito de la dogmática y en el campo jurisprudencial, que la interpretación de la norma penal, en aquellos supuestos en que el texto legal ofrezca dudas, debe regir el principio *in dubio pro libertate* que no es sino el equivalente del principio *in dubio pro reo* en su significado material”.

³¹⁰ Es claro en su exposición DÍAZ RODÁN, “Las suspensiones de la ejecución...”, p. 2, cuando indica que “[...] sólo se pierde la condición de delincuente primario en los hechos cometidos con posterioridad a la existencia de una sentencia condenatoria. El sujeto, en los diversos hechos que cometió antes de que existiera una condena firme tendrá la consideración de delincuente primario”.

- 1º) ¿Se puede suspender la ejecución de una pena empezada a cumplir, cuando posteriormente resulten cancelados los antecedentes penales que estuviesen vigentes en el momento de resolver sobre la suspensión?

Entiendo que es perfectamente posible. Se trataría de una suspensión «sobrevenida», toda vez que en el momento inicial en que ha de pronunciarse el juez (bien en sentencia o en auto posterior motivado de conformidad con el artículo 82.1), no concurren todos los requisitos o, concurriendo, dado el carácter facultativo de la figura el juez, de forma motivada, opta por la no suspensión. Si se trata del primer caso, esto es, que no se ha concedido porque no concurren todos los requisitos, en concreto porque tiene antecedentes penales que posteriormente resultan cancelados, se puede acordar la suspensión de la pena, con la inmediata puesta en libertad del reo. Así lo considero porque el Código no lo impide expresamente, por lo que una interpretación favorable a su concesión, evidentemente, es beneficiosa para el reo.

Cuando el Código penal señala que el órgano judicial ha de valorar la concurrencia de los requisitos precisos para conceder el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, no condiciona este pronunciamiento a una decisión única y cerrada con un único pronunciamiento. De este modo, hechos posteriores que puedan afectar a la resolución inicial pueden ser valorados de nuevo por el juez y, consecuentemente, acordar en ese momento la suspensión de la pena, como puede ser esa cancelación de antecedentes penales que en el momento de resolver sobre la concesión de la pena no estaban cancelados ni eran cancelables³¹¹.

- 2º) Para entender cancelado un antecedente penal, ¿hay que tener en cuenta la pena impuesta en concreto o su consideración como pena grave, menos grave o leve, en abstracto?

Parece que no existe discusión en cuanto a que la pena que ha de tenerse en cuenta para entender cancelado un antecedente penal, es la pena en concreto que se le

³¹¹ Incluso se llega a decir en defensa de esta posibilidad que es de aplicación analógica a este caso lo previsto en el artículo 504.1 de la LECRIM referido a que la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción. No obstante, a mi juicio esta aplicación analógica tiene sus limitaciones en el propio artículo 4.4 del Código penal por lo que si bien es un argumento más en defensa de esta tesis, creo que no se podría aplicar esa analogía.

impone al reo en la sentencia condenatoria. La jurisprudencia ya llegó a esta conclusión en la STS de 16 de abril de 2001 cuando fijaba que “[...] se incurre en error si se toma en consideración la pena en abstracto y no la pena en concreto para determinar el plazo aplicable a los efectos de la cancelación de los antecedentes penales, pues debe tenerse en cuenta la pena en concreto para la aplicación de los plazos previstos en el párrafo 2º del artículo 136 del Código Penal”. Esta resolución sirvió de base para el pronunciamiento de muchas Audiencias Provinciales, al menos en parte, sobre esta cuestión³¹². Creo que es la única interpretación posible y no solo porque lo señale el Tribunal Supremo, sino porque si se tomara como referencia la pena en abstracto se estaría perjudicando al reo.

No se debe olvidar que el delito concreto por el que se le juzga al reo tiene prevista una extensión de pena que es la que contiene el Código penal. Solo por su extensión esa pena puede quedar directamente encuadrable en una pena grave, menos grave o leve del artículo 33.2, 3 y 4, o, en el caso de que pudiera encuadrarse en más de una clase de pena, se aplicarían las reglas del artículo 13.4 del Código. Sin embargo, no se desconoce que en el caso concreto que se esté enjuiciando puede haber diferentes modulaciones de pena (atenuantes, eximentes incompletas, concurso de delitos, etc., entrando en juego las reglas de los artículos 61 y ss. del Código). Consecuentemente, para el cómputo de los plazos a que se refiere el artículo 136.2 del Código, se tendrá en cuenta únicamente la pena concreta impuesta en sentencia firme.

A esta misma conclusión se llegaría cuando en los juicios rápidos, por aplicación del beneficio de reducción del tercio que prevé el artículo 801.2 de la LECRIM, la pena

³¹² Así, el auto 37/2005, de la Audiencia Provincial de Cuenca, señala que “El único antecedente que pudiera perjudicar al apelante es el referido a sentencia firme de 4 de abril de 1997 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que le impuso, por el delito de cultivo, elaboración o tráfico de drogas, la pena de prisión de tres años, esto es, el mínimo de la pena señalada en el artículo 368 del Código Penal, que prevé una pena de prisión de tres a nueve años. Si se tiene en cuenta la pena en abstracto es claro que no ha transcurrido el tiempo de cinco años exigido por el artículo 136.2.2º del Código Penal respecto de las penas graves, tanto si se tiene en cuenta el artículo 33.2.a) antes o después de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Sin embargo, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2001 debe tenerse en cuenta la pena en concreto para la aplicación de los plazos previstos en el párrafo 2º del artículo 136 del Código Penal, precepto que autoriza esta interpretación, ya que si bien indica plazos para las penas leves, menos graves y graves, también se refiere al plazo de dos años para las penas que no excedan de doce meses”.

que finalmente se le impone en sentencia al reo el inferior a la pena que en principio prevé el Código para este tipo de delitos³¹³.

En todos estos casos parecería ilógico que la pena a valorar para la cancelación de los antecedentes penales fuera la que en abstracto regula el Código. De ahí que haya de serlo en relación a la pena en concreto impuesta en sentencia como ya comentaba.

- 3º) En el caso de las penas cumplidas anticipadamente o con aplazamiento, ¿cuál es la fecha de inicio del cómputo para entender cancelado un antecedente y poder acordarse la suspensión?

Para valorar cuándo se entiende cancelado un antecedente penal es, indiscutible, que se ha de tener claro el momento a partir del cual se entiende cumplida la pena. Solo así se podrá realizar ese cómputo de los plazos. Si se trata de un condenado que haya cumplido la pena anticipadamente o, por el contrario, se le facilita su cumplimiento de forma aplazada (lo cual ocurre los casos de fraccionamiento de la pena de multa ante la imposibilidad económica del reo de su satisfacción total), habrá que valorar cuándo se entiende cumplida la pena para determinar el momento en el que empiezan a correr los plazos para la cancelación de los antecedentes penales.

Lo más favorable al reo es deducir que, como expone DE LA MATA BARRANCO, que “[...] los plazos de prescripción no comenzarían a computar sino desde el momento del pago final”, del mismo modo que “[...] lógico es que cuando se adelanta el pago sin esperar al cumplimiento de las diversas mensualidades fijadas en la sentencia se adelante el inicio del momento de cómputo de los plazos del art. 136.2.º; máxime cuando en dicho momento deberá entenderse ha quedado extinguida la condena impuesta”³¹⁴. Es decir, la clave será entender cuándo se considera extinguida la pena. Solo a partir de ese momento se podrá realizar el cómputo de los plazos.

³¹³ Sobre la conformidad en los juicios rápidos, por todos, GIMENO SENDRA, “La conformidad premiada de los juicios rápidos...”, pp. 5 y ss.; y GÓMEZ ANGULO, “La conformidad en los juicios rápidos”, pp. 26 y ss.

³¹⁴ Profundizando sobre esta y otras cuestiones, DE LA MATA BARRANCO, “Suspensión de la ejecución...”, p. 22. A esta misma consideración es a la que llegan distintas resoluciones judiciales, entre ellas, el auto 129/2010, de 15 de marzo, de la Audiencia Provincial de Girona establecía que “[...] resulta evidente que no se da la condición primera necesaria exigida legalmente para poder dejar en suspenso dicha ejecución, de conformidad con el artículo 81 CP, cual es la de que el delincuente sea primario [...]

d'') Antecedentes penales por delitos que carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

Como adelantaba, la condición primera inciso segundo del artículo 80.2 del Código contiene una cláusula de cierre de supuestos que no se tienen en cuenta a efectos de valorar la primariedad delictiva del sujeto, pero no lo define. Si el inciso primero se refiere a supuestos concretos que he analizado (condenas por delitos imprudentes; condenas por delitos leves; y antecedentes penales cancelados o que debieran serlo a los efectos del artículo 136 del Código), esta cláusula de cierre es aun si cabe más confusa y rompe con la realidad existente hasta entonces en la figura de la suspensión de la pena. Dispone este inciso lo siguiente:

Art. 80.2.1ª inciso 2º. “Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros”.

Es innegable que la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, introduce cambios sustanciales en la consideración del concepto de «primariedad delictiva» al no valorarse supuestos que, en principio, serían suficientes para suponer que no se trata de un delincuente primario, lo que comportaría la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena. Consecuentemente, el legislador busca, de nuevo, exteriorizar la necesidad de dar una alternativa real al cumplimiento de las penas. La nueva comisión delictiva, por sí sola, ya no es causa de revocación de la suspensión. El nuevo delito cometido tiene que tener la relevancia suficiente como para que el juez o tribunal, al realizar el juicio de probabilidad de reiteración delictiva futura, entienda que se ha frustrado el motivo por el que se suspendió la pena.

Esta nueva redacción del inciso segundo del artículo 80.2.1ª hay que ponerla necesariamente en conexión con el artículo 80.1 párrafo primero que ya ha sido analizado. Al analizar dicho precepto ya se veía como la suspensión de la pena se

por cuanto consta en la causa, a través de la hoja histórico penal, que el recurrente fue condenado anteriormente mediante sentencia firme de 17/5/2005, a la pena de [...] cuatro meses de multa, por lo que tomando la fecha de 17/9/2005 (que corresponde a la finalización de la condena por multa) como cómputo inicial para determinar si se cumple el plazo de tiempo que ha de haber transcurrido sin delinquir para tener a dicha condena como susceptible de cancelación, es decir el plazo de dos años a tenor del art. 136 CP, hemos de llegar a la conclusión de que no se cumple el requisito ex artículo 81.1 CP [...]”.

otorgará «cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no será necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos»³¹⁵.

Otra de las modificaciones esenciales introducidas por la L.O. 1/2015 en este ámbito es la reforma del artículo 94 *bis* que pasa a tener la siguiente redacción:

Art. 94 *bis*. “A los efectos previstos en este Capítulo, las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea tendrán el mismo valor que las impuestas por los jueces o tribunales españoles salvo que sus antecedentes hubieran sido cancelados, o pudieran serlo con arreglo al Derecho español”.

Cabe precisar que la L.O. 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea transpone la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo de 24 de julio de 2008, así como la 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009. A través de esta Ley Orgánica se produce la plena equivalencia entre los antecedentes correspondientes a condenas impuestas por los tribunales españoles y las impuestas por cualesquiera otros tribunales de Estados miembros de la Unión Europea³¹⁶.

³¹⁵ Sobre esta cuestión se pronuncian, entre otros, TÉLLEZ AGUILERA, “El Libro primero del Código Penal ...”, p. 8, al señalar que “[...] se requiere efectivamente que el delincuente haya delinuido por primera vez (no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales cancelados o cancelables), pero la rigidez de la exigencia de la primariedad delictiva en estos términos, que impedía en la práctica la suspensión cuando al sujeto le constaba algún antecedente muy antiguo o de escasa entidad (por ejemplo, una conducción etílica), ha hecho que la reforma de 2015 introduzca la previsión de que tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de futuros delitos; HERRERO ÁLVAREZ, “La nueva regulación de la suspensión de la ejecución de penas...”, pp. 1 y ss., disponer que “Esta exigencia era ineludible en el texto anterior a la reforma. Sin embargo a partir de ella el órgano judicial podrá no tener en cuenta esos antecedentes en ciertos casos, si bien la nueva redacción no concreta realmente en cuales, ya que el artículo 80.2.1ª *in fine* del CP lo único que dispone es que «tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de la comisión de delitos futuros»”; o GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 149, apunta que “Lo más relevante de la reforma es [...] la posibilidad de seguir considerando primario a quien pese a tener antecedentes no cancelados ni cancelables, los mismos guardan relación con delitos inaprovechables para conformar juicio de peligrosidad”.

³¹⁶ En su Exposición de motivos, en el artículo 14.1 y 2 y en la Disposición Adicional Única se regula el reconocimiento de efectos jurídicos a las condenas impuestas en otros países de la Unión europea para su acumulación en España, consagrándose el principio de equivalencia de las sentencias dictadas en la Unión Europea, si bien se establecen dos limitaciones a su efectividad: un límite objetivo (artículo 14.2) y un límite temporal taxativo (Disposición Adicional) que impide considerar condenas de Tribunales de países de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010 (fecha tope que la Directiva preveía para transponer a los ordenamientos jurídicos internos). Merece señalarse que la aplicación de tales excepciones al reconocimiento de efectos es compatible y conforme con la Decisión, que expresamente permitía en su artículo 3 la incorporación de las mismas de manera facultativa. Reiterando este concepto la reciente STS 12/2016, de 25 de enero, cuando indica que “La cuestión que se suscita por el recurrente, sin olvidar que se trata de una cuestión abierta en la medida que las resoluciones adoptadas por esta Sala

Se produce por tanto, una equiparación de las condenas impuestas por otros Estados miembros de la Unión Europea a los efectos de valorar la preexistencia en el reo de antecedentes penales y valorar la primariedad delictiva. Como es sabido, con anterioridad a esta reforma de 2015, las valoraciones de condenas impuestas por un juez o tribunal extranjero se circunscribían a delitos concretos; a saber: de prostitución y corrupción de menores (artículo 190 del Código); contra la salud pública (artículo 375 del Código); falsificación de moneda y efectos timbrados (artículo 388 del Código) y delitos relacionados con la actividad de las organizaciones o grupos terroristas (artículo 580 el Código). La novedad legislativa elimina toda distinción entre los tipos de delitos y todos ellos computarán a efectos de valorar esa primariedad delictiva³¹⁷. El límite en este aspecto sigue siendo el mismo; esto es, si a pesar de existir esa condena la misma es cancelable con arreglo a la normativa española, no se tendrá en cuenta. Se conjugan aquí normativas de dos Estados europeos. La condena se habrá producido con arreglo a la normativa del país de comisión de la infracción penal pero la valoración de esa condena a efectos de antecedentes penales en España se aplicará con arreglo a la normativa española. Es decir, la atribución jurisdiccional para ejecutar esa sentencia en España provenía de otro Convenio, en este caso del Consejo de Europa. Como se observa, todas las resoluciones indicadas que permiten la acumulación, tienen en común que se trata de una acumulación de condenas en la que concurren condenas impuestas en España con condenas impuestas en el extranjero; en virtud de una norma convencional que así lo permite. Es el caso de las SSTS 1129/2000; 926/2005; y 368/2013. Mientras que, cuando esas condenas impuestas en el extranjero ya han sido cumplidas en el extranjero, la acumulación se deniega; es el caso de la STS 2117/2002, en relación con una ejecutoria francesa.

Casacional, tienen todavía un recorrido tanto ante el Tribunal Constitucional como ante el TEDH e incluso ante el TJUE en lo referente a la cuestión prejudicial, es lo cierto que por lo que se refiere a la doctrina mayoritaria de esta Sala de Casación a la que debemos estar como garantes del principio de seguridad jurídica, se encuentra recogido en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional de Sala de 27 de Enero de 2015 --STS 874/2014--, en la que se adoptó, también por mayoría de la Sala, que tras la trasposición de la Decisión Marco 2008/675/ JAI por la L.O. 7/2014 de 12 de Noviembre, no es posible la acumulación de las sentencias dictadas en otro país de la Unión a las dictadas en España, salvo en el preciso supuesto previsto en dicha L.O. 7/2014 que, además de otras cuestiones, y en lo que aquí interesa, en su disposición adicional única, excluye la aplicación de la Ley a las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de Agosto de 2010”.

³¹⁷ A este respecto, TÉLLEZ AGUILERA, “El Libro primero del Código Penal...”, p. 8, apunta que “Además, las condenas que propician la existencia o no de la primariedad delictiva no son sólo las impuestas por los Tribunales españoles, sino también, ex art. 94 *bis*, las de los Juzgados y Tribunales de Estados de la Unión Europea, salvo que estuvieran cancelados y fueran cancelables conforme a la legislación española”.

- d) Que la pena impuesta o la suma de las impuestas no sea superior a dos años sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

La segunda de las condiciones que prevé el artículo 80.2 del Código penal dispone que:

Art. 80.2.2ª. “Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 2ª. Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa”.

Esta condición tiene una evidente relación con la redacción del artículo 80.1 párrafo primero del Código cuando dispone, entre otras cuestiones, que los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años. En ambos casos se recoge un límite temporal para poder suspender la pena o penas impuestas, que en todo caso no ha de ser superior a dos años³¹⁸ si bien el artículo 80.2.2ª incluye expresamente que si la suma de las penas (dos o varias) no excede de dicho límite se podrá igualmente suspender la pena³¹⁹. La L.O. 1/2015, no ha modificado esta condición segunda del artículo 80.2. Sin embargo, ello no es óbice para que exista también debate sobre la interpretación de esta circunstancia y en concreto sobre los problemas que se señalarán a continuación.

En primer lugar, comienza la condición segunda con una referencia a «la pena» sin aludir a su naturaleza, aunque el contexto en el que se produce no permite dudar de que únicamente se abarca «la suspensión de la ejecución de las penas privativas de

³¹⁸ Fuera quedaron ya las discusiones doctrinales en las que, dada la incongruencia del Código en los artículos 80.1 y 81.2ª cuando hablaba respectivamente de «penas privativas de libertad inferiores a dos años» y «penas privativas de libertad no superiores a dos años». Todas estas cuestiones hoy están superadas a raíz de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, que modificó el artículo 80.1 para adaptarlo al límite temporal que contenía el artículo 81.2ª del Código. Desde entonces hasta hoy, el tipo de penas susceptibles de suspensión son las «penas privativas de libertad no superiores a dos años».

³¹⁹ Como tendré ocasión de exponer al analizar la suspensión sustitutiva del artículo 80.3 del Código es objeto de debate si la posibilidad de suma del artículo 80.2.2ª del Código es aplicable a la suspensión ampliada del artículo 80.3, toda vez que este precepto habla de «penas de prisión que individualmente no excedan de dos años» y además se trata de supuestos en los que no han de concurrir las circunstancias primera y segunda del artículo 80.2.

libertad»³²⁰. Asimismo se señala que esas penas que no han de ser superiores a dos años han de haber sido «impuestas» lo que implica que se trate de la pena que en concreto impone el juez en sentencia y no la pena que en abstracto prevea el Código para ese tipo de delito³²¹.

En relación al término «pena impuesta» se plantea si existe la posibilidad de suspender la condena en los casos en que la pena impuesta por el órgano judicial haya sido superior a dos años y, posteriormente, por un indulto parcial de la misma haya quedado reducida a pena inferior a dos años. Sobre los efectos que produce la petición de indulto en la interrupción de la prescripción de las penas me detendré en el apartado correspondiente al analizar el artículo 4.4 del Código. Lo que me interesa ahora valorar es si, ya concedido ese indulto (evidentemente parcial puesto que si se tratara de un indulto total ya no habría pena que cumplir ni por lo tanto susceptible de suspender) y fruto del mismo la pena resultante es inferior a dos años (individualmente o por la suma de las varias que resultaren después del indulto) es posible la suspensión.

Si se entiende el concepto de «pena impuesta» referido *strictu sensu* a la impuesta en sentencia podría parecer que no es posible la suspensión toda vez que si esa condena impuesta en sentencia es superior a los dos años, en principio, quedaría vedada la posibilidad de suspensión. En cambio, entiendo que la interpretación de esa mención no puede ser tan estricta que no valore hechos posteriores que puedan acaecer como el indulto parcial que conlleve que la pena sea inferior a los dos años. Esta cuestión ya fue resuelta por el ATS de 29 de mayo de 2001 que vino a permitir tal posibilidad basándose en la finalidad de la figura al señalar que “[...] permitir que no se produzca el ingreso en prisión respecto de las penas de corta duración es aplicable a estos supuestos”. Se trata sin duda de una aplicación del principio en favor del reo³²².

Pero sin duda alguna la base de esta circunstancia es la relativa al límite temporal: se ha de tratar de una pena o la suma de varias que no sea superior a dos años.

³²⁰ Como señala ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 85, siguiendo a TAMARIT SUMALLA, hay que tener en cuenta el «contexto sistemático» del precepto, no ofreciendo dudas su consideración.

³²¹ Consecuentemente en la sentencia ya se ha procedido a su individualización con lo que es posible suspender la prisión correspondiente a delitos graves tras las oportunas rebajas penológicas. En este sentido se muestra DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español...*, pp. 649 y ss., o ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 85.

³²² Así lo expone DÍAZ ROLDÁN, “Las suspensiones de la ejecución...”, p. 2.

Esta nueva redacción solventa la controversia doctrinal y jurisprudencial existente sobre si era posible o no suspender una pluralidad de penas que aisladamente no superen el límite de dos años si su suma lo rebasa. Como apunta, entre otros, DE LA MATA BARRANCO “No ofrece dudas que cuando un procedimiento concluye con sentencia condenatoria a una pena inferior a dos años, cabe la suspensión de su ejecución. Tampoco que cuando la sentencia lo es a varias penas de prisión cuya suma no supera los dos años la suspensión es igualmente posible [...]. Y tampoco que no lo es, en cambio, cuando la suma supera dichos dos años, aunque individualmente cada una de ellas sea inferior a dicho plazo³²³. Ello es posible porque si se trata de un delito cuya pena en sentencia es inferior a dos años o de varios delitos en la misma sentencia, cuya suma, igualmente no excede de esos dos años, se cumple la condición segunda del artículo 80.2 del Código. Cuestión distinta es que se haya de verificar el resto de requisitos y condiciones pero, en principio, la pena que individualmente considerada o la que resulte de la suma de varias penas que no superen los dos años, es susceptible de suspensión.

En cambio, si individualmente, o por la suma de las penas, se excediera de tal límite, no es posible suspender la ejecución de la pena. Como digo, estos supuestos no generan controversia y la redacción actual del Código respeta ese límite de los dos años, siendo la dicción actual más restrictiva, impidiendo que los tribunales de justicia suspendan varias penas cuando ninguna por sí sola excedía del tope máximo de las penas susceptibles de suspensión.

La cuestión es qué sucedería si en dos (o más) procedimientos diferentes se dictaran dos (o varias) sentencias con condenas a privación de libertad por tiempo inferior a dos años, en cada uno de los procedimientos, e inferior asimismo a dicho

³²³ DE LA MATA BARRANCO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 5, considera que “Es algo que tras las disputas de finales de los noventa sobre esta cuestión y sobre si cabía o no la suspensión en supuestos de concurso real de delitos apenas ya se discute en la actualidad. Máxime desde 2003”. Esto no plantea hoy controversia alguna como tampoco se planteaba con la vieja redacción del art. 81.2ª que hablaba de “penas impuestas en una misma sentencia”. Como afirma MANZANARES SAMANIEGO, *Suspensión, sustitución y ejecución...*, p. 287, con la nueva redacción del art. 81.2ª CP dada en 1995 ya no era posible la suspensión separada de cada pena de las impuestas en la sentencia cuando cada una de ellas no superase los dos años si el total de las mismas superaba este límite temporal. En este mismo sentido se pronuncia PUENTE SEGURA, *Suspensión y sustitución de las penas*, p. 106; o ABEL SOUTO, “¿Un nuevo sistema de penas?...”, p.107; y del mismo autor, más recientemente, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 85. En contra de la posibilidad de apreciar la suspensión cuando se trata de un concurso real de delitos aunque sean juzgados en la misma sentencia y la pena sea inferior a dos años, minoritariamente, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 109.

límite en su suma y se tratase de casos que deberían o podrían haber sido enjuiciados conjuntamente o, incluso, que se trate de casos que no pueden serlo. A mi juicio, al no superar ese límite de los dos años, el reo sigue teniendo la consideración de delincuente primario y por lo tanto se podría suspender la pena. El problema radicaba cuando esas penas se imponían no en el mismo procedimiento sino en procedimientos distintos. *Estrictu sensu*, podrían no superar el límite de los dos años pero realmente si ya había una condena anterior, no tendría ya la consideración de delincuente primario a los efectos que vengo comentando. La doctrina, por todos, DE LA MATA BARRANCO, apunta que “Nos planteamos si en este supuesto apenas aludido cabría entender, para suspender la ejecución de la segunda condena, la dictada en un momento temporal posterior, que el delincuente es primario o si por el contrario habiendo sentencias diferentes en varios procedimientos debe considerarse que no lo es”³²⁴.

Esta controversia fue objeto de tratamiento judicial llegándose a la conclusión de que a raíz de la L.O 15/2003, no es necesario que la pluralidad de delitos se haya declarado y sancionado en un mismo proceso³²⁵. La reforma de 2015, si bien no altera esa consideración, no es menos cierto que supone tener que valorar esa otra condena anterior, en ese juicio de probabilidad de reiteración delictiva del artículo 80.1 párrafo primero del Código al que tantas veces he aludido, pero que es necesario reiterar.

³²⁴ DE LA MATA BARRANCO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 6.

³²⁵ A este respecto el auto 649/2005, de 14 de octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona afirmaba que “[...] Antes de su reforma mediante la LO 15/2003, el art. 81.2º exigía «que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años» [...]. Pero lo cierto es que la doctrina, la Fiscalía y la jurisprudencia han venido aceptando la posibilidad de suspender la ejecución de varias penas cuando la suma no es superior a dos años, aunque no se hayan impuesto por la comisión de un único delito o un único hecho. Lo que se venía exigiendo es que esa pluralidad de penas se hubiera impuesto en un mismo proceso. Esta interpretación del art. 81.2º CP sólo podía hacerse compatible con el art. 81º CP negando que la exigencia de «haber delinquirido por primera vez» comporte «haber delinquirido sólo una vez». Ello supone que cabe conceder la suspensión a pesar de que el sujeto hubiera delinquirido con anterioridad a la comisión del delito cuya pena se suspende. Lo único que se exigía era que todas las penas suspendidas no sumaran más de dos años y se hubieran impuesto en un mismo proceso. Este requisito vino a reconocerse legalmente mediante la referencia a que las distintas penas se hubieran impuesto en una misma sentencia”. Hasta aquí parece que la sentencia permite esa consideración de delincuente primario aunque fuera condenado por varios delitos, siempre que los mismos hubieran sido impuestos en una misma sentencia y no excedieran de ese límite de los dos años. Sin embargo, acorde al cambio legislativo introducido en 2003, añade que “La LO 15/2003 ha eliminado este requisito de que las distintas penas se hayan impuesto en una misma sentencia. Por lo tanto, para poder conceder la suspensión, además de no ser necesario que el sujeto haya delinquirido sólo una vez, actualmente ni siquiera es necesario que la pluralidad de delitos se haya declarado y sancionado en un mismo proceso. Sin embargo, sí es cierto que la concesión de la suspensión debe hacerse atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto y, al respecto, puede ser relevante el número de los delitos cometidos, así como la propia existencia de otros procedimientos penales, tal y como reconoce ahora expresamente el art. 80.1 CP”. A esta misma conclusión llega, entre otros, PUENTE SEGURA, *Suspensión y sustitución de las penas*, pp. 103 y ss.

Ahora bien, y en sentido inverso, podemos plantearnos qué ocurriría si se ha suspendido la ejecución de la pena impuesta en una primera condena, ya con sentencia firme y posteriormente se dictasen nuevas sentencias sobre hechos anteriores al de la fecha de dictado de la primera sentencia (o incluso de su firmeza) que implican superación de los dos años fijados como límite para la suspensión. En este caso, no cabría suspender la ejecución de las penas impuestas con posterioridad al no cumplir con los presupuestos para ello, pero la cuestión sería si es posible la revocación de la primera suspensión. El presupuesto es básico: se deberían haber enjuiciado en un único procedimiento y por diferentes causas, no ha sido así, pero, de haberlo sido la sentencia habría acabado con condena a penas superiores a los dos años de privación de libertad, por lo que se le hubiera denegado la suspensión de la pena³²⁶.

En relación con este requisito, el ATS de 29 de mayo de 2001, dictado en la causa 2530/1995 (caso Marey) tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, estableciendo las reglas siguientes: “1) Para el cómputo del plazo de dos años ha de tenerse en cuenta el indulto parcial que, en su caso, se haya otorgado, de manera que «para el cómputo de los dos años de privación de libertad previstos en el art. 81.2ª CP, como límite a partir del cual no cabe aplicar el beneficio de suspensión de ejecución de las penas de privación de libertad, la fijada en sentencia ha de quedar reducida a la que quede después de deducir la parte indultada». Es decir, es posible evitar el ingreso en prisión del indultado, cuando la pena residual (esto es, la que resulta de deducir el indulto parcial de la pena impuesta en sentencia) no supere el límite de dos años; 2) La parte ya cumplida, con los aumentos correspondientes, en su caso, por aplicación del beneficio de redención de penas por el trabajo, no sirve para el cómputo de este plazo de dos años, sino solamente a efectos de determinar los diversos períodos por los que va atravesando su cumplimiento, hasta llegar a la libertad condicional y después el licenciamiento definitivo, incluso para la concesión de los correspondientes permisos penitenciarios [...]. De otro modo, iniciada ya tal ejecución y transcurrido el tiempo necesario para que la pena que quedara por cumplir estuviera dentro de los límites de este art. 81.2ª CP, el condenado siempre podría solicitar la aplicación de estos arts. 80 y ss. CP”.

³²⁶ Son muchos los autores que consideran que la firmeza de una nueva sentencia por hechos anteriores a la suspensión no debe dejar sin efecto ésta; así, entre otros, CARDENAL MONTRAVETA, “Alternativas a la pena de prisión...”, p. 39; GONZÁLEZ ZORRILLA, “Suspensión de la pena y «probation»”, p. 82; POZA CISNEROS, “Suspensión, sustitución...”, pp. 240 y ss.; o SÁNCHEZ YLLERA, en VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código...*, pp. 474.

Por último, únicamente apuntar que el precepto sigue señalando que para el cómputo de esos dos años no se incluirá la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa³²⁷. Es curioso que el Código penal no contemple una exclusión similar a la prevista para la responsabilidad personal subsidiaria respecto a la localización permanente, de manera que, como sigue siendo una pena privativa de libertad para determinar si se rebasa el límite de los dos años deberá en su caso ser sumada a las penas de prisión impuestas³²⁸.

- e) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles y se haya hecho efectivo el decomiso.

Examinadas las dos condiciones anteriores solo me queda por analizar la condición tercera que el Código penal recoge en su artículo 80.2, relativa a la necesidad de satisfacer la responsabilidad civil derivada del delito así como haber hecho efectivo el comiso. En cuanto al pago de la responsabilidad civil como presupuesto o condición previa a la concesión de la suspensión, merece recordar que fue introducido en el Código penal vigente de 1995 ya que el Texto refundido de 1973 no lo exigía. Se introdujo con una finalidad clara: reforzar el resarcimiento de las víctimas o perjudicados, cuya senda se ha seguido con la L.O. 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito³²⁹.

³²⁷ Esta alusión se incorporó por la L.O 15/2003 zanjándose así el debate sobre si cabía o no suspender la responsabilidad subsidiaria derivada de dicho impago. De hecho, a pesar de no contemplarse esta exclusión de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa en el artículo 81 del Código hasta la citada reforma de 2003, lo cierto es que en la práctica de los juzgados y tribunales venía manteniéndose la interpretación consolidada legalmente; detenidamente, DEL MORAL GARCÍA, “Modificaciones en materia de ejecución...”, p. 57. Ya previamente a la reforma, expresamente a favor de la exclusión de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa del cómputo para establecer el límite temporal a la suspensión, entre otros, GONZÁLEZ ZORRILLA, “Suspensión de la pena y «probation»”, pp. 70 y ss.; en contra, sin embargo, SÁNCHEZ YLLERA, en VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código*, pp. 477 y ss.

³²⁸ En igual sentido se pronuncia, por todos, ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 90.

³²⁹ Así lo expone GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 151, cuando dice que “Condicionar la suspensión de la satisfacción de las responsabilidades civiles constituye una novedad del Código Penal de 1995; un requisito de inequívoca orientación victimológica que fue saludado positivamente por la doctrina de la época”. De igual forma, ALONSO BUZO, “La nueva regulación de la suspensión...”, p. 3, afirma que “Esta previsión va a ayudar a que, en muchas ocasiones, la víctima sea resarcida, puesto que lo contrario obligará al penado a cumplir con la pena de prisión impuesta”. Por su parte, ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 91, indica que “El requisito guarda paralelismo con las exigencias que ya se precisaban antes para la rehabilitación y se encamina a estimular la atención a los intereses de la víctima mediante la reparación del daño o un «incentivo» al

Con la modificación de la L.O. 1/2015 sigue vigente esta condición pero en lugar de ser los jueces y tribunales quienes realicen la averiguación de bienes del penado y resuelvan en base a esa información³³⁰, bastará, en principio, con el

resarcimiento, «inequívoca orientación victimológica» que también se reconoce en el anterior artículo 88.1 del Código penal respecto a la sustitución y el actual 80.3 para la suspensión sustitutiva, el anterior 90.1 c) y el actual inciso final del 90.1 en relación con la libertad condicional, los apartados quinto y sexto del artículo 72 de la Ley orgánica general penitenciaria y en la atenuante quinta del artículo 21 del Texto punitivo, referente a la reparación del daño, aunque resulta incoherente que el contenido de la condición tercera del artículo 80.2 difiera de lo dispuesto para la clasificación en tercer grado así como para la concesión y denegación de la libertad condicional”.

³³⁰ Es necesario precisar que en la práctica judicial, con anterioridad a la reforma de 2015, en caso de que el penado no satisficiera voluntariamente la responsabilidad civil, el órgano judicial realizaba una averiguación de sus bienes. Si el resultado de tal averiguación era negativo (por no disponer de bienes o porque no se localizaban -a pesar de que se pudieran ocultar voluntariamente-), ello suponía la declaración de insolvencia del reo. Con esa declaración de insolvencia y siempre que la pena fuera inferior a dos años de prisión y el penado no tuviera antecedentes penales se otorgaba la suspensión de la pena. Podría decirse que el auto declarando la insolvencia del condenado era equiparable a la satisfacción de la responsabilidad civil. En dicho auto se acordaba la declaración de insolvencia y además se oía a los interesados y el Ministerio Fiscal como señalaba el Código, quienes podían ofrecer nuevos datos sobre la capacidad económica del reo. Más detenidamente sobre este requisito, PUENTE SEGURA, *Suspensión y sustitución de las penas*, pp. 117 y ss. A pesar de lo anterior, como apuntaba DE LA MATA BARRANCO, “Suspensión de la ejecución...”, p. 10, con ocasión de la regulación anterior, “No es infrecuente que los jueces y tribunales, especialmente al tratarse de delitos económicos, denieguen la suspensión de la ejecución de la pena no tanto por no satisfacerse las responsabilidades civiles derivadas del delito como por la absoluta ausencia de voluntad por cumplir dicha obligación. Estas denegaciones de la suspensión, sin embargo, no tienen como fundamento la ausencia real de capacidad económica para hacer frente a la responsabilidad civil sino el conjunto de hechos o de circunstancias que hacen llegar al tribunal a la convicción de que la persona condenada, a pesar de la declaración formal de insolvencia, puede satisfacer las responsabilidades civiles siendo la ausencia de voluntad el único motivo para no hacerlo. Esta ausencia de voluntad viene siendo interpretada como una falta de eficacia del reproche de la sentencia, entendiéndose que la voluntaria ausencia de satisfacción de las responsabilidades civiles demuestra que no hay voluntad rehabilitadora en el reo, y por tanto, deja sin sentido esta advertencia y oportunidad para escapar de la carrera delictiva que es la suspensión de la condena”. Más extensamente sobre la denegación de la suspensión a pesar de la declaración de insolvencia del condenado MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ, *Manual práctico sobre la ejecución penal...*, pp. 54 y ss. En contra de la opinión aquí reflejada GONZÁLEZ ZORRILLA, “Suspensión de la pena y «probation»”, p. 75, consideraba que el pago de la responsabilidad civil no debe considerarse criterio para medir la peligrosidad del reo, ya que esta postura puede dar lugar a actitudes discriminatorias en función de la capacidad económica del condenado (lo que no parece correcto, pues para eso está la declaración real de insolvencia y la actividad investigadora que para ello ha de llevarse a cabo) además de ignorar la diferente naturaleza de sanciones penales y obligaciones civiles (argumento que no parece tener en cuenta los requisitos legales de la institución). En otras palabras, bastaba una insolvencia formal del penado, para que al menos *a priori* reuniera los requisitos necesarios para acceder a la suspensión de la pena impuesta, con lo cual se producía una auténtica sensación de impunidad.

En base a la doctrina creada, el propio Tribunal Constitucional afirmaba “[...] la imposibilidad de acceder al beneficio de la suspensión de la ejecución no habiendo satisfecho las responsabilidades civiles, tiene, pues, una excepción prevista en la Ley: que concurra la declaración de imposibilidad total o parcial de cumplimiento por parte del condenado [...]. Sin embargo, cabe entender por la propia dicción del art 81.3 del nuevo Código Penal, que la pieza separada de responsabilidad civil no será el único elemento de valoración a los efectos de integrar tal requisito, sino que, una vez cerrada la pieza separada, el Juez o Tribunal recabará preceptiva opinión sobre el asunto a los interesados y al Ministerio Fiscal, y decidirá en consecuencia”.

compromiso del reo de satisfacer la responsabilidad civil de acuerdo a su capacidad económica. Así dispone el primer párrafo del artículo 80.2.3ª que dispone:

Art. 80.2.3ª párrafo 1º. “Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 3ª. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127”.

Hasta aquí se limita el precepto a recoger la necesidad de que se satisfaga por el condenado la responsabilidad civil derivada de la infracción penal así como el decomiso de conformidad con el artículo 127 del Código, que luego desarrollaré. Pero lo importante es que el propio precepto, en el párrafo segundo, indica cuándo se entiende cumplido este requisito al disponer:

Art. 80.2.3ª párrafo 2º. “Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento”.

Cabe destacar que la reforma introducida por la L.O. 1/2015, no ha venido sino a introducir en el Código penal lo que ya se venía señalando por el artículo 801 de la LECRIM para los condenados por medio de sentencia de conformidad en el seno de un juicio rápido. Dispone este precepto que:

Art. 801.3. inciso 1º. “Para acordar, en su caso, la suspensión de la pena privativa de libertad bastará, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 81.3ª del Código Penal [hoy esta alusión ha de entenderse hecha al artículo 80.2.3ª], con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije”.

Se produce, por tanto, una modificación en el régimen de cumplimiento de la responsabilidad civil ya que con anterioridad a la reforma era requisito *sine qua non*

Sin perjuicio de todo lo anterior, esta discusión ha quedado hoy día superada ante el nuevo escenario que crea la L.O. 1/2015 que elimina ese necesario «auto de insolvencia» cuando no se satisficiera la responsabilidad civil por el «compromiso de pago» que luego abordaré.

para la concesión de la suspensión tener satisfecha la responsabilidad civil derivada de la infracción penal o, al menos, que existiera un auto de insolvencia³³¹.

Con la reforma de la L.O. 1/2015, se habla de «compromiso de pago» que ha de ser aceptado por el órgano judicial para considerar cumplida la condición del artículo 80.2.3^a. No obstante, no está definido qué se ha de entender por «compromiso de pago»³³². Si bien es cierto que se relaciona de forma proporcional con la capacidad económica del penado no es menos cierto que, nuevamente, la indefinición del Código genera dudas interpretativas. Lo anterior supone que, dependiendo de la definición que se dé, el compromiso de pago se pueda o no alargar en el tiempo³³³. En este contexto conviene recordar que el párrafo segundo del artículo 80.1 al recoger las circunstancias que serán valoradas por el juez para la concesión de la suspensión incluye «en particular su esfuerzo para reparar el daño causado». Por ello hay quienes consideran que su inclusión es reiterativa y que “lo más oportuno habría sido suprimir esta condición”³³⁴. Sin embargo considero que el legislador ha optado por mantenerla en aras a esa protección de la víctima que señalaba al principio, en un intento de proteger sus intereses conjuntamente con los del reo.

³³¹ Como es sabido, la normativa anterior permitía que con un auto del juez en el que se declarara la insolvencia del reo se entendiera satisfecha la responsabilidad civil. Lo anterior conllevaba, en no pocas ocasiones, que la responsabilidad civil no se cumplía. En un intento de solventar esa situación se pretende que el reo, aunque sea mediante un compromiso de pago, satisfaga la responsabilidad civil derivada del delito en un intento claro de protección a las víctimas del delito. Por ello, según MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 617, entiende que “La Ley orgánica 1/2015 es más restrictiva en materia de responsabilidad civil que la anterior condición tercera del artículo 81, que permitía dar por cumplido este requisito en casos de insolvencia”.

³³² GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 145, dispone sobre este requisito que era “[...] concebida hasta ahora como extinción de la obligación *ex damno*, salvo declaración judicial de insolvencia total o parcial, un sistema de comprobación previo ineficaz y poco ágil, imposibilitaba que pudiera acordarse la suspensión con prontitud. La apuesta del legislador porque la suspensión se acuerde, de ser posible, en la misma sentencia, impone ahora una perspectiva distinta: bastará con el compromiso de reparar el acuerdo con las posibilidades del reo, suficientemente garantizada, conducta que condiciona el mantenimiento de la suspensión”. Por su parte, TÉLLEZ AGUILERA, “El Libro primero del Código Pena...”, p. 8, señala que “[...] ahora la simple insolvencia no basta, estando orientada la reforma para exigir, aunque sea mínimamente, una satisfacción material del daño ocasionado por el delito, máxime si tenemos en cuenta que la ocultación de bienes, no aportar información sobre los disponibles o no facilitar el decomiso se alza ahora como una causa de revocación de la suspensión concedida”.

³³³ Conviene recordar que se pueden también fijar diferentes plazos para su cumplimiento si se alega imposibilidad de cumplimiento. Esa posibilidad que se otorga al reo es nuevamente para facilitar su pago y atendida su falta de capacidad económica. Será el juez quien, previa valoración de dicha situación deberá fijar los plazos y la cuantía a satisfacer en base a esa capacidad económica. Si bien se tiene un límite legal que no es otro que el plazo de suspensión. Así esos plazos no podrán exceder de los cinco años para las penas menos graves y de un año para las penas leves de conformidad con el artículo 81 párrafo primero del Código.

³³⁴ ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 90.

Volviendo sobre el concepto de «compromiso de pago», a mi juicio, se puede equiparar compromiso a obligación de pago, si bien la doctrina ha sido más flexible, sobre todo por las consecuencias que el legislador ha otorgado a su incumplimiento, ya que no siempre será causa de revocación de la suspensión, como luego analizaré. Considero que si ese «compromiso de pago» no se entiende como una obligación para el propio reo quedará vaciado de contenido como ya ocurría con el auto de insolvencia. Nuevamente en ese caso la única perjudicada es la víctima del delito.

Tampoco está definido si debe haber un mínimo de compromiso para que pueda ser aceptado por el juez; esto es, ¿cabría aceptarse un compromiso de pago de un euro mensual, cuando por ejemplo la responsabilidad civil son mil euros?, ¿hay un mínimo exigible? El Código dice que ese compromiso de pago ha de ser «de acuerdo a su capacidad económica» y «sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine». Por lo tanto son dos los elementos a tener en cuenta por el juez o tribunal: cuantía y período de pago atendiendo, en ambos casos, a la capacidad económica del reo. El problema es que el Código vuelve a introducir un concepto valorativo. De nuevo se deja en manos del órgano judicial determinar en cuánto tiempo ha de pagar el penado y la valoración de si lo hará en el plazo que le ha fijado.

Lo cierto es que en la práctica judicial, lo que hacen los órganos judiciales no solo es valorar ese compromiso de pago del penado sino que se consulta el Punto Neutro Judicial y se tiene en cuenta su situación de empleo o desempleo, así como si es titular de bienes u otras propiedades. De este modo se comprueba si efectivamente puede asumir el pago al que se está comprometiendo. No obstante todo lo anterior, hay que reconocer que en ocasiones esta información puede ser sesgada, bien porque no está actualizada o bien porque el reo, a pesar de su apariencia de insolvencia, tiene bienes a nombre de otra persona o empresa o incluso percibe ingresos que no declara procedentes de la economía sumergida³³⁵. Consecuencia de lo anterior es que, en no

³³⁵ Como indica ROIG TORRES, “La suspensión de la ejecución...”, p. 324, “Uno de los problemas que en el proceso penal se presenta es la detección del patrimonio real del condenado. En la pieza de responsabilidad civil se incluye la información de los bienes e ingresos que formalmente figuran a su nombre, acudiendo para ello al conocido como «Punto Neutro Judicial» [...]. Pero ese patrimonio oficial no siempre se corresponde con la capacidad económica real del penado, pues puede trabajar de modo irregular, no declarar sus beneficios o ingresos efectivos, tener bienes inscritos a nombre de otras personas, o su fortuna en el extranjero, etc.”. En igual sentido GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 151.

pocas ocasiones, el juez no dispone de información real en el momento de resolver sobre la suspensión de la pena, concediendo la misma con un compromiso de pago que luego no se cumple.

A pesar de todo ello creo que la modificación de la L.O. 1/2015, conlleva que aun cuando una persona condenada por sentencia firme sea insolvente, se pueda otorgar la suspensión de la ejecución de la pena, si preexiste ese compromiso de pago al que alude el precepto, frente a la normativa anterior en la que, ante la situación de insolvencia, nada más se exigía al reo y podía ser causa legal de denegación de la suspensión de la pena (aunque como ya he dicho era práctica judicial habitual que se dictara auto de insolvencia y se continuara analizando el resto de requisitos para la concesión de la suspensión). Quizás por ello, para que ese compromiso de pago no quede vaciado de contenido, el propio precepto habilita a que el juez solicite «garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento», si entiende que con ese compromiso de pago la obligación no estuviere suficientemente garantizada. Es una forma más de garantizar la satisfacción de la responsabilidad civil de la víctima. Ahora bien, cabe plantearse ¿qué garantías adicionales puede solicitar? ¿Son de obligado cumplimiento para el reo o puede entenderse que solo se le obliga al compromiso de pago?

Entiendo que no se le puede obligar porque el precepto no lo exige. Sin embargo, si se solicitan por el juez o tribunal es porque con el compromiso de pago ha entendido que no es suficiente «en atención al alcance la responsabilidad civil y al impacto social del delito»³³⁶. Consecuentemente con lo anterior, si el reo no aporta esas garantías de pago el juez puede, motivándolo así en la resolución, denegar la suspensión de la pena y acordar su ingreso en prisión. Este desenlace, que es el que pretende evitar el reo, conllevará inevitablemente que si el juez interesa garantías adicionales el reo se verá implícitamente «obligado» a facilitarlas si no quiere ingresar en prisión. Para valorar esas garantías adicionales, como decía se atenderá por el juez o tribunal al «alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito». Sobre esta última

³³⁶ Señala ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 96, siguiendo a TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código penal español...*, p. 636, que se añadió un inciso final a la condición tercera del artículo 80.2, “[...] con lo que se aproxima la suspensión al régimen de «las fianzas que pueden adoptarse en fase de instrucción» y, desde luego, también es posible acordar en la ejecución de las responsabilidades civiles «medidas como el embargo de bienes para asegurar su cumplimiento»”.

inclusión, la doctrina se ha mostrado crítica. ABEL SOUTO lo define de “deleznable mención”³³⁷ mientras que ROIG TORRES considera que “carece de justificación”³³⁸. Lo cierto es que parece poco lógico que la modulación que tenga que hacer el juez de esa responsabilidad civil lo sea en atención a la alarma social que pueda generar el delito, toda vez que se trata de “un factor extraño al cumplimiento de una obligación civil, aunque reflejo de la política criminal del legislador de 2015 que otorga un papel predominante a la opinión pública dentro de un Derecho penal de la seguridad, influido por los medios de comunicación, en el que la repercusión social del delito hasta es tomada en consideración para el aseguramiento de la responsabilidad civil”³³⁹. En todo caso es un factor a tener en cuenta, porque así lo recoge el Código si bien los órganos judiciales valoraran con preferencia el resto de elementos, siendo la alarma social el último referente atendiendo a la prevención especial de la pena.

Una vez dicho lo anterior, me parece igualmente necesario abordar qué sucede en los casos en los que aun preexistiendo un compromiso de pago, fraccionado o no, éste se incumple; esto es ¿qué pasa si se compromete al pago y luego no paga? Parece lógico que si una de las condiciones para la concesión de la suspensión es que se haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito cometido, que a su vez se entenderá cumplida con ese compromiso de pago, si luego no paga, se produzca la revocación de la suspensión³⁴⁰. El artículo 86.1 d) del Código, recoge no solo esta posibilidad de impago sino otras al disponer:

³³⁷ ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 97.

³³⁸ ROIG TORRES, “La suspensión de la ejecución...”, p. 331.

³³⁹ ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 97. En idéntico sentido ROIG TORRES, “La suspensión de la ejecución...”, pp. 331 y 332.

³⁴⁰ Como apunta ALONSO BUZO, “La nueva regulación de la suspensión...”, p. 3, “A partir de la LO 1/2015 la suspensión de la pena queda condicionado al pago de la responsabilidad civil o bien a un compromiso de pago por parte del penado, que a su vez, puede dar lugar a la revocación de la suspensión en aquellos supuestos en que el penado no satisfaga la cuantía indemnizatoria, no cumpla con el compromiso asumido o incluso oculte o no facilite información sobre bienes susceptibles de embargo”.

Art. 86.1 d). “El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Se trata realmente de tres supuestos; a saber: facilitar información inexacta o insuficiente sobre el paradero de los bienes u objetos cuyo comiso; no dar cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilitar información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio. De estos tres supuestos que prevé el Código me interesa detenerme ahora en el segundo caso ya que el resto serán analizados al abordar la problemática general sobre las causa de revocación de la suspensión.

En relación a ese segundo supuesto, cabe destacar que el legislador no ha querido que el incumplimiento del compromiso de pago a que se refiere el artículo 80.2.3^a párrafo segundo del Código conlleve automáticamente la revocación de la suspensión. Se condiciona a que el sujeto carezca de capacidad económica para ello. Esta matización creo que vulnera la propia esencia del compromiso de pago inicial que se exige puesto que si el compromiso de pago implica que tenga intención y capacidad real de pago (de lo contrario quedaría vaciado de contenido), si luego no se revoca porque aunque no satisfaga la responsabilidad civil no tiene capacidad económica de pago, nunca sería revocable la suspensión de la pena a pesar de no satisfacer nunca la responsabilidad civil. Creo que es un error esta inclusión. Si bien me parece acertado que se permita un compromiso de pago entiendo que en la práctica esta realidad no puede quedar olvidada o vaciada de contenido en perjuicio de la víctima u ofendido por el delito.

Además, ¿qué ocurre con aquellas personas cuya capacidad económica es nula y se encuentran prácticamente en la indigencia? ¿Nunca tendrán acceso a la suspensión de la pena? No se desconoce que, en estos casos, el compromiso de pago que asuma el penado será ficticio, pues estas personas que se encuentran en una verdadera situación de insolvencia material no podrán asumir ni siquiera un pago fraccionado. En estos casos, si el juez estima conceder al reo un aplazamiento de pago, esta decisión, implícitamente, ya conlleva una insolvencia parcial (supone que el reo no pudo hacer

frente en un solo pago a la totalidad de la responsabilidad civil), pero aun así puede que luego no cumpla. Sin embargo, el órgano judicial no puede, sin más justificación, denegar sistemáticamente la suspensión a todo aquel sujeto que no indemnice ni asuma un compromiso de pago, sin comprobar previamente que ello es consecuencia de su imposibilidad patrimonial. De lo contrario se estaría impidiendo el acceso a la suspensión de la pena a los insolventes y no parece que esa haya sido la intención del legislador. Lo contrario incurriría en “una discriminación por motivos económicos”³⁴¹.

En este escenario se plantean dos posibilidades. La primera, que el juez aceptara un compromiso de pago igual a cero en el momento de la concesión del beneficio, lo cual supondría que la víctima no lograría el resarcimiento, salvo que el penado viniese a mejor fortuna. La segunda sería que el penado asumiera un compromiso de pago fraccionado a sabiendas que no podrá cumplirlo en el momento de otorgar la suspensión y, posteriormente, ante la imposibilidad de cumplir por insuficiencia de recursos económicos no sea revocado el beneficio de la suspensión (cuestión permitida en la reforma). En este caso tampoco se resarce a la víctima. En palabras de GIMÉNEZ GARCÍA, “aunque la pretensión sea la de salvaguardar los intereses de la víctima, esto no debe intentar conseguirse a todo trance, porque si existiese una imposibilidad de reparación y por ello se impidiese el beneficio, no cabe duda que podría resentirse el principio de igualdad en perjuicio de los más desfavorecidos económicamente evocándose una trasnochada variante de la antigua prisión por deudas”³⁴².

Llegados a este punto me planteo qué sucedería en los casos en los que un reo haya sido condenado a una pena de prisión así como a una pena de multa, si se suspende la prisión, la multa que sigue estando vigente, ¿ prescribe? Si procede a abonar la responsabilidad civil, por preferencia en el pago las primeras cantidades se han de imputar a la satisfacción de la responsabilidad civil de conformidad con el artículo 126 del Código y aun quedaría pendiente el abono de la pena de multa. Entiendo que esos

³⁴¹ Así lo considera ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 99, entendiéndolo que, de ser así, convendría recuperar la excepción recogida en la condición tercera del anterior artículo 81 respecto a la declaración de insolvencia.

³⁴² GIMÉNEZ GARCÍA, “Alternativas sociales a las instituciones privativas de libertad”, pp. 27 y ss. En igual sentido se ha mostrado la jurisprudencia de los tribunales. A modo de ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de enero de 2007, señalaba que “[...] sabido es que no en todos los casos una declaración formal de insolvencia implica una imposibilidad real de pago, que es a lo que habrá de estarse, porque, debiendo regirse el Derecho Penal por criterios de realidad material, éstos no deben ceder ante cuestiones formales, que obstaculizan esa realidad”.

abonos parciales que se van realizando por el condenado, aun cuando se imputen a la responsabilidad civil, interrumpen la prescripción de la pena de multa a los efectos del artículo 134.2 del Código.

Dentro de este requisito de satisfacción de la responsabilidad civil derivada de la infracción pena existe una normativa específica cuando de delitos con la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social se trate, al amparo del nuevo artículo 308 *bis* que introduce la L.O. 1/2015. Existiendo un apartado concreto en este trabajo dedicado a su estudio me remito a lo que en él se dirá.

Como indicaba al inicio de este apartado, el artículo 80.2.3ª no solo dice que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles del delito que se hubieren originado sino que añade que «se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127». Con esta inclusión se busca “evitar maniobras dilatorias dirigidas a eludir la entrega de esos objetos, especialmente las ganancias del delito, pues resulta problemático detectar el patrimonio real, ya que lo que consta en los registros oficiales no siempre revela la verdadera capacidad de pago”³⁴³. Se trata de una alusión específica que introduce la L.O. 1/2015 en este precepto si bien las consecuencias que se derivan son las mismas que conllevaba la aplicación directa del artículo 127³⁴⁴, ubicado en el Título VI titulado “De las consecuencias accesorias”, del Libro I del Código, el cual se ha visto igualmente modificado. Dispone este precepto del Código, fruto de la reforma de 2015:

Art. 127. “1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

³⁴³ Así lo considera ROIG TORRES, “La suspensión de la ejecución...”, p. 324.

³⁴⁴ A esta misma conclusión llega CORELLA MIGUEL, “La nueva regulación de la suspensión...”, pp. 4 y 5, cuando indica que “El decomiso de los bienes a que se refiere el art. 127 ya estaba previsto en la anterior versión aunque sin referencia al mismo dentro de los artículos dedicados a la suspensión. La puntualización nos parece, sin duda, positiva puesto que hace recaer sobre el órgano jurisdiccional y no sobre el reo en exclusiva, la contribución al pago de la responsabilidad civil pues, en ocasiones, era fácil encontrarnos con la denegación del beneficio por no haber satisfecho ésta mientras existían bienes suficientes para afrontarla a la espera de que el Juzgado o Tribunal realizase los actos necesarios para proceder al pago los mismos por los medios que la LEC dispone”.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición”.

En aplicación de este precepto se puede decir que, en tanto no se haya hecho excusión de lo obtenido mediante la realización del objeto del comiso, no podrá concluirse que el penado no ha satisfecho la responsabilidad civil. Solo entonces, será cuando pueda denegarse la suspensión, si es que falta alguna cantidad por cubrir y se constata esa voluntad rebelde y obstativa del reo por pagar.

La doctrina se ha adelantado a definir el comiso como una medida de naturaleza no penal sino patrimonial³⁴⁵. De no ser así, no tendría sentido condicionar un beneficio al cumplimiento de una pena cuando éstas han de ejecutarse forzosamente a costa del infractor³⁴⁶. En todo caso la reforma de 2015 implica la obligatoriedad del comiso tanto en los delitos dolosos como imprudentes, siempre que en este último caso la Ley prevea

³⁴⁵ Entre otros, GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 152, indica que “El compromiso de facilitar el comiso acordado [...] constituye también una novedad reseñable. Sintoniza con la apuesta del legislador (a impulsos de la UE) de configurar el comiso como una medida de naturaleza propiamente no penal, sino análoga a la restitución del enriquecimiento del beneficiario por la comisión de un delito”; RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 10, “La referencia al decomiso responde a la consideración de éste como figura no penal, anunciada en apartado VII de la Exposición de Motivos, más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal”; o ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 94, cuando indica que “[...] no tiene carácter obligacional como la multa o las responsabilidades civiles, sino real”, también MANZANARES SAMANIEGO, *La reforma del Código penal...*, p. 360.

³⁴⁶ Como apunta ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 95, “El CONSEJO FISCAL consideró la idea de incluir la efectividad del decomiso en las condiciones de la suspensión «acertada si se enfoca desde una perspectiva retrospectiva», es decir, lo importante para otorgar la suspensión será «que el reo no se haya visto comprometido personalmente en ningún comportamiento que haya supuesto impedimento o traba para la intervención, depósito judicial o embargo de los bienes y derechos susceptibles de comiso». Si después se comprueba que el condenado ocultó bienes o no colaboró en su localización «dicha conducta obstructiva pasaría a ser causa de revocación del beneficio». Con ello se pretende «evitar maniobras dilatorias» encaminadas a eludir la entrega de los objetos decomisados, «especialmente las ganancias del delito», pues resulta problemático detectar el patrimonio real, ya que lo que consta en los registros oficiales no siempre revela la verdadera capacidad de pago”.

la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año. La cuestión es que aquí se toma como referencia la pena en abstracto que prevé el Código para ese tipo de delito, a pesar de que el Tribunal Supremo ya ha señalado que la pena a tener en cuenta para realizar el cómputo de la cancelación de los antecedentes penales lo es de la pena en concreto impuesta en sentencia. A mi juicio, esa misma interpretación, favorable al reo, debiera hacerse en este caso. Solo será necesario haber realizado el comiso de los bienes derivados de la comisión de un delito imprudente cuando la pena en concreto impuesta en sentencia sea superior a un año.

Por último, señalar que aunque la nueva redacción elimina toda referencia a la audiencia del Ministerio Fiscal y a las partes, que preveía el derogado artículo 81.3 del Código para la declaración de la insolvencia. A pesar de lo anterior, de conformidad con el artículo 125 del Código (que no es reformado) será necesaria la previa audiencia de perjudicado para la fijación de los plazos³⁴⁷. De igual forma, la STC 248/2004, de 20 de diciembre, ya recogía la necesaria audiencia, referida en este caso al penado (entiéndase también a su letrado), que igualmente ha de realizarse.

3. Suspensión extraordinaria de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Derecho penal español: cuestiones controvertidas que los tribunales de justicia han de resolver en su aplicación.

A. Supuestos extraordinarios de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad contenidos en los artículos 80 a 87 del Código penal.

Junto a los supuestos generales de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad que prevén los artículos 80.1 y 2 del Código, el ordenamiento jurídico penal español regula otros casos en los que cabe que el juez o tribunal acuerde la suspensión de la pena. A estos otros supuestos se les cataloga de «extraordinarios»,

³⁴⁷ Dispone este precepto:

Art. 125. “Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el Juez o Tribunal, previa audiencia al perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos”.

debido a que en ellos no concurren los requisitos o las condiciones generales y, a pesar de ello, el legislador ha estimado que el juez puede conceder la suspensión de la pena. Fruto de la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, en esa intención de lograr un sistema unitario, los apartados 3, 4 y 5 del artículo 80 del Código recogen, respectivamente, tres clases o supuestos extraordinarios de suspensión de la ejecución de la pena que tienen como característica común la falta de concurrencia de alguno de los presupuestos generales que he comentado. Sin embargo, la finalidad común de la suspensión que no es otra que dentro del derecho a la segunda oportunidad del reo, la de evitar el cumplimiento de la pena sigue existiendo en todos ellos. Si bien en algunos casos parece realmente que se ha desvirtuado su espíritu como es el caso de la suspensión sustitutiva del artículo 80.3.

Creo que esta reforma de 2015 ha sido positiva no tanto ya por unificar esta materia integrando en un sistema unitario a las dos formas que tradicionalmente existían: suspensión y sustitución; sino porque engloba en un único artículo, el artículo 80, todos los supuestos en los que procede acordar la suspensión de la pena, dejando el artículo 89 para los casos de sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado en España. Analizaré cada uno de estos casos extraordinarios a continuación.

Valorando negativamente esta reforma, el propio informe de la Fiscalía General del Estado al Anteproyecto de Código penal de 3 de abril de 2013 (del que derivó al reforma de 2015) cuestionaba explícitamente la desaparición de la sustitución de la pena como institución específica en los siguientes términos: “cabe cuestionar la necesidad o la oportunidad de emprender en estos momentos tan rotundo cambio, atendiendo singularmente al hecho de que las formas sustitutivas de las penas cortas privativas de libertad, en cualquiera de sus modalidades de suspensión o sustitución, tal y como las conocemos, se viene aplicando con absoluta normalidad”.

Uno de los efectos de este nuevo sistema unitario, no sé si deseado o pretendido por el legislador, ha sido zanjar definitivamente la discusión doctrinal acerca de si revocada la suspensión de la pena cabía aplicar la institución de la sustitución³⁴⁸. No

³⁴⁸ Como bien indica GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 153, “Deja de tener sentido, pues, la controversia acerca de si cabe acceder a la sustitución de la pena de prisión después de revocada la suspensión condicional de la pena. Como es sabido existían al respecto dos posturas discrepantes. Según una tesis minoritaria, la revocación de la suspensión ordinaria no impedía

parece que quepa esta posibilidad en la nueva regulación. Precisamente, el Preámbulo de la L.O. 1/2015, expone que “[...] se introduce un nuevo sistema, caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, que introduce mayor flexibilidad y eficacia [...]. Al tiempo, se pone fin a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos. Se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión. De este modo se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas [...]”.

No obstante, frente a esta interpretación, nada impediría al sujeto condenado solicitar de forma sucesiva cada una de las posibilidades suspensivas. Esto es así porque aun cuando no quepa otorga otra modalidad de suspensión revocada la anterior, no hay ningún precepto que obligue al condenado a solicitar de forma conjunta, alternativa o subsidiaria, todas las modalidades posibles de suspensión que se estimen oportunas, salvo que el propio juez así le haya requerido previamente para ello³⁴⁹.

Sentado lo anterior dedicaré los sucesivos apartados a examinar estas formas extraordinarias de suspensión de la pena.

necesariamente la posibilidad de acordar una sustitución ulterior siempre que se tratase de reos no habituales [...]. Tras la reforma no tendría sentido una vez revocada la suspensión, volver a acordarla”. A favor de la postura mayoritaria que no permitía esa sucesión de formas alternativas al cumplimiento de las penas, entre otros, FERNÁNDEZ APARICIO, “Cuestiones prácticas de la suspensión...”, p. 65, apunta que “[...] ya la propia jurisprudencia había corregido esta disfunción cuando rechazaba conceder la suspensión a quien ya se hubiese sustituido la pena y hubiese hecho mal uso de dicha sustitución. Igualmente se había rechazado el supuesto inverso, es decir que revocada la suspensión por la comisión de un hecho delictivo o por incumplimiento de las obligaciones se pidiese ahora la sustitución”.

³⁴⁹ Como apunta SÁNCHEZ SISCART, “Nuevo régimen de la suspensión...”, pp. 13 y 14, “La revocación de cualquiera de las modalidades suspensivas que se haya concedido, en sus diferentes alternativas (suspensión ordinaria, suspensión en caso de drogodependencia, o suspensión sustitutiva), no abre la puerta a la posibilidad de solicitar nuevos beneficios suspensivos. Esto es, la suspensión podrá concederse, con arreglo a distintas alternativas, pero en caso de ulterior revocación, no cabe una nueva solicitud, que en realidad va referida al mismo beneficio, cuyas condiciones de concesión hayan sido quebrantadas”.

- a) Sustitución como modalidad de suspensión del artículo 80.3 del Código penal.
- a') Introducción.

Este nuevo artículo 80.3 del Código que se introduce por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, recoge lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha denominado «suspensión ampliada» o lo que también se conoce como «suspensión sustitutiva». Frente a la regulación tradicional en el ordenamiento jurídico español donde la sustitución de la ejecución de la pena era, junto con la suspensión, la otra forma alternativa al cumplimiento de las penas y de aplicación subsidiaria a ésta (salvo en el caso de la sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses del artículo 71.2 del Código -antes de la reforma el límite era de seis meses- que en todo caso se sustituye por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o por localización permanente), la configuración actual define a la sustitución de la pena como una forma o modalidad de suspensión. Entiendo que esta unificación supone, una vez más, un intento del legislador de conformar ese sistema unitario al que aludía en materia de suspensión.

Parece que esa búsqueda ha dado sus resultados porque se ha conseguido, al fin, que a partir de 2015 lo que el juez acuerde, en todo caso, sea una suspensión de la pena³⁵⁰. A pesar de ello, si la finalidad real de este sistema unitario es que el reo no cumpla la condena (de ahí que se configure como un sistema único de suspensión), lo cierto es que en la suspensión ampliada, sí que se cumple una pena aunque se le llame «prestación» o «medida» del artículo 84 del Código, ya que se impone en todo caso o una multa o trabajos en beneficio de la comunidad³⁵¹. A mi juicio se llama prestación o

³⁵⁰ En contra de esta postura FERNÁNDEZ APARICIO, “Cuestiones prácticas de la suspensión...”, p. 64, quien considera que “No entiendo por qué el legislador ha puesto término a las sustituciones del art. 88 por cuanto la idea de unificación que es lo que justifica la desaparición de este artículo es realmente aparente vistas las diferentes modalidades del propio artículo 80 CP”. Añade que “[...] el legislador ha incurrido en una flagrante contradicción al obligar que parte de la pena sea realmente sustituida por trabajos o por multa”. En igual sentido RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 12, al señalar que “Pese a que la sustitución pasa a denominarse suspensión, estamos ante una verdadera sustitución, pues materialmente se sigue sustituyendo la pena de prisión por otras medidas distintas, aunque ésta ya no se llame sustitución”.

³⁵¹ Por ello la doctrina se ha adelantado a señalar que las condiciones que se han de cumplir para conceder la suspensión ampliada se han incrementado considerablemente; entre otros: CORELLA MIGUEL, “La nueva regulación de la suspensión...”, p. 5; FERNÁNDEZ APARICIO, “Cuestiones prácticas de la suspensión...”, p. 64, que considera que “Realmente es una suspensión de la pena condicionada a una sustitución de parte de la misma lo cual parece realmente kafkiano”; o GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, “Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución...”, p. 2; VEGAS SÁNCHEZ, “La suspensión de la ejecución...”, p. 246.

medida a lo que es una «pena» en sentido estricto, por lo que al igual que con anterioridad a la reforma de 2015, el reo sigue cumpliendo con una pena (de distinta naturaleza a la que fue condenado pero al fin y al cabo una pena por mucho que se la renombre como prestación o medida).

Esta nueva sustitución, si bien tiene elementos que se identifican con la regulación anterior, tiene un rasgo diferenciador esencial. La reforma de 2015 ha hecho que lo que antes era un régimen especial de sustitución de la pena de prisión (como digo aplicable solo cuando la suspensión no tenía cabida a excepción del artículo 71.2 que imponía -y se sigue manteniendo- que las penas de prisión inferiores a tres meses serán en todo caso sustituidas), se convierta ahora en un supuesto excepcional de suspensión en el que se establecen unos requisitos más exigentes que en el régimen general. Como tendré ocasión de examinar, para acordar la suspensión ampliada, se exige la valoración de una serie de circunstancias que el propio precepto recoge. Por ello es preciso analizar y valorar su fundamentación actual.

En todo caso, creo conveniente destacar que a pesar de que se trata de una suspensión de la ejecución de la pena no es necesaria la concurrencia de algunos de los elementos esenciales de la suspensión ordinaria que he venido analizando en los apartados anteriores. Su naturaleza excepcional se indica de forma expresa en el encabezamiento del artículo 80.3 párrafo primero, cuando dispone:

Art. 80.3. pfo. 1º. “Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen”.

El propio precepto posibilita conceder la suspensión de la pena a delincuentes no primarios si bien se condiciona a que no se trate de reos habituales. El otro límite es que se puede otorgar la suspensión aunque la pena impuesta, en su conjunto, aunque sea superior a los dos años, siempre que individualmente no superen este límite. Lo que me llama poderosamente la atención es que no sea necesario que se trate de delincuentes primarios. Todo lo que he analizado en este trabajo en cuanto a la valoración del concepto de «primariedad delictiva» no es aplicable a este supuesto de suspensión sustitutiva pues, por su propia naturaleza, no tiene por qué ser un delincuente primario mientras no sea un reo habitual. Parece que esta flexibilidad va en consonancia con la

reforma operada en el artículo 80.2.1ª *in fine* cuando indica que «Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros». La realidad es que ni siquiera en la suspensión ordinaria es necesario que se trate de un delincuente primario siempre que se cumpla con esa premisa. La dificultad deriva en definir el concepto de «reo habitual».

Por lo que respecta al período temporal, si bien la suspensión ordinaria se reserva para penas que individualmente consideradas o con la suma de las mismas no excedan en ningún caso de los dos años, en esta suspensión ampliada se elimina este requisito. Se posibilita la suspensión *ex* artículo 80.3 al reo que tenga varias penas de prisión si, individualmente, ninguna de ellas supera los dos años de prisión. De ser así se denegaría la suspensión de la pena incluso en esta modalidad de suspensión sustitutiva.

En relación con la satisfacción de la responsabilidad civil que recoge el artículo 80.3 párrafo segundo inciso primero, no se excluye expresamente su concurrencia por lo que se entiende que se ha de satisfacer. Ahora bien, esa satisfacción se entenderá cumplida en la forma que especifica dicho párrafo segundo y esta valoración también genera controversias.

Pero sin duda la mayor nota de identidad de este tipo de suspensión es la obligatoriedad que se le exige al juez para que le imponga al reo o una multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Si bien como decía se hace bajo esa consideración de que se trata de «prestaciones» o «medidas» y no de penas.

Estos tres requisitos necesarios serán analizados a continuación.

b') Que no se trate de reos habituales.

Como adelantaba, el artículo 80.3 párrafo primero del Código, junto a la posibilidad de que no concurren dos de los requisitos esenciales de la suspensión ordinaria de la ejecución de la pena, sí que exige un requisito nuevo; a saber: «que no se trate de reos habituales». Al no estar definido por el propio precepto qué se ha de entender por «reo habitual» fue la doctrina la que fue marcando los rasgos delimitadores

de este concepto³⁵²; base sobre la cual se fueron pronunciando los tribunales³⁵³. A pesar de lo anterior, si bien el precepto no lo define, no se desconoce que el artículo 94 del Código penal sí que contiene una definición de «reos habituales»³⁵⁴ al establecer que:

Art. 94. pfo. 1º. “A los efectos previstos en la sección 2ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello”.

Parece claro que para considerar a un reo como «habitual», éste ha de haber sido condenado al menos por tres delitos, de los comprendidos en un mismo Capítulo del Código, en un plazo no superior a cinco años. Pero incluso existiendo un precepto que indica cuándo se está ante un reo habitual surgen dos discusiones doctrinales al respecto.

³⁵² Según ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 120, “Casi existe una opinión pacífica sobre la exclusión de los tres delitos que determinan la habitualidad de la infracción cuya pena se trata de sustituir, pues según la doctrina mayoritaria en otro caso, como la suspensión puede acordarse en la sentencia o posteriormente, pero antes de la ejecución, la concurrencia del requisito dependería del aleatorio momento en que se tomase la decisión”.

³⁵³ Valorando el concepto de «reos habituales» se han pronunciado los tribunales. Entre otras, la reciente sentencia 232/2015, de 28 de mayo, de la Audiencia Provincial de Cantabria desestimó el recurso de apelación interpuesto por un conductor condenado como autor responsable de un delito contra la seguridad vial en la modalidad de conducir un vehículo motor careciendo de permiso habilitante [...] previsto y penado en el artículo 384.1º del Código, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, y apreciación de multirreincidencia a la pena de seis meses de prisión. Hasta ese momento, esta persona ya había sido condenada en otras tres ocasiones, entre 2010 y 2011, por circular bajo la influencia de bebidas alcohólicas o conducir sin carné. En sus Fundamentos de derecho, los magistrados de la Audiencia Provincial de Cantabria se refieren al concepto técnico-jurídico de «reos habituales» entendiendo que “[...] para considerar a un reo como "habitual" exige que haya cometido tres o más delitos [...] "de los comprendidos en un mismo capítulo", con lo que el Legislador parece anudar el concepto "habitualidad" con la comisión repetida de delitos tan próximamente situados sistemáticamente que apuntan a un delincuente con unas determinadas predisposiciones delictuales. Obsérvese que aquí no se exige que los tres o más delitos sean de la misma naturaleza. Añade que no debe olvidarse que “[...] las STS de 23 de julio de 1999 y 12 de mayo de 2000, consideraron que por "misma naturaleza" había que entender "atacar del mismo modo a idéntico bien jurídico" y la STS de 5 de octubre de 2006 afirma que "en todo caso, es obvio que la exigencia de que sean de la misma naturaleza supone que morfológicamente, la forma de ataque al bien jurídico sea o provenga desde y a través de una misma manera””. En igual sentido las SSTS de 7 de marzo de 2002 y 3 de febrero de 2003 postulan que se permite la sustitución, por tanto, en reos reincidentes pero no en los multirreincidentes.

³⁵⁴ Recordar que este precepto deriva de la reforma del Código penal operada por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, no habiendo sufrido alteración alguna por la L.O. /2015, de 30 de marzo. Por este motivo, hay quienes defienden que el concepto de «reos habituales» no se ha modificado en nada y su configuración legal se mantiene; entre otros: FERNÁNDEZ APARICIO, “Cuestiones prácticas de la suspensión...”, p. 65; HERRERO ÁLVAREZ, “La nueva regulación de la suspensión de la ejecución de penas...”, p. 4; SÁEZ MALCENIDO, “Reforma penal del beneficio de la suspensión...”, p. 2; o VEGAS SÁNCHEZ, “La suspensión de la ejecución...”, p. 263.

La primera de ellas es si este precepto se ha de tener en cuenta para dar una definición del «reo habitual» a los efectos del artículo 80.3 párrafo primero. No se desconoce que el concepto de «reo habitual» del artículo 94 se refiere (porque así lo dice el propio precepto) a la Sección II, del Capítulo III, del Título III, del Libro I del Código; es decir, a la Sección II titulada “De la sustitución de las penas privativas de libertad”. En esta Sección II, ha quedado vaciado de contenido el artículo 88 (que originariamente regulaba la sustitución de la penas) y contiene en la actualidad, exclusivamente, el artículo 89 del Código que regula la sustitución de la pena de prisión (no de cualquier pena privativa de libertad) por la expulsión del territorio nacional de ciudadanos extranjeros. Este es el problema de las Leyes Orgánicas que modifican el Código penal en algunas materias y luego no encajan el nuevo sistema normativo que regulan dando lugar a incongruencias o a consecuencias ilógicas. Digo esto porque una interpretación literal del precepto supondría que el concepto que el propio Código penal da de «reo habitual» en el artículo 94 párrafo primero, no sería aplicable a la alusión de «reo habitual» a que se refiere el artículo 80.3 párrafo primero del Código. Sin embargo, yo abogo más por entender que este artículo 94, que está ubicado en la Sección IV rubricada “Disposiciones comunes” es aplicable al contenido todo el Capítulo III y que por lo tanto se aplica también al concepto de «reo habitual» del artículo 80.3. Pero no solo por eso. Si tradicionalmente el artículo 88 contenía la regulación de la sustitución y ahora la suspensión ampliada se contempla en el artículo 80.3, parece que la alusión del artículo 94 párrafo primero al artículo 88 ha de serlo, realmente, al artículo 80.3, aunque el legislador no se haya ocupado de corregir ese error³⁵⁵.

En segundo lugar, una disputa mucho más práctica, es la relativa a si el propio delito por el que se le haya condenado en sentencia firme cuya suspensión ampliada se pretende, puede o no ser tenido en cuenta a la hora de valorar ese carácter de «reo habitual». Si se toma la referencia del artículo 94 párrafo primero en los términos que comentaba que, insisto, creo que es la única interpretación posible, el sujeto ha de haber sido condenado al menos por tres delitos comprendidos en el mismo Capítulo del Código en un plazo no superior a cinco años. Si solo hubiera cometido un delito, parece que la cuestión es irrelevante. Pero si el reo tiene dos sentencias condenatorias por delitos del mismo Capítulo y comete un tercer delito del mismo Capítulo, cuya

³⁵⁵ Postura que es compartida, entre otros, por FERNÁNDEZ APARICIO, “Cuestiones prácticas de la suspensión...”, p. 65.

suspensión se pretende por la vía de este artículo 80.3 y siempre que no ha transcurrido el plazo de cinco años ¿cabe concederle la suspensión?

La doctrina mayoritaria considera que este delito cuya suspensión se pretende no puede ser tenido en cuenta a la hora de valorar ese carácter de reo habitual³⁵⁶. A mi juicio esta es la única postura defendible acorde al principio *in dubio pro reo*. Entiendo que solo se pueden tener en cuenta las condenas firmes anteriores al hecho cuya suspensión se pretende ya que el propio precepto dice «y hayan sido condenados por ello». Si bien se pueden valorar otros delitos anteriores sobre los cuáles aún no hay recaído sentencia, solo lo será como un incidido más de criminalidad a valorar pero no computable a los efectos de valorar la habitualidad del reo. Este fue el parecer que sostuvo la Circular 1/2005, de 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado y a favor de esta interpretación se han pronunciado varias Audiencias Provinciales, sobre esta misma cuestión.

Consecuentemente, las sentencias posteriores al delito cuya suspensión se está decidiendo, a pesar de que se impongan por delitos cometidos con anterioridad al momento en que se resuelve sobre la suspensión, tampoco se pueden tener en cuenta para valorar esa habitualidad del sujeto. En todo caso, para apreciar esa habitualidad creo que habrá que acudir a la hoja histórico penal del condenado. Solo observando si tiene antecedentes penales y de qué clase se podrá determinar la habitualidad del sujeto (en la hoja histórico penal se podrá comprobar la clase de delitos por los que ha sido condenado y la fecha de las condenas). Toda interpretación distinta en la que se valoraran otros elementos para apreciar esa habitualidad, supondría vulnerar el principio de presunción de inocencia del reo consagrado en el artículo 24 de la CE.

Sin embargo, hay quienes consideran que sí que se puede valorar el mismo delito cuya suspensión se pretende y no solo a los efectos de obtener un indicio más de posible criminalidad. Quienes así lo consideran lo fundamentan en el párrafo segundo del artículo 94 del Código que dispone:

³⁵⁶ Entre quienes consideran que no puede tenerse en cuenta; TÉLLEZ AGUILERA, “El Libro primero del Código...”, pp. 8 y 9 cuando indica que “[...] existen argumentos para sostener lo contrario, pues la expresión «hayan sido condenados por ello» parece apoyar la necesidad de que los tres o más delitos sean anteriores al delito cuya pena se va a suspender, y máxime después de la reforma de 2015 en la que, como sabemos, se propicia el que, como regla general, la suspensión sea acordada en sentencia no firme (art. 82.1)”.

Art. 94. pfo. 2°. “Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad”.

Con carácter previo reiterar lo ilógico de la alusión a la sustitución del artículo 88, cuando este precepto ha quedado vaciado de contenido.

Dicho lo anterior el precepto regula dos criterios para valorar ese cómputo de los tres delitos del mismo Capítulo dentro de un plazo de cinco años; a saber: el momento en el que se resuelve sobre la suspensión y la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad. El primero de ellos no da lugar a equívocos: se reconoce que cuando el juez o tribunal haya de resolver sobre la concesión de la suspensión de la pena deberá de valorar las sentencias condenatorias existentes en ese momento³⁵⁷. El segundo de los criterios es el que genera controversia. El Código dice expresamente que para realizar ese cómputo se considerará «la fecha de comisión aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad». Es a esta dicción literal del Código a la que se aferran quienes sostienen que los delitos previos, incluido el delito cuya suspensión se pretende, son valorables a los efectos de comprobar el carácter de habitualidad del reo, a pesar de que no haya recaído sentencia firme.

Otra de las cuestiones objeto de debate que genera este precepto es determinar desde cuándo se han de computar esos cinco años a que se refiere el artículo 94 párrafo segundo: ¿se computan desde la fecha de los hechos?; ¿desde la fecha de la sentencia en que se suspende la pena?; ¿desde la fecha de la resolución posterior para el caso de que no se acuerde la suspensión en la sentencia? o ¿desde el momento en que se resuelve sobre la suspensión de la pena?

Una parte de la doctrina entiende que el cómputo lo ha de ser desde la fecha de la sentencia y desde ahí se han de haber cometido tres o más delitos y haber sido condenado en sentencia firme por esos tres delitos. Otros en cambio lo valoran desde la fecha en que se acuerda sobre la suspensión. Sin embargo, la doctrina mayoritaria defiende que la habitualidad debe apreciarse el momento en que se resuelve sobre la

³⁵⁷ Así lo propugnan, por todos, FERNÁNDEZ APARICIO, “Cuestiones prácticas de la suspensión...”, p. 65, entiende que “Tal comprobación se hará al momento de la concesión de la suspensión”.

suspensión de la pena como comentaba y, en consecuencia, es esta fecha la que marca el cómputo de los cinco años.

Incluso hay quienes entienden que por el error o falta de técnica del párrafo segundo del artículo 94, éste no es aplicable.

c') Suspensión sustitutiva solo aplicable a penas de prisión que individualmente no excedan de dos años.

La suspensión de la pena *ex* artículo 80.3 del Código no es aplicable a cualquier clase de penas privativas de libertad como sí sucede en la suspensión ordinaria (véase, pena de prisión, pena de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por el impago de multa). Solo es aplicable respecto de las «penas de prisión», pero tampoco respecto de cualquier pena de prisión sino solo de aquellas que «individualmente no excedan de dos años, aunque en suma, si superen esos dos años». La L.O. 1/2015 pone término a la polémica en la que se hallaba sumida tanto doctrina como jurisprudencia en la medida en que aclara que cabe la suspensión sustitutiva de penas de prisión que individualmente no sean superiores a dos años «aunque la suma sí exceda de ese límite individual»³⁵⁸. Con esta reforma se regula un régimen conjunto aplicable a todas las penas de prisión no superiores a dos años, sin distinguir entre las

³⁵⁸ Con anterioridad a la reforma, algunas resoluciones extendían el límite legal a la suma de las penas, sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 2 de junio de 2000; sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de junio de 2000; sentencia de la Audiencia Provincial Almería de 18 de septiembre y de 2006; sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 26 de enero de 2009; mientras que otras Audiencias Provinciales se oponían a esta interpretación perjudicial para el reo, entre otras sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 10 de marzo de 2004; sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de febrero de 2006; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de mayo de 2006 o sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 15 de enero de 2009.

Sobre esta cuestión, con anterioridad a la reforma, señalaba SÁEZ MALCEÑIDO, “Reforma penal del beneficio de la suspensión...”, p. 2 “[...] es necesario que esas penas de prisión hayan sido impuestas en la misma sentencia, aunque parece lo lógico, lo que sin embargo podría cambiar de salir adelante el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, en cuyo Libro VII se atribuye a un solo tribunal el conocimiento de todas las ejecuciones de penas recaídas sobre una misma persona”. Ahondando en esta cuestión, GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 150, dispone que “Con el marco vigente hasta ahora se discutía dicha posibilidad. Algunos sostenían que la nula referencia a la suma en la sustitución permitía dicha posibilidad sin perjuicio de valorar si en el caso concreto era procedente su concesión en atención a la gravedad de la pena total resultante. Otros por contra estimaban que si la finalidad del beneficio de la sustitución es evitar el ingreso en prisión por penas cortas, no tendría sentido romper este límite. Que el legislador haya decidido no referirse a la suma en el caso de la suspensión excepcional (vieja sustitución) condecorador, se supone de esta controversia [...] no puede pasar desapercibido”. Concluye este autor señalando al respecto que “Se trata ahora sí se una modificación fundamental, que aclara la sola referencia al cómputo *individual* (de las penas suspendibles en este caso)”.

penas de prisión que no excedan de un año y que no excedan de dos años, como hacía el artículo 88 del Código anterior a la reforma de 2015. Como apunta ABEL SOUTO “[...] se «puede superar» o «evitarse el tope de los dos años» cuando se trata de varias penas, a diferencia de lo que ocurre en la suspensión ordinaria, opción adecuada porque en la suspensión sustitutiva siempre se requerirá la sustitución por una multa o por trabajos en beneficio de la comunidad y aun cuando habrá que proceder con cautela, ya que la suma se admite «sin restricción alguna», resulta muy oportuno que el Código penal permita atender satisfactoriamente los «casos en que pese a la gravedad de las penas se den en el penado las circunstancias favorables» para la suspensión sustitutiva”³⁵⁹. A pesar de la claridad actual del Código fruto de la reforma de 2015, parte de la doctrina se muestra contraria a ese límite, no solo en cuanto a su existencia sino en cuanto a su temporalidad³⁶⁰.

En cuanto a la forma de computar el límite máximo de la prisión susceptible de suspensión, ha de especificarse, porque el Código no lo hace, que no alude a la sanción abstracta prevista por el legislador sino a la pena concreta señalada en la sentencia³⁶¹. Lo anterior implica, como decía, que cabe acordar la suspensión de penas de prisión impuestas en sentencia que individualmente no excedan de dos años aun cuando la suma sí que exceda de esos dos años³⁶².

³⁵⁹ ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 127.

³⁶⁰ Ya vigente la reforma de 2015, como apunta ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 125, “En contra de la posibilidad de sustituir la prisión de hasta dos años se ha objetado que menoscaba la prevención general al alcanzar los delitos graves cuando concurren varias rebajas penológicas, pero precisamente gracias a esas reducciones de pena devendrá escasa la afectación preventivo-general”. En igual sentido se muestran GRACIA MARTÍN, *Tratado de consecuencias jurídicas...*, pp. 336 y 337, así como DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español...*, p. 572. Es más, ABEL SOUTO se muestra partidario a elevar a tres años el límite máximo de las penas sustituibles y ampliar el catálogo de sustitutivos, cuya actual rigidez e ineffectividad aboca a una minoritaria aplicación.

³⁶¹ Esta interpretación se deriva del derogado artículo 88.2 del Código que hablaba de pena «impuesta» entendiéndose que el legislador se refiere nuevamente en este caso a la pena concreta impuesta en sentencia firme.

³⁶² La doctrina se ha mostrado favorable a esta redacción que zanja la cuestión que anteriormente se planteaba respecto a si era posible la sustitución de condenas compuestas por varias penas que individualmente eran inferiores a los dos años pero que sumadas superaban ese límite. Entre otros, ROIG TORRES, “Suspensión de la ejecución...”, p. 326; o RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 11.

- d') Condiciones que han de concurrir para poder conceder la suspensión sustitutiva de la ejecución de la pena de prisión.

Las circunstancias que se regulan en el párrafo primero del artículo 80.3 prácticamente nada nuevo añaden a la aplicación general del artículo 80.1 párrafo segundo, lo que considero reiterativo. No sucede lo mismo con el artículo 80.3 párrafo segundo que sí que regula unas condiciones concretas diferentes a las exigidas para la suspensión ordinaria. El origen de esta reforma toma su modelo de los Códigos penales europeos del entorno; así, se encuentran precedentes de esta figura en el artículo 165 del Código penal italiano; el artículo 56. b) del Código penal alemán; o el art. 132-54 del Código penal francés³⁶³.

En cuanto a los requisitos del párrafo primero del artículo 80.3 se dice que el juez podrá acordar la suspensión de la pena cuando «las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen». Por lo que respecta a las circunstancias personales del reo así como a su conducta y, en particular el esfuerzo para reparar el daño causado, me remito a lo ya dicho en relación a ellas al analizar el artículo 80.1 párrafo segundo cuando habla de «circunstancias personales del penado» y de su «conducta posterior al hecho cometido, en particular, su esfuerzo para reparar el daño causado», tratándose de los mismos concepto. Nótese por tanto que solo un apunte cabe hacer aquí y lo es en relación a la «naturaleza del hecho». Se dice de este concepto que “[...] ha de identificarse con el bien jurídico protegido por el tipo penal vulnerado, la clase de delito y el *modus operandi* o los medios ejecutivos, la forma de ataque, su excepcionalidad, la concurrencia de factores extraordinarios [...], la ejecución violenta, especialmente vejatoria o degradante para la víctima, etc.”³⁶⁴. Este elemento ha sido definido, junto con el resto que recoge el precepto como un “listado de criterios característicos de prevención especial”³⁶⁵. Lo anterior conlleva que será en cada caso concreto donde el

³⁶³ Profundizando sobre esta cuestión, SÁEZ MALCEÑIDO, “Reforma penal del beneficio de la suspensión...”, p. 4.

³⁶⁴ A esta conclusión llegan, entre otros, ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 113; CÓNDE-PUMPIDO TOURÓN en *Comentarios al Código penal...*, p. 674; MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ, en *Manual práctico sobre la ejecución penal...*, p. 133; o VIDAL CASTAÑÓN, en *Los institutos de la suspensión...*, pp. 69 y 70.

³⁶⁵ GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas...*, p. 340.

órgano judicial valore la naturaleza del hecho en relación con la finalidad de la suspensión de la pena.

En cuanto a los requisitos que contempla el párrafo segundo del artículo 80.3 cabe señalar que no se exige expresamente un compromiso de pago tal y como regula el artículo 80.2.3^a párrafo primero del Código para la suspensión ordinaria de la pena³⁶⁶. No obstante ello no es óbice para que se le pueda exigir al no haber obstáculo legal para ello. Asimismo se condiciona la suspensión de la pena al cumplimiento de lo que se denomina «prestación» o «medida» del artículo 84 del Código aun cuando propiamente se trate de las clásicas penas de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. Así lo contempla el precepto cuando dice:

Art. 80.3. pfo. 2º. “En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2ª o 3ª del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta”.

Hay que tener en cuenta se condiciona siempre la suspensión de la pena o bien a la satisfacción de la responsabilidad civil (a través de la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado) o bien al cumplimiento del acuerdo de mediación a que se refiere la medida primera del artículo 84. La regla general en la suspensión ordinaria de la pena conlleva la satisfacción de la responsabilidad civil derivada de la infracción penal que se entenderá cumplida con el compromiso de pago en los términos que ya he comentado (*ex* artículo 80.2.3^a). Sin embargo aquí se sustituye ese compromiso de pago o bien por la reparación del daño cuando sea posible o por la indemnización del perjuicio cuando dicha reparación no fuera posible de conformidad con los artículos 109 y ss. del Código penal; o bien al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación a que se refiere la primera medida del artículo 84³⁶⁷. Se trata de dos condicionantes (reparación o indemnización por un lado o

³⁶⁶ Se está ante lo que GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 154, denomina “[...] consabida fórmula del «esfuerzo reparador»” en la que no se exige la efectiva extinción de la obligación *ex damno*”.

³⁶⁷ Doctrinalmente se entiende que la exigencia que se impone en este artículo 80.3 es inferior al compromiso de pago que exige el artículo 80.2.3^a. Entre otros, ROIG TORRES, “La suspensión de la

acuerdo de mediación por otro), de aplicación alternativa y no cumulativa, que cabe analizar por separado.

En cuanto a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado, lo cierto es que ha de tratarse de un esfuerzo real ya que el propio precepto indica que la reparación o indemnización ha de serlo «conforme a sus posibilidades físicas y económicas»³⁶⁸. Las reglas generales sobre reparación del daño o indemnización de perjuicio causado se encuentran en el Libro I del Código, cuyo Título V rubricado “De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales”, en su Capítulo I titulado “De la responsabilidad civil y su extensión” contiene los artículos 109 y siguientes del Código. La regla general es la contenida en ese primer precepto cuyo apartado primero dice:

Art. 109.1. “La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”.

Cuando un sujeto comete un hecho tipificado como delito y de ese delito se deriva un perjuicio para la víctima, parece lógico que la obligación del reo no se agote con el cumplimiento de la pena que se le imponga (cumplimiento efectivo o de forma alternativa si se le suspende la pena), sino que tiene la obligación de reparar a la víctima en los daños y perjuicios causados. Esa reparación comprende, como dispone el artículo 110 del Código:

Art. 110. “La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1º La restitución; 2º La reparación del daño; y 3º La indemnización de perjuicios materiales y morales”.

Se trata por tanto de satisfacer a la víctima en aquello que se le hubiera perjudicado siguiendo las reglas generales que el propio Código marca:

ejecución...”, p. 327; GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 154; RASILLO ÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 12.

³⁶⁸ Como apunta FERNÁNDEZ APARICIO, “Cuestiones prácticas de la suspensión...”, p. 65, “El esfuerzo debe ser real por cuanto el propio precepto utiliza la expresión posibilidades físicas en una clara alusión de que el reo debe esforzarse en la reparación del daño ocasionado pues junto a esa primera condición e íntimamente relacionada con la misma puede estar la condición de hacer realidad el acuerdo de mediación al que se hubiese llegado”.

Art. 111. “1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito.

2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable”.

Art. 112. “La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa”.

Art. 113. “La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros”.

Sin embargo, de las tres posibilidades alternativas y sucesivas que el Código prevé, en materia de suspensión solo se refiere a la segunda y tercera cuando habla de reparación efectiva del daño o indemnización del daño causado, sin mencionar la restitución *in natura*.

En cuanto al cumplimiento del acuerdo de mediación a que se refiere la primera medida del artículo 84, ésta dispone lo siguiente:

Art. 84.1.1ª. “El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1ª. El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”.

La primera cuestión que me planteo es qué ha de entenderse por «mediación penal». Sin ánimo de ser exhaustiva puesto que ya me detendré en este asunto al analizar las prestaciones o medidas del artículo 84 del Código sí que me gustaría dar una definición para entender a qué se está comprometiendo el reo en el caso que decida dar cumplimiento del acuerdo a que se refiere esta primera medida del artículo 84. Según CUADRADO SALINAS este término “[...]” es empleado en la literatura española como equivalente al anglosajón «Victim Offender Mediation» [...] cuando se quiere hacer referencia a uno de los métodos de resolución de conflictos penales que acoge la denominada justicia restaurativa. La mediación penal, como método alternativo al

proceso judicial, se concibe, así, como un proceso en el que se facilita el encuentro cara a cara entre la víctima de un delito [...] y su agresor, intervenida por un mediador, que les permitirá expresar emociones, opiniones y versiones de los motivos y circunstancias en las que se cometió el mismo, el efecto causado y sufrido por la víctima, y en el que ambas partes podrán decidir, de común acuerdo, la mejor forma de reparar el daño causado”³⁶⁹.

Partiendo de esa conceptualización creo que la alusión expresa a la mediación, por primera vez en el Código penal, parece continuar la senda en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, a una posible regulación de la institución dentro del ámbito penal. Si bien la reforma de 2015 es eminentemente retributiva, no es menos cierto que este tipo de menciones tales como la mediación o el principio de oportunidad en determinados casos, deja entrever un paso hacia adelante en un enfoque restaurativo de las normas penales. Pero creo que es conveniente recordar que la finalidad de la suspensión de la pena y de la mediación es distinta. Mientras la suspensión de la pena busca evitar que el reo cumpla una pena de prisión de corta duración, considerando que ese cumplimiento tendría efectos desocializadores, siendo la expresión máxima del derecho a la segunda oportunidad, la principal finalidad que persigue la mediación, como método alternativo de justicia, es la de alcanzar la solución más justa posible a un conflicto originado por la comisión de un delito. Según los defensores de esta figura, esa finalidad no sería otra que la reparación del daño causado a la víctima, en lugar del castigo del autor del hecho, como sucede en el vigente sistema de justicia penal español³⁷⁰.

Sentado lo anterior, me pregunto: ¿este acuerdo de mediación al que se condiciona la suspensión ampliada de la pena se puede imponer a cualquier tipo de delito cometido por el reo? En un primer acercamiento a la dicción del artículo podría

³⁶⁹ CUADRADO SALINAS, “La mediación: ¿una alternativa real...”, p. 2.

³⁷⁰ Sobre esta cuestión se ha señalado por CUADRADO SALINAS, “La mediación penal...”, p. 2, que “Al focalizar la atención en la reparación a la víctima por el daño sufrido y no en la condena del autor del acto delictivo, la mediación penal otorga una participación activa tanto a la víctima como al autor del hecho. En relación con la víctima, dicha participación activa se garantiza no sólo en el devenir del proceso, sino en la toma de decisiones en cuanto al tipo de prestación/reparación/resarcimiento que deba realizar su agresor. Al mismo tiempo, se otorga al infractor la posibilidad de mostrar su arrepentimiento por el acto cometido, comprender el daño causado y, como elemento esencial, realizar los actos pertinentes y dirigidos a la reparación del mismo, en lugar de permanecer en silencio y aceptar la imposición de un castigo que no tiene, necesariamente, finalidad reparadora a la víctima”.

pensarse que sí. El artículo 84.1.1^a no hace mención expresa a ningún delito concreto; o lo que es lo mismo, tal y como está redactado podría aplicarse en cualquier caso. Sin embargo, la mediación penal es un mecanismo vedado expresamente por la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género para los delitos denominados de «violencia de género»³⁷¹. Me parece, cuanto menos curioso, que ya la LOMPIVG prohibiera en 2004 la mediación penal para casos de «violencia de género», cuando esta posibilidad ni tan siquiera estaba contemplada en la Ley.

Por ello, hasta esta reforma de 2015 esa prohibición no había desplegado sus efectos porque, como digo, ni el Código ni ninguna Ley lo posibilitaba. Esta limitación de la mediación en materia de violencia de género es consustancial a la propia figura de la mediación. Anteriormente se ha definido la mediación partiendo de un principio básico y es que ambas partes tienen que tener una igualdad de manera que no puede existir un dominio de nadie sobre nadie. Se entiende que la igualdad se rompe por la gravedad del delito o por la vulnerabilidad de la víctima, supuestos en los que ya no se puede realizar la mediación. Parece claro y no discutido que los delitos de «violencia de género» por su gravedad y por la especial vulnerabilidad en la que dejan a la víctima, rompen con esa igualdad, por lo que ya no cabría aplicar la mediación. Por ello, quizá lo más lógico y prudente sería que el Código penal regulara en este apartado una exclusión expresa a la mediación penal en los delitos de «violencia de género»³⁷².

Pero es más, si se quisiera aplicar la mediación penal en delitos de «violencia de género» sería necesaria la supresión del carácter obligatorio de la pena accesoria de

³⁷¹ El artículo 4 de la LOMPIVG adiciona un artículo 87 *ter* en la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en el que se crean los juzgados especializados de violencia sobre la mujer determinado sus competencias y limitando expresamente la mediación en su apartado quinto cuando dice:

Art. 44.5. “En todos estos casos está vedada la mediación”.

³⁷² Sería aconsejable esta reforma para incluir una referencia expresa a que en la mediación penal quedan excluidos los casos de violencia de género de conformidad con las normas internacionales que recomiendan que en supuestos de desigualdad, como es la violencia de género, se prohíba la mediación. Estas normas internacionales son, por ejemplo, el “Manual de legislación de violencia sobre la mujer” elaborado por Naciones Unidas, en Nueva York, en 2010 que considera que “Retirar asuntos del control judicial presupone que ambas partes tienen el mismo poder de negociación, refleja la presunción de que ambas partes son culpables de la violencia y reduce la responsabilidad de quien ha cometido el delito”; o también el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, firmado en Estambul, en 2011, que regula la prohibición de los modos alternativos de resolución de conflictos o imposición de condenas, como la mediación.

alejamiento, siendo para ello imprescindible modificar el artículo 57.2 del Código. No parece que ésta haya sido la intención del legislador por lo que puede concluirse que en este tipo de delitos queda prohibida la mediación penal.

Ahora bien, si esta conclusión se traslada a la suspensión sustitutiva supone alterar las reglas generales del artículo 80.3 párrafo segundo inciso primero: en un caso de violencia de género el juez no tiene potestad para imponer, alternativamente, o la satisfacción de la responsabilidad civil o el cumplimiento de un acuerdo de mediación sino que, necesariamente, ha de condicionar la suspensión de la pena a la reparación del daño o la indemnización del perjuicio causado. En este escenario vuelve a ser aplicable lo que comentaba con anterioridad referido a que la satisfacción de la responsabilidad civil no se entiende (o no siempre) cumplida con el compromiso de pago que expresamente contempla en artículo 80.2.3ª del Código. La consecuencia es clara. En delitos de «violencia de género» se endurecen las condiciones para acceder a la suspensión de la pena.

Además de lo anterior, se condiciona la suspensión de la pena, en todo caso, a la imposición o bien de una multa (artículo 84.1.2ª) o bien de trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 84.1.3ª)³⁷³. Como digo se condiciona necesariamente la suspensión a la imposición de una multa o de trabajos en beneficio de la comunidad porque el Código es taxativo al decir «se impondrá siempre» una de estas dos medidas. Creo que en esta regulación es donde se encuentran mayores similitudes con la sustitución del derogado artículo 88. Si bien el legislador ya no las conceptualiza como «penas» sino

³⁷³ No se desconoce en este punto la eliminación de la localización permanente que fue una pena alternativa a la sustitución introducida por la L.O. 5/2010, en aplicación el artículo 88 del Código. Como apunta ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 138 y ss., “La reforma de 22 de junio de 2010 también otorgó a la judicatura la facultad de sustituir la prisión que no excediese de seis meses por localización permanente. Ante la «secular carencia de penas alternativas», que ponía de manifiesto el reámbulo de la Ley orgánica 5/2010, la ampliación del ámbito aplicativo en la localización permanente resultó positiva por el mayor protagonismo que se le confirió como pena sustitutiva destinada a reducir el uso de la prisión, ofreció al juez otra posibilidad ejecutiva de escaso coste que mitigaba el colapso de los trabajos en beneficio de la comunidad y también afectaba a la sustitución obligatoria de la prisión inferior a tres meses en virtud del artículo 71.2 [...]. Ciertamente era necesario llevar a cabo algunas modificaciones, aunque la Ley orgánica 1/2015 en vez de operar las oportunas reformas en el cuerpo de la localización permanente [...] obró como un carnicero y cortó por lo sano, cercenando un miembro básico del sistema español de alternativas a la prisión, privándole de un soporte imprescindible sin el que nuestros sustitutivos penales cojean, porque suprimió en este marco «la localización permanente como pena sustitutiva», despreciando su idoneidad para ser alternativa ventajosa la prisión, ya que, a diferencia del derogado artículo 88, no se permite acudir a la localización permanente en la actual suspensión sustitutiva. Únicamente se mantiene el recurso a esta privación de libertad en la sustitución obligatoria del artículo 71.2”.

como «prestaciones» o «medidas» condicionantes de la suspensión. En verdad, a mi modo de entender, se trata de una sustitución encubierta en la que la consecuencia final es que se ha de cumplir una pena por mucho que se le denomine «prestación» o «medida»³⁷⁴.

Así lo entiendo porque si la finalidad principal de la suspensión de la pena es que el sujeto no ingrese en prisión; en esencia, se busca que no cumpla ni con esa ni con ninguna otra pena. Pues bien, el artículo 80.3 del Código supone, en definitiva, que el reo va a tener que pagar una multa o realizar trabajos en beneficio de la comunidad; reitero, por mucho que se le denomine «prestación» o «medida», *strictu sensu*, lo que se le impone obligatoriamente al sujeto es una pena.

Antes de analizar cada una de estas «medidas», me gustaría resaltar que en esta nueva redacción no se prevé en la suspensión sustitutiva la posibilidad de que se acuerde como medida, la localización permanente. Conviene recordar, como indicaba, que el artículo 88, derogado con la reforma de 2015, se aplicaba cuando la suspensión no era posible, por no cumplirse los presupuestos o condiciones para ello. Al no haber la suspensión se acudía a la figura de la sustitución en la que sí que se cumplía una pena, de diferente naturaleza a la que había sido condenado, pero en definitiva el reo cumplía una pena. Esta pena podía ser: multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. Es legislador no ha querido que la localización permanente entre como medida a imponer en la suspensión sustitutiva.

Dicho lo anterior la primera de las medidas a que se refiere este artículo 80.3 párrafo segundo en relación con el artículo 84 es la contenida en el apartado segundo con el siguiente contenido:

Art. 84.1.2ª. “El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

³⁷⁴ En igual sentido se pronuncia RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 13, cuando considera que “Aunque el legislador llame “medidas” a la multa y a los trabajos en beneficio de la comunidad, entiendo que se tratan de verdaderas penas y por tanto, en su aplicación ejecución deberán tenerse en cuenta la regulación de las penas de multa y de trabajos en beneficio de la comunidad, respectivamente”.

Un análisis exhaustivo de esta «prestación» o «medida» se realizará al examinar por completo ese artículo 84. Basta ahora apuntar las cuestiones que surgen en relación con a su aplicación en el caso de la sustitución sustitutiva.

En primer lugar cabe plantearse si, acordada por el juez la imposición de esta medida de multa ¿cabe conceder el aplazamiento o fraccionamiento de pago a que se refiere el artículo 50.6 del Código penal? Entiendo que sí que sería posible conceder el plazo de pago aplazado de la multa en el caso de suspensión con pago de multa, lo cual es un indicio más de que se trata de una pena y no de una medida puesto que se aplican las reglas generales cuando la multa es impuesta como pena principal. Ahora bien, ¿desde qué fecha se computará el plazo máximo de dos años para el pago de dicha multa? ¿Desde la fecha de la resolución de la suspensión de condena o desde la fecha en que se conceda el aplazamiento? Lo más favorable al reo es que el cómputo del plazo de los dos años lo sea desde la fecha de la resolución en que se acuerda la suspensión de condena, aunque el aplazamiento sea acordado con posterioridad³⁷⁵.

En segundo lugar no se debe olvidar que este artículo 84.1.2ª tiene una matización en el artículo 84.2 en relación a los delitos de «violencia de género», ya que en estos casos «el pago de la multa a que se refiere la medida segunda del artículo 84.1 solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común». Previsión, a mi juicio, del todo acertada, pues evitará que la sanción afecte o perjudique a la víctima del delito. Pero ahora se plantea un conflicto mayor. Si es un delito de «violencia de género» ya he señalado que

³⁷⁵ Como indica SÁNCHEZ SICART, “El nuevo régimen de suspensión...”, p. 11, “No parece existir inconveniente legal para que el juez o tribunal, a la hora de condicionar la suspensión al pago de una multa, tome en cuenta dichas previsiones, que permitirían, de forma analógica, la fijación de plazos (art. 50 CP) o incluso la modificación de las cuotas periódicas durante su prestación, ante una variación de la situación económica del penado (art. 51 CP). No obstante, debemos precisar que el artículo 85 recoge una norma específica en esta materia, de mayor amplitud que lo dispuesto en el art. 50 y 51 CP, pues prevé la modificación o sustitución de esta prestación por otras que resulten menos gravosas, o incluso el alzamiento de esta prestación”.

El alzamiento posterior de la prestación acordada conforme al art. 84 CP, quizá deba someterse en la práctica a un régimen de apreciación restrictiva, en aquellos supuestos en los que la imposición de dichas medidas resulta imperativa, como es el caso de la suspensión sustitutiva prevista en el art. 80.3 CP (“*En estos casos la suspensión se condicionará siempre...*”). Pero queda, desde luego, abierta dicha posibilidad, en una interpretación favorable al reo, así como la posibilidad de modificarla o sustituirla por otra que resulte menos gravosa, lo que da cabida a la modificación de cuotas y plazos posibles, comprendidos dentro del plazo de suspensión, que puede ser, en consecuencia, mayor que el plazo de dos años previsto en el art. 50.6 CP”.

no cabe la mediación, por lo que solo cabría la satisfacción de la responsabilidad civil. A ello hay que unir que si existe una relación económica derivada de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o la existencia de una descendencia común, tampoco podrá imponerse la multa por lo que la alternatividad en este supuesto decae pudiendo imponerle solo la medida de trabajos en beneficio de la comunidad (luego abordaré qué sucede si el reo no presta su consentimiento).

A mi juicio ello hace que en delitos de «violencia de género» si bien no se excluye legalmente la figura de la suspensión de la pena, lo cierto es que la rigidez de sus normas hará que en pocas ocasiones se posibilite la suspensión de la pena por vía de este artículo 80.3.

Además hay que relacionar esta medida con el artículo 86.1.c) en materia de revocación de la suspensión que indica qué sucederá con la suspensión en caso de incumplimiento del pago de la multa. Este precepto contiene una norma especial que exige el incumplimiento grave o reiterado de las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84, preferente, por tanto, a la regla del vencimiento de los restantes por impago de dos plazos, previsto en el art. 50.6 del Código. Pero incluso en materia de impago de la multa, cobra especial relevancia lo dispuesto en el art. 86.1 d), al tratarse de una norma especial frente al art. 86.1 c).

Esta doble normativa hace necesario deslindar el ámbito de aplicación de uno u otro precepto. En este aspecto, señala el Preámbulo de la L.O. 1/2015, lo siguiente: “El sistema también resulta más ágil en el supuesto de impago de la multa sustitutiva impuesta y, al igual que en el supuesto anterior, será la ocultación de bienes o la falta de aportación de información veraz por el penado lo que determinará la revocación de la suspensión”. Es decir, en casos de insolvencia sobrevenida, lo relevante a efectos de acordar la revocación no será el impago, atendida la cláusula de salvedad que indica: «salvo que careciera de capacidad económica para ello», sino el incumplimiento voluntario, que puede venir acreditado mediante la ocultación de bienes o la falta de aportación de información veraz, imponiéndose una interpretación preferente de lo dispuesto en el apartado d) del art. 86.1, frente al art. 86.1 c), en los supuestos de insolvencia sobrevenida, cobrando relevancia no tanto el incumplimiento objetivo del pago de la multa, sino que este incumplimiento sea voluntario.

La segunda de las medidas a que se refiere este artículo 80.3 del artículo 84.1 es la contenida en el apartado tercero con el siguiente contenido:

Art. 84.1.3ª. “La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración”.

No pretendo hacer un análisis exhaustivo de esta clase de pena pero sí que quisiera recalcar el requisito *sine qua non* relativo a que el trabajo en beneficio de la comunidad, siempre, necesita del consentimiento del reo para su imposición (artículo 49 párrafo primero del Código), no podrá atentar contra la dignidad del penado, (el artículo 25.2 inciso primero de la Constitución, que prohíbe los trabajos forzados), deberán ser facilitados por la Administración y su límite no podrá ser superior al de un año (límite máximo de esta pena, artículo 33.3. l) del Código).

Por ello aun cuando el artículo 80.3 párrafo segundo inciso final posibilita alternativamente que el juez o tribunal imponga una multa o trabajos en beneficio de la comunidad, en la práctica, si no se cuenta con el consentimiento del sujeto no hay alternativa posible. En ese caso se impondrá, necesariamente, una multa. De ahí que el carácter facultativo del juez queda limitado a esa autorización previa. Parece lógico que si el juez opta por esta clase de suspensión de la pena que, no se debe olvidar, tiene carácter excepcional, en principio el sujeto estará dispuesto a someterse a las directrices que se le designen. Sin embargo sigue teniendo capacidad de decisión y si no consiente los trabajos en beneficio de la comunidad, como decía, la única posibilidad es la de imponer una multa. Llegados a este punto me pregunto, ¿y si no tiene capacidad económica para hacer frente a una multa? ¿Se podría aun así conceder la suspensión de la pena; y si se tratara de un delito de «violencia de género» en el que como he apuntado, no cabe la imposición de una multa por tener relación económica derivada de una relación conyugal, de convivencia o filiación o de la existencia de una descendencia común, pero tampoco presta su consentimiento a los trabajos en beneficio de la comunidad ¿cabría conceder la suspensión?

Entiendo que si no tiene capacidad económica, aquí sería aplicable el posible «compromiso de pago» a que se refiere la suspensión ordinaria en el artículo 80.2.3ª.

Nuevamente aquí el problema es si cualquier compromiso de pago sería suficiente. En el segundo de los supuestos planteados considero que si la multa no se puede imponer por esa relación económica que comentaba y tampoco presta su consentimiento a los trabajos en beneficio de la comunidad, el juez debe denegar la suspensión de la pena aun cuando se cumpla con el resto de requisitos que el Código prevé.

También me gustaría precisar que sobre los trabajos en beneficio de la comunidad se han suscitado controversias entre los juzgados de lo penal y los juzgados de vigilancia penitenciaria, sobre qué órgano debiera ser el competente para su ejecución. Si los trabajos en beneficio de la comunidad se imponen como pena, el control les corresponde a los juzgados de vigilancia penitenciaria tal y como recoge el artículo 49.1ª del Código, a raíz del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas. No obstante, en la práctica los juzgados de vigilancia penitenciaria estaban devolviendo los asuntos a los juzgados de lo penal por considerar que éstos eran los competentes al no ser una pena *strictu sensu*.

Ante tal tesitura se planteó cuestión de competencia ante el Tribunal Supremo resolviendo la controversia mediante el auto de fecha 3 de junio de 2016 (recurso 20251/2016), donde analiza la naturaleza de los trabajos en beneficio de la comunidad en estos casos señalando que no tienen la consideración de «pena» propiamente dicha sino de «efecto», «medida» o «regla de conducta». En base a esta interpretación el Tribunal Supremo declaró que la competencia lo era de los juzgados de lo penal que son los que han que velar por el cumplimiento de dichos trabajos en beneficio de la comunidad. Lo anterior conlleva que la labor de control de los trabajos en beneficio de la comunidad sea del juez sentenciador.

Esto me lleva a preguntarme si es necesario que el juez dicte un auto aprobando el plan que propone el servicio de gestión de penas. En la práctica no se suele hacer y puede que esto sea lo lógico³⁷⁶ a la vista del artículo 5.3 párrafo primero del RD 804/2011, de 17 de junio que dispone que:

³⁷⁶ Lo mismo podría predicarse cuando se impone la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en un delito leve ya que no se dicta auto aprobando dicho plan sino que se realiza únicamente su control.

Art. 5.3. “Realizada la valoración, se elaborará el plan de ejecución dándose traslado al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su control, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad”.

Por último en este apartado me gustaría hacer una breve mención a la extensión de la multa o trabajo en beneficio de la comunidad como «medida» o «prestación». A diferencia de la regulación el juez o tribunal puede modular esas medidas de control dentro de los límites que marca el propio Código. Dice el precepto que la duración de la multa o de los trabajos en beneficio de la comunidad «no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión que la misma regule sobre un quinto de la pena impuesta». Éste sería el límite mínimo. El límite máximo se encuentra regulado en el artículo 84 del Código señalando tanto para la multa como para los trabajos en beneficio de la comunidad que lo será «sobre un límite máximo de dos tercios de su duración».

El legislador, congruentemente, ha querido que los módulos de conversión de estas «medidas» sigan siendo los generales del Código; es decir: dos cuotas de multa o un día de trabajos en beneficio de la comunidad por cada día de prisión de conformidad con el artículo 53.1 del Código, en sus párrafos primero y segundo respectivamente, ratificado por el artículo 84.1.2ª y 3ª. Sin embargo lo que cambia es la introducción de los límites que acabo de indicar: un mínimo de un quinto y un máximo de dos tercios de la pena de prisión impuesta³⁷⁷. Para fijar esa concreción el Código indica, en ambos casos, que el juez lo fijará «en atención a las circunstancias del caso», lo que permite que el juez pueda moverse entre el mínimo y el máximo señalado y para ello tendrá en cuenta las «circunstancias del caso concreto» para poner una mayor o menor duración siempre dentro de los márgenes³⁷⁸.

³⁷⁷ A modo de ejemplo, si el sujeto hubiera sido condenado a quince meses de prisión, serían 450 días de privación de libertad y el quinto de dicha cuantía es de 90 días, por lo que la multa no podrá ser inferior a 180 días (cada día de privación son dos cuotas de multa); y los dos tercios son 150 días, por lo que la multa no podrá ser inferior a 300 días de multa. Mientras que si de trabajos en beneficio de la comunidad se tratara, en el mismo caso en que el sujeto hubiera sido condenado a quince meses de prisión, serían 450 días de privación de libertad y el quinto de dicha cuantía es de 90 días, por lo que la multa no podrá ser inferior a 90 días (un día de trabajos en beneficio de la comunidad por cada día de prisión); y los dos tercios son 150 días, por lo que los trabajados en beneficio de la comunidad no podrán ser inferior a 150 días de multa.

³⁷⁸ Como afirma RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 12, “A diferencia del actual 88 CP que establece unos criterios de conversión rígidos, la reforma concede al Juez o al Tribunal la facultad de moderar las medidas dentro de unos límites, lo que constituye una modificación positiva, por cuanto que permitirá una individualización de la medida sustitutiva a las circunstancias del penado y del caso”.

En ambos casos, la consecuencia del incumplimiento de la medida de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, es la revocación siempre que se trate de un incumplimiento grave o reiterado como exige el artículo 86.1 c). En cambio, si el incumplimiento no tuviera la consideración de grave o reiterado se podrá imponer al sujeto nuevas medidas o modificar las ya existentes -artículo 86.2. a)- o bien prorrogar el plazo de suspensión que en ningún caso podrá exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado –artículo 86.2. b)-.

b) Supuesto especial de enfermedad muy grave con padecimientos incurables del artículo 80.4 del Código penal.

a') Introducción.

Como ya se ha puesto de relieve en reiteradas ocasiones a lo largo del presente trabajo, la suspensión ordinaria tiene como finalidad constitucional la reeducación y reinserción social del reo (artículo 25.2 de la Constitución). Debe recordarse que según la doctrina del Tribunal Constitucional este derecho no genera un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional sino que, más bien, se configura como un mandato del legislador constitucional al legislador ordinario. Igualmente, ha declarado que los fines reeducadores y resocializadores no son los únicos objetivos admisibles de la privación penal de libertad. Se busca, en todo caso, la resocialización del reo, considerándose que el ingreso en prisión, sobre todo cuando se trate de pena de prisión de corta duración, produce efectos desocializadores.

Frente a estas nociones generales de la suspensión ordinaria, el Código penal de 1995 introdujo dos regímenes especiales de suspensión de la ejecución de la pena para enfermos muy graves con padecimientos incurables y para drogodependientes. Me detendré ahora en el primero de ellos, regulado en el artículo 80.4, que se conoce como la suspensión especial en caso de enfermedad del reo.

Esta regulación es la consecuencia de la implantación en el Derecho penal español del principio de humanidad en la ejecución de las penas³⁷⁹. Se trata, como

³⁷⁹ Sobre el principio de humanización de las penas conviene recordar que, actualmente, numerosos Tratados Internacionales recogen las consecuencias de la implantación de la humanización de las penas en el Derecho penal. Así, entre los que han sido ratificados mayoritariamente por los países de nuestro entorno prohíben los tratos inhumanos o degradantes: el artículo 5 de la Declaración Universal de

señala QUINTANA GIMÉNEZ, “[...] de un argumento humanitario, de una manifestación del principio de respecto a la dignidad humana³⁸⁰. Estos nuevos principios trajeron consigo que, en determinados casos, se permitiera la posibilidad de que los condenados por sentencia firme eludieran el cumplimiento de las mismas. Sobre todo cuando se trate de una pena de prisión que, dada su enfermedad, impide su ingreso en un centro penitenciario. Como decía, esta es la base del artículo 80.4 del Código aplicable cuando se trate de condenados «aquejados de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables».

A pesar de que la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, supuso un enorme cambio en la figura de la suspensión en general, lo cierto es que esta reforma no afectó al contenido esencial del artículo 80.4 del Código. El legislador no ha considerado oportuna su modificación más que en un único extremo, de carácter nimio, que no modifica en nada el espíritu de este precepto desde su redacción originaria en el Código penal de 1995, que actualmente tiene la siguiente redacción:

Art. 80.4. “Los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo”.

Como decía la L.O. 1/2015, ha realizado un mínimo cambio, eliminando la palabra «sentenciadores» a la hora de referirse a los jueces y tribunales³⁸¹. El resto del

Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948; el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 y el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Todos ellos han sido ratificados por España; por tanto, se pueden invocar directamente ante los tribunales españoles en la medida en que una vez publicados oficialmente pasan a formar parte del ordenamiento interno al amparo de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la CE en relación con el artículo 10.2 de la CE. Recordar además que el artículo 15 de la CE reconoce el derecho fundamental a la vida y a la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes. Sobre este principio, detenidamente, DE LA CUESTA ARZAMENDI, “El principio de humanidad en el Derecho penal”, pp. 209 y ss.

³⁸⁰ Profundizando sobre esta cuestión, por todos, QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución...”, p. 20.

³⁸¹ Sobre esta cuestión afirma CORELLA MIGUEL, “La nueva regulación de la suspensión...”, p. 7, que “Se elimina la referencia a Jueces y Tribunales «sentenciadores» en todo el texto. Posiblemente por el uso que se hace de los juzgados de ejecución allá donde el CGPJ los crea, cuestión que personalmente no nos gusta en tanto se atribuye la facultad de adoptar una decisión de carácter discrecional y esencial para el reo -como es su ingreso en prisión- a un órgano que ni le conoce ni, posiblemente, le verá siquiera la cara, ni ha gozado de la intermediación del proceso para valorar sus condiciones personales o aquellas en que llegó a cometer el delito”; en igual sentido y criticando esta reforma, RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 15, considera que esta supresión “[...] carece de mayor trascendencia pues no altera el contenido de la competencia judicial”.

artículo se ha mantenido invariable desde la redacción originaria del Código en 1995, de lo cual han pasado ya más de veinte años. Aun así, sigue habiendo discrepancias doctrinales sobre su aplicación. Quizá por ello el legislador podría haber aprovechado esta oportunidad para acabar con esas diversas interpretaciones. En todo caso, sea por el motivo que sea, no ha sido así³⁸².

En todo caso, antes de analizar esas cuestiones que aún tienen diferentes interpretaciones, conviene precisar que se mantiene, como no podía ser de otro modo, el carácter facultativo de la figura. El artículo 80.4 sigue señalando que los jueces y tribunales «podrán» otorgar la suspensión. Por lo tanto, todo lo dicho respecto del carácter facultativo de la institución es aplicable a este supuesto excepcional. El fundamento de este supuesto especial son las razones humanitarias de darle un trato adecuado evitando sufrimientos innecesarios y la baja peligrosidad por la enfermedad que padece³⁸³.

Consecuentemente, por este mismo motivo se otorga la clasificación en tercer grado contemplada en el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, en el caso de que estuviere cumpliendo condena, así como la concesión de la libertad condicional sin sujeción a ningún requisito temporal, regulada en los artículos 90 y siguientes del Código y 196.2 del Reglamento Penitenciario.

Como cuestión previa, debo señalar que este tipo de suspensión de la pena por causa de enfermedad, no se extiende a presos preventivos. Si un preso preventivo tiene una enfermedad se podrá acudir a la prisión provisional atenuada conforme al 505 párrafo segundo de la LECRIM pero no a esta figura, correspondiendo la competencia al juez bajo cuya disposición se encontrara el preso.

Antes de entrar a analizar las cuestiones que plantea esta modalidad y sin perjuicio de que la libertad condicional es objeto de estudio en otro apartado, me parece

³⁸² SÁEZ MACENÍDO, “Reforma penal del beneficio...”, p. 10 y 11, indica a este respecto que “Se echa en falta que desde el poder legislativo no se hayan apuntalado ciertos muros que ya presentaban grietas de incertidumbre”.

³⁸³ HERRERO ÁLVAREZ, “La nueva regulación de la suspensión de las penas...”, p. 5, “Constituye una importante facultad judicial, establecida en el art. 80.4 del Código, que concede a los jueces y tribunales la posibilidad de otorgar la suspensión de cualquier pena, con independencia de su gravedad y sin exigencia de casi ningún requisito especial, cuando la persona condenada sufra una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. La única condición para la concesión judicial de este beneficio es que el penado no tuviera ya otra pena suspendida por este mismo motivo en el momento de cometer el delito”.

necesario relacionar esta causa excepcional de suspensión por enfermedad del artículo 80.4 del Código con el supuesto de acceso a la libertad condicional de personas septuagenarias o en situación de grave enfermedad con padecimientos incurables, regulado en el artículo 91 de Código. Teniendo en cuenta, como digo, que dedicaré un apartado completo al análisis de la figura de la libertad condicional, en sus diferentes modalidades, solo me interesa aquí poner de relieve que el artículo 80.4 y el artículo 91.1 párrafo segundo utilizan el mismo concepto de «enfermos muy graves con padecimientos incurables» como presupuesto para su concesión. Ahora bien, sobre qué se ha de entender por «enfermedad grave con padecimientos incurables» ya me remito a lo que se dirá a continuación.

b') Cuestiones que plantea esta modalidad de suspensión.

En primer lugar se discute si la alusión a «cualquier pena impuesta» implica que se pueda aplicar a cualquier pena privativa de libertad impuesta o si por el contrario no hay límites y se refiere a cualquier clase de pena. Quienes defienden la primera postura entienden que se refiere exclusivamente a penas privativas de libertad (a saber: la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por el impago de multa, *ex* artículo 35 del Código), ya que la propia esencia de la suspensión lo es solo respecto de las penas privativas de libertad. Otros en cambio consideran que a la alusión a «cualquier pena», que es la dicción del artículo 80.4, no puede imponérsele límite alguno por lo que se refiere a todas las clases de penas de las contenidas en el artículo 33 del Código³⁸⁴. Entiendo defendibles ambas posturas, si bien abogo por considerar que solo la segunda respeta el principio *in dubio pro reo*. Si el legislador no ha sido tajante (y como digo se podían haber aprovechado las diferentes reformas para serlo), una interpretación restrictiva como la que postula la primera opción es perjudicial para el reo.

Ahora bien, cuestión más compleja me parece la relativa a si la alusión a «cualquier pena» resulta también aplicable a las penas accesorias de los artículos 48 y 57 del Código. Creo que una interpretación amplia lo permitiría si bien el creo que el

³⁸⁴ Entre los autores que así lo defienden: CERVELLÓ DONERIS, “Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro...”, p. 51; o QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución...”, p. 20.

legislador está más bien pensando en la pena principal impuesta en sentencia. Además no es tan fácil su delimitación toda vez que estas mismas penas accesorias, como ya adelantaba, pueden ser impuestas como reglas de conducta del artículo 83.1 del Código por lo que me remito a lo señalaré al analizar las mismas.

Sin duda, el presupuesto objetivo esencial de esta clase de suspensión es que «el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables». La cuestión es, ¿qué se ha de entender por enfermedad muy grave con padecimientos incurables?, ¿en base a qué valora el juez la concurrencia de este requisito? Si lo hace a través de informes médicos del reo, ¿qué informes ha de valorar: solo los informes forenses u otro tipo de informes?, ¿exige previo reconocimiento forense? Todas estas cuestiones no están resueltas en el Código. Nuevamente el legislador ha desaprovechado la oportunidad de cesar la incertidumbre sobre esta cuestión. A mi juicio, si bien son igualmente válidos todos los informes médicos que se aporten a la causa, el informe de referencia seguirá siendo el emitido por el médico forense. Pero como digo no es el único medio posible³⁸⁵.

Precisamente dando respuesta a ese silencio normativo, la jurisprudencia ha ido marcando lo que entiende por «enfermedad grave con padecimientos incurables». Así, la STC 48/1996, de 25 de marzo, entendió que no ha de tratarse de un estado terminal o de riesgo inminente de muerte, sino que basta que “[...] la estancia en prisión incida negativamente en el curso de la enfermedad acelerando su desenlace”. Consecuentemente, implica que el medio carcelario incida desfavorablemente en la evolución de la salud del penado, acortando así la duración de su vida, aunque no exista riesgo vital inminente o a que la disminución de las facultades del penado haga inhumano su ingreso en prisión (en este sentido, entre otros el auto 45/2006, de 21 de abril, de la Audiencia Provincial de Cádiz). En el mismo sentido, en la STC 5/2002, de 14 de enero, se denegó el amparo solicitado manifestando que “[...] la decisión del órgano judicial no había lesionado los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral del recurrente, ya que no constaba que hubiera existido base para

³⁸⁵ En este sentido, AGUIRRE SEOANE, “Las enfermedades muy graves...”, p. 4, señala que “Pueden ser objeto de valoración los emitidos por Médicos Forenses, los Servicios Médicos de la prisión o los que procedan de cualesquiera otras instituciones sanitarias que hubiesen tratado al enfermo”. Más explícito en su valoración es FERNÁNDEZ APARICIO, “Cuestiones prácticas de la suspensión...”, pp. 66 y 67, cuando indica que “La condición objetiva es el padecimiento de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Tal dato lógicamente nos lo va a garantizar el informe del forense”.

entender que la enfermedad del penado revistiera caracteres para considerar que el ingreso en prisión fuera a suponer una pena o un trato inhumano o degradante o un riesgo significativo para su vida o integridad; y que también había que atender al dato de la existencia o no de medios adecuados en el centro penitenciario para tratar suficientemente la enfermedad”.

En todo caso no hay que olvidar, como ya recordaba anteriormente, que la concesión de la suspensión de la pena por enfermedad muy grave con padecimientos incurables, tiene carácter facultativo. Así se recuerda por la STC 25/2000, de 31 de enero, que afirmaba que en estos casos “Los Tribunales sentenciadores cuentan con un amplio margen de discrecionalidad o arbitrio en la concesión o denegación de la suspensión, debiendo de ponderarse los bienes y derechos en conflicto y encontrar un equilibrio entre el derecho a la vida del penado y el derecho de la sociedad a su seguridad”³⁸⁶.

Si realizada esa ponderación por el órgano judicial se llega a la conclusión de que el cumplimiento de la pena en prisión es incompatible con su derecho a la vida y a su dignidad, si concurren el resto de requisitos, se podrá conceder la suspensión de la pena vía artículo 80.4. La conclusión a la que tiene que llegar el juez es que esa enfermedad, necesariamente, le conducirá a la muerte. Ese es el fundamento de la suspensión de la pena, aunque no sea un enfermo terminal. En un intento de dar una serie de notas características a esa «enfermedad muy grave con padecimientos incurables», AGUIRRE SEOANE³⁸⁷, apuntaba las siguientes:

a) No es imprescindible que exista un peligro de muerte inminente e inmediato; pero tampoco basta cualquier dolencia irreversible. Si se exigiera que estuviere en peligro inminente e inmediato de muerte, solamente aquellos enfermos que se encontrasen en la fase final de una enfermedad irreversible e incurable (terminales) serían candidatos a obtener la suspensión de la pena por esta vía. En lo que está

³⁸⁶ Considera en este punto QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución...”, pp. 20 y 21, que “Aunque concurra el presupuesto fáctico habilitante de la suspensión específica -enfermedad muy grave con padecimientos incurables-, puede estimarse improcedente la suspensión atendiendo a las circunstancias individuales del penado, así como otros valores o bienes jurídicos comprometidos en la decisión”. Si bien esto es posible, no se puede olvidar, bajo ningún concepto, la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales por lo que, a mi juicio, no hay una mayor discrecionalidad que en otras formas de suspensión en las que igualmente cabe la denegación, siempre que se motive en legal forma.

³⁸⁷ Ampliamente definiendo esta cuestión, AGUIRRE SEOANE, “Las enfermedades muy graves...”, pp. 4 y 5.

pensando realmente el Código es en que ese sujeto tiene una enfermedad que le conducirá necesariamente a la muerte y dicha enfermedad es incompatible con su estancia en prisión.

b) En todo caso, debe tratarse de una enfermedad incurable que suponga una disminución importante de las facultades físicas del sujeto. Quedan excluidas de la posibilidad de suspensión por esta vía los sujetos que padezcan enfermedades psiquiátricas sin perjuicio de su posible internamiento en un centro especializado y adaptado a sus necesidades imponiéndoseles la correspondiente medida de seguridad. La enfermedad no tiene que tener cura y la disminución de las facultades físicas no tiene por qué ser visible, sobre todo atendiendo a que, como comentaba, no implica que se esté en una fase terminal, pero sí que debe ser de suficiente entidad como para disminuir las capacidades del sujeto.

c) No podrá cuestionarse la gravedad de la enfermedad si la permanencia en prisión implica un riesgo para la vida e integridad física, es decir, si la privación de libertad incide desfavorablemente en la evolución de la enfermedad. En estrecha relación con esto se encuentra la dificultad para recibir el tratamiento médico apropiado en el ámbito penitenciario, lo que implicará la concesión de la suspensión siempre que no se le hubiera concedido ya otra suspensión por la misma causa.

El criterio mantenido por la Consulta 4/1990, de 5 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado era que “[...] no bastaba con que se haya diagnosticado una enfermedad grave sino que es preciso que la misma haya entrado en el último período y sin que quepa la posibilidad de volver del estado a que se llega a otro anterior más benigno”. Esta definición es muy similar al actual artículo 196 del Reglamento Penitenciario dedicado a la “Libertad condicional de septuagenarios y enfermos terminales” cuyo apartado tercero inciso segundo dispone:

Art. 196, inciso 2º. “Cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables se incluirá en el expediente el informe médico acreditativo de la enfermedad, así como de la gravedad e irreversibilidad de la misma”.

En todo caso no existe un *numerus clausus* de enfermedades muy graves que produzcan padecimientos incurables si bien un sector doctrinal ofrecen sus propios criterios orientativos, basados fundamentalmente en el informe del Ministerio de

Sanidad y Consumo de abril 1996 sobre la aplicación de la libertad condicional a enfermos de SIDA privados de libertad³⁸⁸.

Además debo precisar que si el reo se encontrara en esta situación, de conformidad con el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario se le clasificara en tercer grado penitenciario para poder acceder a esta suspensión de la pena. Dicho precepto establece que:

Art. 104.4. “Los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad”.

Se presupone que la enfermedad muy grave con padecimientos incurables disminuye la capacidad del reo para delinquir y, en consecuencia, su peligrosidad criminal, motivo por el que se puede modificar su clasificación penitenciaria. En este contexto cobra especial importancia la protección y ponderación de los bienes jurídicos en conflicto: por un lado, la seguridad colectiva y, por otro, el derecho a la vida e integridad física, resultando obligado buscar un equilibrio entre ellos.

Me gustaría apuntar que si persiste esa enfermedad muy grave con padecimientos incurables pero no se cumpliera con el otro requisitos; es decir, ya se le hubiera suspendido otra pena por la misma causa, ya no estaríamos ante la figura de la suspensión extraordinaria sino ante la posible libertad condicional anticipada del artículo 91.1 párrafo segundo, que conllevará su directa regresión al tercer grado penitenciario (si no lo estuviera ya) y la concesión de la libertad condicional. Sobre esta cuestión incidirá al estudiar las diferentes clases de libertad condicional como forma de suspensión de la pena.

En otro orden de cosa, puesto que el artículo es claro al prescindir de todos los requisitos generales de la suspensión ordinaria de la pena, siendo únicamente necesario que el reo esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables y que no le haya sido suspendida otra pena por el mismo motivo, parece lógico que el

³⁸⁸ Entre otros, MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ, en *Manual práctico sobre la ejecución penal...*, pp. 133 y ss.; PUENTE SEGURA, *Suspensión y sustitución de las penas*, pp. 50 y ss.; y del mismo autor “La suspensión ordinaria de la ejecución...”, pp. 1 y ss.; o AGUIRRE SEOANE, “Las enfermedades muy graves...”, pp. 4 y 5.

resto de circunstancias tales como plazo de suspensión, prohibiciones y reglas de conducta a imponer así como causas de revocación y remisión de la pena se apliquen las reglas generales de los artículos 81 y siguientes del Código³⁸⁹.

En consonancia con lo anterior, si el delito por el que se le ha condenado al sujeto que padece esa enfermedad muy grave con padecimientos incurables lo es de los denominados delitos de «violencia de género», ¿se le ha de imponer junto con la suspensión de la pena alguna de las prohibiciones o deberes a que se refiere el artículo 83.2 en relación con las reglas 1ª, 4ª y 6ª del artículo 83.1? El supuesto más típico que en la realidad judicial puede darse es que la víctima de violencia de género quiera cuidar de su agresor enfermo, cuando se le haya impuesto junto a la pena alguna de las reglas de conducta del artículo 83.1.1ª de prohibición de aproximación o de comunicación. Estas reglas son de obligado cumplimiento por lo que no es posible que el juez le exima de ellas y; en caso de vulnerarse, podrían suponer causa de revocación de la suspensión.

Como decía, el Código no exige ninguno de los requisitos que prevé para la suspensión ordinaria; a saber; ni delincuente primario; ni duración de la sanción; ni pago de ninguna responsabilidad civil. Como contrapartida se exige un único requisito junto con la enfermedad muy grave con padecimientos incurables: «que en el momento

³⁸⁹ Bajo mi punto de vista no cabe otra interpretación posible. Sin embargo en relación al plazo de suspensión, señala SÁEZ MACENIDO, “Reforma penal del beneficio...”, p. 10 y 11, que “En efecto, sigue sin hacerse expresa mención al plazo de la suspensión, pudiendo o bien tomar como referente el genérico de 2 a 5 años o bien considerar que el beneficio se prolongará tan solo mientras subsistan las circunstancias que sirvieron de fundamento. Justamente y a propósito de esto último, el texto reformado del art. 91.3.2 del CP, relativo a la suspensión del resto de la pena por enfermedad, dispone que «el penado estará obligado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad». Esta interesante aportación del legislador de 2015 se traduce en que el recluso que padece una enfermedad grave e incurable debe cooperar con los profesionales encargados de elaborar el dictamen sobre las dolencias, tratamiento seguido, autonomía funcional, etc., al punto de proporcionarles la documentación que necesiten para valorar «la evolución de su enfermedad», se dice, en orden a la confección de dicho informe. Pero es que a continuación se añade que «el incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional». Cabe inferir de ello que el deber del liberto de cooperar con los peritos sanitarios ha de persistir durante todo el tiempo que reste de libertad condicional, so riesgo de ser desprovisto del beneficio. En este mismo sentido apunta el nuevo art. 90.5, que presagia la posibilidad de que el beneficio sea resuelto si se produce «un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada». Es por tanto defendible que una mejoría importante en el estado de físico del interno verificada por los expertos, al punto de poner en entredicho la gravedad de los padecimientos y la influencia de los mismos en su capacidad criminal, podría llevar consigo la revocación de la condicional, una solución que podría ser trasladada a la suspensión de la ejecución de la pena”. Entiendo que esta postura no es defendible o no en materia de suspensión de la pena, puesto que en su caso sería aplicable a los casos de libertad condicional que como he comentado analizaré en el apartado correspondiente.

de la comisión del delito no tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo»³⁹⁰. Las razones por las que se exige este requisito son obvias: el legislador da una segunda oportunidad al reo, en este caso, por motivos evidentes de razones humanitarias y dignidad humana pero solo se permite una vez. Si a pesar de su concesión vuelve a delinquir, el Código ya no permite su suspensión por esta vía, sin perjuicio que se pueda solicitar otra clase de suspensión, incluida la libertad condicional si procede. Así lo afirma, entre otros, el auto de 9 de octubre de 2006, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que denegó la suspensión por haber delinquido el reo tenido una pena ya suspendida por el artículo 80.4 del Código. Nótese que ambos requisitos, enfermedad muy grave con padecimientos incurables y que en la fecha de comisión del delito no tuviera ya suspendida otra pena por el mismo motivo, son requisitos cumulativos.

c) Supuesto especial para drogodependientes del artículo 80.5 del Código penal.

a') Introducción.

El último de los supuestos excepcionales que analizaré en este apartado es el relativo a la suspensión de la pena a drogodependientes que cometen el ilícito penal debido a su dependencia a las drogas³⁹¹. Que la droga es un problema social es algo

³⁹⁰ Para FERNÁNDEZ APARICIO, “Cuestiones prácticas de la suspensión...”, p. 67, esta limitación es lógica “[...] porque si no estaríamos dando a los enfermos terminales licencia para matar”. En igual sentido se pronuncia VEGAS SÁNCHEZ, “La suspensión de la ejecución...”, p. 247, cuando indica que “Parece lógica esta excepción, ya que, de lo contrario, el hecho de tener una enfermedad grave con padecimientos incurables se podría convertir en una patente de corso para ir cometiendo delitos sin responsabilidad penal alguna”; o CERVELLO DONERIS, “Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro...”, p. 51, cuando entiende que puede ser suspendida, con arreglo al artículo 80.4 “[...] cualquier pena impuesta, no solo privativa de libertad siempre que no se le hubiera suspendido otra pena por la misma causa”.

³⁹¹ Según la OMS, por «droga» ha de entenderse “Toda sustancia que, introducida en el organismo por cualquier vía de administración, produce una alteración de algún modo, del natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo y es, además, susceptible de crear dependencia, ya sea psicológica, física o ambas”. De esta definición se deduce que las notas esenciales son: a) las drogas son sustancias (lo que excluye de las “drogodependencias” conductas tales como ludopatías, videojuegos, etc., ya que estas conductas de dependencia o adicciones no se establecen con una sustancia o droga); b) el término “toda sustancia” hace referencia tanto a las drogas legales como las ilegales: el criterio legal no es válido de cara a la prevención; de hecho, las drogas más consumidas en la sociedad y que causan un mayor número de problemas son el tabaco y el alcohol cuyo uso está permitido; c) cuando dice “cualquier vía de administración”, no especifica la vía, pues las drogas pueden ingerirse como por ejemplo el alcohol y los medicamentos, o bien se fuman como el tabaco y la marihuana, otras pueden administrarse por la vía intravenosa (inyectada) y algunas también pueden ser aspiradas por la nariz, etc.; d) esa droga puede alterar de algún modo el sistema nervioso central: debe preciar que las alteraciones que las drogas

reconocido por todos³⁹². Desde siempre, los diferentes ordenamientos jurídicos han tratado de paliar las consecuencias negativas del consumo de este tipo de sustancias en su evidente relación con la comisión de hechos delictivos³⁹³. Lo que puede comenzar siendo una delincuencia juvenil en la que contribuyen diferentes factores, puede acabar convirtiéndose en una reiteración delictiva en el caso de que la droga entre en este escenario. Consecuentemente el Derecho penal se fue adaptando a esa nueva realidad social para paliar sus resultados negativos. En este contexto, ya la STS 409/2002, de 7 de marzo, señaló en relación con el entonces artículo 87 del Código que regulaba este supuesto especial de suspensión de la pena que “[...] estamos ante unas consecuencias jurídicas necesarias para la reintegración social que suponen al mismo tiempo la retribución correspondiente del delito”. Se dice que el Derecho penal es un recurso más, de última *ratio*, para solventar los problemas derivados de las drogas³⁹⁴.

Se admite socialmente que cuando nos encontramos ante un delincuente que ha cometido un hecho delictivo, si ese sujeto tiene un problema relacionado con la adicción o dependencia a ciertas sustancias, la vida carcelaria solo le producirá más efectos desocializadores. Además se considera que aun cuando cumpla con la pena de prisión impuesta, a su salida, si no se ha sometido a un tratamiento rehabilitador, por mucho que haya cumplido la pena el problema seguirá estando ahí y los índices de reincidencia en estos casos son elevados. Consecuentemente, los tratamientos de rehabilitación son

pueden causar son muy variadas: excitar (como lo hacen las drogas clasificadas como estimulantes); tranquilizar, eliminar el dolor o aplacar (como lo hacen las drogas clasificadas como depresoras); ocasionar trastornos perceptivos de diversa intensidad (como las drogas denominadas alucinógenas), etc.; e) por último y no menos relevante, las drogas son susceptibles de crear dependencia ya sea psicológica, física o ambas, dependiendo del tipo de sustancia, la frecuencia del consumo y su permanencia en el tiempo.

³⁹² Ahondando sobre el conocido como «problema de la droga», entre otros, GONZÁLEZ CASSO, “La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales...”, pp. 94 y ss.; CASTELLÓ NICÁS, “Suspensión de la ejecución de la pena...”, pp. 337 y ss.; PRIETO RODRÍGUEZ, “El delito de tráfico y el consumo de drogas...”, pp. 42 y ss.; o DE LA FUENTE HONRUBIA, SUÁREZ MALAEXECHEVARRIA y VICENTE DEL OLMO, “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad...”, pp. 1 y ss.

³⁹³ Sobre esta cuestión, por todos, QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución...”, p. 21, que afirma que “El legislador parte del hecho contrastado de la relación existente entre el consumo de drogas y la actividad delictiva y para romper ese binomio se intenta favorecer la deshabitación”.

³⁹⁴ Como apunta ALCÁCER GUIRAO, “La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes...”, pp. 887 y 888, “La imposición de una determinada forma de actuación contra [las drogas] por parte de instancias internacionales, así como la creación de un clima de inseguridad ciudadana, que fomenta una imagen de las drogas como una amenaza para la normal convivencia de la sociedad y exalta la exigencia de una respuesta inmediata y contundente, han hecho del Derecho penal el instrumento de control social por excelencia para combatirlo”.

más efectivos en libertad. En estos casos, concurriendo los presupuestos, la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes resultará procedente. En este sentido recordar que ya la STC 110/2003, de 16 de junio, afirmaba que la finalidad de esta suspensión extraordinaria era “[...] propiciar que quienes han cometido un delito no grave por motivo de su adicción a las drogas -caso habitual del llamado traficante/consumidor- reciban un tratamiento que les permita emanciparse de dicha adicción con carácter preferente a un ingreso en prisión que, lejos de favorecer su rehabilitación, pudiera resultar contraproducente para ella”.

Conviene recordar que el Código penal de 1995 mantuvo la suspensión condicional de la pena para drogodependientes que ya recogía el Texto refundido de 1973 y que se ha mantenido hasta la regulación actual. Si bien se han ido produciendo modificaciones, su esencia se sigue manteniendo. Con este tipo de suspensión excepcional se busca que los delincuentes que hayan cometido el hecho delictivo debido a su dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, tengan derecho a la suspensión de la pena aun cuando no concurren las condiciones generales para la suspensión ordinaria de la pena³⁹⁵. De esta manera no es necesario que sean delincuentes primarios, es decir, no tienen por qué tener en blanco su hoja histórico penal y la pena puede ser más extensa que en el supuesto ordinario, ya que se pueden suspender hasta penas privativas de libertad no superiores a cinco años; si bien se añade una circunstancia específica: se ha de certificar suficientemente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para ello, en el momento de decidir sobre la suspensión.

Como digo sus condiciones se han visto modificadas y, en concreto, la L.O. 1/2015, ha supuesto también una modificación cuyas notas y características esenciales ya han sido analizadas si bien siguen surgiendo controversias en ciertos aspectos que creo conveniente incidir.

³⁹⁵ A ojos de CERVELLÓ DONERIS, “Peligrosidad criminal...”, p. 8, “[...] con este supuesto se quieren suavizar los requisitos de la suspensión para que tenga un mayor alcance en los sujetos que hayan cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras que produzcan efectos análogos. La finalidad es extender la posibilidad de que estos sujetos no entren en prisión, por ser el lugar menos apropiado para el tratamiento de su adicción”.

b') Cuestiones que plantea esta modalidad de suspensión.

Como es sabido por todos, el artículo 80.5 del Código regula el último supuesto excepcional de la suspensión de la ejecución de la pena de este Capítulo III, del Título III del Código, para personas drogodependientes. Con anterioridad a la reforma de 2015, este tipo de suspensión se ubicaba en el artículo 87 del Código penal. En esta búsqueda de unificar la figura de la suspensión de la pena, el legislador ha considerado más idóneo que todos los supuestos de suspensión de la pena se recojan en un único precepto como es el artículo 80, referido a la suspensión ordinaria (artículo 80. 1 y 2), suspensión sustitutiva (artículo 80.3), suspensión para enfermos muy graves con padecimientos incurables (artículo 80.4) y esta última suspensión extraordinaria para drogodependientes del artículo 80.5.

Como ya comentaba respecto de la suspensión en el caso de enfermos muy graves con padecimientos incurables del artículo 80.4, la nota característica de este tipo de supuestos excepcionales viene dada porque no se exigen las condiciones esenciales que el artículo 80, en sus apartados primero y segundo, prevé para la conocida como suspensión ordinaria. Como contrapartida, el Código exige otros requisitos que pasaré a comentar a continuación. Así dispone este precepto que:

Art. 80.5. “Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación”.

Comienza el precepto señalando que, para conceder este tipo de suspensión de la pena a drogodependientes, no es necesario que concurren las condiciones 1ª y 2ª del

artículo 80.2 del Código; esto es, no tiene por qué tener la consideración de delincuente primario y la pena o la suma de las penas impuestas puede exceder de los dos años; de hecho pueden suspenderse penas privativas de libertad no superiores a cinco años. Por ello todo lo que he comentado al analizar la suspensión ordinaria sobre el carácter preceptivo de estas condiciones no tiene aplicabilidad cuando de suspensión de la pena a drogodependientes se trate. Si bien, *a sensu contrario*, como nada se dice de la condición 3ª del artículo 80.2, debe deducirse que la satisfacción de la responsabilidad civil que se hubiese originado y la efectividad del decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127 del Código, se han de cumplir. Cuestión distinta es entender cuando se entiende cumplida una u otra. Para no reproducir lo ya dicho al respecto, todo lo analizado sobre esta condición tercera al estudiar la suspensión ordinaria tiene aplicación aquí.

Lo mismo cabría decir del carácter facultativo de la figura. A riesgo de ser repetitiva, es preciso señalar que esta clase excepcional de suspensión de la pena, sigue teniendo carácter facultativo para el juez o tribunal encargado de resolver. Como ya ocurre en la suspensión ordinaria, en la suspensión sustitutiva y en la suspensión a enfermos muy graves con padecimientos incurables, cuando el legislador regula esta clase de suspensión de la pena sigue diciendo que el juez o tribunal «podrá» acordar la suspensión de la pena. Consecuentemente todo lo señalado respecto a ese carácter facultativo en el resto de supuestos tienen aplicación a este caso³⁹⁶.

Dicho lo anterior, la primera nota a destacar de la nueva normativa, es la supresión del trámite de «audiencia de las partes» que expresamente contemplaba el derogado artículo 87.1. No se justifica de modo alguno por el legislador esta eliminación. A mi juicio, esta audiencia previa es necesaria y su ausencia podría entrar en contradicción con la regulación prevista en el artículo 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito³⁹⁷, cuyo apartado 2.b), referido a la participación de la víctima en la ejecución, dispone que:

³⁹⁶ Entre otros, el auto 558/2015, de 27 de octubre, de la Audiencia Provincial de Jaén, cuando indica que “El en caso de autos el apelante tiene una larga trayectoria delictiva, tal y como se evidencia en su HHP, lo que unido a la gravedad de los hechos objeto de la condena y a la entidad de las penas impuestas, no le hacen merecedor del beneficio solicitado pese a acreditar que es consumidor de sustancias estupefacientes y que se encuentra en proceso de deshabitación, por lo que el recurso articulado debe ser desestimado”.

³⁹⁷ La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, publicada en el BOE el 28 de abril de 2015, culminó la tramitación de la norma desde la aprobación de su Proyecto de Ley del Estatuto de la

Art. 13.2. “Las víctimas estarán también legitimadas para:
b) Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado”.

Si no existe esta audiencia específica, es posible que la víctima no pueda plantear debidamente las circunstancias que conozca que pudieran obstar a la concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena por vía del artículo 80.5. Entiendo que la única forma de garantizar que la parte perjudicada pueda tener acceso al procedimiento es concediéndole ese trámite previo de audiencia. De ahí que su eliminación expresa sea negativa a los efectos de garantizar la intervención de las partes en el proceso. Sin embargo, creo que esa ausencia se salva con la aplicación del inciso segundo del artículo 82.1 del Código. Este precepto recoge la necesaria «previa audiencia de las partes» antes de resolver sobre la suspensión de la pena. Esta regulación ha de entenderse aplicable a todos los casos de suspensión de la pena, incluida la suspensión concedida a drogodependientes. Consecuentemente la audiencia, no solo de la víctima sino de todas las partes, es preceptiva³⁹⁸.

Con esta interpretación no solo se da entrada a la parte en el proceso sino que se salva la posible contradicción con ese artículo 13.2. b) del Estatuto de la víctima del delito que comentaba. No obstante se podría argumentar que esa eliminación expresa debe ser valorada y que por mucho que el artículo 82.1 inciso segundo del Código hable de una «previa audiencia de las partes», esa normativa no es aplicable a la suspensión a drogodependientes. Creo que esta interpretación no tiene cabida. Si he reiterado en

víctima del delito, el 8 de agosto de 2014. La nueva Ley, en línea con la normativa europea en la materia y con las demandas que plantea nuestra sociedad, pretende, partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ello, los del conjunto de la sociedad. Por ello aglutina en un único texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima (el marco normativo garante existente hasta ahora incluye derechos exclusivamente procesales o se centran en algunos tipos muy concretos de víctimas de acuerdo con su normativa particular), de un lado transponiendo las Directivas de la Unión Europea en la materia (Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos) y, de otro, recogiendo la particular demanda de la sociedad española.

³⁹⁸ CORELLA MIGUEL, “La nueva regulación de la suspensión...”, p. 3, considera que “Sin duda, la eliminación de la preceptiva audiencia a la víctima o perjudicado no redundará en una mayor transparencia de la Administración de Justicia y parece que centra toda la atención en la situación de dependencia del penado, olvidando que, a pesar de su importancia, la pena también tiene un fin retributivo y, en los casos del actual art. 80.5CP ya se está siendo especialmente benévolo al permitirse la suspensión de penas de prisión de hasta cinco años, aun cuando no concurra la condición de reo primario. En suma, no se da una explicación que justifique mínimamente esa desatención para con la víctima o perjudicado que supone variar una audiencia que venía estando prevista”.

innumerables ocasiones que la finalidad buscada y pretendida por el legislador es la de unificar y simplificar la figura de la suspensión de la pena (de ahí su regulación en un único artículo, el 80), lo lógico y coherente es interpretar que el resto de artículos del Capítulo tienen aplicación a todas las clases de suspensión. Lo contrario es perjudicial para las partes en el procedimiento, incluida para el reo y sería una interpretación contraria al principio *in dubio pro reo*.

También es necesario precisar que se mantiene el plazo de suspensión de tres a cinco años que ya contemplaba el derogado artículo 87, si bien se traslada su regulación al párrafo segundo del artículo 81 que tiene la siguiente redacción:

Art. 81. pfo. 2º. “En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 de artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años”.

Se trata de un plazo de suspensión aplicable solo a esta suspensión de la pena a drogodependientes, más amplio que el plazo general contenido en el párrafo primero de este mismo artículo 81. Sobre esta cuestión no profundizaré ya que como digo no se ha visto modificado por la reforma de 2015, más que en lo relativo a su ubicación pero manteniendo su contenido. Únicamente destacar que se elimina la alusión a la prohibición de delinquir. Si el anterior artículo 87.3 al regular el plazo de suspensión decía expresamente que la suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre «condicionada a que el reo no delinca» en el período que se señale, esta alusión ha desaparecido con la reforma de 2015. Bajo mi punto de vista, esta eliminación lo es en consonancia con las causas de revocación actuales, ya que la comisión de un delito no conlleva *sine qua non* la revocación de la suspensión de la pena conforme al artículo 86 del Código.

También se elimina la referencia a «delincuentes reincidentes»³⁹⁹. El anterior artículo 87.2 condicionaba la suspensión de la pena a drogodependientes reincidentes a

³⁹⁹ Para GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 155, esa eliminación “[...] solo puede ser interpretado en términos de asumir la reincidencia como un supuesto normal en estos casos, por lo que no exige una especial valoración”. Así lo considera también SÁEZ MALCEÑIDO, “Reforma penal del beneficio de la suspensión...”, p. 11, al indicar que “También se ha suprimido la mención a que [...] el condenado sea reincidente [...] lo que es del todo lógico si se sopesa que uno de los requisitos que se salvan para la consecución de esta suspensión es tener en blanco la hoja histórico penal y que este beneficio hunde las raíces de su excepcionalidad en nociones netamente filantrópicas, lo que no debe quedar empañado por el hecho de que el penado haya sido reiterante en el delito, antes bien y al contrario si el río de la vida del penado ha tenido como afluente una severa adicción, será una consecuencia casi imprevista que haya desembocado en los océanos de la Administración de Justicia en ocasiones varias”.

una valoración motivada del juez o tribunal encargado de resolver. La consecuencia de su eliminación es que puede concederse la suspensión a drogodependientes reincidentes siempre que concurra el esto de requisitos y así se motive por el juez en la resolución en que se acuerde. Pero, ¿sucede lo mismo con los drogodependientes habituales? Ya he comentado en el presente trabajo que no es lo mismo un «reo reincidente» que un «reo habitual». Me remito a lo dicho al respecto. Pero me planteo, ¿es aplicable a esta clase de suspensión el concepto de «reo habitual» del artículo 94 del Código?⁴⁰⁰

Esta cuestión no está resuelta por el Código. A mi juicio, si el Código no lo prohíbe, sería posible. Digo esto porque el legislador ni es ni puede ser ajeno a la controversia doctrinal y jurisprudencial que existe en esta materia. Por ello entiendo que el silencio del Código implica su reconocimiento. Sin embargo, hay quienes acudiendo a la dicción literal del precepto, entienden que si no se recoge es que no es posible, en aplicación de una estricta interpretación literal.

En lo relativo al tipo de penas susceptibles de suspensión, el Código sigue recogiendo que ha de tratarse de «penas privativa de libertad no superiores a cinco años»⁴⁰¹. Precisamente al no haber reforma alguna en este punto, sigue sin resolverse si cabe la suspensión de penas que si bien sumadas excedan de cinco años, individualmente no exceden de tal límite. Al no dar una solución a esta controversia sigue habiendo posturas doctrinales a favor y en contra⁴⁰². En mi opinión es

⁴⁰⁰ Recordar que el artículo 94 párrafo primero dispone que:

Art. 94. pfo. 1º. “A los efectos previstos en la sección 2ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello”.

⁴⁰¹ Como es sabido y recuerda CERVELLÓ DONERIS, “Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro...”, pp. 51 y ss., ese límite de los cinco años fue introducido por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, ya que hasta entonces el límite establecido se refería a penas de tres años, lo que dificultaba mucho su aplicación, ya que los delitos que suelen cometer estos sujetos (robos con violencia e intimidación con uso de armas, o los de tráfico de drogas unidos a la agravante de reincidencia) están castigados con penas mayores, por ello su extensión a cinco años tiene la finalidad de facilitar su aplicación efectiva.

⁴⁰² La mayoría de la doctrina se muestra favorable a la suspensión de las penas que individualmente no excedan de cinco años aun cuando su suma exceda de dicho límite. En este sentido se muestra, entre otros, FERNÁNDEZ APARICIO, “Cuestiones prácticas de la suspensión...”, p. 67, cuando indica que “Entiendo en beneficio del reo que no cabe la suma de las penas y ello por cuando el apartado quinto del art. 80 CP no habla en ningún momento de que se puedan sumar las penas a diferencia del art. 80.2.2ª CP en referencia a la suspensión ordinaria. Por consiguiente, un individuo con una pena de cuatro años de prisión por una parte y una pena de dos años por otra, podría acceder en mi opinión al beneficio de la suspensión por esta vía, siempre lógicamente que cumpla los demás requisitos”.

perfectamente posible la suspensión de penas que individualmente no excedan de cinco años aun cuando la suma de las mismas supere ese límite. Esta interpretación es más favorable al reo y, ante la ausencia de regulación expresa en el Código, creo que es la única posible.

Sin quitar importancia al resto de cuestiones, sin duda alguna, el presupuesto más característico para la concesión de esta suspensión es que el reo haya cometido el hecho «a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2º del artículo 20». El propio precepto se remite al artículo 20.2º del Código, relativo a las eximentes completas, que especifica la dependencia a qué tipo de sustancias son las que permiten acordar la suspensión de la pena a drogodependientes⁴⁰³. Esa dependencia deberá hacerse constar expresamente en la resolución en que se acuerde la suspensión, no siendo válida una mera adicción. Ha de tratarse de una verdadera dependencia a una sustancia que es la que le lleva a cometer el delito (así se pronuncia, por todas, la STS 112/2010, de 15 de enero)⁴⁰⁴. Para ello se ha de valorar no solo la naturaleza del delito que se trate sino cuál era la situación del penado (esa dependencia) en el momento de cometerlo. La cuestión es el modo en que se ha de acreditar esa dependencia. Nuevamente el Código no lo define. La vía más rápida y eficaz, que no la única, para que el órgano judicial compruebe esa dependencia es a través de la certificación médica correspondiente que, expresamente, determine la concurrencia de esa dependencia. Esta

⁴⁰³ Dispone este artículo 20.2º ubicado en el Capítulo II rubricado “De las causas que eximen de la responsabilidad criminal”, ubicado en el Título I titulado “De la infracción penal”:

Art. 20. “Están exentos de responsabilidad criminal: 2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

⁴⁰⁴ No siempre es fácil discernir entre adicción y dependencia. La adicción consiste en el deseo irrefrenable de continuar con el consumo de ciertas sustancias (drogas) que manifiesta una persona que se ha habituado a ellas y a sus efectos, a causa de un excesivo consumo. Originariamente, adicto era quien seguía ciegamente al líder, sin criticarlo, sin decirle nada, derivado del latín “*a dictio*” que significa “no dición”. Este término fue tomado para describir el comportamiento de un individuo cuando ha rendido el control de su vida a una experiencia, sensación o actividad particular. Por su parte, la dependencia supone el consumo de una o varias sustancias para evitar los efectos que tendría su carencia. Es decir, la dependencia consiste en el estado en el cual el adicto «debe» continuar consumiendo droga con el fin de evitar los síntomas de abstinencia. Además es necesario precisar que existen dos tipos de dependencias: la física y la psicológica; mientras la dependencia física consiste en una serie de trastornos fisiológicos adversos que surgen de la falta de consumo (síndrome de privación), la dependencia psicológica supone un sentimiento de satisfacción y del deseo de repetir la experiencia con la droga; o evitar el malestar que se produce al no tomarla.

certificación es distinta de certificado que luego comentaré y que sí que exige el Código referido a la deshabitación o sometimiento a tratamiento para tal fin. Entiendo que son certificados distintos que operan en dos momentos distintos. Ante la ausencia de regulación el certificado puede ser emitido por centro público o privado, incluso donde el propio drogodependiente está siendo tratado u otro homologado que así lo certifique. En todo caso se podrá pedir por el órgano judicial que el médico forense reconozca al reo y se pronuncie sobre esta cuestión.

Como decía, esa certificación no es el único modo a través del cual el órgano jurisdiccional puede entender acreditada la drogodependencia del reo. El juez también deberá valorar las circunstancias del hecho y las personales del autor que puedan evidenciar esa dependencia. En todo caso, sea de la forma que sea, lo que tiene que quedar acreditado es que ha cometido el hecho debido a su dependencia a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

Al hilo de lo que comentaba con los certificados médicos, también en este punto la L.O. 1/2015, ha supuesto una reforma evidente. Con anterioridad a 2015 la dicción del artículo 87.1 párrafo segundo del Código exigía que, además del certificado emitido por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado de que el condenado se encontraba deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin, se exigía que el juez solicitara, en todo caso, informe del médico forense sobre tales extremos. Si bien ese certificado emitido por centro o servicio público o privado se mantiene, la nueva regulación ha eliminado la exigencia del informe del médico forense⁴⁰⁵. Creo que

⁴⁰⁵ Como apunta GARCÍA ALBERO “La suspensión de la ejecución...”, p. 155, “El Juez puede recabar dicha información de quien estime conveniente, pudiendo realizar las comprobaciones que estime necesarias para el cumplimiento de los requisitos (así podría bastar con el informe del centro o servicio donde el drogodependiente está siendo tratado)”. En igual sentido: ROIG TORRES, “La suspensión de la ejecución...”, p. 330, cuando afirma que “[...] el órgano judicial puede pedir esos informes médico forenses, pero dejan de ser preceptivos”; SAÉZ MALCEÑIDO, “Reforma penal del beneficio...”, p. 11, cuando considera que “[...] podrá acordarse de que el penado comparezca a la consulta de un médico especialista en la materia para ser reconocido, o ante los profesionales que dirijan los programas correspondientes en el seno de asociaciones y organizaciones, sean o no gubernamentales, e incluso podrá admitirse que la documentación sea recabada del especialista que hubiera ejercido asiduamente control sobre el mismo”; o ALONSO BUZO, “La nueva regulación de la suspensión...”, p. 6, considera que “[...] se suprime la rígida exigencia de informe médico forense previsto en la regulación anterior. Modificación pensada para evitar este trámite innecesario en supuestos en los que existen informes de organismos públicos que contienen claramente que el penado se haya deshabitado”. En contra de esta reforma legislativa: CORELLA MIGUEL, “La nueva regulación de la suspensión...”, p. 3, cuando señala que “Tampoco vemos la necesidad de su renuncia y el abandono de la labor de imparcial vigilancia que venía ejerciendo la institución forense a la hora de tan importante decisión, que se deja ahora en manos de centros o servicios -públicos o privados- ajenos a la esfera judicial”.

ello hace más flexible esta figura porque elimina un trámite que hace que para bien o para mal, el procedimiento se agilice. No obstante, que el artículo no lo exija expresamente no impide que el juez, si lo considera oportuno y necesario, pueda recabar un informe del forense que valore esa deshabituación o el sometimiento a tratamiento para ello. De hecho, en la mayoría de los casos, será el único elemento objetivo con el que cuentan los jueces y tribunales para valorar sobre la solicitud de suspensión de la pena, sin perjuicio de las aportaciones de parte que se pudieran realizar.

Añade el Código que el juez o tribunal «podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos». Esta comprobación despliega sus efectos cuando el reo esté sometido a tratamiento de deshabituación, ya que si el juez dispone de un certificado médico donde se constata la deshabituación no hay comprobación que realizar. En cambio si lo que se acredita es que el reo drogodependiente está sometido a tratamiento de deshabituación parece lógico que el juez pueda realizar comprobaciones necesarias. Y es en este punto donde nuevamente la reforma de 2015 modifica su configuración eliminando la periodicidad que indicaba el artículo 87.4 inciso segundo derogado⁴⁰⁶. Recordar que este artículo imponía a los centros o servicios públicos o privados la obligación de facilitar al juez sentenciador, en los plazos que éste indicara y, en todo caso, nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo del tratamiento así como para conocer periódicamente su evolución y las modificaciones que pudiera experimentar, en especial su finalización. Al derogarse esa periodicidad, será el órgano judicial el que valore, en cada caso, en qué plazos se le ha de informar, lo cual hará constar expresamente en la resolución en que así se acuerde. Para evitar que no haya se comuniquen cuestiones relevantes creo que lo más propicio es que se haga constar en la propia resolución que se debe informar al juzgado de cualquier incidente que pudiera afectar al normal desarrollo del cumplimiento del tratamiento.

⁴⁰⁶ En contra de su eliminación se muestra CORELLA MIGUEL, “La nueva regulación de la suspensión...”, pp. 3 y 4, cuando indica “Se elimina, de igual modo, la necesidad de que los centros rehabilitadores informen periódicamente al tribunal, incluida dentro de la más genérica antes referida de que sea el órgano judicial el que pida la información que necesite. Por una parte nos parece bien, pero entendemos que hubiera sido mejor incluir que la comunicación del centro al Juzgado o Tribunal se produjese en el caso de que el reo hubiese abandonado el tratamiento. De lo contrario, puede suceder que lo abandone y el Juzgado no tenga conocimiento de ello”. Del mismo modo, SAÉZ MALCEÑIDO, “Reforma penal del beneficio...”, p. 11, cuando señala que “[...] la nueva guarda mutismo sobre cuál será la vía adecuada para el seguimiento del penado en su terapia rehabilitadora, y con qué posibilidades cuenta el tribunal que otorgó este beneficio para estar informado acerca de la evolución así como la periodicidad de los dictámenes”.

Además ese seguimiento también se puede realizar a través del Servicio de gestión de penas a que se refiere el artículo 83.4 del Código, que como comentaba, tiene perfecta aplicación a todos los casos de suspensión de penas incluida la suspensión para drogodependientes.

Sobre la forma de acreditar este certificado el artículo 801.3 inciso segundo de la LECRIM ya recogía la posibilidad de que el reo se comprometiera a «obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije». Así lo dispone este precepto que dice:

Art. 801.3. “Asimismo, en los casos en que de conformidad con el artículo 87.1.1ª del Código Penal sea necesaria una certificación suficiente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado de que el acusado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin, bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión de la pena privativa de libertad el compromiso del acusado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije”.

Evidentemente la alusión al artículo 87.1.1ª del Código, después de la reforma de 2015, ha de entenderse hecha al artículo 80.5 en los términos que vengo indicando.

A parte de esto, indicar que la reforma amplía las facultades de los órganos judiciales a la hora de acreditar que concurren los requisitos de esta suspensión. Si en la redacción anterior se limitaban esas comprobaciones a la obligación del órgano judicial de solicitar un informe del médico forense sobre tales extremos, con el nuevo texto se deja un mayor margen de actuación a los jueces y tribunales con el objeto de que realicen todas aquellas comprobaciones que consideren necesarias para acreditar la concurrencia de las circunstancias de la suspensión.

Como decía, si el reo está deshabitado ésta será la única circunstancia que deberá acreditarse a través de los informes que establece el Código. Pero si lo que se pretende acreditar es que el sujeto está sometido a tratamiento de deshabitación, se precisa que no abandone dicho tratamiento para entender cumplidas las condiciones para conceder esta clase de suspensión. Si bien, la reforma ha flexibilizado el cumplimiento de este tratamiento en la medida en que las recaídas puntuales, siempre que no evidencien un abandono definitivo, no son causa de revocación de la suspensión. Sin duda alguna, es una de las novedades más acordes a la realidad del mundo de la

droga, donde las recaídas, por desgracia, son frecuentes⁴⁰⁷. Si el condicionante para la suspensión de la pena en el caso de drogodependientes es que el reo esté deshabitado o sometido a tratamiento de deshabitación, parece lógico que, en el segundo caso, tenga que cumplir la totalidad del tratamiento. Sin embargo, es frecuente que durante ese período el sujeto, aun sin intención de abandonarlo tenga recaídas. El legislador ha querido que esas recaídas puntuales, no conlleven la revocación de la suspensión de la pena.

El Código precisa que si bien esas recaídas no son causa de revocación, sí lo serán si «evidencian un abandono definitivo del tratamiento». Esa evidencia deberá ser comprobada por el juez valorando todos los elementos con los que cuente en ese momento así como los que las partes le pudieran aportar. Lo que sí me gustaría precisar es que si está sometido a tratamiento de deshabitación este hecho no implica, necesariamente, que deba lograr la deshabitación. Lo que se exige es que no abandone dicho tratamiento hasta su finalización. Precisamente es una de las condiciones inherentes a esta clase de suspensión que indica el primer inciso del párrafo tercero del artículo 80.5 cuando señala que si el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, «también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización». Ahora bien, como este precepto solo condiciona la suspensión a drogodependientes a que no abandonen el tratamiento de deshabitación, ¿se pueden imponer las prohibiciones o reglas de conducta de los artículos 83 y 84 del Código? A mi juicio, la respuesta solo puede ser afirmativa.

⁴⁰⁷ Esta reforma ha sido acogida de buen agrado por la doctrina: GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 155; ROIG TORRES, “La suspensión de la ejecución...”, p. 330, afirma que “De esta forma, se introduce un régimen más coherente, puesto que las recaídas ocasionales en el consumo, frecuentes en este tipo de tratamientos, no conllevan la entrada en prisión, sino que se permite continuarlo siempre que se advierta en el sujeto la voluntad de cumplirlo. Se entiende de modo conveniente que la vía idónea para conseguir la resocialización de esas personas que sufren una adicción es conseguir su deshabitación, y este fin podría verse frustrado si se ordenase la ejecución de la pena”; CERVELLÓ DONERIS, “Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro...”, p. 52, con relación a la normativa anterior a la reforma que cuando decía que “Si abandona el tratamiento se revoca la suspensión, lo que puede ser excesivamente estricto en este tipo de tratamiento donde las recaídas iniciales son frecuentes”; y del mismo autor, “Suspensión de la pena y valoración de peligrosidad...”, pp. 445 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, “La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes...”, pp. 887 y 888, considera que “La realidad terapéutica de la drogodependencia demuestra que la interrupción del tratamiento es a menudo inevitable en cualquier periodo de desintoxicación, no significando el fracaso del tratamiento mismo”; RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 14, indica que “[...] sigue vigente la prohibición de abandonar el tratamiento de deshabitación hasta su finalización, pero a mi juicio acertadamente, se establece que las recaídas puntuales no se entenderán abandono si éstas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación”.

Entiendo que si el legislador ha buscado unificar este sistema y que todas las clases de suspensión se regulen en el artículo 80 es porque el resto de preceptos se aplican a todos los supuestos de suspensión (a saber; suspensión ordinaria *ex* artículo 80.1 y 2; suspensión sustitutiva *ex* artículo 80.3; suspensión para enfermos muy graves con padecimientos incurables *ex* artículo 80.4, así como esta suspensión para drogodependientes *ex* artículo 80.5)⁴⁰⁸.

En otro orden de cosas, sigue existiendo la cuestión de si es necesario que la sentencia condenatoria del delincuente drogodependiente haya valorado la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal para poder aplicar posteriormente la suspensión por esta causa. La dicción del Código no condiciona esta clase de suspensión al hecho de que en sentencia se valore la circunstancia atenuante por el consumo de las sustancias previstas en el artículo 20.2 del Código; es decir, no es necesario que se haya valorado esta circunstancia en sentencia y, aun así, se puede apreciar y conceder la suspensión de la pena por esta causa. Lo que sí que entiendo necesario es que exista una relación de causalidad entre esa dependencia y la comisión del hecho delictivo cuya pena se pretende suspender; de lo contrario no sería aplicable. Sin perjuicio de lo anterior, parece concluyente, que si se ha apreciado en sentencia una eximente incompleta o un atenuante de drogodependencia por el consumo de estas sustancias, lógicamente la labor probatoria disminuye ya que el propio juez sentenciador ha considerado su apreciación. En caso contrario, se presenta una mayor dificultad probatoria, pero esa dificultad no es sinónimo de imposibilidad por lo que será perfectamente aplicable⁴⁰⁹. A esta misma conclusión llega la jurisprudencia, entre otras,

⁴⁰⁸ Esa postura es abalada por la doctrina; por todos, QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución...”, p. 23, señala que “Por lo demás, al haberse incluido esta modalidad de suspensión en el sistema general, resulta de aplicación toda la normativa sobre imposición o modificación de reglas de conducta, prestaciones o medidas, y revocación de la suspensión. Para la remisión de la pena se establece en el art. 87.2 CP un requisito particular [...]”.

⁴⁰⁹ En estos mismos términos se pronuncia QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución...”, p. 22, cuando señala que “Aunque podría considerarse lógico que de existir esa situación se hubiese aplicado, en todo caso, la circunstancia atenuante analógica de drogadicción, puede no resultar necesaria la apreciación de la atenuante para conceder la suspensión de la ejecución de la pena. El Tribunal Supremo ha manifestado «que la drogadicción y su eficacia como causa determinante de la ejecución del hecho haya sido declarada en la sentencia en la que se impusieron las penas cuya suspensión se pretende» (STS 200/2006, de 20 de febrero). Pero en la Consulta 4/1999 de la Fiscalía General del Estado se dijo que en el caso de que en juicio oral no se debatiera la cuestión de la dependencia, nada impedirá que en el trámite de audiencia a las partes se soliciten o aporten pruebas para justificar esa situación. En ese sentido, se dijo en la STS 716/2014, de 29 de octubre, que «Caben casos en que no apreciándose la atenuante sí será factible plantearse esa suspensión especial, con todos sus componentes adicionales (proceso de rehabilitación), por circunstancias diversas: bien, como en este caso, porque existiendo dependencia (lo que puede ser suficiente para el art. 87) no sea grave (lo que excluye la atenuante); bien

en las SSTs 502/2000, de 28 de marzo; 546/2007, de 12 de junio; 687/2009, de 24 de junio; 1287/2009, de 22 de diciembre; 296/2010, de 9 de abril; o con la reciente STS 716/2014, de 29 de octubre. Criterio igualmente compartido por la jurisprudencia constitucional, por todas, la STC 222/2007, de 8 de octubre. Como la reforma nada dice al respecto puede decirse que la jurisprudencia sobre esta cuestión sigue vigente.

Cuestión distinta es que ya se haya valorado en sentencia esa posible eximente incompleta o atenuante de drogodependencia por el consumo de estas sustancias, por haber sido objeto del debate contradictorio en el plenario y se haya denegado su apreciación y que, posteriormente, se pretenda aplicar. Parece lógico que si ya en sentencia se ha denegado su apreciación no puede después solicitarse como causa de suspensión de la pena porque se vulneraría el sentido de la propia sentencia que se pretende ejecutar⁴¹⁰.

En este contexto me planteo: ¿debe acordarse necesariamente la suspensión de la pena por drogodependencia en la misma resolución que resuelve sobre la suspensión ordinaria y sustitutiva, o cabe denegar éstas y resolver sobre la misma recibidos los oportunos informes o certificados a los que se refiere el precepto? El supuesto de hecho es claro. Normalmente cuando un drogodependiente es condenado en sentencia se solicita la suspensión de la pena vía artículo 80.5 del Código. Pero nada obsta a que se soliciten varios tipos de suspensiones, con carácter subsidiario, en cuyo caso guarda silencio el Código. A mi juicio ambas posibilidades son factibles. Si el juez cuenta con todos los elementos en el momento de dictar sentencia se pronunciará sobre todas las suspensiones solicitadas; en caso contrario, podrá dilatar el pronunciamiento de una o varias de ellas a un momento posterior cuando cuente con toda la información. Inicialmente la jurisprudencia pareció impedir esta posibilidad. Así, entre otras, la STS 1228/1998, de 15 de octubre, pareció rechazar esa posibilidad. En cambio, la STS 1287/2009, de 22 de diciembre, admitió que se pudieran practicar, “[...] tras la sentencia

porque no se haya discutido sobre esa cuestión en el juicio». Pero se excluía el caso en que la sentencia hubiera excluido expresamente la condición de drogodependiente”.

⁴¹⁰ Sobre esta cuestión se pronuncia FERNÁNDEZ APARICIO, “Cuestiones prácticas de la suspensión...”, p. 67, cuando indica que “Este dato de la comisión del hecho delictivo [a causa de su dependencia a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos] lo podemos obtener directamente de la propia sentencia condenatoria porque así se haya admitido o bien podemos acreditarlo en ejecución por cualquier medio admitido en derecho en donde se evidencie que al tiempo de realiza el hecho delictivo en individuo era dependiente a [esas] sustancias estupefacientes”.

firme y en el trámite de audiencias de las partes contemplado en el art. 87 [...] las pruebas necesarias para acreditar que la condición de drogadicto fue determinante para la comisión del delito, con el que se hallaba en una relación teleológica”. Si bien parece que este supuesto se circunscribe a un único caso: que no se hubiera debatido la cuestión en el plenario; esto es, que en el juicio no se hubiera practicado prueba alguna al respecto, no existiendo por tanto pronunciamiento alguno en la sentencia sobre ese extremo.

Por último, no me gustaría cerrar este apartado sin hacer una referencia expresa a las causas de revocación. Si bien es cierto que la reforma de 2015 ha supuesto la eliminación explícita de cualquier alusión a las causas directas de revocación que contemplaba el derogado artículo 87.5 del Código, como vengo reiterando, tiene aplicación directa todas las causas de revocación que contempla el artículo 86 del Código. Junto a ellas, que serán analizadas en el apartado correspondiente, el actual artículo 87.2 regula una normativa específica para la remisión de la pena cuando ésta hubiere sido suspendida para drogodependientes. Normativa que, en caso de no cumplirse, impedirá la remisión lo que es una causa de revocación implícita que obliga a su cumplimiento. Dispone este precepto lo siguiente:

Art. 87.2. “No obstante, para acordar la remisión de la pena que hubiera sido suspendida conforme al apartado 5 del artículo 80, deberá acreditarse la deshabituación del sujeto o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, el juez o tribunal ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años”.

Cuestión distinta son las consecuencias que se derivan de uno y otro incumplimiento. Mientras que el incumplimiento de la participación en programas de deshabituación o tratamiento de conductas adictivas del artículo 83.1.7^a del Código no genera automáticamente la revocación de la suspensión, salvo que se trate de un incumplimiento grave y reiterado (artículo 86 del Código), el incumplimiento del tratamiento de deshabituación del artículo 80.5 es causa de revocación siempre que implique un abandono del mismo. Como indica RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 12 “[...] la participación en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes del artículo 83.1.7.^a CP es distinta a la sumisión a tratamiento de deshabituación del artículo 80.5 CP y que mientras que la

primera no exige la efectiva deshabitación (habla de participación), la suspensión extraordinaria del artículo 80.5 CP requiere la acreditación de la deshabitación del sujeto o la continuidad del tratamiento (artículo 87.1) y que esta acreditación, así como el control sobre el inicio y evolución del tratamiento, corresponde al Juez o Tribunal, que deberá solicitar del centro donde se sigue el tratamiento informes periódicos”.

Además me gustaría resaltar que cuando se trata de participación en programas de deshabitación o tratamiento de conductas adictivas del artículo 83.1.7ª del Código, puede que el penado tenga dificultad para acceder a un tratamiento de deshabitación debido a la escasez de recursos. Consecuentemente puede haber sujetos que no se hallen deshabitados ni sometidos a tratamiento para tal fin por una simple imposibilidad de hacerlo no por su propia voluntad. Esta circunstancia deberá ser valorada por el juez y, en mi opinión, en ningún caso puede conllevar la revocación de la suspensión concedida.

B) Otros supuestos extraordinarios de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Código penal español.

Junto a los supuestos de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad contemplados en el Capítulo III, del Título III, del Libro I del Código penal (ya sean casos de suspensión ordinaria o extraordinaria que he venido analizando) se regulan otros supuestos, a lo largo del articulado del Código, que permiten al juez o tribunal competente acordar la suspensión de la pena. Si bien el resultado perseguido por el condenado en todos los casos es el mismo, que no es otro que el cumplimiento de la condena en libertad, lo cierto es que los motivos por los que se solicita son dispares. Mientras que los supuestos de suspensión de los artículos 80 a 88 del Código tienen como elemento común buscar la finalidad de reeducación y reinserción social y están basados en el derecho a la segunda oportunidad del reo, el resto de casos que analizaré a continuación no obedecen a esta finalidad u objetivo. Solo buscan, simple y llanamente, no cumplir la pena.

Examinaré cada uno de estos supuestos por separado.

- a) Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad mientras se tramita la petición de indulto *ex* artículo 4.4 del Código penal.
- a') Introducción.

La figura del indulto, también conocido como derecho de gracia, ha existido, desde siempre, en los diferentes sistemas jurídico-penales⁴¹¹. Las características intrínsecas de ese derecho así como la atribución de la facultad a la máxima autoridad del Estado no han supuesto inconveniente alguno para que haya desplegado su vigencia en cualquier tiempo y sistema, incluido España, a pesar del actual Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución española de 1978. Como decía, su existencia se remonta al Derecho romano. Hoy en día, si bien con modificaciones, se sigue conservando esta figura en el sistema español, siendo una potestad que otorga Rey a propuesta del Gobierno⁴¹².

Según la Real Academia Española de la Lengua Española el indulto, del latín *indultus*, se definiría como «gracia por la cual se remite total o parcialmente o se conmuta una pena» o «gracia que excepcionalmente concede el jefe del Estado, por la cual perdona total o parcialmente una pena o la conmuta por otra más benigna». Se trata, pues, de una definición directamente relacionada con su ámbito de aplicación que no es otro que el Derecho penal. A mi juicio, el indulto o derecho de gracia supone o conlleva la extinción, minoración o sustitución de un castigo o una sanción mediante el perdón, la gracia o la clemencia por parte de la persona o ente que tiene potestad para ello; es decir, concedido por el poder o autoridad con legitimación para perdonar u

⁴¹¹ Como antecedentes podría destacarse en Derecho comparado, siguiendo a GIMENO GÓMEZ, “La gracia del indulto”, pp. 904 y ss., los siguientes hitos: Italia, conforme al artículo 174 del Código penal italiano, el indulto tiene siempre carácter extraordinario, general, colectivo e impersonal; Francia, el indulto tiene carácter individual y se concede por Decreto especial del Jefe del Estado, aunque también puede concederse, excepcionalmente, con carácter general o colectivo por el Jefe del Estado, con motivo de fiestas nacionales o a favor de presos cuyo comportamiento le haga acreedores del mismo; o Inglaterra, la perturbación de la ley o del orden constituyen perturbaciones de la paz de la Reina, por lo que corresponde a la Corona el derecho exclusivo de perdonar estas ofensas, si bien, excepcionalmente, cuando una sentencia injusta no sea susceptible de revisión en otro procedimiento o cuando se considere excesivamente severa una condena será posible el indulto.

⁴¹² Como sostiene GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto particular...*, p. 1, (puntualizar que esta obra viene a recoger, si bien con algunas matizaciones su propia Tesis Doctoral titulada *El control jurisdiccional del indulto particular*), “el instituto de la gracia del indulto [...] ha sobrevivido al sistema de garantías, de separación de poderes, de reconocimiento de derechos fundamentales, de soberanía popular consagrado por la Constitución Española de 1978”. Ello supone que a pesar de todos los valores que se reconocen en el actual sistema, el derecho de gracia o indulto sigue siendo una institución recogida y amparada constitucionalmente a pesar de las críticas y detractores que su aplicación genera.

otorgar esa medida de gracia o acto de clemencia.

Por su parte, el propio Ministerio de Justicia español define en su página web el indulto como una “medida de gracia, de carácter excepcional, consistente en la remisión total o parcial de las penas de los condenados por sentencia firme, que otorga el Rey, a propuesta del Ministro de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministros”⁴¹³. A raíz de estas conceptualizaciones generarles son varios los autores que se han arriesgado a dar una definición del indulto tomando como referencia las definiciones que tradicionalmente se han dado a esta institución⁴¹⁴.

⁴¹³ Acceso a través de “www.mjusticia.gob.es”.

⁴¹⁴ A modo de ejemplo, entre otros, GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto particular...*, p. 5, lo define como “aquella manifestación de la prerrogativa de gracia por la que se extingue la responsabilidad criminal, mediante la remisión total o parcial de la pena a que hubiese sido condenado y aun no hubiese cumplido el penado o mediante su conmutación por otra de menor gravedad, atendidas razones de justicia, equidad o utilidad pública; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal...*, p. 755, siguiendo a DEL TORO considera al instituto del indulto como “necesario en un Estado en el que el cumplimiento de las Leyes no siempre resulta justo atendiendo a las circunstancias del caso concreto” añadiendo que “su carácter de gracia se ve superado por su carácter de acto de justicia en virtud del cual se individualiza la pena más allá de lo que se permiten siempre las generalizadoras fórmulas legales, las cuales no pueden a veces evitar que su estricto cumplimiento dé lugar a resultados injustos”; GIMENO GÓMEZ, “La gracia del indulto”, p. 898, apunta que “Jurídicamente podemos definir el indulto como manifestación del derecho de gracia en virtud del cual se perdona al penado el todo o parte de una pena o se le comunica por otra más suave. En rigor, significa pues perdón de la pena, luego no puede ser aplicado sino a los condenados por sentencia firme; no obstante en los indultos generales se hace en ocasiones extensivo el beneficio a los meramente procesados originándose el llamado indulto anticipado”; MAGRO SERVET, “Particularidades de la medida de gracia...”, p. 1 cuando dice que el indulto es “Una medida que, dicho sea de paso, supone una potestad extraordinaria de intervención de un Poder estatal en el ámbito de la competencia de otro, el Judicial, único al que corresponde, por Constitución y por Ley «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado»; PERANDONES ALARCÓN, “El indulto y la interdicción de la arbitrariedad...”, p. 1, siguiendo a KANT señala que “el indulto es el más equívoco de los derechos del soberano que si bien probaba la magnificencia de su grandeza, permitía sin embargo, obrar injustamente en alto grado”. De igual modo y siguiendo a MONTESQUIEU “se asume la posición contraria cuando señala que para quien toda pena no se derivaba de la absoluta necesidad era tiranía lo que considera el «más bello atributo de la soberanía»”. Estas nociones doctrinales se han plasmado también en la jurisprudencia. Por lo expresivo de sus redacciones resultan destacables los votos particulares emitidos por sendos magistrados en la STS, Sala 3ª de lo contencioso-administrativo, 13/2013, de 20 de noviembre. El primero de ellos, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ cuando dice “Cuando se afirma que el derecho de gracia sirve para moderar un rigor excesivo, no hay que pensar únicamente en aquellos casos en que razones de equidad o de justicia material aconsejan una reducción o un perdón de la pena impuesta. El derecho de gracia también puede cumplir una importante función en aquellos otros casos en que sin que medien razones de equidad o de justicia material a favor del reo, otras consideraciones de interés general aconsejan la clemencia. El segundo de ellos LESMES SERRANO (al que se adhirieron ENRÍQUEZ SANCHO, YAGÜE GIL, SÁNCHEZ-BORDONA, DÍAZ DELGADO, OLEA GODOY, FONSECA HERRERO, CÓRDOBA CASTROVERDE, CONDE MARTÍN DE HIJAS y MARTÍN TIMÓN) cuando señala “Las razones del indulto nunca pueden ser jurídicas, es decir, basadas en posibles contravenciones del ordenamiento jurídico, pues admitirlo así sería tanto como reconocer que al Gobierno el poder de revisar sentencias judiciales desde el Derecho, lo que ya hemos dicho que resulta constitucionalmente inadmisibile. [...] Estas razones pueden ser muy variadas y no siempre exteriorizables, pues pueden estar relacionadas con la seguridad pública, política criminal, relaciones internacionales, e incluso para resolver graves problemas políticos que pueden afectar a la convivencia nacional”.

Estrechamente relacionada con la institución del indulto se encuentra la figura de la amnistía. Ambas instituciones suponían, desde su origen, la representación de un perdón que se daba al reo, si bien, actuando en momentos procesales diferentes. Mientras que la amnistía suponía el perdón del delito (lo cual conllevaba que ni siquiera llegaba a existir pena), en el indulto la persona seguía siendo culpable, existiendo una sentencia penal que así lo determinaba, pero se le perdonaba el cumplimiento de la pena⁴¹⁵. Por la naturaleza de ambos conceptos, en Derecho penal, el indulto no cancelaba los antecedentes penales del reo, sin embargo la amnistía no solo los cancelaba sino que además intentaba restituir al beneficiado de esta figura en los derechos que le eran propios al tiempo de la condena⁴¹⁶.

De ahí que el indulto tenga una mayor similitud con la suspensión de la pena ya que en ambos casos existe un pronunciamiento penal (sentencia condenatoria firme) pero posteriormente se exime del cumplimiento de la pena, condonándose en el caso del indulto y suspendiéndose con una serie de requisitos en el caso de la suspensión de la pena. Cabe recordar además que el indulto puede ser total conforme al artículo 4 de la Ley de 1870, comprendiendo la remisión de todas las penas a que hubiere sido condenado el reo y que aún no hubieren sido cumplidas; o bien parcial, lo que supone la

⁴¹⁵ A este respecto se pronunciaba GIMENO GÓMEZ, “La gracia del indulto”, p. 898, al apuntar que “Con respecto a la *amnistía* tiene en común el ser una causa de extinción de la responsabilidad penal, pero difieren en que los efectos extintivos de ésta son más radicales al extinguir no solo las penas, sino también el carácter delictivo de los hechos implicando el olvido de los mismos; esta ficción se extiende pues no solo a reputar inexistentes las penas y todos sus efectos, sino también los actos, siendo por naturaleza una derogación retroactiva y transitoria de determinadas normas penales, que alcanza consecuentemente no solo a los procesos finalizados por sentencia firme, sino a los que se hallan en tramitación e incluso a los que no hubieran comenzado ésta. En cambio el alcance y los efectos del indulto son más restringidos: mientras la amnistía implica [...] una derogación de la ley penal, el indulto solo entraña una modificación de su eficacia normal”.

⁴¹⁶ Atendiendo a la naturaleza jurídica del indulto se pronuncia GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto particular*, pp. 5 y ss., señalando que “es una cuestión profundamente controvertida y escasamente abordada” aludiendo a que “[...] la prerrogativa de gracia, en su manifestación de indulto particular, es una facultad que si bien está constitucionalmente atribuida al Monarca, los actos que de ella se deriven habrán de estar, como todos los actos del Rey (excepto los del artículo 65.2 CE) refrendados en la forma establecida en el artículo 64 de la CE”. Ahondado sobre esta cuestión apunta DORADO MONTERO, “Amnistía e indulto”, p. 716, que “desde el momento en que esta facultad [la prerrogativa de gracia] ha de ser ejercida al igual que todas las demás prerrogativas del Rey, en forma constitucional, resulta que la potestad de otorgar indulto, más que prerrogativa verdadera del Rey, es realmente una atribución del Poder Ejecutivo, o una «función constitucional». Quien verdaderamente indulta es el Ministerio de (Gracia y) Justicia, el Presidente del Consejo de Ministros, o éste mismo Consejo; pues son ellos los que acuerdan y proponen o no al Rey el ejercicio de la gracia y quienes con su firma o refrendo se hacen responsables de esta”. En igual sentido GIMENO GÓMEZ, “La gracia del indulto”, p. 901, apunta que “Desde el punto de vista del Derecho político, conforme a la opinión más extendida, constituye el indulto, como forma del derecho de gracia, el ejercicio de una prerrogativa soberana”. De hecho así lo definió la STS de 8 de octubre de 1925.

remisión de alguna o algunas de las penas impuestas o su conmutación por otras menos graves. Asimismo el indulto puede ser general o particular, si bien la regulación actual del artículo 62. i) de la Constitución española impide que se puedan otorgar indultos generales⁴¹⁷. No pocas fueron las críticas sobre los indultos generales llegando a considerarse como “verdaderamente repugnante el sentimiento que genera la amnistía y los indultos generales en un Estado de Derecho”⁴¹⁸. No obstante la concesión de indultos particulares también genera críticas en nuestro sistema como luego tendré oportunidad de precisar.

En resumen, como ha precisado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras STS de 3 de junio de 2004, podría decirse que “[...] el indulto pretende conciliar las exigencias de la justicia formal con las de la justicia material del caso concreto, constituyendo un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales”⁴¹⁹. En igual sentido, la STS de 20 de febrero de 2013, señala que el indulto es “una potestad extraordinaria de intervención de un poder estatal, el Ejecutivo, en el ámbito de competencia de otro, el Judicial, de manera que, una vez constitucionalmente admitida la prerrogativa por la razón indicada, su uso de ha de estar rodeado de cautelas y límites, con objeto de procurar la menor perturbación posible para el orden jurídico”: Por ello el propio Tribunal Supremo entiende que el indulto es “un acto con rasgos de atipicidad en el marco del Estado constitucional de Derecho”⁴²⁰.

⁴¹⁷ Como indica ROLDÁN BARBERO, “Indulto e individualización de la pena”, p. 500, “La Constitución de 1978 puso freno al espacioso derecho de gracia que prevaleció durante el régimen de Franco [...]. La limitación se expresó en la prohibición de los llamado indultos *generales* que tan singularmente habían caracterizado en la víspera el arte de gobernar”.

⁴¹⁸ Así lo consideran GARCÍA MAHAMUT, “Seis reflexiones sobre el indulto...”, p. 611, que reproduciendo lo expresado en su obra *El indulto...*, que a su vez sigue el pronunciamiento de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, *Derecho Penal...*, pp. 1 y ss. La mayoría de la doctrina es partidaria a entender que el indulto es una figura contraria a la separación de poderes que rige en el ordenamiento jurídico español. Asimismo se critica esta institución por cuanto vulnera la necesidad general de motivación de las resoluciones acordadas por la autoridad toda vez que no se exige motivación de la resolución en que se acuerda, siendo más bien u acto discrecional y arbitrario. Sobre estas cuestiones tendré ocasión de profundizar al estudiar la normativa vigente en materia de indulto.

⁴¹⁹ En igual sentido se pronuncian las SSTS de 16 de febrero de 2005; de 28 de abril de 2009; de 5 de mayo de 2009; 7 de mayo de 2010; 14 de mayo de 2010; 24 de septiembre de 2010; 2 de mayo de 2011; 25 de enero de 2012 o 23 de enero de 2013.

⁴²⁰ Creo necesario destacar que a pesar de esta jurisprudencia que se ha señalado, el control jurisdiccional contencioso-administrativo de los indultos que realiza el Tribunal Supremo es más bien reducido atendiendo a que no es una materia contra la que se suelen presentar recursos contencioso-administrativos. Mayoritariamente, por otro lado, conviene resaltar que la práctica totalidad de los recursos resueltos versan sobre denegaciones de indultos prácticamente todas ellos resultan desestimados.

b') Regulación del indulto en el ordenamiento jurídico español.

Para poder concretar cómo se actúa en caso de suspensión de la pena ante la petición de un indulto hay que valorar previamente la normativa que propiamente regula la figura del indulto. Aunque resulte llamativo sigue siendo una Ley del siglo XIX la que regula esta materia que no es otra que la Ley provisional de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, con las modificaciones dadas por la Ley 1/1988, de 14 de enero⁴²¹. La propia Exposición de Motivos de esta Ley señala que:

“En el artículo 73 de la Constitución del Estado [se refería a la Constitución de 1869 vigente en ese momento por lo que hoy día, esta alusión, se ha de entender hecha al artículo 62.i) de la Constitución de 1978] se otorga al Rey la facultad de conceder indultos particulares con sujeción a las leyes. Es, por consiguiente, manifiesto que debe haber una ley con arreglo a cuyas disposiciones la Corona ha de ejercer tan preciosa prerrogativa. He aquí por qué el Ministro de Gracia y Justicia tiene el honor de someter a la aprobación de las Cortes Constituyentes el adjunto

Como excepciones a esa denegación podríamos citar las STS, Sala 3ª de lo contencioso-administrativo, de 12 de diciembre de 2007; de 20 de febrero de 2013 así como la sentencia 847/2014, de 17 de marzo.

⁴²¹ Sin duda, entre las modificaciones más relevantes, está la relativa al cambio del requisito relativo a la concesión del indulto mediante “Decreto motivado y acordado en consejo de ministros”, que figuraba en el texto de 1870, por un simple “Real Decreto”, sin especificar nada más. Ello fue el causante, inevitablemente, de esa crítica a la falta de necesidad de motivación del indulto concedido, que no encuentra sustento o apoyo en ninguna causa más allá del mero arbitrio en su atribución. Como bien señala ABEL SOUTO, “El indulto: una propuesta...”, p. 4, “[...] la doctrina sigue considerando que el consejo de ministros debe valorar los motivos alegados «con discrecionalidad, pero sin arbitrariedad, y, en todo caso, habrá de motivar o fundamentar la concesión», porque el artículo 9 de la Constitución proscribía la arbitrariedad y «los indultos que sin explicación se apartan de la opinión del tribunal sentenciador tienen la apariencia de actos arbitrarios», de manera que la excepción a la potestad de ejecutar lo juzgado que el indulto implica “exige que el gobierno siga el informe del tribunal sentenciador y, si no lo hiciera, deberá justificar por qué se aparta de su criterio”. En igual sentido se pronuncian otros autores como: ESPINA RAMOS, “Indulto parcial y suspensión judicial...”, p. 2, cuando apunta que “La valoración de la actuación del Gobierno en esta materia se ve muy dificultada por el hecho de que, de modo incomprensible, los Decretos de concesión de indulto no están sujetos a motivación alguna, consagrándose así un auténtico ámbito, no ya de discrecionalidad sino de cuasi arbitrariedad”; o MAGRO SERVET, “Particularidades de la medida de gracia...”, p. 4, al disponer “Una de las cuestiones que con mayor frecuencia llega a los Tribunales de lo contencioso en cuanto a las decisiones del Gobierno en orden a la concesión o denegación de indultos es la carencia de motivación, tanto a la hora de conceder o denegar, pero no debemos olvidar que se trata, como su nombre indica, de una concesión «graciosa» gubernamental, que no exige de motivación alguna, sino tan solo del cumplimiento de los requisitos legales en su tramitación”. Otros en cambio son más críticos con esa valoración; así GARCÍA SAN MARTÍN, “La resolución en el procedimiento...”, p. 56, indica que “A mi juicio entiendo del todo inoportuno traducir la supresión del término “motivado”, por la Ley 1/1988, de 14 de enero, como la habilitación al Consejo de Ministros para poder desvincularse de la necesidad de explicar las razones que fundamentaron la concesión o denegación de la gracia, exonerando en consecuencia al Gobierno de “motivar” los Reales Decretos de concesión (o denegación) de la gracia”. A pesar de las discusiones doctrinales la jurisprudencia es clara cuando la STS, Sala 3ª, de 20 de febrero de 2013, declaró que “no resulta de aplicación al caso requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la Ley 30/1992 y entre ellos, y fundamentalmente, el de la motivación, que no es exigible en las decisiones que sobre el derecho de gracia se adoptan por el Gobierno”.

Proyecto”.

Se trató por tanto esta Ley de un desarrollo de una facultad que ya se contenía en la Constitución española de 1869. Dejando a un lado su trayectoria histórica que no es objeto de estudio en este trabajo, dicha Ley sigue estando en vigor en desarrollo del actual artículo 62. i) de la Constitución española de 1978, si bien se han ido modulando sus consecuencias. Este artículo 62. i), de la Constitución, ubicado dentro del Título II rubricado “De la Corona”, dispone que:

Art. 62.i). “Corresponde al Rey: ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales”.

No pocas han sido las críticas a la posibilidad de que el Rey siga ostentado esta potestad. Aun cuando la misma se ha visto limitada ya que como el propio precepto dispone “no podrá autorizar indultos generales”⁴²², supone que el Rey sigue teniendo una autoridad que, por propio derecho, a mi juicio, le corresponde a los jueces y tribunales y solo a los jueces y tribunales. No se debe perder de vista en ningún momento que el indulto sigue permitiendo que la sentencia de condena firme impuesta por un juez competente (que es quien tiene constitucionalmente atribuida la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) en la práctica, en fase de ejecución, quede vaciada de contenido pues no se ejecutará si existe un indulto otorgado por el Gobierno del Estado⁴²³. Ello supone, a mi entender, que el indulto sea antidemocrático por los siguientes motivos: en primer lugar porque atenta contra los principios de legalidad⁴²⁴ y

⁴²² Es necesario precisar que la no inclusión en este apartado de la amnistía no significa su inconstitucionalidad. Como precisa GARCÍA MAHAMUT, “Seis reflexiones sobre el indulto...”, p. 613, “Simplemente cabe afirmar que la amnistía no es una manifestación de la prerrogativa de gracia constitucional cuyo ejercicio corresponda al Jefe del Estado”. Otros en cambio como MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte general*, p. 158, entiende que la amnistía ha quedado tácitamente prohibida por la Constitución, mientras que COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, p. 671, consideran a la amnistía “constitucionalmente sospechosa”. Bajo mi punto de vista, si bien hubiera sido una buena ocasión para regular ambas instituciones, el legislador optó por dar solo rango constitucional al indulto, entendiendo que la ausencia de la amnistía, intencionada, no implica, necesariamente, su inconstitucionalidad, lo cierto es que no tiene aplicación práctica en la realidad jurídico-penal española. De hecho, para ROLDÁN BARBERO, “Indulto e individualización de la pena”, p. 502, “[...] debe ser autorizada, según el sentir dominante, por el Parlamento”.

⁴²³ A esta misma consideración llegan, entre otros, CUELLO CONTRERAS y MAPELLI CAFFARENA, *Curso de Derecho penal...*, p. 381.

⁴²⁴ Profundizando sobre esta cuestión, GONZÁLEZ CUSSAC y ORTS BERENGUER, *Compendio de Derecho penal...*, p. 375. En igual sentido GARCÍA MAHAMUT, “Seis reflexiones sobre el indulto...”, p. 613, entiende que “El principio de legalidad penal solo podrá exceptuarse para la consecución de fines superiores del ordenamiento que se establezcan en las leyes y, en ningún caso, ello admitiría un ejercicio discrecional por el poder ejecutivo”.

de división de poderes⁴²⁵ que presiden o deben presidir toda democracia, suponiendo una inmisión del Poder ejecutivo en el Poder judicial, usurpando el primero las funciones propias del segundo, que son las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de conformidad con el artículo 117.3 de la Constitución⁴²⁶. Consecuentemente, considero

⁴²⁵ Así lo considera igualmente MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, p. 770, quien sostiene que “es necesario que la potestad de indultar resida en el representante del pueblo, el parlamento, que la ejercería mediante ley orgánica, la cual sería susceptible de recurso de inconstitucionalidad”; ello sin duda permitiría “posibilitar algún tipo de control jurisdiccional”, como así lo considera ABEL SOUTO, “El indulto: una propuesta...”, p. 3. En este caso, como sigue señalando ABEL SOUTO “De otro lado, en coherencia con esta modificación, debería eliminarse la referencia al gobierno, que ahora contiene el artículo 4.3 del Texto punitivo, en la tramitación del indulto”. Entiendo que lo deseable sería la existencia de dicho control jurisdiccional ya que no ha de olvidarse que de lo que se está tratando, en definitiva, es del derecho a la libertad de un individuo. No debe olvidarse que sí que existe un control jurisdiccional pero dicho control lo es solo referido a aspectos formales y no de fondo. Como señala MAGRO SERVET, “Particularidades de la medida de gracia...”, p. 3, “existe una línea jurisprudencial reiterada [...] en Sentencias del TS de 27 de mayo de 2003, 16 de febrero de 2005 y 11 de enero de 2006, conforme a la cual el ejercicio del derecho de gracia de indulto aparece regulado en la Ley de 18 de junio de 1.870, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero que lo configura como un acto controlable en vía jurisdiccional. No obstante, como recuerda el Tribunal Supremo por medio de la Sentencia de su Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 5 de mayo de 2009, este control judicial es exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere, puesto que, como también ha afirmado el TS en Sentencia de 21 de mayo de 2001, el control que se puede hacer por el propio Tribunal sentenciador, y luego en la jurisdicción contencioso administrativa, se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración; concretamente a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que, por otro lado, no resultan vinculantes. Y ello puesto que el control jurisdiccional que corresponde al Juez es el de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto regulado en los arts. 19 a 32 de la Ley de Indulto”.

⁴²⁶ Tuvo una especial sensibilidad mediática en España el indulto concedido por el Gobierno a unos *mossos d'esquadra* a quienes la Audiencia Provincial de Barcelona había condenado en el año 2008 (a seis años y siete meses de prisión a tres de los agentes, a otro agente a dos años y tres meses y al quinto a seis meses de prisión), por delitos de torturas, lesiones graves, detención ilegal, inviolabilidad de domicilio, contra la integridad moral y maltrato. Previo recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo, éste rebajo en 2009 la pena inicialmente impuesta por la Audiencia Provincial de Barcelona (en un año y diez meses la condena a los tres principales acusados) y posteriormente el Gobierno concedió a cuatro de estos *mossos* un indulto parcial que redujo la pena (a dos años de cárcel) lo que abrió la puerta a que los agentes se librasen de entrar en prisión. Sin embargo, la Audiencia de Barcelona rechazó la suspensión de la pena de prisión que solicitaba la defensa de los *mossos*, una figura de la que, de acuerdo con el Código penal, podían beneficiarse. Pero en todo caso, como se viene reiterando, no opera de forma automática sino que tiene carácter facultativo para los jueces. Por ello, los condenados solicitaron entonces un nuevo indulto que les permitiera eludir su ingreso en prisión, ante la negativa de la Audiencia Provincial de Barcelona de conceder la suspensión de la pena y, dicho indulto (el segundo), fue concedido nuevamente por el Gobierno. Este proceder del Gobierno provocó que más de doscientos jueces y magistrados escribieran un escrito manifestando su desacuerdo por lo que consideraban un “ejercicio abusivo” por parte el Gobierno de la facultad de indulto tras este “doble perdón de penas”, considerando que este modo de actuar “Es un ejercicio abusivo por el Poder ejecutivo de la facultad de indulto alejada de las funciones de esta institución, que supone una afrenta al Poder judicial”. Añadían que “esa doble reducción de penas “parece incentivar comportamientos que deben ser expulsados de cualquier cuerpo policial” y, además, “no existe motivo razonable alguno para un doble indulto como el que el Gobierno ha concedido. Al instrumentalizar el indulto para la consecución de fines ajenos a los que lo justifican, el Gobierno dinamita la división de poderes y usurpa el papel del Poder judicial, trasladando a la judicatura un mensaje inequívoco de desprecio al situarla en una posición subordinada en el orden constitucional”. La conclusión final a este proceder es que estos indultos concedidos de forma arbitraria debilitan la confianza de los ciudadanos en el Estado democrático de Derecho. Valorando de forma contundente los indultos otorgados en este caso concreto PERANDONES ALARCÓN, “El indulto y la interdicción de la arbitrariedad...”, p. 11, afirma que “El indulto que se ha concedido [...] es un indulto inconstitucional”.

que la propuesta idónea sería la de reformar la figura del indulto atribuyendo su competencia a las Cortes Generales que lo regularían mediante Ley Orgánica quedando siempre sometida al control judicial del Tribunal Constitucional de conformidad con el artículo 161.1.a) de la Constitución⁴²⁷.

En segundo lugar se constata la arbitrariedad de los poderes públicos, puesto que en la práctica no hay obligación de consensuar ni motivar el acto por el que se otorga el indulto⁴²⁸, lo cual carece de todo precedente en el resto de resoluciones, especialmente las judiciales que son las que preceden al pronunciamiento sobre el indulto, que exigen especial motivación, al afectar al derecho fundamental a la libertad personal del individuo. Sin embargo, no es menos cierto que el sentir de la doctrina es tendente a seguir considerando que el Consejo de Ministros “debe valorar los motivos alegados con discrecionalidad, pero sin arbitrariedad, y, en todo caso, habrá de motivar o fundamentar la concesión”⁴²⁹.

Y, en tercer lugar, porque entiendo que vulnera los principios jurídico-sociales de igualdad y equidad jurídica en virtud de la arbitrariedad que entraña la regulación actual del indulto. Por ello existieron y existen voces críticas en nuestro sistema que acusan al Poder ejecutivo de dar privilegios a determinadas personas sin tener que fundamentar el motivo o causa de este derecho de gracia.

Además los artículos 87.3 y 102.3 de la Constitución relativos respectivamente a la sustracción de la iniciativa legislativa popular en esta materia y en lo concerniente a evitar su aplicación a los miembros del Gobierno cuando incurran en responsabilidad

⁴²⁷ El mayor problema en esta hipotética reforma es que el artículo 62. i) de la Constitución forma parte del Título II de la Constitución y, por lo tanto, requeriría la tramitación del denominado «procedimiento agravado» de reforma del artículo 168 de la propia Constitución, siendo ésta una vía que, a día de hoy, nunca se ha utilizado.

⁴²⁸ Sobre esta cuestión se pronuncia MAGRO SERVET, “Particularidades sobre la medida de gracia...”, p. 4, “[...] Así, la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, del Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de diciembre de 2007 [...] concreta que no resultan aplicables al caso los requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la Ley 30/1992, y entre ellos y fundamentalmente el de la motivación, no exigible en las decisiones que sobre el ejercicio del derecho de gracia se adopten por el Gobierno, lo que excluye ya como motivo determinante de la pretendida nulidad de los Reales Decretos de indulto impugnados el motivo tercero que se fundamenta precisamente en la ausencia de motivación de los indultos” Esta crítica tiene su relación directa con la modificación introducida por la Ley 1/1988, de 14 de enero que como he señalado deroga la necesidad de que la concesión del insulto sea acordado mediante “Decreto motivado y acordado en consejo de ministros”, pasando a necesitarse un simple “Real Decreto”, sin alusión alguna a la necesidad de motivación de la resolución adoptada.

⁴²⁹ A esta misma conclusión llega, entre otros, LLORCA ORTEGA, *La Ley del indulto...*, p. 112.

criminal también regulan aspectos del indulto⁴³⁰.

Junto con la Constitución y la Ley de 1870 a la que se ha aludido, los artículos 4.3, 4.4 y 130.1.4º así como la Disposición transitoria sexta del actual Código penal de 1995 regulan esta materia sobre el indulto. El primero de ellos, el artículo 4.3 del Código dispone que

Art. 4.3. “Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”.

En este supuesto la posible concesión del indulto se inicia de oficio por el juez o tribunal que considera que una acción u omisión va a ser penada cuando entiende que la misma no tiene entidad suficiente para un reproche penal. Propiamente no se trata de un supuesto de suspensión de la pena por petición de indulto (que es la contemplada en el artículo 4.4 del Código), sino que la actuación de juez es la que propone o bien la derogación o modificación del precepto lo cual evitaría la sanción o bien el indulto si lo anterior no es posible.

Junto a ello, el artículo 4.4 del Código es el que contiene la regulación esencial del indulto relacionado con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad que es lo que analizaré en el apartado siguiente. Por su parte el artículo 130.1.4º del Código dispone que:

Art. 130.1.4º. “La responsabilidad criminal se extingue: por el indulto”.

⁴³⁰ No me detendré en su análisis porque excede del objeto de estudio de la presente tesis. Únicamente dejar nota de estos preceptos de la Constitución:

Art. 87.3. “Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia”.

Art. 102.3. “La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo”.

Se configura en este artículo al indulto como una causa de extinción de la responsabilidad penal. Como decía con el indulto se deja de cumplir la pena aunque formalmente la misma sigue existiendo. Tampoco es esta la cuestión que me interesa por lo que no profundizaré sobre ello.

Por último la Disposición transitoria sexta, párrafo segundo, del Código cuando señala que:

D.T. 6ª pfo. 2º. “En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto al nuevo Código”.

Junto a estas normas generales de aplicación penal existen otras que también tratan la figura del indulto pero que no serán desarrolladas puesto que tal y como se ha señalado no es objeto de este estudio⁴³¹.

No obstante, antes de entrar a analizar la suspensión de la pena ante la petición de indulto, creo conveniente recordar los límites que existen a la concesión del indulto, los cuales se extraen de la aplicación conjunta de las normas que lo regulan. En primer lugar cabe señalar que los no condenados, aunque estén siendo procesados, a la espera

⁴³¹ Entre estas normativas cabría destacar de modo específico la Ley de Enjuiciamiento Criminal al tratar los denominados artículos de previo pronunciamiento al señalar en el artículo 666.4ª de la LECRIM que “Serán tan sólo objeto de artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes: La de amnistía o indulto”. Como consecuencia de esta regulación el artículo 675 de la LECRIM dice que “cuando se declare haber lugar a cualquiera de las excepciones comprendidas en los números 2º, 3º y 4º del artículo 666, se sobreeserá libremente, mandando que se ponga en libertad al procesado o procesados que no estén presos por otra causa”; mientras que el artículo 676 párrafo segundo señala que “contra el auto resolutorio de la declinatoria y contra el que admita las excepciones 2º, 3º y 4º del artículo 666, procede el recurso de apelación. Contra el que las desestime, no se da recurso alguno salvo el que proceda contra la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 678”. Por último el artículo 902 de la LECRIM añade que “cuando la Sala crea indicado proponer el indulto, lo razonará debidamente en la sentencia. Junto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal merece también especial atención el artículo 206 del Reglamento penitenciario que regula el indulto al disponer que “1. La Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias: a) Buena conducta; b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad; y c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social. 2. La tramitación del indulto a que se refiere el párrafo anterior se regulará por lo dispuesto en la vigente legislación sobre el ejercicio del derecho de gracia y en las disposiciones que la complementen o modifiquen”. De modo más general tratan esta figura el artículo 18.3 de la LOPJ; la Orden de 10 de septiembre de 1993 del Ministerio de Justicia, por la que se dan instrucciones sobre la tramitación de solicitudes de indulto; el artículo 6 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materias de Justicia e Interior o la Disposición adicional vigésimo novena, norma segunda, de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

de sentencia o firmeza de ésta, no pueden ser indultados, lo que conlleva, necesariamente, que indulto solo se puede conceder a los condenados penalmente por sentencia firme. Este límite más bien podría considerarse como un elemento consustancial a la propia naturaleza del indulto ya que no opera hasta que no existe sentencia penal firme y se han agotado el resto de las vías, tales como la suspensión ordinaria⁴³². En segundo lugar es necesario precisar que las personas que no se encuentren a disposición del tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena tampoco pueden verse beneficiados de esta figura. El indulto tiene sentido solo frente a personas que están localizadas y a disposición del tribunal competente⁴³³. En tercer lugar no pueden ser indultados los reincidentes, aún por distintos delitos, por sentencia firme, exceptuándose los casos en que según la opinión del tribunal sentenciador se den motivos de justicia, equidad o conveniencia pública. Este límite ha sido igualmente objeto de no pocas interpretaciones, toda vez que los conceptos que usa son vagos e imprecisos generando sensación de arbitrariedad⁴³⁴. Además es necesario precisar que el indulto no comprende el perdón de la responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal del caso concreto y que tampoco se extiende a las costas procesales. Por último merecen especial mención los artículos 11 y 15 de la Ley de indulto de 1870 que disponen lo siguiente:

Art. 11. “El indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública⁴³⁵, a juicio del Tribunal sentenciador”.

⁴³² Este presupuesto viene exigido por los artículos 1 y 21.2 de la Ley de 18 de junio de 1870. Bajo mi punto de vista este presupuesto no solo se ha de dar para conceder el indulto sino que es un presupuesto *sine qua non* que ha de concurrir en el mismo momento en el que se tramita la solicitud de indulto. Así lo considera CÓRDOBA RODA y TORNOS MAS, “El indulto y su control jurisdiccional”, p. 43, cuando dispone que “El art. 1 establece que «los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados, con arreglo a las disposiciones de esta ley, de toda o parte de la pena en que aquellos hubiesen incurrido». En relación a dicho precepto importa destacar la exigencia de que el indulto se confiera *con arreglo a las disposiciones de esta ley*. Esta exigencia de legalidad concuerda con la proclamada por el artículo 62 de la Constitución Española, que ordena que el ejercicio del derecho de gracia se efectúe *con arreglo a la ley*”.

⁴³³ Al respecto dispone LLORCA ORTEGA, *La Ley del indulto...*, p. 24, que se prohíbe este derecho “[...] a quienes no estén a disposición del órgano judicial o estuvieren fugado del Centro Penitenciario de cumplimiento y se hallaren en ignorado paradero y ello conforme al principio de *no debe ser oído en gracia quien no ha querido serlo en justicia*”.

⁴³⁴ Nuevamente a este respecto LLORCA ORTEGA, *La Ley del indulto...*, pp. 25 y 26 se plantea si “cuando la Ley de 1870 habla de reincidentes ¿se refiere al concepto de reincidentes regulado en el artículo 22-8ª del Código Penal actual?”.

⁴³⁵ A este respecto CÓRDOBA RODA y TORNOS MAS, “El indulto y su control jurisdiccional”, p. 44, señala que “[...] los términos de «razones de justicia, equidad o utilidad pública» se corresponden

Art. 15. “Serán condiciones tácitas de todo indulto:

1ª Que no causen perjuicio a tercera persona o no lastime sus derechos.

2ª Que haya sido oída la parte ofendida, cuando el delito por el que hubiese sido condenado el reo fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte”.

c’) Supuestos de suspensión de la ejecución de las penas *ex* artículo 4.4 del Código penal.

Como adelantaba, el artículo 4.4 del Código penal, ubicado en el Título Preliminar, regula la posibilidad de que, pendiente una solicitud de indulto, el juez acuerde la suspensión de la pena en dos casos concretos: a) cuando del cumplimiento de la pena pudiera resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y b) cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria.

Es frecuente, como señala la doctrina que la figura del indulto se utilice como un recurso más, una vía más a barajar por el reo antes de cumplir condena y con el fin último de evitarla⁴³⁶. Es decir, lo que en teoría se ha regulado con la intención de ser un último recurso en casos concretos se convierte en la práctica en un recurso más a utilizar por el reo y su letrado con el fin de no cumplir la pena impuesta en sentencia firme⁴³⁷.

No obstante conviene adelantar que el propio artículo 4.4 parece contradecir el

obviamente a unos elementos valorativos expresados en la Ley, pues para determinar su significado es preciso efectuar un juicio de valor, de naturaleza no normativa, por razón de que la justicia, equidad y la utilidad pública no son nociones expresadas o formalizadas en ningún texto legal”.

⁴³⁶ Por todos, MUÑOZ CUESTA, “La petición de indulto...”, p. 1, al disponer que “[...] cuando ya se han agotado las instancias judiciales en el ámbito del proceso penal, no cabe ya recurso de apelación o en su caso de casación, o estos han sido resueltos de tal manera que no es posible la suspensión de condena para el penado, de forma simultánea en algunos casos con el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, se solicita al Gobierno de la nación el indulto total o parcial de la pena impuesta al reo [...]. Esta situación se viene repitiendo constantemente hasta el punto que se está abusando del derecho de gracia, utilizándose casi de forma rutinaria ante el inminente ingreso en prisión del condenado, al que no le cabe otra opción para evitarla que instar el indulto”.

⁴³⁷ Como señala MAGRO SERVET, “La petición de suspensión...”, p. 1, siguiendo a SEQUEROS SAZATORNIL, “su contrastada utilización en nuestro país [...] aunque muy inferior todavía a la de otros de nuestro entorno, como Italia, puede llegar a ser preocupante, al poder desnaturalizarse su funcionalidad, convirtiéndose en otra instancia más del proceso, sometida a la determinación final de una autoridad extraña al ámbito jurisdiccional, con una amplitud desmedida de criterio y sin ninguna garantía formal reconocida al solicitante para recurrir”.

artículo 32 de la Ley de indulto de 1870 el cual dispone que:

Art. 32. “La solicitud o propuesta de indulto no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, salvo el caso en que la pena impuesta fuese la de muerte, la cual no se ejecutará hasta que el Gobierno haya acusado el recibo de la solicitud o propuesta al Tribunal sentenciador”.

La alusión a la pena de muerte ha de entenderse totalmente desterrada al no existir ese tipo de pena en el actual Código penal, pero ¿debe entenderse que prevalece ese supuesto relativo a que “la solicitud o propuesta de indulto no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria”? ¿O se puede entender que esa referencia a la pena de muerte hoy día se sustituye por las penas privativas de libertad? Es necesario precisar que la Ley de 1870 no tenía el carácter de Ley Orgánica (ni siquiera existían ese tipo de Leyes que nacen con la Constitución de 1978) como sucede con el Código penal actual por lo que en todo caso habrá de atenerse al contenido de la Ley penal de 1995. Actualmente puede afirmarse que la tramitación de la petición de indulto no supone la inmediata suspensión de la ejecución de la sentencia sino que la decisión le corresponde al juez o tribunal competente⁴³⁸.

En todo caso, en los dos supuestos contemplados, la petición de indulto no conlleva un directo derecho a la suspensión de la ejecución de la pena⁴³⁹. Tal y como dispone el artículo 18.2 de la LOPJ “las sentencias judiciales se ejecutarán en sus propios términos” lo cual implica un mandamiento al juez o tribunal competente para que ejecute la sentencia impuesta. Ante esta tesitura lo primero que ha de valorar el juez es si se cumplen o no los requisitos para acordar la suspensión de la pena y solo cuando

⁴³⁸ No se desconoce como bien apunta QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal...*, p. 25 y ss., que “con anterioridad a la introducción en el Código Penal del apartado 4º se había suscitado el problema de la posible esterilidad de la gracia de indulto si, habida cuenta la tardanza en resolver esta, su concesión podría ser irrelevante si el sufrimiento de la pena podría ser irreversible” Aun así, antes de la introducción de la opción de suspensión prevista en el actual artículo 4.4 del Código se venía aplicando la misma, lo que derivó, incluso, en la Consulta 1/1994, de 19 de julio, ante la Fiscalía General del Estado.

⁴³⁹ Sobre esta cuestión profundiza MAGRO SERVET, “Particularidades de la medida de gracia...”, p. 5. En igual sentido MUÑOZ CUESTA, “La petición de indulto...”, p. 1, indica que “[...] la petición de indulto en caso alguno puede motivar automáticamente la suspensión de la ejecución de la pena hasta que la gracia instada sea resuelta, como así lo expresa el art. 32 de la Ley de Indulto, pero es práctica habitual, en atención al art. 4.4 CP, que ante la solicitud que hace el penado y haciendo el Tribunal sentenciador un pronóstico sobre la viabilidad o no de la petición, conceda la suspensión de la ejecución para no hacer en su caso ilusorio el otorgamiento de la gracia instada, siempre valorando todos los elementos de justicia, concurrentes y que pudiera tener en cuenta el Gobierno en el momento de resolver la solicitud, por tanto la segunda conclusión a la que debemos llegar es que una petición razonada, construida bajo el principio de equidad, debe llevar al Tribunal sentenciador a conceder la suspensión de la pena hasta la resolución del indulto”.

la respuesta sea negativa, dará el oportuno impulso procesal a la ejecutoria penal. Es en este caso cuando puede darse la petición de indulto de conformidad con el artículo 18.3 de la LOPJ que, en consonancia con lo anterior, fija que “Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de gracia, cuyo ejercicio, de acuerdo con la constitución y las Leyes, corresponde al Rey”. Se reconoce, expresamente, la posibilidad de impedir el cumplimiento efectivo de la pena por la petición o solicitud de indulto.

Pero en todo caso, los dos supuestos de suspensión de la pena ante la solicitud o petición de indulto tienen un elemento común y es que la resolución del juez que acuerde la suspensión por este hecho ha de ser motivada. Así lo viene exigiendo el Tribunal Constitucional desde la STC 57/2007, de 12 de marzo⁴⁴⁰.

Además cabe señalar que en caso de denegación de la petición de suspensión cabe recurso de reforma o súplica, pese a que algún sector doctrinal considera que no cabe recurso. Sin embargo, esta cuestión ha sido resuelta por la STC 20/2006, de 30 de enero 2006, que se postula a favor de la admisión del recurso ante el mismo órgano que resolvió sobre la petición de suspensión de la ejecución.

Sentado lo anterior paso a analizar estos dos supuestos por separado.

⁴⁴⁰ Así esta STC 57/2007, de 12 de marzo, reconoce el amparo solicitado al no haberse razonado en el auto que denegaba la suspensión de la ejecución los motivos por los que no se accedía a esperar a la resolución de la petición de indulto. Apunta el Tribunal Constitucional que “podría ser un argumento en contra de la suspensión de la ejecución la gravedad de los hechos enjuiciados que han acabado en una sentencia condenatoria con pena privativa de libertad, a fin de que se cumpla la finalidad de asegurar el cumplimiento de la pena y la de prevenir general o especialmente delitos, y la propia de promover la resocialización de los penados, y de evitar su desocialización”. Continúa diciendo que “si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo, afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo [remitiéndose a otras SSTC 25/2000, de 31 de enero; 8/2001, de 15 de enero; 2/2002, de 14 de enero o 110/2003, de 16 de junio]”. A modo de ejemplo de motivación en caso de solicitud de indulto se puede señalar el Auto de 1 de febrero de 2001 de la Audiencia Provincial de Cáceres cuando dispone que “Relativo al indulto, nuestro argumento para no acoger el argumento que se da es el siguiente. Cuando se acude a lo que un sistema jurídico ofrece se han de acatar sus normas y sus reglas de juego. Entre ellas está el tiempo, esa magnitud trascendental en la vida del ser humano. Si el indulto tiene tal o cual tiempo de tramitación no es algo que condicione ni impida la ejecución de la pena, máxime si tenemos en cuenta las circunstancias concurrentes en este caso, puestas de relieve en las sentencias dictadas, y recordadas en las resoluciones judiciales cuestionadas. En otras palabras: no es una rémora para esta ejecución el que el indulto solicitado pueda tardar más o menos. Lo que sí trascendería en lo que nos ocupa sería la esencia de la infracción, sus circunstancias, la actitud de los condenados, su hacer tras la Sentencia, su postura en relación con las consecuencias habidas, y esto, ya se ha dicho, no lo consideramos relevante ni de recibo, ni de entidad suficiente para suspender la ejecución de la sentencia en su aspecto de que la recurrente sea puesta en libertad”.

- a'') Suspensión de la pena por petición de indulto cuando del cumplimiento misma pudiera resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Dispone el artículo 4.4 párrafo primero del Código penal que:

Art. 4.4. pfo. 1º. “Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena pudiera resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición de indulto formulada”.

El presupuesto para conceder la suspensión de la pena, tal y como recoge el precepto, es que exista una petición de indulto y que el juez entienda que si se cumple la pena se podría vulnerar el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas⁴⁴¹. En este caso suspenderá mediante resolución motivada el cumplimiento de la misma en tanto no se resuelva la petición de indulto. La hipótesis parece clara. La cuestión será delimitar que se ha de entender por “dilaciones indebidas”. El artículo 24.1 párrafo primero de la Constitución española recoge este derecho como un derecho fundamental cuando dispone que:

Art. 24.2 pfo 1º. “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, *«a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías»*, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

⁴⁴¹ Recordar que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas aparece reconocido en el artículo 24 de la Constitución española así como en Tratados Internacionales suscritos por España (artículo 6.1º del Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el artículo 14.3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966), normas vigentes en el ordenamiento interno a través de los artículos 96 y 10 de la Constitución. Más recientemente en el ámbito internacional dicho derecho se recoge en el artículo 67.1 c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional hecho en Roma el 17 de julio de 1998 y el artículo 47, párrafo 2º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. El objeto del derecho al plazo razonable en materia penal se encuentra en que los acusados no permanezcan durante un tiempo muy largo bajo la implicación de una acusación y que se decida sobre su fundamento. Precisamente y con el fin de establecer unos plazos en la tramitación de la instrucción penal la L.O. 1/2015 de reforma de la LECRIM fija el plazo de seis meses en la duración de la instrucción. Se basa esta reforma en la lentitud con la que se tramitaban y se sustituye así el exiguo e inoperante plazo de un mes del artículo 324 de la LECRIM por plazos máximos cuyo transcurso sí provoca consecuencias procesales. Ahora bien, se deben diferenciar los tipos de procedimientos, ya que se distinguen los asuntos sencillos de los complejos, correspondiendo su calificación inicial al órgano instructor.

Como derecho fundamental que es, se recurre frecuentemente a él para interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo existiendo reiterada jurisprudencia que ha tratado del tema. Si bien el Tribunal Supremo no llega a ser categórico en sus resoluciones considerando que es un «concepto jurídico indeterminado» (SSTS de 28 de enero de 2005; 11 de septiembre de 2007 o 25 de mayo de 2011). A esta misma conclusión (indeterminada) llega el propio TEDH (STEDH de 20 de diciembre de 2011 -caso *Minshall* contra el Reino Unido- refiere que “El Tribunal reitera que el carácter razonable de la duración del proceso debe examinarse a la luz de las circunstancias particulares del caso y teniendo en cuentas los siguientes criterios: la complejidad del asunto, el comportamiento de los demandantes y autoridades pertinentes y lo que está en juego para los demandantes en el proceso (véase, entre otra mucha jurisprudencia al respecto, caso *Pelissier y Sassi* contra Francia, Gran Sala, 25444/1994 y caso *Çaplik* contra Turquía, 57019/2000). Del mismo modo la STC 223/1988, de 24 de noviembre, venía a definir el concepto indicando que “la frase sin dilaciones indebidas empleada por el art. 24.2 de la Constitución expresa un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico e identificar como tales, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquel arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades”.

Esta indeterminación es precisamente la que genera inseguridad jurídica pues habrá que ver caso por caso si se ha producido esa dilación indebida ya que, de ser así, el artículo 4.4 tiene un carácter imperativo cuando dice “suspenderá” que debiera tener una aplicación automática. Ante la imprecisión del Código y la Constitución y a pesar de que la jurisprudencia no lo defina sí que se han ido fijando criterios a tomar en consideración a la hora de determinar la concurrencia o no de dicha circunstancia de dilaciones indebidas. Así la STS de 4 de octubre de 2011 manifiesta “En interpretación de los preceptos antedichos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala han venido afirmando tal derecho constitucional y su contenido esencial, STC 43/1985 y 133/1988, como el «derecho a un proceso que se desenvuelva en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción». Ya desde las Sentencias de esta Sala II, de 20 de septiembre

de 1993 y 26 de junio de 1992 , entre otras, se expresó que: «El Tribunal que juzga más allá de un plazo razonable, cualquiera que sea la causa de la demora, incluso por carencias estructurales que surgen con el aumento del número de causas, está juzgando a un hombre -el acusado- distinto en su circunstancia personal, familiar y social y la pena ya o no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y de rehabilitación o reinserción social del culpable que son los fines que la justifican». En la más reciente jurisprudencia se han establecido criterios para determinar si se han producido o no dilaciones indebidas, tales como la naturaleza y circunstancias del litigio (singularmente su complejidad); los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; la conducta procesal correcta del demandante a quien no se le pueda imputar el retraso; el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes; la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles. Así la STS 291/2003, de 3 de marzo, señalaba que “Esta Sala de casación tiene ya establecido desde 1999, que es posible evaluar por los Tribunales la existencia de dilaciones indebidas y valorar sus efectos con carácter atenuante, por la vía de las analogías a que se refiere el número 6 del artículo 21 del Código Penal. Es lo que procede en este caso en el que, teniendo en cuenta la duración dilatada del periodo de las dilaciones, procede acogerlas con el carácter de atenuante muy cualificada”. De igual modo se pronuncian las SSTS de 11 de abril de 2003 y de 11 de septiembre de 2007. Igualmente la STS de 14 de mayo de 2012 pone de manifiesto que “En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso *González Doria Durán de Quiroga* y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso *López Solé y Martín de Vargas*)”.

No va a negarse que pueden encontrarse resoluciones en contra de esta tesis, partiendo desde la STC 224/1991, de 25 de noviembre, que desestima considerar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas “porque durante el transcurso del procedimiento de apelación, en ningún momento los recurrentes denunciaron o se preocuparon por el retraso, aún más en las actuaciones consta la comparecencia de personación de la recurrente a finales de 1988 en la que no se denuncia ese retraso, ni se invoca el derecho fundamental, ni tampoco, entonces ni ahora, se exponen los perjuicios ocasionados por este retraso”. Siguiendo esta teoría puede citarse la STS de 19 de junio de 2002. Incluso la jurisprudencia menor al tratar

las dilaciones indebidas como circunstancia atenuante del artículo 21.6 del Código así lo han expuesto, entre otras las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 30 de septiembre de 2010 o de la Audiencia Provincial de Huelva, de 8 de febrero de 2010.

Como advierte LLORCA ORTEGA, “Ordinariamente, la denuncia de la infracción del derecho a un proceso sin dilaciones tiene como fin primordial que cese la demora injustificada y que se adopten las medidas oportunas para conseguir la conclusión del proceso. Pero ¿qué sucederá cuando, terminado el proceso, la infracción de este derecho fundamental es alegada en vía impugnativa o es estimada en la misma resolución que le pone fin? Ciertamente, en estos casos, la invocación del art. 24.2 de la C.E. no puede tener como objetivo el logro, sin retraso, de una resolución judicial. Pero, el reo, contra el que se ha dictado sentencia condenatoria tras un juicio con dilaciones indebidas ¿tendrá derecho -al margen de la indemnización de posibles perjuicios y de exigencia de responsabilidad a terceros- a alguna «compensación» dentro del ámbito sancionador?”⁴⁴²

Pero a pesar de ello la mayor parte de la jurisprudencia viene considerando que no resulta exigible dicha conducta entendiendo improcedente exigir al acusado la realización de actos tendentes a impedir la paralización denunciando la misma cuando de persistir podría alcanzar la prescripción de su responsabilidad lo cual le resultaría obviamente beneficioso de manera que exigir la denuncia es tanto como requerir al acusado la realización de actos contrarios a lo que puede ser su interés en la causa (STS de 30 de marzo de 2010 , 3 de marzo y 1 de octubre de 2009). De manera muy expresiva la última de las resoluciones citadas manifiesta que “se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS 1151/2002, de 19 de junio, «no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el artículo 24.1 de la Constitución mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal

⁴⁴² LLORCA ORTEGA, *La Ley del indulto...*, p. 91.

Constitucional 73/1992, 301/1994, 100/1996 y 237/2001, entre otras; STS 175/2001, de 12 de febrero)»”.

Sin embargo, como he dicho, en la STS 1497/2002, de 23 septiembre «en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE, sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza». Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables (STS de 1 de julio de 2004). Obviamente uno de los requisitos consiste en que quien invoque las dilaciones no haya sido el causante de las mismas por su actitud o conducta a lo largo de la tramitación de la causa.

En otro orden de cosas ha de decirse que el cómputo de los plazos no ha de iniciarse desde el comienzo de la tramitación sino desde el momento en el que la persona se encuentra formalmente imputada o acusada (SSTS de 14 de julio y 28 de enero de 2010 o 30 de octubre de 2006).

Pues bien, aplicados los anteriores criterios al presente procedimiento se considera procedente apreciar la atenuante como ordinaria, no como muy cualificada como se pretende. A este respecto no se comparte con la defensa la simplicidad de la instrucción a la que se alude por cuanto el periodo de la instrucción e incluso el de enjuiciamiento y el transcurrido hasta el dictado de la presente sentencia, no pueden considerarse, en relación con otros procedimientos notablemente más simples con menos partes, testigos peritos e incluso con un numero infinitamente menor de

cuestiones fácticas y jurídicas planteadas por las partes, de carácter extraordinario.

Debe señalarse, siguiendo a MAGRO SERVET, que la consideración de las dilaciones indebidas como circunstancia con relevancia en relación a la penalidad de las conductas tiene un doble fundamento. De una parte se hace referencia a como el derecho positivo reconoce ciertas circunstancias, posteriores a la comisión del delito, que al implicar un reconocimiento de la vigencia de la norma realizado por el autor del delito compensan, al menos en parte, la culpabilidad por el hecho, de otro lado se entiende que las lesiones de derechos fundamentales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso deben ser abonadas en la pena por cuanto tienen también un efecto compensador de parte de la culpabilidad por dicha pérdida o lesión de derechos por cuanto dicha pérdida de derechos es equiparable a los males sufridos como consecuencia del delito que es considerada como pena natural y debe computarse en la pena estatal impuesta para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y el mal causado (SSTS de 1 de marzo de 2011, 10 de octubre y 4 de febrero de 2009).

A este respecto señala la STC 35/1994, de 31 de enero, que “Las dilaciones pueden haber causado perjuicios que, en su caso, deberán repararse, incluso después de haber concluido el proceso. Deberán repararse por la vía de la responsabilidad patrimonial del artículo 121 de la Constitución. Si el órgano judicial estima que su ejecución puede producir efectos indeseados de cualquier género, el ordenamiento prevé a estos fines mecanismos como el del indulto, apropiado para, sin desvirtuar su obligación constitucional de ejecutar lo juzgado y sin desnaturalizar el contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, obtener de una manera jurídicamente correcta el fin de la no ejecución de la condena”⁴⁴³. En este caso, lo que resalta el

⁴⁴³ Más recientemente y sobre la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código penal, la sentencia 522/2016, de 29 de diciembre, del juzgado de lo penal de Sevilla razonaba que “La razón de ser de la atenuación de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo, bien sea a través de la atenuante analógica como venía realizándose hasta la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 21.6º del Código Penal, bien la redacción actual de dicho precepto se debe a la consideración de que el incumplimiento de su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas entendido como derecho a ser juzgado en un plazo razonable, debe de tener un efecto penológico favorable al reo a la hora de fijar la pena [...]. Ya hace tiempo que la vulneración del citado derecho y su posible influencia en la penalidad de las conductas delictivas ha sido objeto de controversia siendo valorado a lo largo del tiempo de diversas formas. Así, y sin perjuicio de las diversas posturas doctrinales existentes al respecto se han producido tres reuniones del pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo tratando dicha materia. En fecha 2/10/1992 el TS determina, por mayoría, la irrelevancia a los efectos de la determinación de la pena considerándose que el valor de dicha eventualidad tendría que tomarse en consideración bien de cara a la eficacia de una posible solicitud de indulto o la posible solicitud de indemnización que pudiere solicitarse al Estado por un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. En la reunión de 29/04/97 se acordó que la valoración procedería efectuarse de cara a la solicitud

Tribunal Constitucional es que toda dilación indebida ha de ser reparada por la Administración, pero si es posible intervenir antes de causar dicho perjuicio, como por ejemplo con la interposición de la petición de indulto, se suspenderá la pena para evitar ese posible mal posterior. A esta misma conclusión es a la que llega la mayoría de la doctrina⁴⁴⁴. La propia sentencia puntualiza que esa suspensión no conlleva la vulneración de la función jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado derivada del artículo 117.3 de la Constitución. No obstante no puedo compartir esa visión. Si bien es cierto que entiendo que ante la petición de indulto se suspenda la pena, bajo mi punto de vista la figura en sí misma del indulto supone una quiebra de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado al permitir que el Gobierno (Poder ejecutivo) elimine el cumplimiento de la pena impuesta por el juez competente (Poder judicial) en el ejercicio de sus funciones. Ello conlleva un ataque indirecto a la independencia judicial y a la separación de poderes.

La STS 159/2015, de 18 de marzo, señala que “Reivindica la defensa el carácter cualificado de la atenuación, de suerte que resultaría procedente una rebaja en dos grados de la pena impuesta. Sin embargo, entendemos inviable esta petición. De una parte, porque, pese al retraso extraordinario derivado de las sucesivas peticiones de diligencias por el Fiscal, la causa no llegó a estar nunca paralizada. De otra, porque la alegación acerca de la concurrencia de la atenuante que ahora se presenta como muy cualificada ni siquiera llegó a ser invocada como atenuante ordinaria en la instancia”.

¿Qué está sucediendo en la práctica en materia de violencia de género? Según datos constatados se puede afirmar que, en términos generales, no se conceden indultos en materia de violencia de género, siendo el 15 % el porcentaje del total de peticiones que se tramitan, y en relación a ellas el grupo más numeroso de peticionarios lo

de la gracia de indulto y la correspondiente suspensión de la ejecución de la pena conforme a lo dispuesto por el art. 4.4º del Código Penal. No es hasta la reunión de dicho pleno de 21 de mayo de 1999 cuando se acuerda reconocer eficacia a la hora de la individualización de la pena por la vía de la atenuante analógica del art. 21.6 del Código Penal”.

⁴⁴⁴ Para GARCÍA MAHAMUT, “Seis reflexiones sobre el indulto...”, p. 622, “El indulto constituye [...] una fórmula adecuada para obtener de forma jurídicamente correcta el fin de la no ejecución de la condena, sin desvirtuar la obligación constitucional de ejecutar lo juzgado y sin desnaturalizar el contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Sin embargo, en sí mismo, las dilaciones en un proceso no dan derecho a la concesión del indulto. Será la ponderación de numerosos factores la que abocará en una decisión plenamente ajustada a Derecho a la concesión del indulto. Será la ponderación de numerosos factores la que abocará en una decisión plenamente ajustada a Derecho a la concesión o no del mismo. A tal ponderación no sólo está obligado el gobierno, sino que el Juez, en cumplimiento estricto de lo mandatado por el Código Penal cuando aprecie tal desproporción”.

constituyen los agresores condenados de nacionalidad de algunos de los países de Latinoamérica y los rumanos⁴⁴⁵.

La STC 97/2010, de 15 de noviembre, rechaza que la suspensión de la ejecución, acordada durante la tramitación de un indulto o con ocasión de un recurso de amparo, tenga la virtualidad de interrumpir el cómputo del plazo de prescripción de la pena privativa de libertad impuesta al condenado. Con esta doctrina, la duda que me generó es si este criterio adoptado por el Tribunal Constitucional era o no de aplicación a los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena previstos en los artículos 80 y siguientes del Código, institución sobre la que la sentencia citada no se pronunciaba en ningún momento⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ Recientemente sólo se han concedido dos indultos que se ubicarían en el ámbito de la violencia doméstica. La consulta 1/1994 de la Fiscalía General del Estado mantiene que el inicio de la tramitación de indulto no implica la suspensión y se atiene a una serie de coordenadas como la duración de la pena, la satisfacción de las responsabilidades civiles si es primera o no la petición sobre el mismo peticionario. En el caso de que un agresor condenado fuera reincidente, por haber sido penado previamente por un delito de violencia de género, se prohíbe expresamente informar favorablemente a la concesión del indulto. En el supuesto de que aún no se le pudiera considerar reincidente porque la sentencia condenatoria no hubiese alcanzado aún firmeza, se actuará con cautela, siendo prioritaria la seguridad de la víctima.

Además me gustaría destacar que se acordó por los Fiscales Delegados de Violencia de Género en 2005, que si la víctima se acogía a su derecho a no declarar, el Fiscal interesaría la lectura de la declaración que hubiere realizado en fase de instrucción de conformidad con el artículo 730 de la LECRIM. (que debió hacerse con asistencia del letrado del investigado o habiendo sido citado a tal efecto y con el conocimiento por parte de la víctima de su derecho de dispensa recogido en el artículo 416 de la LECRIM.). Si por el juez o tribunal se denegara la lectura de dicha declaración, se hará constar la oportuna protesta y, a la vista de la sentencia, se valorará la conveniencia de interponer el correspondiente recurso. Esta posición que fue acogida por algunas Audiencias Provinciales, entre otras la de Madrid, ha sido totalmente desechada por el Tribunal Supremo entre otras, en las SSTS de 27 de enero de 2009 o de febrero de 2008, en las que se niega que se puedan incorporar las declaraciones sumariales en el acto del juicio oral, por la vía del artículo 730 LECRIM basándose en que tal precepto no puede ser interpretado de forma extensiva, en tanto de una excepción se trata. Presupone tal precepto que nos encontremos ante una declaración sumarial irreproducible “lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el juicio oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de su derecho reconocido por Ley, estando el testigo presente en las sesiones del juicio oral. Se acogen los argumentos esgrimidos en las sentencias del Tribunal Supremo referidas, por lo que se suprime la Conclusión referida del Seminario de Fiscales del año 2005, reflejada al inicio de este apartado.

⁴⁴⁶ El supuesto de hecho en esta sentencia era el siguiente: El demandante de amparo fue condenado a una pena de nueve meses de prisión impuesta por un Tribunal Militar. Una vez que la pena ganó firmeza (después de la sentencia casacional de 9 de abril de 2001), ante la condena recaída, el penado inició dos vías de actuación paralelas: por un lado, recurrió en amparo la resolución de la Sala Quinta del Tribunal Supremo y, por otra, pidió al Ministerio de Justicia la concesión del indulto. La ejecución de la condena impuesta quedó así -sucesivamente y de acuerdo con los artículos 4.4 del Código penal y 56 de la LOTC- paralizada hasta tanto recayese una resolución definitiva en los dos incidentes abiertos, lo que ocurrió primero en relación con el indulto -que fue denegado mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de septiembre de 2002- y más tarde con respecto al recurso de amparo -que fue igualmente desestimado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 20 de diciembre de 2005-. Reanudada la ejecución de la condena, el Tribunal Militar acordó, mediante auto de 15 de enero de 2010 -y transcurridos, por tanto, casi nueve años desde la firmeza del fallo condenatorio- que se diera inicio al cumplimiento de la pena de prisión, en el entendimiento de que no había prescrito. A juicio del Tribunal Militar, no estableciendo el

De acuerdo con lo anterior, debe entenderse que la suspensión y la sustitución de la ejecución de la pena -desde su notificación personal al reo- producen la interrupción del curso del plazo de prescripción. Dicho plazo vuelve a correr en el momento en que se quebrantan las condiciones en cada caso fijadas (de acuerdo con los artículos 84, 87.5, 88.2 y 89.4 CP) y procede la revocación del beneficio. Por tanto, en el ámbito de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad será la fecha de la comisión del nuevo delito, la del abandono del tratamiento rehabilitador o la del último incumplimiento de las reglas de conducta -como aquel que motiva la decisión judicial de revocación del beneficio-, el *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo. Dicho plazo se reiniciará, a su vez, en los casos de sustitución de la pena privativa de libertad, cuando se produzca, en sus respectivos casos, el incumplimiento de la pena sustitutiva o la infracción de la obligación de no regresar a España.

En todos estos supuestos el inicio del plazo de prescripción exige el dictado de una resolución judicial en la que se acuerde la revocación de la suspensión de la ejecución o de la sustitución, sin perjuicio de que, una vez dictada, el inicio del cómputo del plazo de prescripción se retrotraiga al momento mismo en que se produjo la situación que determinó esa revocación.

b'') Suspensión de la pena por petición de indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria.

En segundo de los supuestos de suspensión de la pena ante la petición de indulto es el regulado en el párrafo segundo del artículo 4.4 del Código que viene a disponer:

Art. 4.4. pfo. 2º. “También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria”.

Con carácter previo a la definición de «ilusoria» me gustaría destacar que este precepto, al igual que en consonancia, no cabe recurso de casación contra la resolución que resuelva sobre tal petición (así lo proclama la STS de 10 de mayo de 2002).

precepto directamente aplicable (artículo 46 del Código Penal Militar) más que los plazos de prescripción, debía acudir a la regulación general supletoria contenida en el Código de 1995, de la que el órgano jurisdiccional infringió, siguiendo la interpretación jurisprudencial dominante, que la prescripción había sido interrumpida en los dos incidentes de suspensión planteados. Esta interpretación del tribunal militar constituyó el objeto del recurso de amparo que dio lugar a la STC 97/2010.

Centrándome ya en la expresión que se contiene; esto es, qué se ha de entender por «la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria»⁴⁴⁷, creo que lo que se pretende por el legislador es que el penado no cumpla (o no empiece a cumplir) una pena que, en caso de concederse el indulto, no tendría sentido alguno; es decir, ante la posibilidad de que el condenado cumpliera la condena en vano por el hecho de que el Gobierno decidiera finalmente perdonarle el cumplimiento de la pena. En este contexto se entiende su consideración no tanto como un beneficio sino como una necesidad; necesidad devenida del deber de garantizar la eficiencia, eficacia o indemnidad tanto del derecho a la solicitud de indulto como de la facultad o prerrogativa de gracia en su manifestación de indulto particular.

Conviene precisar que la jurisprudencia viene realizando algunas precisiones sobre el indulto que se deben entender aplicables para interpretar ese concepto de «ilusorias». Así ha considerado, por todas en la STS de 10 de enero de 2001, que el indulto es un instrumento que se emplea cuando la aplicación de la normativa vigente se revela “insuficiente o inidónea para dar una respuesta justa y equitativa al hecho cometido por el reo”. Se considera que, en el caso concreto objeto de enjuiciamiento, no tiene sentido que se cumpla la pena, a pesar de que la misma haya sido impuesta en sentencia firme en un juicio basado en los principios de contradicción y una vez agotados todos los recursos posibles. Quienes abogan por su mantenimiento en el sistema español, entienden que el ordenamiento recoge esta figura para intentar solucionar algún supuesto en el que la respuesta penal puede tacharse de excesiva o indebida. A pesar de ello reitero que su concesión es contraria al principio de separación de poderes y, si el legislador considera que el ordenamiento jurídico es excesivamente rígido debiera hacer las reformas oportunas y no pretender su solución con una figura como es el indulto, más propia de otro tiempo.

Junto a lo anterior debe tenerse presente que todos los condenados pueden instar la concesión de la gracia del indulto ante el Ministerio de justicia. Entre otras, así lo recoge la STS de 12 de mayo de 2003; de este modo cuando el Código recoge en este precepto que la suspensión de la pena será concedida a la espera de la resolución de la

⁴⁴⁷ A este respecto considera MAGRO SERVET, “La petición de suspensión...”, p. 4, “Las razones de la concesión se centrarían, precisamente, en que el retraso en la resolución de la petición de indulto conllevaría, de ejecutarse la pena, en ilusoria si se concediera el indulto y el penado hubiere cumplido una importante parte de la pena”.

petición de indulto y para que «la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria», conlleva que la suspensión prácticamente se producirá en todos los casos porque en caso de concederse el indulto, siempre podrá considerarse *a posteriori* que era ilusoria. Pero como digo, esto es una valoración posterior a la concesión del indulto. En el momento de la petición de suspensión por presentación de petición de indulto ante el Ministerio de justicia.

Una vez examinada la petición del indulto como causa de suspensión de la ejecución de la pena a la que hubiera sido condenado el reo, bajo mi punto de vista considero que dicha solicitud de indulto no solo no es vinculante ni obligatoria para el órgano encargado del asunto sino que, en de igual modo, el indulto vulnera los Tratados Internacionales de los que España es parte y que tienen plena eficacia en nuestro ordenamiento jurídico y vulnera igualmente la jurisprudencia tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional e incumple, de modo grave, la prohibición constitucional de interdicción de la arbitrariedad los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 de la Constitución. Únicamente estaría conforme si su aplicación se limitara a casos muy concretos en los que el delito sea de escasa gravedad y conste una efectiva rehabilitación del sujeto; esto es, solo si se basara en una corrección de un desajuste del sistema para solucionar algún caso concreto. El problema es que su concesión se generaliza, motivo por el que no puedo sino mostrar mi rechazo.

- c) Supuesto especial de trastorno mental sobrevenido del artículo 60 del Código penal.
- a') Introducción.

Otro de los supuestos extraordinarios que contempla el Código penal de suspensión de la ejecución de la pena es el referido al trastorno mental sobrevenido⁴⁴⁸. No puedo realizar aquí un análisis completo de la enajenación sobrevenida. Solo pretendo exponer y tratar de resolver los problemas que este supuesto genera en relación

⁴⁴⁸ Me parece curioso que el legislador utilice aquí el término «trastorno mental grave» cuando no lo hace en el resto del articulado que afecta a este colectivo. Lo hace, además, para justificar la aplicación de una medida de seguridad posterior a la sentencia mientras que utiliza el término «anomalía o alteración psíquica» para aplicarla en el momento de la sentencia. Entiendo que es así, porque el motivo de la medida de seguridad no es en este caso la comprensión o no del delito cometido sino el sentido de la pena (por qué y para qué se impuso).

con la suspensión de la pena.

Esta posibilidad viene regulada en el artículo 60 del Código ubicado en la Sección VI, del Capítulo II, del Título III, del Libro I del Código. Este precepto, que posteriormente expondré, no ha sufrido modificación alguna fruto de la L.O. 1/2015, siendo la redacción actual la derivada de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre. Es preciso fijar previamente qué se puede entender como “trastorno mental” dado que el carácter de “sobrevenido” afecta al momento procesal (penal) en el que se produzca dicho trastorno.

El trastorno mental podría definirse como “un síndrome o a un patrón de carácter psicológico que, por lo general, se asocia a una alteración o a una discapacidad”. En este contexto, es necesario precisar que una enfermedad de tipo mental es aquella que se produce a raíz de una alteración que repercute sobre los procedimientos afectivos y cognitivos del desarrollo, la cual se traduce en dificultades para razonar, en alteraciones del comportamiento y/o en impedimentos para comprender la realidad y para adaptarse a diversas situaciones⁴⁴⁹. No obstante la definición de trastorno mental ha sufrido variaciones con el paso del tiempo⁴⁵⁰. Esta definición, trasladada al ámbito del Derecho penal supone una alteración en la percepción que le impide comprender la ilicitud del hecho o la pena que se le impone. En todo caso ha de ser un médico (forense) el

⁴⁴⁹ Para PERALS CALLEJA, “Medidas alternativas a la prisión...”, p. 13, “El trastorno mental transitorio se considera como una alteración psíquica”; y siguiendo a LUZÓN CUESTA señala que “la moderna psiquiatría suele estimar que la reacción del individuo normal en el auténtico trastorno transitorio precisa una cierta base caracterológica anómala que le predisponga, citando a LÓPEZ IBOR, a reacciones en cortocircuito”. Añade que “Lo que se rechaza tajantemente es incluir la drogadicción entre los trastornos mentales transitorios”. Así la STS 79/2006, de 1 de febrero, establece que “no resulta lógico ni científicamente admisible asimilar, como se hace en algunas sentencias, la drogadicción como un fenómeno equiparable al trastorno mental transitorio, que considera su existencia si concurre cronológicamente con la acción delictiva y desaparecía, sin dejar rastro, volviendo el autor a una normalidad que solo se había visto interrumpida por la acción criminal. Estas tesis chocan con las teorías más modernas de la psiquiatría aunque se mantienen en el Código Penal con matizaciones y cautelas. Sorprende que se haga referencia y se admita un trastorno mental transitorio fraudulento, es decir, provocado por el sujeto, extendiéndolo a los casos de posible negligencia por falta de previsión exigible. En materia de consumo de drogas, no se puede desconocer la experiencia científica, avalada por las más diversas opiniones y centros especializados sobre los efectos de un consumo continuado, en relación con la personalidad del adicto y, sobre todo, lo que es más importante, como desencadenante o explicación, aunque sea parcial, de la comisión de los que se denominan delitos funcionales, entre los que se engloban los relativos a proporcionar dinero para satisfacer la adicción, bien por la vía de los ataques a la propiedad o, bien, dedicándose de manera módica a la adquisición y venta de droga para satisfacer su propio consumo y para introducir en el mercado”.

⁴⁵⁰ Baste apuntar, que hasta 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) incluía a la homosexualidad y la transexualidad en su listado de trastornos mentales, lo cual carece de todo sentido en la actualidad.

encargado de diagnosticar esta enfermedad en los términos que luego profundizaré.

Si bien la regulación actual es clara, ya que ha de tratarse de un trastorno mental (no físico), duradero (no transitorio) y grave (que conlleve que el sujeto no conozca el sentido de la pena), con carácter previo a analizar las cuestiones que se plantean en la práctica al aplicar esta forma de suspensión, creo conveniente hacer una mínima referencia a la regulación anterior. Como adelantaba, aun cuando el artículo 60 del Código no se ha visto modificado por la reciente L.O. 1/2015, sí que se vio modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre que, entre otras modificaciones respecto a la regulación original del precepto, introdujo la posibilidad de imponer al penado medidas de seguridad (con los matices que luego diré) y permitió la suspensión de cualquier clase de pena⁴⁵¹ y no sólo de las penas privativas de libertad⁴⁵². En consecuencia, el incidente de trastorno mental sobrevenido ya no queda restringido a supuestos de sentenciados condenados a penas privativas de libertad, sino a todos los condenados a penas de cualesquiera naturaleza, sean privativas de libertad, privativas de derechos, o a multas.

En el momento de publicación del Código de 1995, algunas de las consideraciones que hasta entonces se venían regulando en el Texto refundido de 1973

⁴⁵¹ Conviene precisar, para evitar equívocos, que en la sentencia firme se le tiene que imponer al reo una pena en sentido estricto, sin que sea extensible dicho concepto a las posibles medidas de seguridad que en su caso también se le hayan impuesto. El incidente suspensivo no se contempla en el caso de medidas de seguridad impuestas ya que el artículo 60.1 habla de “penado” y de “penas” y no de “sentenciados” ni de “medidas de seguridad”. Según FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Trastorno mental sobrevenido...”, p. 5, “Ello es así porque la proyección de los principios de instrumentalidad del control de la peligrosidad criminal y de revisabilidad periódica de las medidas de seguridad -consagrado éste en los arts. 97 y 105 CP- determina que en los casos de superveniencia del trastorno mental grave, o de agravamiento del trastorno mental preexistente, se justificará la ratificación de las medidas de seguridad impuestas, o en su caso su modificación”.

⁴⁵² Como es sabido, la redacción originaria del artículo 60.1 del Código, en consonancia con los Códigos penales anteriores, no contemplaba la posibilidad de aplicar este incidente a las penas no privativas de libertad, reduciendo su ámbito de aplicación, única y exclusivamente, a las penas privativas de libertad. Y es que originariamente, en su redacción de 1995, el artículo 60 decía lo siguiente:

Art. 60. “1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto garantizando el Juez o Tribunal que aquél reciba la asistencia médica precisa.

2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente”.

en materia de suspensión de la pena por trastorno mental sobrevenido se vieron eliminadas, siendo la L.O. 15/2003, la que recuperó algunos de los presupuestos que la regulación anterior preveía para su concesión⁴⁵³. Una vez clara la normativa vigente me adentraré en el momento en que se produce, detecta o diagnostica ese trastorno mental sobrevenido.

b') Momento en el que surge el trastorno mental sobrevenido.

Es necesario precisar que el trastorno mental de un sujeto puede darse antes o después de haberse dictado sentencia firme. Esto es así por cuanto debido a ese carácter sobrevenido que ha de tener, se desconoce cuándo va a aparecer. A esta conclusión llega la STS 1033/2010, de 24 de noviembre, al precisar que “el art. 383 de la Ley procesal no señala plazo y como la demencia puede presentarse conculso el sumario, en la fase intermedia, la pretensión puede ser planteada cuando pueda realizarlo. En este sentido, la petición en el escrito de calificación y su reproducción en el juicio oral, no revela una deslealtad con el proceso ni con el tribunal”. Así, cuando el trastorno mental sobrevenido surja antes de haberse dictado sentencia puede, a su vez diferenciarse si se ha dado antes, durante o después de la comisión del hecho delictivo, lo cual puede influir de diferente forma en las consecuencias penales que de ello se deriven. Lo mismo sucede en el caso de que el trastorno mental sobrevenido se dé después de dictar sentencia firme, en cuyo caso también se puede distinguir entre dos supuestos: el primero de ellos cuando el trastorno mental sobrevenido se da antes de que el penado comience a cumplir la pena impuesta y el segundo de ellos durante la ejecución de la misma.

⁴⁵³ Sobre ello profundiza VIZUETA FERNÁNDEZ, “El trastorno mental grave...”, pp. 4 y 5 cuando dice que “Esta primera redacción del art. 60 del Código penal de 1995 presentaba importantes variaciones en relación con la regulación que de esta materia ofrecía el art. 82 del Código penal de 1973. De entre estas modificaciones caben destacarse tres: 1) El art. 82 del Código penal anterior disponía, para los casos en que el delincuente caía en enajenación después de la sentencia firme, la suspensión de la ejecución de la pena, *observándose en su caso lo establecido en el párrafo segundo del número 1º del artículo 8º*, precepto este que establecía para el enajenado que hubiere cometido un hecho sancionado por la ley como delito, el internamiento en un establecimiento destinado a los enfermos mentales. [...]; 2) La regulación del Código penal de 1973 permitía la suspensión de la ejecución de cualquier clase de pena, mientras que la regulación primitiva del art. 60 del Código penal de 1995 circunscribía la suspensión únicamente a las penas privativas de libertad; y 3) Finalmente, en la vieja regulación, el delincuente, una vez recobrado el juicio, debía cumplir la sentencia salvo que la pena hubiese prescrito. La prescripción de la pena era, pues, la única excepción a su cumplimiento. El Código penal de 1995, sin embargo, además de referirse a la prescripción de la pena, faculta al Juez o Tribunal para que dé por extinguida la condena o reduzca su duración en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente”.

Analizaré cada uno de estos supuestos por separado.

a'') Trastorno mental sobrevenido antes de dictarse sentencia firme.

Cuando un sujeto comete un ilícito penal es necesario valorar su capacidad en aras a determinar su responsabilidad penal. En el caso de surgir el trastorno mental sobrevenido antes o durante la comisión del hecho, se valorará si el mismo ha influido en la capacidad del sujeto a la hora de conocer el alcance de la ilicitud penal. Así, es posible que el sujeto, en el momento de cometer la infracción penal, sufra una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, en cuyo caso quedará exento de responsabilidad criminal en base al artículo 20.1 del Código⁴⁵⁴.

Por el contrario, si el trastorno mental es sobrevenido al hecho delictivo, pero antes de dictarse sentencia firme de condena, el juez valorará esa situación ante la imposibilidad de imponerle una pena (por no entender el alcance de la misma). Pero incluso en este caso cabe distinguir a su vez tres posibilidades en la práctica: que la enajenación mental sobrevenga durante la fase de sumario; que tenga lugar durante el juicio oral; o bien que tenga lugar una vez terminado el juicio oral pero, en todo caso, antes de dictar sentencia.

En relación con la primera de estas situaciones, esto es, cuando el trastorno mental aparece en la fase sumarial, dispone el artículo 383 párrafo 1º de la LECRIM que:

Art. 383 pfo. 1º. “Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluido que sea el sumario, se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia”.

Así pues, observados por el juez de instrucción síntomas de trastorno mental en el investigado, acordará que se le someta a un examen psiquiátrico por el médico

⁴⁵⁴ En este supuesto, como se sabe, de acuerdo con el artículo 101.1 del Código, el juez o tribunal podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96 del Código.

forense de conformidad con el artículo 381 de la LECRIM⁴⁵⁵. Una vez que el juez de instrucción examine ese informe que emite el médico forense, si en base al mismo aprecia en el investigado un trastorno mental, continuará con los actos que forman el sumario hasta su terminación, que tendrá lugar con el auto de conclusión del sumario. Terminado éste, remitirá la causa al tribunal competente para conocer de la fase de juicio oral, que dictará el auto de archivo de la causa hasta que el procesado recobre la salud⁴⁵⁶.

No obstante no se debe olvidar que tal y como establece el artículo 383 de la LECRIM en este auto, además de archivar la causa y adoptar una serie de medidas, el tribunal dispondrá respecto del investigado al que le ha sobrevenido el trastorno mental

⁴⁵⁵ Véase al respecto, NAVARRO VILLANUEVA, *La ejecución de la pena privativa de libertad...*, pp. 110 y 111; y GÓMEZ COLOMER, CARBONELL MATEU y MENGUAL I LULL, *Enfermedad mental y delito...*, pp. 83 y ss., que apunta que “[...] al Juez lo único que le interesa determinar es [...] si el sujeto analizado es capaz de comprender la acusación, saber que se le imputa un delito y participar conscientemente en el juicio oral”.

⁴⁵⁶ Sobre la interpretación de este precepto el Tribunal Supremo ha sido claro al señalar, entre otras, en la STS 1033/2010, de 24 de noviembre que “[...] la procedencia de aplicar el art. 383 de resultar acreditada la demencia del acusado, ha de ser actualizado con la jurisprudencia que ha interpretado este precepto. El tenor literal del precepto debe ser interpretado de acuerdo a las exigencias del art. 3.1 del Código penal que exige que la adopción de consecuencias jurídicas por hechos constitutivos de delito, ha de ser reducida en sentencia que pongan fin al procedimiento penal por delito. El Código Penal de 1995 (arts. 1.2, 21.1 y 101) sólo permite la imposición de una medida de seguridad en Sentencia por lo que el archivo de la causa sin celebración del juicio no es una solución satisfactoria desde el punto de vista constitucional y legal, ya que no podría imponerse una medida de seguridad sino en sentencia definitiva. Por otra parte, acordar la celebración del juicio contra quien no es capaz de entender lo que en el ocurre, también resulta inconstitucional por lesionar el adecuado ejercicio del derecho de defensa (art. 24 de la CE) y el derecho a un proceso justo. La celebración de un juicio contra quien no entiende ni puede defenderse supone el quebranto de los derechos más elementales que conforman un juicio justo, sin obviar que la imposición de la medida de seguridad necesitará un previo pronunciamiento sobre el hecho y su antijuridicidad”.

Añade que “No obstante daremos respuesta a la pretensión del recurso en el que vuelve a plantear lo que interesó ante el tribunal de instancia, la aplicación del art. 383 de la Ley procesal, instando el sobreseimiento de la causa, por demencia sobrevenida y la adopción, aunque no lo expresa, de las medidas previstas en el Código penal para las personas que cometen un delito en estado de demencia”. Cabe precisar que en el supuesto de hecho el tribunal de instancia desestima la pretensión de suspensión de la condena por tres motivos de los cuales solo uno es acogido por el Tribunal Supremo cuando dice que “Si lo será la tercera argumentación, que emplea el tribunal para desestimar la pretensión y que, forzosamente ha de ser reproducida por su racionalidad y porque el recurrente no la llega a discutir al plantear la nulidad, sino que insta la aplicación del art. 383 sin cuestionar la argumentación del tribunal que se apoya en los dictámenes de los médicos forenses sobre la sanidad del recurrente y, por lo tanto, la posibilidad de celebrarse el juicio oral contra él sin merma de los derechos procesales que le asisten”.

Finaliza indicando que “El respeto de las garantías constitucionales aconseja la imposibilidad de celebrar un juicio sin garantizar el derecho de defensa y audiencia, que se enmarcan en los derechos más elementales de un proceso justo, tal y como se consagra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6) y en el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y la medida de seguridad que acarrea el sobreseimiento del proceso no puede ser impuestas sino es en una sentencia tras la celebración del juicio oral”.

“lo que el Código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia”. Se trata de una remisión expresa del Código a los preceptos que regulan la situación de los que cometen la infracción penal en el momento de sufrir una anomalía o alteración psíquica, y por tanto al artículo 101.1, que recoge la posibilidad, como ya se ha visto, de aplicar una medida de seguridad privativa o no privativa de libertad. Pero en este punto creo que el Código falla al permitir, con esa remisión, la imposición de una medida de seguridad a una persona que aún no es condenada (recordar que se está aún en fase sumarial), lo que conllevaría la aplicación de medidas de seguridad predelictuales, prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico. De ahí que haya autores como VIZUETA FERNÁNDEZ que entienden que “la remisión que hace el art. 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a «lo que el Código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia», debe considerarse derogada por el Código penal de 1995 (Disposición derogatoria única 2) y con ella, por tanto, la posibilidad de aplicar en este caso medidas de seguridad”⁴⁵⁷.

Se impone, por lo tanto, una interpretación del art. 383 de la Ley procesal que posibilite la armonización de los derechos fundamentales a que nos hemos referido. La STS 971/2004 de 23 de abril, declaró que la previsión del art. 383 de la Ley procesal "no resulta aplicable en la actualidad en ningún supuesto, ya que entraña una respuesta no acorde con las previsiones del Código Penal vigente, al suponer, en la práctica, una imposición de medida de seguridad ajena al pronunciamiento contenido en la correspondiente Sentencia y por ende contraria a lo dispuesto en el articulado de su Cuerpo legal, cuando en su artículo 3.1, consagrando el alcance del principio de legalidad en esta materia, establece que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de Sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal Competente, de acuerdo con las leyes procesales". Y añade, "si bien ya desde la Constitución el tema era discutible, con la entrada en vigor del Código no puede haber duda alguna acerca de una rotunda afirmación: la imposibilidad de aplicación de medida de seguridad sin previo pronunciamiento judicial en Sentencia, de la comisión de un hecho previsto legalmente como delito, la acreditación de su autoría por el acusado y concurrencia en

⁴⁵⁷ Entre otros, VIZUETA FERNÁNDEZ, “El trastorno mental grave...”, p. 4; y del mismo autor “Tratamiento penal del trastorno mental...”, pp. 279 y ss.; Añadir que el tribunal que dicte el auto de archivo de la causa, deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el trastorno mental del investigado, para que promueva el correspondiente proceso de incapacitación y se lleve a cabo, en su caso, el internamiento del enfermo de conformidad con los artículos 756 y ss. de la LEC.

éste de una de las circunstancias modificativas que conducen al correspondiente sometimiento a tratamiento, así como la necesidad de la medida desde el punto de vista del pronóstico de peligrosidad del sujeto". Por otra parte, el principio de contradicción como fundamento del derecho de defensa y consustancial a la idea de proceso, como recuerdan las SSTC 92/96, 143/2001 y 198/2003, entre otras, "implica para el órgano jurisdiccional la obligación de evitar desequilibrios en cuanto a la respectiva posición de las partes o en cuanto a las posibles limitaciones del derecho de defensa, alegaciones y prueba. Y esa actividad protectora de jueces y tribunales ha de ser real y efectivamente constatable". En la mencionada Sentencia, se recordaba el alcance constitucional del derecho a la última palabra, SSTC 65/2003 y 207/2002, por lo que concluye con una interpretación del art. 383 de la ley procesal en los siguientes términos "procede acordar la suspensión provisional y archivo de la causa, bien entendido que el Tribunal deberá supervisar con la periodicidad necesaria el estado de salud del procesado y en caso de que pudiera restablecerse en condiciones para afrontar el juicio oral, esto es si desaparecen las causas que han motivado la anulación y suspensión del juicio oral, deberá éste ser celebrado...Caso contrario, si se acredita que la demencia o incapacidad mental del procesado es de carácter permanente e irreversible en sus efectos, sin posibilidad de episodios lúcidos, deberá cesar toda intervención penal sobre el mismo, dándose traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que inste en el orden jurisdiccional civil las medidas pertinentes en materia de incapacitación o internamiento del afectado... para evitar un nuevo comportamiento criminal y remediar esa inexistente capacidad de autodeterminación".

Realizadas las anteriores puntualizaciones a la argumentación de la sentencia, el tercer argumento que emplea la sentencia para desestimar la pretensión de sobreseimiento es plenamente compartido. Arguye el tribunal de instancia, y el recurrente no lo discute, que ante la petición en el escrito de acusación se interesó informe de la Clínica médico forense "que precisara cuáles eran las limitaciones del procesado". El tribunal, para mayor seguridad -se afirma en la fundamentación- requirió un segundo informe ampliatorio, para lo que fue necesario suspender el juicio oral y cuyo contenido obra en el rollo de sala y expuesto en el juicio oral por el médico, en él informó sobre el desarrollo de una conducta deliberada de simulación, "por cuanto los padecimientos que sufre no le impiden en absoluto entender y comprender al no afectar a sus facultades intelectivas ni volitivas que se encuentran plenamente conservadas,

como tampoco le impiden expresarse por escrito...". Esa argumentación la complementa con una apreciación desde la inmediación del tribunal, el acusado reaccionaba con muestras de desagrado a las respuestas de los testigos, señal de que entendía y comprendía los testimonios en su contra.

En este motivo el recurrente realiza dos alegaciones que es preciso rebatir. En la página 13 afirma que "ha sido imposible que a D. Romeo le fuera tomada declaración", por lo que no debió ser procesado. Esa expresión no es cierta y obra a los folios 770, 1027 y 1112, declaraciones del imputado. Por otra parte, se solicita en el recurso la aplicación de la eximente del art. 20.1 del Código penal, eximente que no fue instada en el escrito de calificación ni en el juicio oral, no siendo esta instancia casacional el momento de efectuar esa pretensión, por otra parte, carente de base fáctica y probatoria

Por lo que se refiere al trastorno mental sobrevenido durante la fase de juicio oral, la LECRIM nada dice al respecto. No obstante se mantiene en este aspecto la interpretación que dio la respuesta de la Fiscalía General del Estado a la Consulta 1/1989, de 21 de abril, en la que resolvía una cuestión referida a la "enajenación mental del imputado sobrevenida tras el auto de apertura del juicio oral y antes de la celebración de este: sus efectos sobre el proceso". A este respecto concluía que "es de aplicar en el presente caso el artículo 383 de la Ley Procesal por la estrecha analogía que con él tiene, ya que los síntomas de enajenación mental que sufría el reo, fueron denunciados al Tribunal antes de terminar el período de calificación y hubo de suspenderse el primer señalamiento por la imposibilidad de que concurriera a él el procesado, sin que haya podido, legalmente, señalarse de nuevo, toda vez que los facultativos, reiterando su informe pericial, han afirmado constantemente la subsistencia y el carácter progresivo de la locura del reo, terminantemente reconocida por el juzgador de instancia en la parte dispositiva de su sentencia"⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ Añadía que "No sólo la suspensión del acto del juicio oral como se ha hecho en el supuesto que plantea la Consulta, sino incluso la paralización de toda actividad procesal sin posibilidad de reanudarla, es lo que procede si después de calificados los hechos sobreviene para el procesado una enajenación mental irreversible. Y ello, más que por lo dispuesto en el artículo 383 de la L.E.Cr., para la enfermedad mental advertida antes de la conclusión del sumario, por aplicación analógica de preceptos reguladores de los llamados procesos en rebeldía. Si, en líneas generales, en el proceso ordinario y por exigirlo el derecho de defensa, es imprescindible la presencia del inculcado en el acto del juicio, deben equipararse, en un orden procesal, la ausencia física del reo y la ausencia moral aunque materialmente exista la diferencia de que en la situación de rebeldía la incomparecencia es un acto voluntario. A la primera de estas situaciones, la falta de presencia material, da respuesta el artículo 841 de la L.E.cr., ordenando la suspensión del juicio y el archivo de los autos si al declararse la rebeldía estuviera pendiente la celebración del juicio oral. Aunque para la enajenación mental de imposible recuperación, compatible con

Se llega, por tanto, a la conclusión de que la enajenación mental, esencialmente irreversible es, pues, un obstáculo definitivo a la prosecución del proceso en cual debe finalizar en todo caso. Por ello se dice que “Su solución procesal debe ser el archivo que, por la fase en que tiene lugar, no se identifica con el archivo que subsiga a los autos de sobreseimiento provisional o de sobreseimiento libre, sino más bien debe equipararse al archivo de los autos cuando se decreta la rebeldía después de abierto el juicio oral. Auto directo de archivo sin celebración de juicio y por tanto sin dictar sentencia. Ahora bien ¿cuáles son los efectos unidos al auto de archivo? Ante el silencio legal deberán extraerse tras el análisis de normas ordenadoras de situaciones jurídicas semejantes”⁴⁵⁹.

la presencia material en el acto del juicio, pero impeditiva de la presencia intelectual, no hay nada previsto, es evidente que sus efectos, con el transcurso del tiempo, serán no sólo los propios de la crisis suspensiva del proceso (suspensión del juicio oral) sino los de la crisis definitiva o cancelatoria (suspensión del juicio oral y archivo de la causa). La enajenación mental plena que subsiga al hecho antijurídico no afecta a la responsabilidad criminal ni origina las medidas del artículo 8.1ª del Código Penal, pero el imputado con normalidad mental coetánea a la decisión y a la acción, mas con inimputabilidad *subsequens*, no es, realmente, sujeto procesal capaz de ejercitar eficazmente el derecho constitucional de defensa de que es titular, pues carece de aptitud o de capacidad jurídico procesal que exige en el sujeto estar en condiciones de salvaguardar sus derechos procesales y de seguir el proceso en el que se concluyen actos dispositivos: afirmar o negar la imputación, guardar silencio consciente o conformarse con la pretensión punitiva a través del interrogatorio judicial”.

⁴⁵⁹ La propia Consulta analiza esas posibilidades y concluye que “la remisión que hace el artículo 383 al Código Penal es de muy dudosa vigencia y no sólo por la variación del contenido de la norma penal remitida, sino porque aquellas medidas están fundadas en la peligrosidad de quienes al tiempo del delito les faltaren las condiciones de imputabilidad, lo que no acontece en ninguno de los casos de enajenación sobrevenida, en los que se trata de sujetos con capacidad jurídico-penal en el momento de la acción y no de delincuentes mentalmente anormales, por lo que al no mediar relación entre la enajenación mental y el hecho realizado aquellas medidas carecen de justificación”. Por ello añade que “Excluida la aplicación analógica del artículo 383 de la L.E.Cr., sólo cabrá acudir a algunas de las normas que ordenan los efectos de la ausencia material del reo. En particular, a los artículos 841, 843 y 846 de la L.E.Cr. De ellos se deducen los siguientes efectos para los procesados en que haya sobrevenido enajenación mental al imputado después del auto de apertura del juicio oral y de los escritos de calificación:

1. En primer lugar, es procedente la medida procesal de archivo que subsigue a la suspensión (art. 841 de la L.E.Cr.), que ya de por sí rebasa las consecuencias de la mera paralización temporal del proceso, y que, unido al transcurso del tiempo requerido para la prescripción del delito dado, puede transformarse en archivo definitivo por extinción de la responsabilidad penal, pues en las enajenaciones mentales irreversibles no cabe la posibilidad de reabrir el proceso como, sin embargo, puede ocurrir en los casos de ausencia material por tiempo inferior al de la prescripción (art. 846 de la L.E.Cr.) o en la fase de ejecución con la recuperación del juicio por el enajenado (art. 82, párrafo segundo, del Código Penal).

2. En segundo término, deberá acordarse, si hemos identificado en sus consecuencias procesales ausencia material y ausencia intelectual, la reserva a los perjudicados por el delito, de las acciones correspondientes para obtener la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, a fin de que puedan ejercitar la por la vía civil contra los responsables o sus representantes legales (artículo 843 de la L.E.Cr.).

3. Y, por último, podrá instarse el internamiento del enajenado mental por los legitimados para ello siempre que se den los presupuestos y cumpliendo las garantías del artículo 211 del Código Civil; pero, en todo caso, deberá promoverse, si no se hubiere hecho ya, la declaración judicial de incapacidad (arts. 200 y 203 del Código Civil) y la constitución de la tutela (art. 228 del Código Civil), situación en la

La conclusión que se deriva de ello es similar por tanto a cuando el trastorno del sujeto surge en la fase sumarial; esto es, el tribunal dictará auto de archivo en el momento en que aprecie en el acusado ese trastorno mental y pondrá esta situación en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva el proceso de incapacitación. También aquí, por idénticas razones que las vistas anteriormente, queda descartada la posibilidad de apreciar medidas de seguridad, ya que nuevamente se trataría de medida de seguridad pre-delictuales, prohibidas en nuestro sistema jurídico. Así las cosas, cuando el sujeto recobre su salud mental, se reanudará el proceso penal, pues aquél gozará ya de capacidad procesal y podrá ser, por tanto, enjuiciado, salvo que el delito haya prescrito.

b'') Trastorno mental sobrevenido después de dictarse sentencia firme.

A este supuesto es al que se refiere expresamente el artículo 60.1 del Código y es el que analizaré con detalle pues es el que puede conllevar a suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Art. 60.1. “Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código”.

En este caso el trastorno mental del sujeto se aprecia por el juez o tribunal

que decidir el internamiento o no es una facultad del representante legal que precisa autorización del Juez (art. 271. 1 del Código Civil) con audiencia previa del Ministerio Fiscal (art. 273 del Código Civil)”.

correspondiente una vez dictada sentencia firme⁴⁶⁰, ya sea antes de que el penado comience a cumplir la pena impuesta o durante la ejecución de la misma. El presupuesto para la suspensión de la pena es que se aprecie en él una situación duradera de trastorno mental grave que le impide conocer el sentido de la pena. En consecuencia, los requisitos para que pueda estimarse el incidente suspensivo de la ejecución de la pena impuesta vienen a ser tres, como ya adelantaba: en primer lugar que el trastorno sobrevenido sea mental y no físico; en segundo lugar que ese trastorno mental sea duradero y no transitorio; y finalmente, que el trastorno mental duradero sea grave, lo que conllevará que el penado desconozca el sentido de la pena.

Aunque el trastorno mental debe ser sobrevenido, la literalidad de la norma no excluye su preexistencia, y para este caso que el empeoramiento del trastorno sí sea sobrevenido, alcanzando la magnitud de gravedad exigida por el Código, esto es, que el penado no sea capaz de entender el sentido de la pena. Sobre el concepto de trastorno mental, puede abarcar cualquier patología, anomalía o alteración psíquica, siempre que llegue a reunir los requisitos que se han expresado con anterioridad.

Posibilidad de imposición de una medida de seguridad⁴⁶¹

⁴⁶⁰ Tal y como señala FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Trastorno mental sobrevenido...”, p. 4. “La existencia de una sentencia que aún no sea firme no posibilita la ejecución penal, excluyéndose *a limine* la tramitación del incidente, ya que la sentencia será susceptible de recurso, y consecuentemente de revocación”.

⁴⁶¹ A este respecto la Consulta 5/1999, de 16 de diciembre, sobre problemas que plantea el internamiento de quienes tienen suspendida la ejecución de una pena privativa de libertad por trastorno mental grave sobrevenido a la sentencia firme, ya señaló que “cuando el trastorno mental brota después de dictada la sentencia firme lo que se pone en cuestión es la ejecución de la pena impuesta, su suspensión inicial o sobrevenida y la muy dudosa aplicabilidad de medidas de seguridad”. Añadía que “La situación del enfermo mental en prisión es uno de los problemas más graves con el que se enfrenta el sistema penitenciario español y hay que anotar al respecto que este problema no se ha solucionado de forma satisfactoria. Algunos estudios médicos revelan incluso la potencial lesividad del encierro carcelario para la salud mental y los efectos perturbadores para el psiquismo de los reclusos que determinadas condiciones de vida y convivencia propias del mundo carcelario pueden generar. Asumiendo estos problemas la Fiscalía General del Estado respondiendo a esta Consulta emitió las siguientes conclusiones:

1ª) La suspensión del cumplimiento de una pena privativa de libertad por una situación duradera de trastorno mental grave sobrevenida al reo tras la sentencia firme no justifica la aplicación al mismo de una medida de seguridad de internamiento.

2ª) Acordada la suspensión de la pena por el juez o tribunal sentenciador lo que procede es el cese de toda intervención penal sobre el reo y que se dé traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que inste en el orden jurisdiccional civil las medidas que en su caso fueren procedentes en materia de incapacitación o internamiento del afectado por el trastorno.

3ª) Los establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias reguladas en el Capítulo séptimo del Título séptimo del Reglamento Penitenciario no son centros adecuados para el ingreso del reo cuya

De muy relevante calado fue la atribución de la competencia para resolver el incidente de ejecución en el trastorno mental sobrevenido al juez de vigilancia penitenciaria⁴⁶², lo cual se introdujo por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre. En el momento de su inclusión me pareció lógica por tratarse este caso (enajenación sobrevenida) de un incidente de ejecución cuando la pena ya se estaba cumpliendo. Por ello parece no solo lo más lógico sino lo más coherente que fuera el juez de vigilancia penitenciaria el encargado de resolver todas las cuestiones que en ese incidente de ejecución se planteara. Ahora bien, la redacción actual del Código permite que este incidente se pueda iniciar no solo cuando se esté en cumplimiento de una pena privativa de libertad sino ante cualquier pena de cualquier naturaleza. Y a pesar de ello, a pesar de que el reo no estuviere cumpliendo condena en un centro penitenciario, se mantiene la competencia del juez de vigilancia penitenciaria⁴⁶³.

pena haya sido suspendida, ya que el objeto propio de estos centros penitenciarios especiales es el cumplimiento de medidas de seguridad post-delictuales.

4ª) La suspensión del cumplimiento de la pena no supone el archivo de la ejecutoria, porque el juez o tribunal sentenciador debe supervisar con cierta periodicidad el estado de salud del reo y en caso de restablecimiento de la misma, debe resolver sobre la ejecución de la pena pendiente o su extinción total o parcial”.

⁴⁶² Sobre esta cuestión señala FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Trastorno mental sobrevenido...”, p. que “Así, la atribución de la competencia del incidente de enajenación mental sobrevenida ha venido a romper ese diseño inicial trazado desde la propia LOGP del Juez de Vigilancia como un juez con competencia jurisdiccional de ejecución de las penas privativas de libertad en el periodo comprendido entre el momento inmediatamente posterior al internamiento -art. 76.2.a) LOGP, ya que el ingreso siempre se reputó competencia del Juez o Tribunal sentenciador-, y el momento inmediatamente anterior a la libertad definitiva -pues el Juez o Tribunal sentenciador recupera su potestad jurisdiccional en el ejercicio de la competencia de aprobación de libertad definitiva competencia ex art. 17.3 LOGP. Efectivamente, la competencia le es atribuida al JVP aunque el reo no hubiera ingresado en prisión, pero además se le atribuye competencia decisoria del incidente en los casos de penas no privativas de libertad, esto es, sean privativas de derechos o multa, lo que además rompe por segunda vez el dibujo tradicional del JVP en su primera proyección competencial como Juez de ejecución de penas privativas de libertad. Signifiquemos que las competencias del JVP en materia de trabajo en beneficio de la comunidad no son propiamente competencias jurisdiccionales de ejecución, sino funciones de tutela judicial de derechos y de control de legalidad, ya que en el TBC el JVP no ejecuta; controla la ejecución, ya que como señala taxativamente la regla 1ª del art. 49 CP, su ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria”.

⁴⁶³ Quizás por los problemas que se preveía que esta atribución al juez de vigilancia penitenciaria desencadenaría (hasta entonces la competencia era del tribunal sentenciador), el Informe de preceptiva elaboración por el CGPJ sobre el Anteproyecto de la L.O. 15/2003 fue crítico con esa nueva atribución competencial entendiendo que el juez de vigilancia penitenciaria no podía (o más bien no debía) asumir funciones que no son propias de la fase de ejecución de la penas o medidas de seguridad. Independientemente de estas discusiones, hoy día más que superadas, quienes abogaban por el cambio competencia decían, acorde con la reforma legislativa, por todos, GÓMEZ –ESCOLAR MAZUELA, “Aspectos problemáticos de la ejecución...”, p. 19, “[...] que el juez de vigilancia penitenciaria es un órgano judicial más cercano al penado que el Juez o Tribunal sentenciador, conoce mejor que éste último la evolución del interno y tiene un mayor contacto con los equipos terapéuticos encargados del tratamiento del penado”.

c') El restablecimiento de la salud mental del penado.

No cabe duda de que el supuesto del artículo 60.1 que he analizado en el apartado anterior se basa en un trastorno mental sobrevenido, duradero en el tiempo, pero ello no implica que el reo no pueda recobrar, en un momento dado, su salud mental. Este supuesto se contempla también por el Código al disponer:

Art. 60.2. “Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente”⁴⁶⁴.

Como decía, partiendo de la base de que el juez haya acordado la suspensión de la ejecución de la pena a causa de que al penado se le ha diagnosticado un trastorno mental sobrevenido es, perfectamente posible y habitual en la práctica, que el sujeto mejore; o lo que es lo mismo, que recobre su salud mental. En este sentido se podría definir la salud mental como “un estado de bienestar absoluto del individuo a nivel psíquico y social”. En este estado de bienestar se considera que el sujeto es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad. Esta definición extrapolada al ámbito del Derecho penal conlleva que el sujeto es capaz de conocer la ilicitud del hecho o de la pena impuesta y que, por lo tanto, ha desaparecido la causa (el trastorno mental sobrevenido) que propició la suspensión de la pena.

Cuando se produzca ese restablecimiento de la salud mental del reo la consecuencia parece clara: el precepto indica que, de ser así, “éste cumplirá la sentencia”. Como decía, habiendo desaparecido la causa que originó la suspensión de la

Sobre esta cuestión, la sentencia 671/2011, de 10 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid destaca que “No acierta a comprender este Tribunal que se tache de falta de motivación el Auto recurrido cuando la cuestión deducida se resolvería con el simple recordatorio de la literalidad del art. 60.1 CP. La extensión de razonamientos que dispensa la Sra. Juez de lo penal no hace sino abundar en lo que claramente señala dicho precepto y que no es otra cosa que la concreta atribución de la competencia al Juez de Vigilancia Penitenciaria para suspender la ejecución cuando "se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena". En suma, se trata de una asignación de competencia para ese específico supuesto de trastorno mental sobrevenido, por otra parte acorde a que lo que se trata es de la suspensión de la ejecución y no de la pena en sí misma”.

⁴⁶⁴ Es destacable que este artículo 60.2 no ha sufrido modificación alguna desde la publicación del Código de 1995, no viéndose afectado por ninguna de las Leyes que han reformado el Código penal desde entonces.

pena que no era otra que ese trastorno mental sobrevenido, la respuesta inmediata del Derecho penal es que se debe restituir al penado a la posición anterior a la suspensión, lo que conllevará, necesariamente, el cumplimiento de la pena (total: si el trastorno mental surgió antes de la sentencia; o parcial: si ya se estaba cumpliendo condena).

Pero la redacción del precepto no finaliza ahí. Junto a esta regla general de cumplimiento de la pena se contienen a su vez regula dos excepciones; a saber: la primera de ellas que la pena no esté prescrita en el momento de recobrar su salud mental (lo que a su vez me lleva a plantearme dos cuestiones: ¿cuál es el plazo de prescripción que debe tenerse en cuenta? y ¿a partir de qué momento debe comenzar a computarse dicho plazo?); y, en segundo lugar se contempla la posibilidad de que el juez, por razones de equidad, puede dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente (lo que me llega, igualmente, a plantearme ¿cuándo resultará innecesaria o contraproducente el cumplimiento total o parcial de la pena?).

En el caso de que el penado aun no haya comenzado a cumplir la pena impuesta en sentencia no cabe duda que el plazo de prescripción que opera es el de la pena impuesta en sentencia, ya que no cabe acudir a otra interpretación, aplicando las reglas generales de prescripción de las penas de los artículos 133 y 134 del Código. La cuestión que genera controversias es cuando el penado haya cumplido parte de la pena y posteriormente la misma se suspenda al estar aquejado de un trastorno mental transitorio. En este caso se discute acerca de si el plazo de prescripción ha de ser el de la pena impuesta en la sentencia o el de la pena que le resta por cumplir. La primera solución parece la más lógica toda vez que la pena impuesta en sentencia es la que es, independientemente de que con posterioridad a su dictado el sujeto tenga un trastorno mental. Pero lo cierto es que el sujeto ha comenzado a cumplir y si se tiene en cuenta el plazo de prescripción de la pena total, como estima BOLDOVA PASAMAR “el plazo de prescripción tomaría en cuenta como totalmente incumplida una pena cumplida parcialmente”⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ BOLDOVA PASAMAR, *Tratado de las consecuencias...*, p. 416. Así también SÁNCHEZ YLLERA, en VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código penal...*, pp. 362 y 363; y MOLINA BLÁZQUEZ, *Comentarios al Código Penal*, p. 724. Se decantan por la otra opción GONZÁLEZ RUS, *Imputabilidad*, p. 47; NAVARRO VILLANUEVA, *La ejecución de la pena privativa de libertad...*, p. 129; y GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución...”, p. 149.

En relación con el segundo de los puntos señalados, esto es, el referido a la fecha a partir de la cual debe comenzar a computarse el plazo de la prescripción, tampoco hay acuerdo en la doctrina en los supuestos en que el sujeto ha cumplido parte de la pena. El artículo 134 del Código penal establece que “el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse”. Nada se dice en este precepto de los casos en los que la pena se interrumpe por apreciarse en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impide conocer su sentido. ¿A partir de qué momento debe comenzar a computarse el plazo de la prescripción, desde la fecha de la sentencia firme o desde el momento en que se suspende la ejecución de la pena? A nuestro modo de ver es esta última postura la que debe prevalecer, ya que de lo contrario, si el plazo de prescripción comenzara a contarse en estos casos – cumplimiento parcial de la pena– desde la fecha de la sentencia firme, se estaría computando como plazo de prescripción, el tiempo que el penado ha estado cumpliendo la pena, lo que contradice la, antes mencionada, relación inversa entre prescripción y cumplimiento de la pena.

Respecto al segundo de los casos, esto es el relativo a la posibilidad de que el juez de vigilancia penitenciaria, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración.

- c) Supuesto de sustitución de la ejecución de las penas del artículo 71.2 del Código penal.

Si hasta ahora he insistido en la voluntad legislativa de unificar las formas alternativas de cumplimiento de las penas en una única figura, la suspensión, este precepto (junto con el artículo 89 para la sustitución de las penas de prisión para extranjeros que analizaré en el apartado correspondiente), rompe con esa intención. Teniendo en cuenta que este precepto se limita a recoger una sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses “sin ningún otro requisito”⁴⁶⁶, en esencia no se trata de una modalidad propia de la figura de la suspensión de la pena. Sin embargo sí creo necesario hacer una mínima mención al supuesto.

⁴⁶⁶ HERRERO ÁLVAREZ, “Las diez formas de que mi cliente...”, p. 7.

Contiene el artículo 71.2 del Código un supuesto expreso de sustitución de las penas de prisión inferiores a tres meses. De acuerdo con lo anterior, si por aplicación de las reglas contenidas en los artículos 61 a 70 del Código penal, la pena impuesta en sentencia llegare a tener una duración inferior a los tres meses, será sustituida⁴⁶⁷.

Conviene recordar que la originaria condena condicional tenía dos versiones distintas: la condena condicional *ex arbitrio* (basada en un carácter facultativo) y la condicional decretada *ex necessitate legis* (basada en un carácter preceptivo). La evolución histórica hizo que esta última desapareciera pasando a tener la suspensión de la ejecución de la pena en el Código de 1995, un carácter eminentemente facultativo, que no discrecional. Sin embargo este artículo 71.2 del Código siempre ha mantenido este supuesto concreto donde el órgano judicial ha de acordar, necesariamente, la sustitución de la pena por alguna de las penas que el propio precepto recoge. El mantenimiento de este artículo, a pesar de la búsqueda unificación legal en la materia de la suspensión a la que aludía, ha sido criticado por la doctrina al no encajar en ese nuevo marco legislativo que se pretende dar a la materia⁴⁶⁸.

Dispone el artículo 71.2 del Código, fruto de la reforma operada por la L.O. 1/2015, que:

Art. 71.2. “No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente”.

⁴⁶⁷ Sobre esta cuestión se pronuncia VEGAS SÁNCHEZ, “La suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 242, al señalar que “[...] el precepto hace mención a la sustitución cuando la intención del legislador con este reforma ha sido, precisamente, según la Exposición de Motivos de la reforma, eliminar esta institución”. Precisamente conviene recordar que el Preámbulo de esta L.O. 1/2015, indica que “[...] se afrontan dos reformas que están orientadas a incrementar la eficacia de la justifica penal [aquí solo interesa destacar una de ellas]: de una parte se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad y se introduce un nuevo sistema, caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece varias alternativas, que introduce mayor flexibilidad y eficacia [...]”. Sobre esta cuestión se pronunciaba reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo; entre otras, SSTs de 11 de septiembre de 1998; 8 de febrero de y 5 de febrero de 2001. A pesar de ello el artículo 71.2 sigue manteniendo la figura de la sustitución. Como es sabido no es el único precepto. En el apartado correspondiente me detendré sobre la figura de la sustitución de la pena a extranjeros del artículo 89 del Código.

⁴⁶⁸ VEGAS SÁNCHEZ, “La suspensión de la ejecución de la pena...”, pp. 242 y 243.

La nota característica de este tipo de sustitución es, sin duda, como decía, su carácter imperativo. Si en sentencia firme se impone una pena inferior a tres meses de prisión el órgano judicial vendrá obligado a sustituir esa pena por multa, por trabajos en beneficio de la comunidad o por localización permanente. Es destacable que la localización permanente se recoja de forma expresa en este precepto. Debido a la derogación del artículo 88 y a su no inclusión en el artículo 84 del Código como «prestación» o «medida», este artículo 71.2 es el único que mantiene a la localización permanente como pena que se puede imponer como sustitutiva de otras⁴⁶⁹.

En este carácter preceptivo es igualmente destacable que la única posibilidad que tiene el juez sea la de sustituir la pena por otra de las previstas en el precepto, pero no permite que se suspendan como sí hacía el precepto con anterioridad a la reforma⁴⁷⁰. A la hora de analizar las formas alternativas al cumplimiento de las penas ya comentaba que, lógicamente, la suspensión suele ser más favorable al reo que la sustitución. La sustitución implica que el reo cumplirá una pena, aunque no sea la misma pena impuesta en la sentencia. En cambio, la suspensión, en principio, si solo se condiciona a que el reo no vuelva a delinquir durante el plazo de suspensión, sin otra regla de conducta será, objetivamente, más favorable⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Sobre esta cuestión, como apunta ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 138 y ss., “La reforma de 22 de junio de 2010 también otorgó a la judicatura la facultad de sustituir la prisión que no excediese de seis meses por localización permanente”. Fue la primera vez que se introdujo ese tipo de pena como sustitutiva de otras en el artículo 88 del Código (sin perjuicio de este artículo 71.2), lo cual fue valorado positivamente. Así continua ABEL SOUTO señalando que “Ante la «secular carencia de penas alternativas», que ponía de manifiesto el preámbulo de la Ley orgánica 5/2010, la ampliación del ámbito aplicativo en la localización permanente resultó positiva por el mayor protagonismo que se le confirió como pena sustitutiva destinada a reducir el uso de la prisión, ofreció al juez otra posibilidad ejecutiva de escaso coste que mitigaba el colapso de los trabajos en beneficio de la comunidad [...]”. En igual sentido, a favor de la inclusión de esta nueva clase de pena como sustitutiva de otras, ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, en *Compendio de Derecho penal...*, p. 260. Por ello, tras la derogación del artículo 88 pudiera pensarse que la localización permanente se incluiría, no como pena sino como «medida» o «prestación» del artículo 84, pero el legislador no la incluye expresamente por lo que no tiene cabida. Ello hace que, una vez más, los Servicios de gestión de penas se vean desbordados para la planificación y gestión de los trabajos en beneficio de la comunidad que se imponen.

⁴⁷⁰ Conviene recordar que con anterioridad a la reforma de 2015 la dicción de este artículo 71.2 permitía ambas instituciones al disponer:

Art. 71.2. “No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2ª el capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda”.

⁴⁷¹ No sucede lo mismo cuando se impone junto a la suspensión de la pena alguna de las reglas de conducta del artículo 83.1 y, además, alguna de las medidas del artículo 84.1. Sobre esta cuestión me detendré a su análisis en el apartado correspondiente.

A mi juicio, esta modificación supone una incongruencia total dentro del sistema de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad que ha configurado el legislador. No creo que sea ni lógico ni congruente que se permita suspender la ejecución de las penas privativas de libertad de hasta dos años de duración (*ex* artículo 80.1 y 2 del Código) e incluso de hasta cinco años (*ex* artículo 80.5 en el caso de la suspensión a drogodependientes) y que, por el contrario, las penas de prisión inferiores a tres meses deban ser, necesariamente, sustituidas. Creo que la eliminación del último inciso anterior a la reforma («sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda»), no debería haberse producido si se quiere una configuración justa del sistema.

Lo que sí que me gustaría destacar, en todo caso, es que esa cláusula «sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda», debía ser interpretada como sinónimo de compatibilidad y en ningún caso como disyuntiva que obligara a optar por uno y otro efecto o que impidiera la sustitución cuando antes haya sido decidida la suspensión condicional. Consecuentemente esa debiera ser la misma interpretación que se le diera si se reformara, nuevamente, el precepto y se volviera a incluir.

A lo anterior se añade el hecho de que el Código no relaciona este precepto con las prestaciones o medidas del artículo 84 del Código. Esto hace que si bien las reglas de permuta entre los días multa y los días de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente sean los mismos (dos días de multa o un día de trabajos en beneficio de la comunidad o de localización permanente por cada día de prisión), el resultado no sea el mismo por un motivo claro: en el caso del artículo 71.2 no se aplica el límite máximo de dos tercios de su duración que sí que contempla el artículo 84.1.2^a y 3^a del Código⁴⁷².

⁴⁷² La cuestión no es baladí: en aplicación de estos diferentes criterios, una pena de tres meses menos un día de prisión será sustituida por una pena de seis meses menos un día de multa o de tres meses menos un día de trabajos en beneficio de la comunidad o de localización permanente, por aplicación expresa de este artículo 71.2 del Código; por el contrario, una pena de prisión de cuatro meses, puede ser directamente suspendida sin regla de conducta alguna o bien imponiéndosele como medida la de multa o trabajos en beneficio de la comunidad (no como penas sino como prestaciones) cuya duración no excederá de dos meses y medio (que es el resultado del computado con el límite de los dos tercios a que se hace referencia en el precepto). Resulta evidente que el único perjudicado de esta regulación es el reo, de ahí la necesidad de modificación para volver, al menos es este punto, a la normativa anterior.

- d) Suspensión de la ejecución de las penas por concurrencia con medidas de seguridad del artículo 99 del Código penal.

Como es conocido, el Código penal español se basa en un sistema vicarial⁴⁷³ que ha superado los defectos de la legislación que le precedía. En este contexto el Código regula junto a las penas las medidas de seguridad, bien sean privativas o no privativas de libertad. El supuesto concreto al que me quiero referir es el que prevé el artículo 99 del Código, que conlleva la concurrencia en la sentencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad reguladas en el artículo 96.2 del Código (1º Internamiento en centro psiquiátrico; 2º Internamiento en centro de deshabitación; y 3º Internamiento en centro educativo especial)⁴⁷⁴.

En estos casos, dada la situación especial del reo (bien por su enfermedad o patología psíquica; bien por su dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos; o bien por otras necesidades especiales), el legislador da preferencia a su rehabilitación personal en una búsqueda clara de garantizar la prevención especial y la rehabilitación del reo. Para ello considera el legislador que, concurriendo penas y medidas de seguridad privativas de libertad, se cumplirá en primer lugar la medida de seguridad impuesta, que se abonará en todo caso para el de la pena⁴⁷⁵. Este artículo 99, que fue

⁴⁷³ Para GARCÍA ALBERO, “La ejecución de las medidas de seguridad”, p. 17, cuando se habla de sistema «vicarial» se hace “[...] teniendo en cuenta el parecido tanto de contenido de pena y de medida (en definitiva, privación de libertad), como de finalidad (ambas tienden a la reinserción social), la aplicación acumulativa y añadida supondría en la práctica la vulneración del principio *non bis in idem*. Al cumplir la medida se está, en definitiva, cumpliendo también vicariamente la pena”. Lo anterior supone que este sistema no excluye la posibilidad de que penas y medidas sean en ocasiones compatibles.

⁴⁷⁴ Como es sabido y recuerda señala GARCÍA ALBERO, “La ejecución de las medidas de seguridad”, p. 17, “Cuando se declara a alguien parcialmente exento de responsabilidad criminal en relación con los arts. 20.1, 20.2 y 20.3, se le puede imponer, además de la pena, las medidas de seguridad de internamiento previstas para los casos de eximente completa. No obstante, solo se pueden imponer medidas de internamiento si la pena prevista por el delito cometido es de prisión y siempre por una duración no superior a la de la pena prevista en el Código”.

⁴⁷⁵ Como prevé el propio precepto, el abono de las medidas de seguridad para el cumplimiento de las penas de prisión se aplica solo a las medidas privativas de libertad, por lo que no cabe el abono en caso de medida de seguridad no privativa de libertad. Así lo consagra, entre otras, la STS de 6 de julio de 2004. De lo que se colige que el legislador ha querido que las medidas de seguridad tengan un máximo de duración determinada que, por su alternatividad a la pena, es el de la duración de la condena de no haberse aplicado la medida de seguridad. Por tanto el límite temporal de la medida de seguridad viene establecido pues por la tipificación del hecho como si su autor inimputable, fuese responsable. A esos efectos, las agravantes son compatibles con la inimputabilidad y esa es la razón por la que para computar la duración máxima del internamiento, la alevosía ha sido observada en algún caso, como el recogido en el Acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 26 mayo 2000, como compatible con la enajenación mental a los efectos de computar la duración máxima del asesinato y no del homicidio. Sobre

modificado por la L.O. 15/2003, no se ha visto modificado por la L.O. 1/2015, manteniendo su redacción:

Art. 99. “En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3”.

Si bien esta posibilidad se da cuandoalzada (cumplida) la medida de seguridad el juez considera que «con la ejecución de la pena se ponen en peligro los efectos conseguidos a través de la medida de seguridad cumplida»; o lo que es lo mismo, el cumplimiento de la pena es perjudicial para el reo porque afecta negativamente a los efectos ya conseguidos con su internamiento. Nuevamente el problema que genera la aplicación de este precepto es que el Código no define en base a qué el juez justificará o acreditará ese perjuicio. Bajo mi punto de vista, dado el carácter cerrado del internamiento que ha cumplido, será a través de informe médicos del centro donde haya cumplido la medida que pueden ser complementados con un informe forense si el juez lo estimara necesario.

Además es relevante que el propio precepto prevé, con carácter alternativo, o bien esta suspensión que no podrá exceder el tiempo de la pena que le quedare por cumplir (previo abono del tiempo cumplido en la medida cautelar) o bien la aplicación de alguna una medida de seguridad no privativa de libertad del artículo 96.3 del Código.

Si bien el supuesto de hecho es claro puede complicarse. ¿Qué sucederá, por ejemplo, si el sujeto que está cumpliendo pena de prisión por un delito se ve sometido (al ganar firmeza una sentencia por otros hechos) a una medida de seguridad privativa de libertad? Se trata de un supuesto no solo perfectamente posible sino no tan infrecuente y, sin embargo, el legislador no regula esta posibilidad y tampoco la normativa penitenciaria arroja luz al respecto. Sinceramente creo que, siguiendo con el principio general que consagra el artículo 99, debería cumplirse la medida de seguridad

el límite máximo de la medida de seguridad privativa de libertad obsérvese el contenido del artículo 104.1 del Código penal. En igual sentido se ha venido a pronunciar la jurisprudencia; al respecto, entre otras, SSTs de 2 de junio de 2000; 14 de marzo de 2002 y 18 de octubre de 2004.

privativa de libertad por aplicación analógica. No obstante, no se debe olvidar que el artículo 4.1 del Código dispone que la Leyes penales no se aplicarán a casos distintos en los contenidos expresamente en ella, lo que impide la aplicación analógica en Derecho penal. A pesar de ello entiendo que esa interpretación analógica, al no perjudicar al reo, sino todo lo contrario, es perfectamente posible.

- e) Suspensión de la ejecución de las penas impuestas por alguno de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social del nuevo artículo 308 *bis* del Código penal.

Como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, las reglas contenidas en Capítulo III, del Título III, del Libro I del Código penal (artículos 80 a 94 *bis*), son aplicables a cualquier tipo de delito cuya pena impuesta en sentencia cumpla con los presupuestos o condiciones para su concesión. En definitiva, son normas generales que se aplican a todos los delitos. Sin embargo, la L.O. 1/2015 ha introducido un nuevo artículo 308 *bis* en el Código, ubicado en el Título XIV rubricado “De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, dentro de Libro II, que viene a contener reglas concretas⁴⁷⁶ a aplicar, en materia de suspensión, cuando de un delito contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social se trate. Estas reglas, el propio precepto las califica de «complementarias» a las reglas generales de la suspensión de la pena. Así lo dispone el párrafo primero del artículo 308 *bis* 1:

Art. 308 *bis* 1 pfo. 1º. “La suspensión de la ejecución de las penas impuestas por alguno de los delitos regulados en este Título se regirá por las disposiciones contenidas en el Capítulo III del Título III del Libro I de este Código, completadas por las siguientes reglas”.

Lo anterior conlleva que si el órgano judicial condena a un sujeto por uno de estos delitos (artículos 305 a 308 *bis*), se tengan que aplicar, además de las generales de los artículos 80 y ss. del Código, las reglas concretas que este precepto contempla⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Otros autores lo definen como un «régimen especial» o como un «régimen particular». Entre ellos, ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, en *Compendio de Derecho penal...*, pp. 525 y 547.

⁴⁷⁷ Estas reglas adicionales han sido calificadas de diferente forma por la doctrina: ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 99, las considera «reglas complementarias»; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 622, las califica de «especiales condiciones»; mientras que ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, en *Compendio de Derecho penal...*, pp. 547, hablan de «requisitos adicionales y específicos para garantizar el pago». RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 10, es más genérica, al hablar de «determinadas reglas».

Entiendo que esta remisión junto con las reglas concretas que lo desarrollan, supone un plus reforzado respecto de la normativa general que contempla la figura de suspensión en nuestro sistema, si bien pudiera parecer innecesario llegando a desvirtuar la propia naturaleza de la suspensión⁴⁷⁸.

La primera de las reglas que contiene este precepto no es sino una especificación de la regla general de los artículos 80 y ss. del Código penal, referida a la necesidad de satisfacción de la responsabilidad civil derivada de la infracción penal cometida, en los siguientes términos:

Art. 308 *bis* 1. pños. 2º, 3º y 4º. Regla 1ª. “La suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta requerirá, además del cumplimiento de los requisitos regulados en el artículo 80, que el penado haya abonado la deuda tributaria o con la Seguridad Social, o que haya procedido al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer la deuda tributaria, la deuda frente a la Seguridad Social o de proceder al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas y las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido. La suspensión no se concederá cuando conste que el penado ha facilitado información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio”.

La resolución por la que el juez o tribunal concedan la suspensión de la ejecución de la pena será comunicada a la representación procesal de la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral, de la Seguridad Social o de la Administración que hubiera concedido la subvención o ayuda”.

⁴⁷⁸ A favor de esta reforma, RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 10, quien considera que “[...] Puede pensarse que estamos ante una norma superflua en cuanto que repite la general del artículo 80.2.3ª CP, pero considero que se trata de algo más y que el legislador quiere dar otra vuelta de tuerca en la línea de las reformas que viene realizando en los delitos contra la Hacienda desde el año 2007”. Sin embargo hay autores que critican esta reforma, entre otros, ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 99, quien considera que “[...] el artículo 308 *bis* del Código penal, introducido por la Ley orgánica 1/2015, contempla un régimen [...] de desordenada ubicación sistemática, ya que el artículo 310 también contiene una prisión suspendible y puede presuponer en sus letras c) y d) el impago de una deuda tributaria así como una responsabilidad civil, por ello debería haber sido numerado como 310 *bis* o *ter*, en la medida en que el «incremento de cargos» o la «disminución de abonos» comporta un perjuicio patrimonial. En igual sentido CANO CUENCA, “Suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 355, cuando señala que “El legislador en este punto fija como requisito el abono de la deuda tributaria a la Hacienda pública o con la Seguridad social o el reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas como si lo distinguiera de la responsabilidad civil derivada de cada uno de los delitos contra la Hacienda pública o la Seguridad social y fraude de subvenciones”.

Se exige en este tipo de delitos, dado su carácter eminentemente patrimonial y defraudatorios (o bien a la Agencia Tributaria o bien a la Seguridad Social), que el penado, además de cumplir con las exigencias generales del artículo 80 del Código, haya «abonado la deuda tributaria o con la Seguridad Social o bien que haya procedido al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas». Como digo, es otra forma de exigir que el reo haya cumplido con la responsabilidad civil derivada de su infracción, si bien con cualificada, en la medida en que la expresión «deuda tributaria o con la Seguridad Social» es un concepto más amplio que el de «responsabilidad civil». Lo anterior comprende el importe de la deuda tributaria o con la Seguridad Social que la Administración no haya liquidado por prescripción u otra causa en legal, incluidos los intereses de demora⁴⁷⁹.

Si bien, en la misma dinámica que prevé el artículo 80.2.3ª párrafo segundo del Código, se entenderá cumplido este trámite cuando el penado asuma un «compromiso de pago y sea razonable que el mismo será cumplido»⁴⁸⁰. Nuevamente se plantea el debate de qué cabe entender por «compromiso suficiente de pago» y «que sea razonable que el mismo será cumplido». En este punto indicar que todo lo detallado sobre estas cuestiones al abordar la problemática del artículo 80.2.3ª del Código, tiene aplicación, por lo que me remito a lo ya expuesto.

Únicamente añadir a lo anterior que, en estos casos, quien ejecuta la deuda es la propia Agencia Tributaria o bien la Seguridad Social, por lo que si estas entidades no entienden cumplido ese «compromiso de pago», ¿sería posible acordar la suspensión de la pena? No se debe olvidar que en todo caso el carácter de la suspensión, por remisión expresa de este precepto a las reglas del Capítulo III, del Título III, del Libro I de este Código, es ante todo facultativo. Es el órgano judicial quien valorando el conjunto de elementos y condiciones resolverá sobre la suspensión de la pena. A pesar de ello, parece poco probable que, en la práctica, el juez o tribunal estime suficiente ese

⁴⁷⁹ Si bien la doctrina considera que ese concepto de «deuda tributaria o con la Seguridad Social» deberá de “interpretarse restrictivamente, no comprendiendo otras deudas tributarias o de la Seguridad Social distintas a la que motivó la condena”, entre otros así lo considera RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 10.

⁴⁸⁰ Como apunta TÉLLEZ AGUILERA, “El Libro primero del Código Penal...”, p. 8, dispone que “En materia de responsabilidad civil, el nuevo art. 308 bis introduce la expresa previsión, en relación con relación los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social, de exigir, como regla general para acceder a la suspensión, que el penado haya abonado la deuda tributaria o la que tuviera contraída contra la Seguridad social, si bien se permita dar por cumplido éste requisito si el penado se compromete a abonarla y se entienda razonable esperar que así será”.

compromiso de pago cuando la propia Agencia Tributaria o la Seguridad Social, no entienda que se ha cumplido con dicho compromiso, pero en principio, el Código no lo impide.

En relación con lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 126 del Código establece que los pagos que se efectúen por el penado primero han de destinarse a la reparación e indemnización y sólo en último lugar a la multa, el art. 80.2.3^a, aunque primero exige como condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución «que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado», supone que ello será «salvo que el juez declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas»⁴⁸¹. Siendo esto así, debe considerarse que tampoco cabrá que se satisfaga la multa impuesta.

A pesar de todo lo anterior, aun cuando la Agencia Tributaria o la Seguridad Social manifiesten que el «compromiso de pago» no ha sido suficiente la facultad de concesión de la suspensión de la ejecución de la pena le sigue correspondiendo al juez, quien en todo caso, mediante resolución motivada, resolverá sobre la suspensión. Parece poco probable que teniendo un informe negativo de la Agencia Tributaria o de la Seguridad Social el juez de vaya a pronunciar a favor de la suspensión. Pero esa es la esencia del carácter facultativo de la figura en la que el juez no está vinculado por el informe que se emita siempre y cuando, eso sí, motive razonadamente por qué se aparta de esa valoración.

Además se condiciona el compromiso de pago, al igual que el artículo 80.2.3^a párrafo segundo a la capacidad económica del penado si bien no se fija un plazo en el que dicho compromiso de pago haya de ser efectivo. Ante el silencio del Código en este aspecto me muestro partidaria de acudir a las reglas generales sobre la suspensión de la pena siendo dicho plazo fijado por el juez de forma proporcional y por aplicación directa del propio artículo 80.2.3^a párrafo segundo. Quizá por eso se entiende que ejecuta la Agencia Tributaria o la Seguridad Social al no fijarse un plazo concreto⁴⁸².

⁴⁸¹ Además, como señala SÁNCHEZ YLLERA, en VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal...*, p. 480, debe recordarse que durante la fase de instrucción el juez o tribunal debe tratar de afianzar la responsabilidad civil derivada del hecho y que si el penado es solvente se ejercerá la vía de apremio sobre sus bienes.

⁴⁸² La doctrina critica esa regulación especial del artículo 308 *bis*, por todos, ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 102, cuando indica que “En mi opinión, el régimen especial de

Art. 308 *bis* 1. Regla 2^a. “El juez o tribunal revocarán la suspensión y ordenarán la ejecución de la pena, además de en los supuestos del artículo 86, cuando el penado no dé cumplimiento al compromiso de pago de la deuda tributaria o con la Seguridad Social, al de reintegro de las subvenciones y ayudas indebidamente recibidas o utilizadas, o al de pago de las responsabilidades civiles, siempre que tuviera capacidad económica para ello, o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio. En estos casos, el juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la concesión de la libertad condicional”.

Esta regla segunda contiene causas concretas de revocación de la suspensión de la pena que se añaden, en el caso de estos delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, a las causas generales de revocación del artículo 86 del Código. Expresamente se dice que se revocará la suspensión «cuando el penado no dé cumplimiento al compromiso de pago de la deuda tributaria o con la Seguridad Social, al de reintegro de las subvenciones y ayudas indebidamente recibidas o utilizadas, o al de pago de las responsabilidades civiles». Pero condiciona esta revocación a la verdadera capacidad económica del reo así como a que facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio⁴⁸³.

La última referencia del artículo obliga a comunicar (notificar) la resolución por la que el juez o tribunal conceda la suspensión de la ejecución de la pena a la representación procesal de la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral, de la Seguridad Social o de la Administración que hubiera concedido la subvención o ayuda. Así se deduce cuando exige que el juez oiga previamente a estas Administraciones antes de resolver lo que considere sobre el fraccionamiento de pago de dicha deuda en beneficio del penado. Si bien entiendo que dicho fraccionamiento ha de ser, tanto en

suspensión contenido en el artículo 308 *bis* debería derogarse, sobre todo al «erigir en causa legal excluyente» de la suspensión el suministro de información inexacta o insuficiente, que en el régimen general se configura como motivo de revocación, trato desigual injustificable, máxime «cuando la ejecución de la responsabilidad civil se ha confiado por el legislador a la propia Administración Tributaria», llegando incluso a señalar que debería derogarse. En igual sentido se pronuncia DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español...*, p. 656, al señalar que “[...] mezcla un nuevo requisito, el abono de deudas y reintegro de ayudas, con otro ya existente”, como es el pago de la responsabilidad civil”, si bien su contenido no es exactamente el del régimen de la suspensión de la pena. A pesar de ello llega a concluir que “[...] resulta, incongruentemente, menos estricto que en la formulación de la modalidad excepcional”.

⁴⁸³ Profundizando sobre la cuestión se pronuncia CANO CUENCA, “Suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 356, cuando dice que “El legislador [...] penaliza la falta de colaboración del penado y, de esta forma, deniega la suspensión cuando conste que el penado ha facilitado información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio. Sin embargo, en el proceso penal, el acusado inicialmente acusado después tiene derecho a defenderse de la acción penal y de la acción civil ejercitadas por el Ministerio fiscal y las acusaciones particulares, en su caso”, lo cual deber ser impedimento

tiempo como en cuantía, proporcional a la defraudación realizada⁴⁸⁴. Así lo contempla este precepto:

Art. 308 *bis* 2. “En el supuesto del artículo 125, el juez o tribunal oirán previamente a la representación procesal de la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral, de la Seguridad Social o de la Administración que hubiera concedido la subvención o ayuda, al objeto de que aporte informe patrimonial de los responsables del delito en el que se analizará la capacidad económica y patrimonial real de los responsables y se podrá incluir una propuesta de fraccionamiento acorde con dicha capacidad y con la normativa tributaria, de la Seguridad Social o de subvenciones”.

No se desconoce que esta previsión ya existía en el apartado 3º de la Disposición Adicional 10ª de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria que señala:

Disp. Adicional 10ª. 3. “Cuando se hubiera acordado el fraccionamiento de pago de la responsabilidad civil o de la multa conforme al artículo 125 del Código Penal, el juez o tribunal lo comunicará a la Administración Tributaria. En este caso, el procedimiento de apremio se iniciará si se incumplieran los términos del fraccionamiento”.

Se trata por tanto de adaptar el Código penal a la realidad que ya aplicaba la propia Ley General Tributaria. De igual modo, en consonancia con lo anterior, la propia L.O. 1/2015 modifica el párrafo cuarto del artículo 990 de la LECRIM, en el siguiente sentido:

Art. 990. pfo. 4º. “En los supuestos de delitos contra la Hacienda pública, contrabando y contra la Seguridad Social, los órganos de recaudación de la Administración Tributaria o, en su caso, de la Seguridad Social, tendrán competencia para investigar, bajo la supervisión de la autoridad judicial, el patrimonio que pueda llegar a resultar afecto al pago de las responsabilidades civiles derivadas del

⁴⁸⁴ No se desconoce que las cuantías para cometer un delito de defraudación a la Agencia Tributaria o a la Seguridad Social, han de superar los ciento veinte mil euros, por lo que tanto el compromiso de pago como el posible fraccionamiento ha de ser proporcional a la cuantía defraudada. En caso contrario se trataría de un compromiso ficticio realizado únicamente con la intención de no cumplir la pena. De hecho el propio precepto se remite al artículo 125 del Código relativo a la posibilidad de fraccionamiento de pago cuando los bienes del penado no sean suficientes para satisfacer la totalidad de las responsabilidades civiles, señalando que:

Art. 125. “Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el Juez o Tribunal, previa audiencia al perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos”

delito, ejercer las facultades previstas en la legislación tributaria o de Seguridad Social, remitir informes sobre la situación patrimonial, y poner en conocimiento del juez o tribunal las posibles modificaciones de las circunstancias de que puedan llegar a tener conocimiento y que sean relevantes para que el juez o tribunal resuelvan sobre la ejecución de la pena, su suspensión o la revocación de la misma”.

Todas estas modificaciones tienen un objetivo común: adaptar el Código a la realidad de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en los que el afán defraudatorio es un elemento del tipo consustancial a estos delitos. Se pretende por el legislador que no solo se satisfaga la responsabilidad civil como decía sino que, al aludirse expresamente a la deuda tributaria o a la Seguridad Social, el legislador quiere asegurar estos pagos, para garantizar la indemnidad de la Hacienda pública, la Seguridad Social o las instituciones que conceden subvenciones⁴⁸⁵.

C. Breve mención a otros supuestos de suspensión de la ejecución de las penas no regulados en el Código penal español.

Como es sabido el Código penal no es la única Ley que permite y regula la figura de la suspensión de la ejecución de la pena. No es objeto de esta tesis realizar un estudio pormenorizado de las normas que regulan estos otros supuestos, si bien creo necesario apuntar cuáles son.

El primero de esos casos normados fuera del Código penal, se regula en la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁴⁸⁶. Si el propio artículo 19 del Código penal remite expresamente a esta Ley Orgánica cuando un menor de edad cometa un hecho delictivo, parece lógico que se prevea la figura de la suspensión de la medida (que no pena) cuando los hechos sean cometidos por un menor de edad. La base de la suspensión en estos casos se encuentra en el artículo 40 de la L.O. 5/2000, con el siguiente contenido:

⁴⁸⁵ CANO CUENCA, “Suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 355.

⁴⁸⁶ Esta Ley Orgánica que entró en vigor el 13 de enero del 2001, sustituye al Decreto de 11 de junio de 1948 que fue reformado por los Decretos de 19 diciembre 1969 y 26 febrero 1976 y por la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, a resultas de la STC 36/1991, de 14 febrero, que declaró inconstitucional una gran parte de las normas reguladoras del anterior procedimiento. Además, deben tenerse presentes las diferentes SSTC entre otras, 1/1990, de 5 de abril; 36/1991, de 14 de febrero; 211/1993, de 23 de junio; 233/1993, de 12 de julio; así como 60/1995, de 17 de marzo; entre otras, que han delimitado de forma constante cuáles son las exigencias constitucionales del enjuiciamiento de los menores.

Art. 40. “1. El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, y oídos en todo caso éstos, así como el representante del equipo técnico y de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá acordar motivadamente la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, cuando la medida impuesta no sea superior a dos años de duración, durante un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años. Dicha suspensión se acordará en la propia sentencia o por auto motivado del Juez competente para la ejecución cuando aquélla sea firme, debiendo expresar, en todo caso, las condiciones de la misma. Se exceptúa de la suspensión el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta.

2. Las condiciones a las que estará sometida la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia dictada por el Juez de Menores serán las siguientes:

a) No ser condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión, si ha alcanzado la mayoría de edad, o no serle aplicada medida en sentencia firme en procedimiento regulado por esta Ley durante el tiempo que dure la suspensión.

b) Que el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones.

c) Además, el Juez puede establecer la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socio-educativa, recomendada por el equipo técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores en el precedente trámite de audiencia, incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo.

3. Si las condiciones expresadas en el apartado anterior no se cumplieran, el Juez alzaré la suspensión y se procederá a ejecutar la sentencia en todos sus extremos. Contra la resolución que así lo acuerde se podrán interponer los recursos previstos en esta Ley”.

Se configura la suspensión, al igual que en el Código penal, como una figura de carácter facultativo, que puede ser acordada por el órgano judicial competente, en aquellas medidas impuestas en sentencia que no sea superiores a dos años de duración. Se prevé igualmente un plazo de suspensión que tendrá un máximo de dos años, durante el cual deberá cumplir una serie de condiciones que el propio precepto contempla; de lo contrario se alzaré la suspensión y se procederá a la ejecución de la medida suspendida. La esencia de la institución es la misma que en el Código penal, pero necesariamente

adaptada en cuanto a plazos y condiciones al sujeto al que va dirigido (mayores de catorce y menores de dieciocho años).

El segundo caso es el de la suspensión de la pena prevista en el artículo 44 del Código penal militar. Cabe destacar que el anterior Código penal militar aprobado por L.O. 13/1985, de 9 de diciembre, establecía en este precepto que:

Art. 44. “Se confiere a los Tribunales y Autoridades Judiciales Militares la facultad de otorgar motivadamente por sí o por ministerio de la Ley a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta”.

Sin embargo el Código penal militar vigente, aprobado por la L.O. 14/2015, de 14 de octubre, dispone:

Art. 44. “1. Los Tribunales Militares podrán aplicar las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad previstas en el Código Penal, incluida la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

2. Para la adopción de dichas medidas los Tribunales Militares estarán a lo dispuesto en el Código Penal.

3. La libertad condicional se aplicará conforme a lo establecido en el Código Penal”.

Ha tenido por tanto que esperarse hasta el año 2015 para que el Código penal militar se adaptara al Código penal de 1995 en lo relativo a la suspensión de la pena. La mención que el anterior Código penal militar hacía a «la facultad de otorgar motivadamente por sí o por ministerio de la Ley» lo era en vidente conexión con el Texto refundido de 1973, vigente en el momento de su publicación, momento en el que aun estaba en vigor en España la condena condicional en sus dos versiones que he estudiado en el presente trabajo: condena condicional otorgada *ex arbitrio* y condena condicional decretada *ex necessitate legis*.

En este caso el Código penal militar se remite a lo dispuesto en el Código penal para aplicar lo que sigue denominando «formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad» y que se corresponde con la rúbrica del Capítulo III titulado “De las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad y del a libertad condicional”, dentro del Título III del Código. No obstante debe tenerse en cuenta todo lo dicho hasta ahora sobre la L.O. 1/2015 de modificación del Código en esa búsqueda

de unificación legislativa. En todo caso, como este artículo 44 del Código penal militar se remite expresamente al Código penal en todos los aspectos, todo lo manifestado tiene igualmente aplicación a este supuesto.

En tercer lugar estaría la conocida como «suspensión de los beneficios de la suspensión durante la vigencia del estado de excepción», regulada en el artículo 30.2 de la L.O. 4/1981, de 4 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio⁴⁸⁷, con el siguiente contenido:

Art. 30. “1. Si durante el estado de excepción el Juez estimase la existencia de hechos contrarios al orden público o a la seguridad ciudadana que puedan ser constitutivos de delito, oído el Ministerio Fiscal, decretará la prisión provisional del presunto responsable, la cual mantendrá, según su arbitrio, durante dicho estado.

2. Los condenados en estos procedimientos quedan exceptuados de los beneficios de la remisión condicional durante la vigencia del estado de excepción”.

Se trata como digo, de la suspensión de los beneficios de la suspensión durante la vigencia del estado de excepción, que impide que los condenados por delitos contra el orden público⁴⁸⁸ o a la seguridad ciudadana durante el Estado de excepción, puedan obtener los beneficios de la remisión condicional de la pena. Es un supuesto de aplicación limitada a los casos en los que se haya decretado previamente un Estado de excepción. Como apunte indicar que el 24 de enero del 1969, el Gobierno español decretó por primera vez desde el final de la guerra civil española el Estado de excepción en toda España. Desde entonces el Gobierno no ha recurrido a esta vía, por lo que no ha tenido efectividad la aplicación de este ni de ningún otro precepto de la Ley.

Sin desmerecer los supuestos anteriores, sin duda, el caso más relevante, es el relativo a la suspensión de los efectos de la sentencia condenatoria en caso de interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Prevé el artículo 56

⁴⁸⁷ Como es sabido esta L.O. 4/1981, viene a desarrollar el artículo 116.1 de la CE en relación con el artículo 55 de la CE ubicado en el Capítulo V rubricado precisamente “De la suspensión de los derechos y libertades”. El caso concreto puesto de relieve no se refiere a la suspensión de esos derechos y libertades sino, únicamente, a lo contenido en ese artículo 30.2.

⁴⁸⁸ Sobre este concepto, FERNÁNDEZ VALVERDE, “Expulsión de ciudadano extranjero por motivos de orden público”, pp. 1 y ss.

de la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁴⁸⁹, la posibilidad de suspender los efectos de la sentencia condenatoria hasta que se resuelva lo que proceda sobre el recurso de amparo interpuesto. A pesar de prever esta posibilidad, lo cierto es que la regla general es que la interposición del recurso de amparo no suspenderá la ejecución de la sentencia condenatoria. Así se contempla en el apartado primero cuando dice:

Art. 56.1. “La interposición del recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados”.

Creo que el motivo es claro. Si toda interposición de un recurso de amparo conllevara, implícitamente y por disposición legal, la suspensión de la pena impuesta en sentencia, se produciría un abuso en la utilización de este recurso con claro interés suspensivo del procedimiento por un lado y dilatorio por otro; por no hablar de que se produciría una perturbación de la función jurisdiccional encomendada a los órganos judiciales⁴⁹⁰. Consecuentemente con lo anterior, para que la interposición del recurso de amparo conlleve la suspensión de los efectos de la sentencia condenatoria, se tienen que dar dos condicionantes: en primer lugar que la ejecución de dicha sentencia haya de producir «un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad»; y en segundo lugar, que «la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona». Así lo contempla el artículo 56.2 de la LOTC:

Art. 56.2. “Ello no obstante, cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la

⁴⁸⁹ Esta L.O. 2/1979, viene a desarrollar el artículo 165 de la CE ubicado en el Título IX rubricado “Del Tribunal Constitucional”, que entró en vigor el 25 de octubre de 1979 y fue la segunda Ley Orgánica aprobada después de la creación de este tipo de Leyes por la Constitución, solo por detrás de la L.O. 14/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

⁴⁹⁰ Sobre la interpretación de este artículo 56 del a LOTC se ha pronunciado, entre otros, el Tribunal Constitucional en sus AATC 273/2007, de 4 de junio y 318/2008, de 8 de octubre. En el primero de ellos indicaba que “En la interpretación de dicho precepto este Tribunal viene haciendo hincapié en el hecho de que, cuando el amparo constitucional se solicita respecto de resoluciones judiciales firmes, la suspensión de su ejecución entraña siempre en sí misma una perturbación de la función jurisdiccional, que comprende la potestad de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), a la vez que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva de las demás partes procesales, quienes se ven privadas de la efectividad del pronunciamiento favorable a sus pretensiones. Consecuentemente la regla general debe ser la improcedencia de la suspensión, que se configura así como una medida provisional de carácter excepcional y de aplicación restrictiva (entre otros, AATC 64/2001, de 26 de marzo y 4/2006, de 16 de enero)”.

suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona”.

Se trata por tanto de dos límites y ambos han de concurrir, teniendo carácter cumulativo. En principio, pues, no procede la suspensión de las resoluciones judiciales, por la perturbación de la función jurisdiccional que la misma supone excepto que el recurrente acredite suficientemente la irreparabilidad que para sus derechos fundamentales pudiera tener la ejecución, privando al amparo de su finalidad y que la suspensión no produzca las perturbaciones graves a las que se refiere el artículo 56 de la LOTC. En este sentido por perjuicio irreparable se ha de entender, como fija el ATC 273/2007, anteriormente aludido “aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado resulte tardío y convierta el amparo en meramente ilusorio y nominal (por todos, AATC 170/2001, de 22 de junio; 9/2003, de 20 de enero; y 338/2005, de 26 de septiembre)”.

En caso de que así se estime, los magistrados del Tribunal Constitucional procederán a la suspensión de la sentencia en tanto no se resuelva sobre el recurso planteado, aplicándosele el resto de circunstancias que dispone el precepto⁴⁹¹.

⁴⁹¹ Dispone el resto del artículo 56 de la LOTC lo siguiente:

Art. 56. “3. Asimismo, la Sala o la Sección podrá adoptar cualesquiera medidas cautelares y resoluciones provisionales previstas en el ordenamiento, que, por su naturaleza, puedan aplicarse en el proceso de amparo y tiendan a evitar que el recurso pierda su finalidad.

4. La suspensión u otra medida cautelar podrá pedirse en cualquier tiempo, antes de haberse pronunciado la sentencia o decidirse el amparo de otro modo. El incidente de suspensión se sustanciará con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, por un plazo común que no excederá de tres días y con el informe de las autoridades responsables de la ejecución, si la Sala o la Sección lo creyera necesario. La Sala o la Sección podrá condicionar la denegación de la suspensión en el caso de que pudiera seguirse perturbación grave de los derechos de un tercero, a la constitución de caución suficiente para responder de los daños o perjuicios que pudieran originarse.

5. La Sala o la Sección podrá condicionar la suspensión de la ejecución y la adopción de las medidas cautelares a la satisfacción por el interesado de la oportuna fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieren originarse. Su fijación y determinación podrá delegarse en el órgano jurisdiccional de instancia”

6. En supuestos de urgencia excepcional, la adopción de la suspensión y de las medidas cautelares y provisionales podrá efectuarse en la resolución de la admisión a trámite. Dicha adopción podrá ser impugnada en el plazo de cinco días desde su notificación, por el Ministerio Fiscal y demás partes personadas. La Sala o la Sección

En este contexto, insistir, como ya hacía al analizar el indulto al comienzo de este apartado, aunque un estudio más detallado se realizará al analizar las causas de interrupción de la prescripción de la pena, que el Tribunal Constitucional declaró que la suspensión de la ejecución de la pena, por razones de tramitación de un indulto o de un recurso de amparo, no era causa de interrupción de la prescripción (entre otras, en las SSTC 97/2010, de 15 de noviembre; 109/2013, de 6 de mayo; o 192/2013, de 18 de noviembre). Pero, en principio, sí que admitió el criterio de la jurisdicción ordinaria en el sentido que la figura de la suspensión de la ejecución de la pena regulada en el Código Penal constituía una modalidad alternativa al cumplimiento in natura de las penas privativas de libertad y, como consecuencia de ello, que “el hecho de que no se compute la prescripción durante la suspensión de la ejecución no contraviene la finalidad constitucional asociada al instituto prescriptivo” (STC 180/2014, de 3 de noviembre). Sin embargo, en algunas resoluciones se indicaba que al existir un silencio legal sobre la cuestión, las decisiones contrarias a la prescripción debían de tener una motivación reforzada y si se consideraba que no cumplían el canon se concedía el amparo solicitado (SSTC 152/2013, de 9 de septiembre; 63/2015, de 13 de abril, esta última con un voto particular). En otras sentencias se denegó el amparo al estimar que las resoluciones dictadas habían sido respetuosas con el canon de motivación reforzada establecido por este Tribunal en materia de prescripción (por todas, STC 81/2014, de 28 de mayo). Como digo, un mayor análisis será realizado al estudiar la interrupción de la prescripción de la pena.

4. Plazo de suspensión en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

A. Plazo de suspensión.

Si en los anteriores apartados me he dedicado no solo a exponer los requisitos y condiciones que han de concurrir para que el órgano judicial resuelva favorablemente sobre la concesión de la suspensión de la pena, sino a analizar las cuestiones más problemáticas que genera su aplicación por los tribunales, ahora me voy a detener en el conocido como «plazo de suspensión». Cuando el juez o tribunal suspenda la ejecución

resolverá el incidente mediante auto no susceptible de recurso alguno”.

de la pena privativa de libertad puede condicionar dicha suspensión a alguna de las reglas de conducta o medidas de los artículos 83 y 84 que analizaré en el apartado correspondiente. Pero lo que en todo caso debe imponer es un «plazo de suspensión». Se trata por tanto de un elemento inexcusable y consustancial a la propia naturaleza de la suspensión de la pena y que se impone en todas las modalidades de suspensión del artículo 80 del Código.

Tradicionalmente el «plazo de suspensión» era definido como el «período de prueba impuesto por el juez, una vez acordada la suspensión de la ejecución de la pena, durante el cual el condenado tenía la obligación de no delinquir bajo apercibimiento de que, en caso contrario, se revocaría la suspensión otorgada teniendo que cumplir tanto la pena suspendida como la nueva pena que había generado esa revocación». *A sensu contrario*, «si en ese plazo, el sujeto no delinquía se producía la remisión definitiva de la pena»⁴⁹². Si bien la esencia y el espíritu del plazo de suspensión siguen siendo los mismos, siendo un período de prueba durante el cual se observa la conducta del reo, lo cierto es que la reforma de 2015 ha supuesto un cambio radical en su configuración, modificando el contenido de estos preceptos. En concreto y por lo que respecta al artículo 81 del Código penal, la nueva redacción dada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, es la siguiente:

Art. 81. “El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el juez o tribunal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80.

En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años”.

En esta redacción se mantiene el plazo de suspensión que ya se regulaba con anterioridad (de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años y de tres meses a un año para las penas leves conforme al anterior artículo 80.2

⁴⁹² Con anterioridad a la reforma destaca, por su claridad y precisión GARCÍA SAN MARTÍN, “Las prohibiciones de comunicación y de aproximación...”, p. 20, cuando indicaba que “Como condición imperativa a la que quedaría inexcusablemente sometido [...] el beneficiario de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y durante toda la extensión del plazo por el que es concebida, la proscripción de volver a delinquir; condición que es vinculante desde el término inicial hasta el término final del plazo por el que es concedido el beneficio [...]”. No obstante cabe precisar que la L.O. 1/2015, también ha venido a modificar este extremo toda vez que la reiteración delictiva, no siempre será causa de revocación de la suspensión concedida. Profundizaré en esta cuestión en el apartado correspondiente al analizar el actual artículo 86 del Código referido a las causas de revocación.

del Código⁴⁹³; y de tres a cinco años si la suspensión hubiera sido acordada para drogodependientes *ex* artículo 80.5 del Código tal como ya disponía el anterior artículo 87.3 del mismo⁴⁹⁴). Por lo tanto los plazos se mantienen, como indicaba, si bien se producen varias modificaciones en el precepto. Si bien, antes de exponer esas modificaciones me gustaría precisar que en esa doble distinción que hace el párrafo primero del artículo 81, la segunda mención (plazo de suspensión de tres meses a un año para las penas leves) ya estaría subsumida en la primera (plazo de suspensión dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años), por lo que en la redacción actual “parece admitirse la suspensión de penas leves no privativas de libertad”⁴⁹⁵. A mi juicio nada más lejos de la realidad. Si bien en este punto el legislador no es muy riguroso técnicamente hablando, de la redacción no se puede interpretar que se puedan suspender penas (aunque sean leves) no privativas de libertad. Si una cosa tiene clara el legislador es que la figura de la suspensión va dirigida a las «penas privativas de libertad» (y, en algunos casos, como el artículo 80.3 para la suspensión sustitutiva o el artículo 89 para la sustitución de la pena a extranjeros por expulsión del territorio nacional, no a todas las penas privativas de libertad sino solo a las penas de prisión). El único supuesto en el que se puede suspender cualquier clase de pena, sin someterla a ningún otro requisito, es en la suspensión para enfermos muy graves con padecimientos incurables del artículo 80.4 del Código. En el resto de supuestos deberá tratarse, necesariamente, de penas privativas de libertad.

⁴⁹³ Recordar que el artículo 80.2 del Código recogía con anterioridad a la reforma disponía que:

Art. 80.2. “El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena”.

⁴⁹⁴ Disponía el artículo 87.3 con anterioridad a la reforma que:

Art. 87.3. “La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años”.

⁴⁹⁵ Criticando esta posibilidad ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 64, manifiesta que propuso el cambio de esa redacción sin éxito. Si bien considera, siguiendo a PERIS RIERA que se trata de una “referencia «puramente gramatical y de estilo» la cual no permite entender que puedan suspenderse todas las penas leves, ya que prevalece la referencia a las penas privativas de libertad registrada en las rúbricas del capítulo y de la sección así como en el artículo 80.1. Debe, pues, interpretarse que el Código penal alude a las penas leves «privativas de libertad», ya que sería irrazonable entender que el legislador únicamente admite la suspensión de las penas privativas de derechos y de la multa cuando constituyan penas leves”.

Además, como es sabido y recuerda QUINTERO OLIVARES, la redacción inicial del Código no distinguía plazos de suspensión para las penas correspondientes a delitos y faltas⁴⁹⁶ sino que fijaba únicamente un plazo de suspensión de dos a cinco años, genéricamente referido a los delitos⁴⁹⁷. Esta falta de distinción era cuestionada por la doctrina⁴⁹⁸. La evolución de este precepto ha hecho que se termine con las injusticias materiales creadas. Si el plazo de suspensión es objetivamente excesivo en proporción con el delito cometido, la suspensión de la pena puede ser considerada más perjudicial para el reo⁴⁹⁹. No obstante no se debe olvidar que el plazo de suspensión se fijará por el órgano judicial atendiendo a los criterios del párrafo segundo del artículo 80.1 del Código; o lo que es lo mismo, no puede ser fijado arbitrariamente sino en proporción a todas las circunstancias que dicho precepto refleja.

En cuanto a las reformas que comentaba, en primer lugar destacar que en la redacción anterior el Código se refería a penas privativas de libertad «inferiores a dos años» y ahora se refiere de penas privativas de libertad «no superiores a dos años»⁵⁰⁰. Esta reforma acaba, por fin, con las disparidades que generaba la redacción anterior. No puedo sino estar a favor de la reforma en este punto. La redacción anterior excluía las penas privativas de libertad de dos años cuando de forma expresa se incluía en los

⁴⁹⁶ QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal*, p. 672.

⁴⁹⁷ Sobre ello profundizan PRATS CANUT y TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLOVARES, *Comentarios al Código penal...*, p. 626.

⁴⁹⁸ SÁNCHEZ YLLERA, en VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código penal...*, p. 466, considera que generaba “periodos de prueba excesivamente largos para hechos penalmente poco significativos”. Por ello la doctrina ha acogido con agrado esta reforma. Entre otros, ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 64.

⁴⁹⁹ Como recuerda ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, pp. 64 y 65, “Así las cosas, en caso de faltas, hasta la Ley orgánica 1/2015, las penas suspendibles eran la responsabilidad personal subsidiaria, de hasta un mes de duración, que procediese del impago de una multa cuya duración no superase los dos meses y la localización permanente. Desde la reforma de 30 de marzo de 2015 las penas leves suspendibles siguen siendo la responsabilidad personal subsidiaria, pero ahora hasta mes y medio de duración, derivada del impago de una multa no superior a tres meses y también la localización permanente, que según la letra h) del artículo 33.4 es pena leve cuando abarque de un día a tres meses, aunque aquí el legislador de 2015 incurre en otra discordancia más al suprimir la mención a la localización permanente de tres meses y un día a seis meses del catálogo de penas menos graves recogido en el artículo 33.3 y a la vez mantener en el artículo 37.1 la duración de la localización permanente en seis meses, ampliada por la reforma de 22 de junio de 2010”.

⁵⁰⁰ Consideraba necesaria esta reforma ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 63. De igual modo, PUENTE SEGURA, *Suspensión y sustitución de las penas*, p. 136, calificaba esta redacción de “antinomia”, mientras que MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ, *Manual práctico sobre la ejecución...*, p. 51, entiende que la redacción era contradictoria.

precedentes artículos 80.1 y 81, condición segunda, que aludían a la posibilidad de que la suspensión alcanzase a «penas privativas de libertad no superiores a dos años».

Además se elimina la alusión a la «previa audiencia de las partes». Si bien he de decir que su eliminación no es tal sino que se traslada al contenido del artículo 82.1 sobre el que posteriormente me detendré⁵⁰¹.

Como adelantaba anteriormente, se tiene en cuenta a la hora de determinar la duración del plazo de suspensión, una serie de criterios que son los que expresamente recoge el artículo 80.1 párrafo segundo del actual Código penal (a saber: circunstancias del delito cometido, circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular el esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las que fueren impuestas). Este elenco de criterios es mucho más concreto y detallado que la redacción anterior que se limitaba a incluir “las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena”⁵⁰². Todos estos elementos ya han sido analizados al estudiar el artículo 80.1 párrafo segundo por lo que me remito a lo ya dicho para evitar reiteraciones. Únicamente señalar que aunque hay autores que entiendan que las diferencias son irrelevantes entre la normativa anterior y la actual en este punto, lo cierto es que “la nueva fórmula sería más amplia”⁵⁰³.

Otra de las cuestiones a tener en cuenta es que se elimina la alusión expresa a que no se ha de delinquir durante el plazo de suspensión que contenía el artículo 87.3. “Esto se debe a la eliminación en todas las modalidades de suspensión, de la prohibición de delinquir durante el período suspensivo, como presupuesto ineludible para disfrutar del beneficio”⁵⁰⁴. Como es sabido, a pesar de que se cometa un nuevo delito la

⁵⁰¹ Sobre esta cuestión ROIG TORRES, “La suspensión de la ejecución de las penas...”, p. 331, indica que “Se prescinde de la audiencia a las partes, supliéndose por la previsión genérica del artículo 82”. En igual sentido RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, pp. 73 y 74. Se muestra crítico con esta “eliminación”, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español...*, p. 663.

⁵⁰² En este sentido consideran GONZÁLEZ CUSSAC y ORTS BERENGUER, *Compendio de Derecho penal...*, p. 539, que los criterios fijados por el legislador ya no son específicos sino que se remite a lo ya contenido en el párrafo segundo del artículo 80.1.

⁵⁰³ MANZANARES SAMANIEGO, *La reforma del Código penal de 2015*, p. 92 que viene a reproducirse en *Comentarios al Código penal...*, p. 363.

⁵⁰⁴ ROIG TORRES, “La suspensión de la ejecución de las penas...”, p. 331.

suspensión se puede mantener siempre que el nuevo delito «no ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no pudiera ser mantenida» *ex* artículo 86.1 a) *a sensu contrario*. Por ello esta eliminación, consciente, es acorde al nuevo régimen de la suspensión de la pena donde la nueva comisión delictiva no siempre es causa de revocación de la suspensión.

Antes de entrar en las cuestiones que se derivan del cómputo de los plazos, que es donde verdaderamente se generan los problemas me gustaría apuntar que también se ha de tener en cuenta que en el caso de que el juez o tribunal acuerde la prórroga del plazo de suspensión por el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones de los artículos 83 y 84 (que no tuvieran el carácter de graves o reiterados en cuyo caso operaría la revocación de la suspensión), desaparece el límite máximo de cinco años del plazo de suspensión, el cual queda sustituido por un límite relativo, *ex* artículo 86.2 b) del Código. Se fija como nuevo límite, una vez acordada la prórroga, que el plazo de suspensión «no podrá exceder de la mitad de duración del que se hubiera inicialmente fijado». Con esta nueva configuración cabe la posibilidad de que un sujeto tenga una suspensión de la pena con un plazo de suspensión que, una vez prorrogado, pueda llegar hasta los siete años y medio (si se le ha fijado inicialmente el tiempo máximo del límite del plazo de suspensión); tiempo, a mi parecer, excesivo y absolutamente desproporcionado precisamente por lo que indicaba anteriormente. Si la diferenciación de plazos de suspensión para las penas leves (privativas de libertad) y para el resto de penas privativas de libertad se diferencia por el artículo 81 párrafo primero atendiendo a la gravedad del delito cometido, no me parece proporcional que el límite máximo en caso de prórroga se fije en la mitad del máximo señalado. Si bien, para paliar esas consecuencias negativas no se debe olvidar que el juez atenderá a los criterios del artículo 80.1 párrafo segundo para su cuantificación, teniendo que tener en cuenta que ese límite máximo que se señale, podrá verse ampliado hasta la mitad de su duración en caso de prórroga de plazo de suspensión.

B. Cómputo de los plazos.

Mientras el artículo 81 del Código regula los plazos de suspensión en los términos que se ha expuesto, el artículo 82.2 regula cómo se ha de realizar el cómputo de dicho plazos. También en esta materia la ha incidido la L.O. 1/2015 de reforma del

Código penal. Esta normativa ha venido a sustituir la doctrina que hasta entonces mantenía el Tribunal Constitucional que computaba el plazo de suspensión «desde la notificación de la resolución en que se concedía». Este criterio se fijó en la STC 251/2005, de 10 de octubre⁵⁰⁵ y estaba basado en la necesidad de notificar personalmente la suspensión de la pena al condenado, no solo para determinar el momento del cómputo del plazo de suspensión, sino también para el caso de que se hubieran impuesto deberes, prohibiciones, medidas o prestaciones de los artículos 83 y 84, que el reo conociera su imposición con obligación de cumplimiento y las consecuencias de su quebranto⁵⁰⁶.

El legislador de 2015, consciente de las discusiones doctrinales relativas al momento a partir del cual comienza a computarse el plazo de suspensión, modifica este precepto y dispone que:

Art. 82.2. “El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme.

No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía”.

Se diferencian dos supuestos: a) si la suspensión de la ejecución de la pena se ha acordado en resolución posterior a la sentencia en todo caso se tendrá en cuenta la fecha de dicha resolución; y en segundo lugar, si la suspensión hubiera sido acordada en

⁵⁰⁵ Esta STC 251/2005, establecía que “La propia dinámica de esta modalidad de contraprestación, por la que el titular del *ius puniendi* se compromete a remitir la pena en la medida en que el penado cumpla la mencionada condición, conduce a concluir que el periodo de prueba a que este último se somete se inicia en el mismo momento en que se notifica la resolución por la que se concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Carecería, en efecto, de sentido dilatar *sine die* dicho inicio a la espera de la resolución de eventuales recursos contra tal decisión por dos principales razones: en primer lugar, porque ello supondría, en este caso concreto, añadir a los dos años de «prueba» preestablecidos el periodo adicional de año y medio que medió entre la conclusión de dicho plazo y la tardía resolución del recurso de apelación presentado contra el Auto de concesión de la suspensión, con la consecuencia de que durante todo ese tiempo se estaría requiriendo del penado que no volviera a delinquir toda vez que de lo contrario la remisión condicional de su condena sería revocada de conformidad con lo establecido en el art. 84 CP; en segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, porque con ello se ocasionaría inseguridad jurídica al penado dado que no podría saber en qué momento exacto debía situar los dos años de prueba establecidos como condición para la remisión de la condena, pues para ello tendría que esperar a la resolución de los recursos presentados contra la decisión concesiva de tal beneficio aun cuando la misma se dilatara varios años”.

⁵⁰⁶ A tales efectos señala RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 74, que es “[...] necesario que el penado tenga conocimiento tanto de la suspensión como de las reglas de conducta que le vinculan, pues no es posible aplicarle las consecuencias legales del incumplimiento en caso de desconocer la obligación de cumplir alguna obligación o medida”.

sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquella hubiere devenido firme.

Pudiera parecer que la nueva redacción es más favorable al reo, puesto que, aun cuando no se le pueda notificar dicha resolución, el cómputo del plazo de suspensión ya habría comenzado; pero realmente le perjudica puesto que si se le han impuesto reglas de conducta desconoce su existencia y alcance por lo que será factible que las incumpla sin saberlo. Hay autores que consideran esta notificación “aconsejable [...] e incluso [...] preceptiva siempre que se impongan deberes o reglas de conducta”⁵⁰⁷. A mi juicio es necesaria en todos los casos, aun cuando el plazo de suspensión haya comenzado a correr antes de esa notificación, desde la fecha de la resolución que la acordó. Si no se concede la suspensión está claro que la notificación ha de ser personal porque al tener que ejecutarse la pena, se está afectando al derecho a la libertad del reo. Pero si la resolución es favorable a la suspensión, sea condicionada o no, considero que también ha de existir notificación personal al condenado, a pesar de que el Código regule que el plazo de suspensión se computará desde la firmeza de la sentencia.

Independientemente de lo anterior, como indicaba, sea o no personal dicha notificación, curiosamente, esa notificación no determina del inicio del cómputo del plazo de garantía conforme a la nueva regulación contenida en el párrafo primero del artículo 82.2 del Código. El propio precepto indica que el plazo de suspensión computará «desde la fecha de la resolución salvo que haya sido acordada en sentencia en cuyo caso el plazo comenzará desde su firmeza»⁵⁰⁸. Lo anterior permite que la concesión de la suspensión pueda acordarse en la misma sentencia o en auto posterior motivado, una vez que el juez recabe toda la información que precise para su

⁵⁰⁷ SÁNCHEZ SISCART, “El nuevo régimen de suspensión...”, p. 7.

⁵⁰⁸ He de indicar que esta nueva regulación acaba con la discusión que anteriormente se producía respecto al inicio del plazo de garantía; esto es, sobre si debía computarse el plazo desde la notificación a la representación procesal o desde la notificación personal al condenado. Lo anterior conllevaba que se daban supuestos en los que atendiendo a la notificación efectuada al procurador el plazo de garantía ya había transcurrido cuando el sujeto cometía un posterior delito, pero no sucedía si atendíamos a la notificación personal; o también se planteaba tal problemática cuando el delito se había cometido en el ínterin entre la notificación a la representación procesal y la personal al condenado, debatiéndose en ese caso el inicio del cómputo del plazo de garantía. Como apunta SÁNCHEZ SISCART, “¿Nuevo régimen de la suspensión...”, p. 8, “La nueva regulación establece una regla fija en cuanto al cómputo del plazo de garantía, estableciendo que si se ha resuelto en sentencia, se estará a la fecha en la que hubiere devenido firme, pero si se otorga en resolución posterior, el plazo se computará desde la fecha de la resolución”. Profundizando sobre esta cuestión CUESTA DEL CASTILLO, “Notificación personal al reo...”, pp. 1 y ss.

pronunciamiento⁵⁰⁹. En el primer caso, por congruencia legal, parece claro que los recursos que caben contra ese pronunciamiento son los mismos que la LECRIM establezca contra esa resolución: así si se trata de una sentencia dictada por un juez de lo penal, cabra recurso de apelación ante la Audiencia Provincial; mientras que si se trata de una sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial, cabrá recurso de casación ante el Tribunal Supremo⁵¹⁰.

Cuestión distinta es si esa suspensión se acuerda en un auto posterior motivado una vez abierta la fase de ejecución de sentencia. En estos casos TENA ARAGÓN considera que “[...] los recursos aplicables son los correspondientes a este tipo de resoluciones y más en concreto los recursos de reforma y de apelación, o este último directamente de acuerdo con lo preceptuado en el art. 766 LECrim y con el trámite establecido en ese precepto”⁵¹¹. Mayor problema plantean los autos dictados por la Audiencia Provincial en ejecución de sentencia dictados por ese órgano colegiado en primera instancia, debido a que la LECRIM sólo establece para esos autos el recurso de súplica ante el mismo órgano. ¿Cabrá entonces interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo?

Como en materia de suspensión de penas, el Código penal no efectúa precisión alguna para que los autos dictados sobre esa materia puedan ser recurridos en casación, el Tribunal Supremo declina esa posibilidad. Así se han pronunciado, las SSTS 950/1999, de 19 de julio; 1597/2000, de 16 de octubre; o 539/2002, de 25 de marzo; entre otras, negando la posibilidad de interponer recurso de casación contra autos relativos a una cuestión de suspensión de condena⁵¹². Lo anterior me lleva a concluir

⁵⁰⁹ Al hilo de esta cuestión, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, “Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución...”, p. 2, indica que “La resolución sobre suspensión de la ejecución exigía la declaración de la firmeza de la sentencia [...] estableciendo la jurisprudencia como fecha de inicio del plazo de suspensión la de la notificación de la resolución judicial, de conformidad con la doctrina del TC [...]. El nuevo art. 82 permite acordarla en sentencia, «siempre que sea posible», o en auto posterior, una vez declarada la firmeza. Por tanto, si se aprecia *ab initio* que concurren los requisitos del art. 80.2 CP, el legislador ha optado por concentrar y agilizar el trámite. Así, ya no queda contraída a los supuestos de conformidad”.

⁵¹⁰ Lo anterior lo es como regla general. Más concretamente podría precisarse que si se trata de la sentencia dictada en un proceso por jurado, cabrá recurso de apelación ante la Sala de lo penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

⁵¹¹ Ahondando sobre esta cuestión, TENA ARAGÓN, “Suspensión y sustitución...”, pp. 25 y ss.

⁵¹² Esta última sentencia, a modo de ejemplo, la STS de 25 de marzo de 2002, niega expresamente la posibilidad de recurrir en casación los autos de las Audiencias Provinciales cuyo contenido sea el relativo a las cuestiones de suspensión de penas señalando que “La primera cuestión que procede examinar, en

consecuencia, es si nos encontramos ante una resolución susceptible de ser recurrida en casación, pudiendo ya anticipar que como se deduce con manifiesta claridad de la normativa procesal vigente y ha declarado con reiteración este Tribunal, los autos dictados en ejecución de sentencia sobre suspensión de condena (art. 80 y siguientes CP. 95) [...] no son recurribles, en casación”. Añade esta sentencia que “Establece el art. 848 de LECRIM, que «Contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, bien con carácter definitivo por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso». Como recuerda la STS 950/1999, de 19 de julio, el art. 95 del Código Penal anterior autorizaba la interposición de recurso de casación en los supuestos en que el tribunal debía necesariamente aplicar, por ministerio de la ley, los beneficios de la remisión condicional. Ahora bien en el Código Penal vigente no existe precepto alguno que autorice dicho recurso, ni existe siquiera el presupuesto que habilitaba para su interposición en el Código penal anterior, pues se han suprimido los supuestos de concesión del beneficio por ministerio de la ley, razón por la cual ante la inexistencia de la autorización legal expresa que exige el artículo 848 de la LECRIM, debe concluirse que los autos resolviendo sobre la suspensión de la ejecución de las penas no son recurribles en casación”. Asimismo la Disposición Derogatoria del Código Penal de 1995, en su apartado 1b), deroga de modo expreso la ley de 17 de marzo de 1908 de condena condicional, con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias, razón por la cual la regulación en esta materia se encuentra limitada en el momento actual a las disposiciones contenidas en la Sección 1ª del Capítulo 3º del Libro I del Código Penal ("De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad"), preceptos en los que no se contempla la posibilidad de interponer recurso de casación contra las resoluciones de las Audiencias, concediendo o denegando la suspensión de la ejecución de las penas. Ha de tenerse en cuenta que los requisitos legalmente establecidos por el art 81 para la suspensión de la condena son "necesarios" pero no suficientes, pues la definitiva concesión de la suspensión, cuando concurren todas y cada una de dichas condiciones, constituye una facultad motivadamente discrecional del Tribunal sentenciador. Es por ello razonable que frente a esta facultad motivadamente discrecional del Tribunal competente para la ejecución, el ordenamiento no conceda la posibilidad de recurrir en casación, pues ello únicamente redundaría en dilaciones injustificadas y en la prolongada inexecución de resoluciones firmes. Si al período de tiempo imprescindible para la resolución de un recurso de casación contra la sentencia se añadiesen nuevos recursos casacionales durante la ejecución, el cumplimiento de la pena privativa de libertad legalmente impuesta se demoraría de tal modo que dejaría de cumplir la función rehabilitadora y de prevención general positiva a la que está orientada legalmente”. Así lo ha entendido reiteradamente el Tribunal Supremo en reiteradas resoluciones tales como los AATS de 12 de noviembre de 1990 y 19 de febrero de 1998; o las SSTS de 20 de noviembre de 1996; 527/1998, de 2 de febrero, 208/2000, de 18 de febrero; 56/2001, de 26 de enero, que inadmiten en todos los casos el recurso de casación frente a los autos denegatorios de la suspensión de condena, como tampoco son recurribles en casación los autos que revocan la suspensión de condena previamente concedida.

Más recientemente, el ATS 486/2016, de 25 de febrero, señala que “Como se deduce con manifiesta claridad de la normativa procesal vigente y ha declarado con reiteración este Tribunal STS 539/2002, de 25 de marzo, los autos dictados en ejecución de sentencia sobre suspensión de condena (art. 80 y ss.) o sustitución de las penas privativas de libertad (art. 88 y ss.) no son recurribles en casación. Establece el art. 848 de la LECRIM que "contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, bien con carácter definitivo por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso””.

En igual sentido se pronuncia el ATS 1548/2016, de 20 de octubre, que indica que “De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Sala -STS 1083/2009, de 3 de noviembre- los pronunciamientos dictados en ejecución de sentencia sobre suspensión y sustitución de las penas de libertad no son susceptibles de recurso de casación, toda vez que no existe disposición legal alguna que autorice tal recurso, tal y como exige el artículo 848 LECRIM. Tras la reforma operada en el Código Penal por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, el artículo 82 CP prevé la posibilidad de que, cuando sea posible, la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena se adopte en sentencia. Esta previsión, sin embargo, no altera la jurisprudencia expuesta. La misma supone una alteración sistemática por razones de economía procesal que no debe afectar a la irrecurribilidad en casación de este tipo de pronunciamientos que, en la mayoría de las ocasiones, dada la necesidad de que consten en autos los presupuestos exigidos por el artículo 80 CP, se adoptará en auto motivado dictado en ejecución de sentencia, previa audiencia de las partes, tal y como prevé el segundo inciso del mismo artículo 82 CP. Por otro lado, los aspectos

que en estos supuestos sólo cabe recurso de súplica. Como es sabido, en el vigente Código penal, la suspensión de condena es exclusiva del tribunal sentenciador que puede concederla o no, en virtud de resolución motivada, habiendo desaparecido la concesión por imperio de la Ley; coherentemente con ello, el Código penal ya no prevé el recurso de casación citado⁵¹³.

Sentado lo anterior, reitero la necesidad de notificación personal al reo de la suspensión de la pena aun cuando el legislador no lo requiera. A mi modo de entender solo con esta interpretación tiene sentido el párrafo segundo del artículo 82.2 del Código referido al supuesto de rebeldía del reo. Recordar que este precepto señala que «No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía», lo que implica que si no se le ha podido notificar la resolución es cuando se entenderá que se encuentra en rebeldía y el cómputo de dicho plazo no se aplicará al cómputo del plazo de suspensión⁵¹⁴. La referencia a la rebeldía la entiendo debida al propio carácter de la suspensión ya que parece ilógico que se pueda ver beneficiado de este cómputo en el plazo de la suspensión quien no se encuentra a disposición del juzgado. No obstante considero que aun cuando así lo prevea de forma expresa el Código ello también rompe con el principio general en base al cual la declaración de rebeldía no es óbice para la concesión de la suspensión de la pena. He de recordar en este punto que desde la Ley de condena condicional de 1908 era necesario como requisito *sine qua non* en el Derecho español para conceder la suspensión de la pena que el reo no hubiera sido declarado en rebeldía; requisito que se mantuvo hasta el Texto refundido de 1973, pero que no se trasladó a la redacción originaria del Código de 1995.

Consecuentemente, el órgano judicial puede otorgar la suspensión de la pena al condenado que estuviere en rebeldía, a pesar de que no esté a disposición del juez⁵¹⁵.

discrecionales de ese tipo de decisiones no son aptos para ser revisados a través de un recurso extraordinario como es el de casación, que solo puede ampararse en los motivos tasados en la ley.

⁵¹³ Lo mismo ocurría con la derogada sustitución de la pena pues también se trataba de una decisión discrecional ajena al control casacional de sus aspectos reglados; por todas, STS de 3 de noviembre de 2009.

⁵¹⁴ Como indica ROIG TORRES, “La suspensión de la ejecución de las penas...”, p. 334, “El tiempo de rebeldía no contará como suspensión, pero no se prevé la revocación del beneficio, de manera que en principio debería mantenerse”.

⁵¹⁵ El problema será diferenciar aquellos casos en los que el reo busca abstraerse de la actuación judicial y en los que, por lo tanto, esa declaración de rebeldía ha sido buscada de propósito de aquellos otros casos

Cuestión distinta será que la declaración de rebeldía impida el cómputo del tiempo que ha estado en rebeldía a efectos de cumplimentar el plazo de suspensión. Además hay que tener en cuenta que si la rebeldía es posterior a la concesión del beneficio se deberá de dictar un auto declarando la rebeldía del sujeto, siendo desde dicho auto cuando no se computará el plazo de suspensión hasta que se dicte, en su caso, un nuevo auto dejando sin efecto la rebeldía declarada con anterioridad. Pero en esta dinámica me pregunto, si ese auto que declara la rebeldía también ha de ser notificado y si se llega a notificar personalmente al penado, ¿aun así no se computa ese plazo dentro del plazo de suspensión? Parece ilógico que se no se le compute ese plazo de suspensión porque está en rebeldía si efectivamente se le ha notificado ese auto de rebeldía. Creo que en la práctica, no siempre se decreta ese auto de rebeldía a pesar de que así lo dispone la LECRIM, por lo que en estos casos el condenado se puede ver beneficiado de todo ese plazo de suspensión.

Además creo conveniente destacar que el órgano judicial no puede revocar la suspensión de la pena por la declaración de rebeldía del reo. Quienes así lo consideran lo fundamentan en inciso segundo del párrafo primero del artículo 86.4 del Código, que dice que el juez «podrá revocar la suspensión de la pena y ordenar el ingreso inmediato en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida o aseguradas la protección de la víctima». A mi juicio la aplicación de este precepto tiene carácter excepcional y no puede ser utilizado en estos casos de rebeldía para revocar la suspensión. Sobre la aplicación de este precepto me detendré al analizar las causas de revocación de la suspensión de la pena en el apartado correspondiente.

Antes de abordar las cuestiones relativas al momento en que se ha de resolver sobre la suspensión de la ejecución de las penas creo necesario hacer un apunte sobre la fecha que se ha de tener en cuenta a la hora de determinar la normativa aplicable a la suspensión de la ejecución de la pena. Sobre esta cuestión mucho se ha debatido y se

en los que el penado simplemente se encuentra en paradero desconocido pero no habiendo sido dicha circunstancia buscada por él. Aunque el resultado sea el mismo, el condenado no está a disposición del juzgado, parece que las consecuencias no debieran ser las mismas. Será responsabilidad del sujeto probar uno u otro supuesto en cada caso concreto. Profundizando sobre esta cuestión se pronuncia ROIG TORRES, “La suspensión de la ejecución de las penas...”, p. 334, señalando que “Por ello, entendemos que la interpretación correcta, será considerar como norma genérica para el cómputo la fecha de la resolución o de la sentencia firme y, en los casos de rebeldía, iniciarlo una vez el penado está localizable y se le puede notificar. En este supuesto, se dilata el inicio del plazo de suspensión, pero esta demora se debe a causas imputables al condenado”.

debate en los tribunales penales españoles existiendo diferentes posturas doctrinales en materia de Derecho transitorio que podrían resumirse en tres.

Por un lado están quienes entienden que la normativa aplicable a los institutos propiamente dichos de la ejecución penal es la que se corresponde con la normativa vigente en la fecha de comisión de los hechos cuya suspensión se pretende. Quienes abogan por esta postura lo hacen en base a la aplicación estricta de la Disposición Transitoria 1ª de la L.O. 1/2015⁵¹⁶ que determina la legislación aplicable para la ejecución de los delitos y faltas, estableciendo que estas infracciones penales se juzgarán «conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión». No obstante, quienes sostienen esta postura entienden que ha de darse audiencia previa al penado. En ese trámite será el reo quien manifestará qué normativa entiende aplicable que, evidentemente, se corresponderá con la que le resulte más beneficiosa. Creo que si bien el Código penal actual exige esa audiencia al reo, ya que en el apartado 3 de la Disposición Transitoria 1ª se dice precisamente que «en todo caso, será oído el reo», ello no implica que el reo tenga facultad de decidir qué normativa se le ha de aplicar ya que, en todo caso, dicha decisión le corresponde al juez competente⁵¹⁷.

La segunda postura es la que defiende que ha de aplicarse la normativa en vigor en la fecha de dictarse la sentencia que contiene la pena que se pretende suspender. A mi juicio este criterio no beneficia en modo alguno al reo y hace depender la normativa aplicable de la mayor o menor celeridad con la que puedan actuar los juzgados, por lo que a mi juicio es inviable.

⁵¹⁶ La Disposición Transitoria 1ª de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo dispone que

Disposición Transitoria 1ª. “1. Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente Ley y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad.

3. En todo caso, será oído el reo”.

⁵¹⁷ Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse las SSTS de 17 de mayo de 2012; 13 de marzo de 2013; y 29 de enero 2016, entre otras.

Por último, cuyo punto de vista comparto, está la postura que entiende que la normativa aplicable a la suspensión es la que existe en el momento de resolver sobre la suspensión, que como insistía antes puede ser en el momento de dictarse sentencia o posteriormente en auto motivado, pero con una matización: en todo caso, se ha de tener en cuenta la normativa más favorable. Lo anterior deriva de la aplicación al artículo 2.2 inciso primero del Código penal que establece que:

Art. 2.2 inciso 1º. “No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo”.

Pero nuevamente teniendo en cuenta que, esa «audiencia previa al reo» a la que alude el precepto, no tiene carácter vinculante para el juez que haya de decidir, quien deberá, igualmente, valorar el resto de circunstancias y decidir cuál ha de ser la normativa aplicable. Sin embargo, la cuestión no queda aquí porque, ¿qué se ha de entenderse por normativa más favorable? Parece que lo más objetivo sea atender a la gravedad de las penas que señale el Código para ver cuál es más favorable, pero no siempre será así por lo que habrá de valorarse caso por caso cual es la pena más favorable al reo⁵¹⁸.

5. Aspectos procesales de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

A. Momento en que se ha de resolver sobre la suspensión de la ejecución de las penas y audiencia a las partes.

La L.O. 1/2015, también ha supuesto una reforma en el artículo 82 del Código. En este caso me quiero centrar exclusivamente en el artículo 82.1 ya que el segundo apartado ha sido analizado anteriormente. A raíz de esta reforma tiene el siguiente contenido:

⁵¹⁸ En este contexto me planteo; entre una pena de prisión y la expulsión del territorio nacional parece menos gravosa la expulsión del territorio nacional porque no cumple pena ni en España ni en su país de origen al que se le expulsa, pero ¿y si el sujeto prefiere que se le imponga la pena de prisión porque no quiere la expulsión? En ese caso ¿qué es más favorable, la expulsión contaría a la voluntad el sujeto o una pena de prisión? Como digo se valorara caso por caso atendiendo a las circunstancias concretas de cada supuesto.

Art. 82.1. “El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia a las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Dispone el actual artículo 82 del Código que, con carácter general, el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena. Como es sabido, con anterioridad a la reforma sólo se contemplaba la resolución de la suspensión en la propia sentencia en los casos de conformidad (artículo 787.6 de la LECRIM). Por lo tanto lo que inicialmente solo estaba previsto para casos concretos se convierte en el “cauce normal”⁵¹⁹. La redacción del precepto tiene carácter imperativo cuando dice «resolverá» y su finalidad es clara: se pretenden eliminar las diversas resoluciones judiciales sobre la suspensión de la pena, que provocaban dilaciones indebidas en el procedimiento⁵²⁰. Por ello lo que se busca es que, siempre que el juez disponga de todos los medios para ello se pronuncie en la misma sentencia sobre si se concede o no la suspensión. Si bien la redacción actual es más clara puesto que la consecuencia real es que se adelanta el pronunciamiento sobre la suspensión a la sentencia condenatoria, sin necesidad de esperar a que sea firme.

Sin embargo, esta mención expresa tiene su matiz en el propio precepto cuando alude a «siempre que ello resulte posible». Lo anterior conlleva que aun cuando lo deseable sea que el órgano judicial se pronuncie en sentencia sobre la suspensión de la pena, no siempre tendrá elementos objetivos suficientes para su valoración; consecuentemente se diferirá a un momento posterior. De ahí que el propio precepto continúe diciendo que «en los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena». Por ello, aun cuando el juez sentenciador no se hubiera pronunciado al respecto, nada se puede oponer precisamente al amparo de este precepto, salvo que se trate de una suspensión *ex* artículo 80.5 párrafo segundo del Código, en cuyo caso, se prevé que el juez sentenciador pueda ordenar la realización de comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento.

⁵¹⁹ Así lo define ROIG TORRES, “La suspensión de la ejecución de la penas...”, p. 332.

⁵²⁰ Se pronuncia al respecto ROIG TORRES, “La suspensión de la ejecución de la penas...”, p. 332, considerando que “De esta forma, tiende a unificarse en un solo fallo tanto la pena impuesta como la decisión relativa a la ejecución”.

Además quiero precisar que la inclusión de la referencia a la sentencia o al auto posterior a su firmeza, no tienen carácter alternativo sino que, como indicaba, la regla general es la resolución en sentencia y solo cuando no resulte posible, se resolverá en auto posterior motivado, una vez devenga firme la sentencia. Por otra parte, parece lógico que cuando el juez se pronuncie en sentencia no será necesaria una audiencia previa a las partes, puesto que la sentencia no es sino el resultado final de un juicio con contradicción en el que ya se habrá dado traslado y se habrá escuchado a las partes. Sin embargo, cuando no se pronuncie el juez en sentencia, el Código exige, con carácter preceptivo, una «previa audiencia a las partes» antes de resolver en auto motivado. Como indica RASILLO LÓPEZ, “Tal audiencia es una exigencia ineludible del derecho de defensa y había sido reclamada en los Informes al Anteproyecto del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado”⁵²¹. Si bien en la regulación derogada se preveía esa audiencia previa expresamente en algunos preceptos⁵²², ahora se prevé con carácter general.

Antes de la reforma de 2015, el supuesto que mayor duda suscitaba era el relativo a si era necesaria la audiencia previa al perjudicado del delito. El Código de 1995, en el momento de su publicación, supeditaba la concesión de la suspensión de la pena, pero en los delitos privados, a la voluntad de la parte ofendida⁵²³. El texto actual no condiciona su concesión a la voluntad de la víctima pero sí que contempla la

⁵²¹ RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de la ejecución de las penas...”, pp. 72 y 73. En este mismo contexto ROIG TORRES recuerda que “[...] en la doctrina se venía reclamando una mayor intervención de las personas implicadas para que pudieran expresar su opinión acerca de la conveniencia de la suspensión, sin limitarla a esos puntos concretos. De hecho, muchos Tribunales permitían a las partes pronunciarse en general sobre la suspensión, o incluso acerca de las distintas formas sustitutivas de la ejecución de la pena”.

⁵²² Cabe destacar que el Código, con anterioridad a la reforma utilizaba diferentes fórmulas para referirse a esta «previa audiencia a las partes». Así los artículos 80.2, 84 y 88.1, utilizaban expresamente la denominación de «previa audiencia de las partes»; el artículo 81.3^a hablaba de «oír a los interesados y al Ministerio Fiscal»; el artículo 87.1 hablaba de «audiencia de las partes» sin catalogarla de previa; mientras que los artículos 86 y 89 del Código, mucho más limitados en su dicción, hablaban respectivamente de «oirán a éste» refiriéndose al «ofendido» y de «previa audiencia del penado».

⁵²³ En este sentido se manifiesta ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 104, al indicar que “Ciertamente, en el antiguo Código penal era lógico requerir la audiencia previa del perjudicado en los delitos perseguibles a instancia de parte, porque su conformidad convertía en preceptiva la suspensión, pero la desaparición de la «condena condicional» por ministerio de la ley hace que la operatividad del artículo 80.6 parezca dudosa y convierte este precepto en innecesario, por lo que la reforma de 30 de marzo de 2015 debería haberlo suprimido al subsumirse la audiencia del ofendido en los delitos perseguibles a instancia de parte en la audiencia previa de todas las partes”. En igual sentido, QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código penal...*, p. 672; o LARRAURI PIJOÁN, “Suspensión y sustitución de la pena...”, p. 209.

necesidad de que exista una «audiencia previa» de conformidad con el artículo 80.6 que dispone que:

Art. 80.6. “En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena”.

En la actualidad una buena parte de la doctrina aboga por la eliminación de este precepto señalando que no se entiende “cuál puede ser el alcance de esa audiencia”⁵²⁴; que es lo mismo que señalar que no añade nada nuevo a la regulación sobre la materia. Aun así se ha dicho que “la opinión favorable del perjudicado podía operar como un dato significativo en orden de pronóstico”⁵²⁵, que la audiencia permitiría informarse mejor sobre la peligrosidad del penado y como ya es preceptiva con carácter general la audiencia de todas las partes en un delito únicamente perseguible previa denuncia o querrela del ofendido se le habrá escuchado necesariamente, de manera que “el precepto solo aporta un plus si se interpreta en el sentido de que se oiga personalmente al ofendido, no bastando su letrado”⁵²⁶.

No puede servir la presente reflexión para criticar que el legislador haya pretendido dar mayor visibilidad a la víctima en el procedimiento, lo cual se puede o no compartir, pero es perfectamente entendible. Quizá lo que se echa en falta es que en ese énfasis de proteger a la víctima se olvida de la otra parte esencial del procedimiento penal que no es otra que el penado. Dice este artículo 80.6 del Código que tratándose de delitos privados (delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido) el juez o tribunal «oirá a este y, en su caso, a quien le represente». ¿Y qué pasa con el reo y con su letrado? ¿No es preceptiva su audiencia? ¿Y si lo es, porque no la recoge el Código?

Como digo parece que este artículo solo pretende dar mayor reconocimiento y visibilidad a la figura de la víctima u ofendido por delito que, por qué no decirlo, ha sido, tradicionalmente, la otra gran olvidada en la figura de la suspensión de la pena. A lo largo de la historia las víctimas del delito han tenido que sufrir el delito y, además,

⁵²⁴ QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código penal español*, p. 606.

⁵²⁵ De nuevo ver QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código penal español*, p. 606.

⁵²⁶ Así lo expone SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Comentarios prácticos al Código penal...*, p. 744.

han visto cómo el Estado concedía la suspensión de la pena, otorgando una segunda oportunidad al reo. Este beneficio se identificaba por la víctima (y hoy en día se sigue asimilando) con la impunidad del delito. Sin embargo esta omisión no es tal si se relaciona con el contenido del artículo 82.1 párrafo primero que vengo comentando que prevé expresamente esa necesidad de «previa audiencia a las partes», a todas, pero especialmente al penado y al perjudicado, cuando se resuelva en auto posterior a la firmeza de la sentencia.

En este punto quiero incidir en la discusión jurisprudencial acerca de si esa «previa audiencia» implica, necesariamente, que siempre que se inicie una ejecución habrá que oír al penado sobre los posibles beneficios de suspensión de la ejecución de la pena. Para dar una respuesta a lo anterior es necesario efectuar una distinción al respecto. Si se tratara de penas de prisión superiores a los dos años, salvo que en la sentencia se establezca en los hechos probados que el delito por el que se condenó al penado se cometió por su grave adicción a las drogas (único supuesto que conforme al artículo 80.5 del Código podría conllevar una suspensión de pena para someterse a un tratamiento de deshabitación si se comprueba que concurren los demás requisitos que establece ese precepto), no habría lugar a abrir ese incidente como tal. Así lo considero porque nada hay que decidir sino acordar el ingreso en prisión y eso ya no es una decisión potestativa que le corresponda al juez o tribunal encargado de la ejecución, sino que se trata de la ejecución de la sentencia. Consecuentemente, esa decisión ya se tomó con audiencia de todas las partes en el juicio previo al dictado de la sentencia que se vaya a ejecutar.

Por el contrario, si se tratara de penas de prisión inferiores a los dos años, entiendo que siempre hay que dar audiencia a todas las partes personadas, incluso aunque el juez haya realizado un pronóstico de reiteración y el mismo sea favorable o bien porque tenga, por ejemplo, antecedentes penales no cancelados ni cancelables. Solo así se respetará esa necesidad de audiencia previa que exige el Código. En este punto me gustaría destacar que el principio de contradicción, como he expuesto, lo cual es confirmado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitución y de la jurisprudencia del TEDH, conlleva que se deba oír no sólo al sujeto condenado sino también a la víctima o perjudicado por el delito cuya pena se pretende suspender. A esta misma conclusión es a la que se llega con la reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

En otro orden de cosas me gustaría apuntar que la polémica acerca de si se ha de dar una audiencia previa al penado (y a su letrado) existió prácticamente desde que nació la figura de la condena condicional, hoy suspensión de la pena. Esta discusión teórica venía solventada en la práctica con la interpretación que el Tribunal Constitucional daba a esta materia. Así, ya la STC 9/1981, de 31 de marzo, proclamaba la necesidad de que se diera audiencia al penado en el incidente (en caso de que existiera o en el mismo juicio antes de sentencia), sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad para que pudiera alegar lo que considerara oportuno sobre la concurrencia de los requisitos que el Código exigía en ese momento (que no era otro que el Texto refundido del Código penal de 1973) para la concesión de dicho beneficio. De igual forma podía alegar lo que considerara sobre las circunstancias personales que fueran de relevancia en base a las cuales el órgano judicial debía realizar la ponderación de los fines de dicha institución que en ese momento eran relativos a la peligrosidad criminal de sujeto y su riesgo de reiteración delictiva. Esta misma doctrina se mantuvo en otras sentencias posteriores tales como las SSTC 4/1982, de 8 de febrero; 216/1992, de 1 de diciembre; o 124/1994, de 25 de abril, entre otras. En el mismo sentido, ya con el Código penal de 1995 en vigor, el Tribunal Constitucional mantuvo la exigencia de audiencia al penado. Entre otras, las SSTC 25/2000, de 31 de enero; 7/2001, de 15 de enero; 110/2003, de 16 de junio; o 248/2004, de 20 de diciembre⁵²⁷.

Esta jurisprudencia constitucional española es acorde a la interpretación que hace el TEDH del artículo 5.4 del CEDH entendiendo que “la privación de libertad debe poder ser impuesta y revisada en proceso contradictorio, en igualdad de armas, en el que se otorgue al sometido a restricción de libertad la posibilidad de alegar sobre los

⁵²⁷ Esta última, la STC 248/2004, ya afirmaba que “[...] este Tribunal viene declarando que el derecho fundamental [...] a obtener la tutela judicial efectiva indudablemente significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, o que legalmente debieran serlo mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente, el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses. Este derecho de defensa y bilateralidad [...] se conculca [...] cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa”. El Tribunal Constitucional exigía que el reo fuera llamado a «su proceso» en el que se trataban pretensiones que afectaban a sus derechos e intereses legítimos, entendiendo que esa audiencia era una primera garantía que aseguraba el derecho a intervenir en el proceso. Además añadía esta sentencia que “[...] de un lado, que el objeto del incidente de ejecución de sentencia es independiente del objeto del proceso penal que finaliza con la sentencia condenatoria, valorándose en él cuestiones que no fueron objeto de debate procesal en el mismo, pues carecen de relevancia para la sustanciación de la pretensión punitiva del estado, y, de otro, que si bien el título jurídico habilitante para la restricción de la libertad personal es la sentencia condenatoria, como hemos declarado en otras ocasiones en relación con esta misma institución, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta al valor libertad por cuanto incide en la forma de cumplimiento de la pena y en el efectivo ingreso en prisión del condenado”.

fundamentos específicos de dicha restricción” (entre otras, SSTEDH de 24 de octubre de 1979, asunto *Winterwerp* c. los Países Bajos; de 21 de octubre de 1986, caso *Sánchez Reisse* c. Suiza; de 12 de diciembre de 1991, asunto *Toht* c. Austria o de 23 de septiembre de 2004, asunto *Kotsaridis* c. Grecia)⁵²⁸. Entiende que esa valoración es igualmente aplicable al trámite de suspensión de la pena porque no hay que olvidar que la no concesión de este beneficio conlleva el ingreso en prisión del reo. Siendo clara la jurisprudencia constitucional y europea, la doctrina asumió que era necesario y preceptivo ese trámite de audiencia al penado aun cuando el Código no lo previera expresamente⁵²⁹.

Por último me gustaría hacer un apunte sobre el debate acerca de si las resoluciones que resuelven sobre la suspensión de la ejecución de la pena tienen o no efectos de cosa juzgada. Cuando un órgano judicial resuelve, ya sea en sentencia o en auto posterior sobre la concesión o denegación de la suspensión de la pena y dicha resolución adquiere firmeza, parece que la misma produciría efectos de cosa juzgada. Lo anterior se derivaría del propio principio de seguridad jurídica que conlleva que en un momento determinado las resoluciones son invariables. Pero no es menos cierto que se ha de conjugar este efecto de la cosa juzgada con el principio de la Ley más favorable del artículo 2.2 inciso primero del Código penal en los términos comentaba. Si el Código indica que tendrán efecto retroactivo aquellas Leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena, necesariamente, estas resoluciones no producen efectos de cosa juzgada. Bajo esta interpretación, el sujeto condenado siempre puede solicitar la revisión de su resolución cuando entre en vigor una normativa que le resulte más favorable. Pero, por pura lógica, esta interpretación *strictu sensu* generaría una enorme inseguridad jurídica. Por ello el Tribunal Supremo considera que las resoluciones que resuelven sobre la concesión o denegación de la ejecución de la pena producen plenos

⁵²⁸ El artículo 5.4 del CEDH dispone:

Art. 5.4. “Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal”.

⁵²⁹ Así lo consideran, entre otros, TENA ARAGÓN, “Suspensión y sustitución...”, p. 10, cuando indica que “Ello nos permite concluir que será necesario ese trámite de audiencia al penado antes de pronunciarse sobre la hipotética suspensión”; ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, pp. 103 y ss.

efectos de cosa juzgada⁵³⁰. Considero que llega a esta conclusión porque aplica de forma restrictiva la retroactividad de las disposiciones penales que favorezcan al reo que recoge el artículo 2.2 inciso primero del Código. Sin embargo el mantenimiento estricto de esta doctrina del Tribunal Supremo llevaría, de forma ilógica, haría que una persona cumpliera una pena cuando el propio Código posterior la deroga.

Ante esta tesitura se puede decir que entran en contradicción dos principios del Derecho penal español como son: el principio de seguridad jurídica y el principio de la retroactividad de las disposiciones penales favorables al reo, los cuales serán debidamente valorados por el órgano judicial que resolverá en conciencia.

B. Resolución motivada. Especial motivación de la resolución en la que el órgano judicial se pronuncia sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

a) Concepto de motivación.

Toda resolución que resuelva sobre la suspensión de la ejecución de la pena ha de estar especialmente motivada (bien sea en sentencia o en auto posterior de conformidad con el artículo 82.1 inciso primero). No se debe olvidar que la motivación de las decisiones judiciales⁵³¹ tiene su base en la existencia de un Estado social y

⁵³⁰ En este sentido se pueden nombrar las SSTs 57/2012 o 69/2012, ambas de 29 de marzo, que sostienen el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes consagrado en el artículo 24.1 de la CE como una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva. Consideran que no se circunscribe a los supuestos en que sea posible apreciar las identidades propias de la cosa juzgada formal, ni puede identificarse con este concepto jurídico procesal, sino que su alcance es mucho más amplio y se proyecta sobre todas aquellas cuestiones respecto de las que pueda afirmarse que una resolución judicial firme ha resuelto, conformando la realidad jurídica en un cierto sentido, realidad que no puede ser ignorada o contradicha ni por el propio órgano judicial, ni por otros órganos judiciales en procesos conexos.

⁵³¹ La Constitución española proclama formalmente la «obligación de motivar» en su artículo 122.3 según el cual «Las sentencias serán siempre motivadas». La sola referencia a un tipo de resolución judicial, como son las sentencias parece delimitar demasiado el ámbito de aplicación de esta obligación que interesa no solo a los integrantes del Poder judicial sino sobre todo a las partes procesales. Aun así, nadie considera que el derecho a la motivación quede limitado sólo a ese estrecho ámbito ya que la necesidad de motivar todas las resoluciones judiciales (y no sólo las Sentencias), responde a una exigencia que emana del principio de legitimación del Poder judicial. Así, no cabe duda de que la obligación de motivar todas las resoluciones judiciales responde a una exigencia íntimamente relacionada con los principios propios de un Estado de derecho y particularmente con el carácter vinculante que para jueces y magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (artículo 117.1 y 3 CE). En este sentido, la motivación sirve para demostrar que el fallo de la resolución representa una decisión razonada en términos jurídicos y no un simple y arbitrario acto de voluntad de quien está llamado a juzgar. Por otra parte, la obligación de explicitar la lógica jurídica que subyace a una resolución judicial, tiene un alcance subjetivo, formando parte del derecho fundamental de los litigantes a

democrático de derecho en el que la sujeción de los jueces y tribunales a la Ley conlleva que no se puedan dictar resoluciones arbitrarias o contrarias a Derecho⁵³². Consecuentemente, se ha de fundamentar la razón, el motivo o el fondo de la resolución adoptada⁵³³. Bajo mi punto de vista, ello adquiere especial relevancia cuando de la institución de la suspensión de la ejecución de la pena se trata. Sin embargo, como señalan los propios tribunales, lo anterior no supone que se tenga que realizar un razonamiento exhaustivo y pormenorizado sino un razonamiento que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a las de su autor, sea suficiente desde un punto de vista objetivo⁵³⁴. Pues bien, teniendo en cuenta todo lo anterior, a mi juicio, el razonamiento y la justificación de la suspensión de la ejecución de una pena de libertad ocupa un lugar tan importante en nuestro sistema como el propio principio de legalidad⁵³⁵.

la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 CE, pues, a través de la motivación, se hace posible la fiscalización de todo proceso de interpretación y aplicación del derecho, que los órganos jurisdiccionales llevan a cabo en el desarrollo de sus funciones constitucionalmente establecidas.

⁵³² En este sentido la STC 57/2007, de 12 de marzo, señala que “Forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva el derecho a que las resoluciones judiciales estén motivadas, pues, en primer lugar, tal motivación constituye la vía natural para conocer las razones de la decisión judicial, lo que forma parte ya de la tutela del implicado en el asunto resuelto y, en segundo lugar, permite su defensa y, en su caso, el ulterior control jurisdiccional de la resolución. La exigencia de motivación de las sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (artículo 1.1 de la CE) y con el carácter vinculante que para jueces y magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (artículo 117 de la CE, párrafos 1 y 3). Por ello, hemos dicho que la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión -haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada interpretación y aplicación de la ley-, permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores, y, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan...”. En igual sentido la STC 209/1993, de 28 de junio.

⁵³³ LEAL MEDINA, “La motivación de las resoluciones...”, p. 1, indica que “La motivación de las resoluciones judiciales, no sólo constituye un elemento esencial de la justicia penal, integrado como un derecho subjetivo en el campo de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, sino que se erige en un constructo fundamental que contribuye al fortalecimiento del Estado de Derecho en pro de una convivencia pacífica y democrática”

⁵³⁴ La misma sentencia antes señalada (STC 57/2007), especifica que “Esta exigencia constitucional no significa, como también hemos dicho, que las resoluciones judiciales deban contener un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que tengan las partes de la cuestión que se decide, sino que es suficiente, desde el prisma del precepto constitucional citado, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi*”. En igual sentido las SSTC 24/1990, de 15 de febrero y 35/2002, de 11 de febrero.

⁵³⁵ Considero que las alternativas a la pena de prisión ponen de relieve la tensión entre el debido cumplimiento de la Ley (y la Sentencia) por el delito cometido, que no es otra cuestión que la aplicación

El origen de la necesidad de motivar cualquier tipo de resolución judicial se deriva de los problemas que la aplicación del Derecho plantea: los vacíos legales, la terminología ambigua o la indeterminación de las consecuencias jurídicas, entre otras. El sistema jurídico-penal español, como sucede en otros países del entorno, está rodeado de normas imperfectas que hacen que los tribunales tengan que optar entre varias alternativas jurídicamente posibles. En consecuencia, toda resolución judicial habrá de explicar y/o justificar por qué se opta por una solución y no por otra. Es en este contexto donde se ha de valorar la interpretación que los tribunales de justicia otorgan a la obligación de los jueces de motivar sus sentencias. No obstante, antes de entrar en esa consideración me parece oportuno definir qué se debe o se puede entender por «motivar» o «motivación».

Con esta expresión, la doctrina⁵³⁶, pacíficamente, indica el hecho de revelar la causa legal en la que las resoluciones judiciales se fundamentan, exteriorizando la interpretación realizada del Derecho. Más en general, como también indica la doctrina, la motivación se conecta profundamente con la legitimación democrática del Poder judicial atendiendo a la voluntad general expresada en la Ley. En este sentido, «motivar» significaría garantizar que la resolución, escogida entre muchas otras posibles, no responde ya a una decisión del juez, tomada coherentemente con sus propios ideales, sino determinada por la voluntad democrática: es decir, por la Ley. En definitiva la «motivación» realiza, entre otras, la de demostrar y justificar, ante las partes del proceso y ante la sociedad en general, el carácter jurídico y no político de una resolución judicial⁵³⁷. De esta forma, la concreción de los principios jurídicos que han contribuido a resolver un conflicto judicial sirve para erradicar la arbitrariedad, las contradicciones internas y los errores de lógica, contribuyendo, enormemente, a la realización de buena parte de los principios del Derecho.

del principio de legalidad y la búsqueda de la resocialización del delincuente como finalidad esencial del sistema constitucional español. En este aspecto, aun cuando se opte por la suspensión de la pena, es obvio que el principio de legalidad ha de desplegar algunos efectos que, de entrada, tienen a mantener el Derecho establecido en la Ley y la Sentencia y busca que se cumplan requisitos legalmente establecidos.

⁵³⁶ Por ejemplo ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, pp. 223 y 224.

⁵³⁷ No es baladí esta cuestión en una sociedad en la que, si bien la división de poderes forma parte del escenario del Estado de Derecho, la línea divisoria entre los Poderes del Estado es cada vez más fina y puede dar lugar a confusiones que puedan derivar en arbitrariedad judicial.

También se puede definir la «motivación» como «la obligación de los órganos judiciales en relación con el Derecho a un proceso público», ya que, pacíficamente, la sentencia y su parte más importante, que no es otra que la motivación, permiten el control de la actividad judicial llevado a cabo por los mismos justiciables y, más en general, por la opinión pública a través de los medios de información.

Otra función fundamental desarrollada por la «motivación» consiste en permitir, desde un punto de vista lógico, el sistema de recursos contra las resoluciones judiciales ante instancias superiores. En este sentido, podemos considerar la «motivación» como el «punto de partida necesario para la construcción de una nueva estrategia procesal ante la jurisdicción superior, concretando la posibilidad de criticar las resoluciones judiciales impugnadas». Todas estas argumentaciones permiten justificar la posición doctrinal de los tribunales (como luego profundizaré), a la hora de considerar la obligación de los órganos judiciales de motivar sus decisiones como uno de los principios más indisolublemente unidos a una correcta Administración de la justicia.

No obstante, es cierto que no toda motivación puede estimarse integrada en el más amplio derecho a un proceso equitativo. Para ello es necesario que la resolución judicial cumpla con determinadas características. Concretamente, como se ha admitido por todos, la «motivación» ha de poderse considerar «razonable, congruente y fundada en derecho»⁵³⁸. Por consiguiente, se puede concluir que «la motivación no es más que la

⁵³⁸ Es necesario precisar que el concepto de «razonabilidad» está profundamente relacionado con el de «exhaustividad». Una resolución razonablemente motivada, en este sentido, es una sentencia que por un lado demuestra una aplicación de la legalidad manifiestamente «racional», es decir, sin contradicciones internas o errores lógicos y por otro aclara suficientemente los motivos que la fundamentan. Por ello, la extensión o amplitud del deber de motivar no puede sino depender del caso concreto, de su complejidad y de sus propias características. Además, el propio TEDH, como luego señalaré, ha puesto de manifiesto que, si por un lado es justificable pretender una satisfactoria ilustración de las razones que determinan la resolución, por otro no es exigible que la motivación incluya una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos presentados por las partes durante el proceso. Incluso, el TEDH admite, en algunos casos un particular tipo de motivación, definida por remisión, consistente en remitir la exposición de los fundamentos jurídicos a otra sentencia, como, por ejemplo, cuando un tribunal de apelación, rechazando un recurso interpuesto frente a una resolución recaída en primera instancia, la confirma, haciendo suyos, a modo de motivación, los motivos de la resolución dictada por el Juez *a quo*.

Otra característica fundamental del deber de motivar es la «congruencia», que exige una relación coherente entre las pretensiones. El derecho a obtener una resolución de fondo en la Jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional español formuladas por las partes procesales y el contenido del fallo. A este propósito cabe recordar el Caso *Ruiz Torija e Hiro Balani c. España*, en el que el TEDH condenó al Estado español por un determinado tipo de incongruencia, definida «omisiva» y consistente en el incumplimiento total de la obligación de resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que venían planteadas.

Por último es necesario aclarar qué significa que la motivación debe ser «fundada en derecho». Sustancialmente se trata de demostrar que la elección escogida por el tribunal no es fruto de una elección

aportación de razones y que la propia motivación constituye la única garantía frente a la arbitrariedad». Antes de analizar las diferentes interpretaciones de los tribunales sobre esta cuestión me gustaría señalar que una sentencia, si bien puede estar fundamentada en Derecho, puede concluirse que no está motivada o no suficientemente motivada. Es decir, al igual que citar normas no es sinónimo de motivación, explicar en detalle sin basarse en el ordenamiento jurídico vigente no implica motivar una resolución. Por tanto, la motivación significa «explicar la fundamentación mediante un razonamiento lógico» como exponen los tribunales.

- b) Interpretación de los tribunales sobre la motivación de las resoluciones judiciales en las que se resuelve sobre la suspensión de la pena.

Una vez de definido el concepto de motivación comenzaré el estudio de la interpretación de los tribunales sobre la motivación necesaria de las resoluciones judiciales a nivel internacional, aludiendo al TEDH⁵³⁹ en su interpretación y aplicación del CEDH⁵⁴⁰. Como es sabido, el TEDH señala que las partes no verán garantizado el derecho a un juicio justo a menos que las alegaciones efectuadas por ellas sean «oídas». Con ello, el tribunal se refiere a que sean debidamente examinadas por el tribunal apelado⁵⁴¹. Sobre esta cuestión el propio tribunal manifiesta que el artículo 6 del CEDH

arbitraria y personal del órgano judicial, sino que está construida sobre normas jurídicas. Esta exigencia es, por lo tanto, coherente con la finalidad perseguida por la obligación de motivar anteriormente descrita, es decir, despejar todas las dudas que puedan existir sobre la naturaleza jurídica y no política de las resoluciones judiciales.

⁵³⁹ Como es sabido los Tratados Internacionales tienen aplicación en España de conformidad con el artículo 10.2 de la CE el cual dispone que:

Art. 10.2. “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁵⁴⁰ CEDH, aprobado en Roma, el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España y publicado en el BOE de 10 de octubre de 1979.

⁵⁴¹ Sobre esta cuestión, el artículo 6 del CEDH regula el Derecho a un proceso equitativo al disponer en su apartado 1º inciso 1º que:

Art. 6. “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

implica concretamente, a cargo del tribunal, “la obligación de dedicarse a un examen efectivo de los motivos, argumentos y proposiciones de prueba de las partes, salvo si no se aprecia su pertinencia”; así lo dispone la STEDH de 12 de febrero de 2004, en el *Caso Pérez c. Francia*. Es decir, desde este punto de vista ya se pone de relieve la necesidad de que el tribunal ha de resolver, en conciencia, sobre todas las cuestiones que se le planteen⁵⁴².

Sobre esta cuestión se alude por la doctrina que el contenido del derecho a la protección judicial supone no sólo el derecho al acceso los tribunales, sino también el derecho a obtener una tutela efectiva de dichos tribunales. Por ello los recurrentes han de ser oídos y tienen derecho a obtener una decisión fundada en derecho (ya sea favorable o adversa), sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Se entiende por lo tanto que, la circunstancia por la que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho, supone una garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos.

Este mismo escenario que se regula en el ámbito internacional es el que tiene aplicación en España, junto con el resto de países miembro. En concreto en España, sobre lo que se ha denominado «especial motivación» ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas sentencias tanto el Tribunal Constitucional al resolver recursos de amparo como el Tribunal Supremo con ocasión de resolver recursos de casación.

Comenzaremos por la doctrina del Tribunal Constitucional, en concreto con la STC 224/1992, de 14 de diciembre, anteriormente aludida. Esta sentencia resolvía un recurso de amparo (formalmente eran dos recursos de amparo que se acumularon en el mismo procedimiento), presentado por dos condenados que, habiendo solicitado la suspensión de sus penas privativas de libertad, habían visto cómo se les denegaba dicha concesión sin motivación, a pesar de la concurrencia de los presupuestos para acceder a ella, basándose el tribunal en el carácter discrecional de la suspensión de la pena conforme a la normativa legal. Ante tal situación se presentó recurso de súplica ante la

⁵⁴² Del mismo modo, el artículo 45 del CEDH sobre la motivación de las Sentencias y las resoluciones dispone que:

Art. 45. “Las sentencias, así como las resoluciones por las que las demandas se declaren admisibles o no admisibles, serán motivadas”.

propia Audiencia Provincial de Oviedo que había dictado el anterior auto denegatorio, la cual, mediante otro auto declaraba la inadmisión del recurso de súplica interpuesto⁵⁴³.

Resolviendo esta cuestión, el Tribunal Constitucional ya señalaba que “[...] la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad que, por lo demás, vendría prohibida por el art. 9.3 de la Constitución”. Doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 209/1993, de 28 de junio; 115/1997, de 16 de junio; 55/1999, de 12 de abril; 164/1999, de 27 de septiembre; 25/2000, de 31 de enero; 264/2000, de 13 de noviembre; 8/2001, de 15 de enero; 163/2002, de 16 de septiembre, 110/2003, de 16 de junio y 251/2005, de 10 de octubre.

Esta resolución, como decimos, base de la doctrina que sigue el Tribunal Constitucional desde entonces, supone esa especial protección que se le da a la motivación de las resoluciones judiciales que entendemos que adopta su máxima

⁵⁴³ Ante esta situación, el Tribunal Constitucional señala que la “Audiencia Provincial de Oviedo dictó un Auto en el que no obstante el carácter favorable a la concesión del beneficio del informe emitido por el Ministerio Fiscal, acordaba denegar la aplicación del mismo a los solicitantes de amparo sin que para ello se aportase motivación alguna. Interpuesto contra dicha resolución recurso de súplica (...) por estimar que la misma vulneraba sus derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso sin dilaciones indebidas y a la reeducación y reinserción social, respectivamente, reconocidos en los arts. 24.1 y 2 y 25.2 de la CE, fue inadmitido por Auto de esa misma Sala [...] por considerar el órgano judicial que, a tenor de lo dispuesto en el art. 6 de la Ley de 17 de marzo de 1908, contra la resolución denegatoria de la concesión del citado beneficio no cabe recurso alguno”. Se aludía por el condenado en su recurso que “la Audiencia Provincial de Oviedo había vulnerado el Derecho a la tutela judicial efectiva [...] al no haber fundamentado sino en su facultad discrecional el Auto [...] en el que se denegaba al recurrente la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la pena [denominación anterior al CP de 1995 para la suspensión de la pena]”. A lo anterior añadía la parte que “no sólo el art. 236 de la LECRIM permite recurrir en súplica todos los Autos dictados por los Tribunales de lo criminal, sino que el propio tenor literal del art. 6 de Ley de 17 de marzo de 1908 no se opone a la conclusión de que cabe recurso de súplica contra una resolución judicial denegatoria del beneficio de la suspensión condicional de la condena, al poder interpretarse dicho precepto como únicamente referido a aquellas resoluciones en las que se conceda dicho beneficio”. Presentado el recurso de amparo, en informe emitido por el Ministerio Fiscal, éste consideraba que “no podía decirse que el Auto [...] careciera de motivación, puesto que aludía expresamente a la discrecionalidad del órgano judicial en materia de concesión o denegación del beneficio de la condena condicional”. En cambio, sí que aludía a que “afirmar que el Auto [que inadmitía el recurso de súplica] al extraer del texto del art. 6 de la Ley de 17 de marzo de 1908 la conclusión de que contra el Auto denegatorio del mencionado beneficio no cabía recurso de súplica, llevó a cabo una interpretación opuesta a la jurisprudencia constitucional emanada en materia de derecho de acceso a los recursos, por lo que debe considerarse lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, procederse a la concesión del amparo solicitado”.

expresión cuando de la suspensión de la ejecución de la pena se trata, por afectar a un derecho fundamental como es el derecho a la libertad del sujeto condenado que garantiza el artículo 17 de la CE. Bajo mi opinión, solo una vez que se cumpla con este requisito mínimo de especial motivación, se podrá entrar a valorar positiva o negativamente la decisión adoptada (siempre que concurren el resto de requisitos y presupuestos legales); que puede gustar más o menos pero que, en todo caso, no adolecerá de arbitrariedad. Por ello no puedo sino compartir la visión que adopta el Tribunal Constitucional. Entiendo que la motivación de las resoluciones judiciales, en evidente relación con la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, supone la necesidad de valorar las circunstancias del caso desde un punto de vista objetivo. Ello no implica tener que entrar, necesariamente, a valorar todos los aspectos del caso concreto; es suficiente con que el órgano judicial se pronuncie sobre los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión. Solo así se cumplirá con el principio de no arbitrariedad de las decisiones judiciales y, solo así, el ciudadano podrá entender el contenido de la resolución adoptada y el motivo por el que se resuelve de uno u otro, que será la base de un posible recurso.

Por lo tanto es necesario ese plus de motivación pero no en cuanto a la cantidad o extensión de la misma sino en cuanto a la calidad de la motivación; esto es, una motivación suficiente en relación con el supuesto de hecho planteado que conlleva una verificación de los requisitos mínimos que ha de contener toda resolución judicial. Sobre este punto, es destacable igualmente la STC 209/1993, de 28 de junio. En este caso el Tribunal Constitucional resolvía un recurso de amparo presentado contra un auto de la Audiencia Provincial de A Coruña denegatorio de la solicitud de la suspensión de la pena para ejercer cargo público. Se aludía por el condenado que con ese auto denegatorio se había vulnerado, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva y a la reinserción social por falta de motivación de la resolución judicial denegatoria de la suspensión⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴ Frente a esta alegación de la parte recurrente el Ministerio Fiscal emitió informe apoyando la inadmisión del recurso por entender que “[...] las quejas formuladas [...] carecen de contenido constitucional”. Continúa diciendo que “la Sala había motivado en forma suficiente su decisión de denegar la remisión condicional de la pena impuesta, ya que la misma no se fundó en la facultad discrecional que en relación con dicho otorgamiento confiere a los Tribunales el art. 92.1 del Código Penal sino en que el art. 93 del mismo [alusiones al Código penal de 1973 que hay que entenderlas referidas a los artículos 80 y ss. del actual Código penal de 1995] excluye la posibilidad de aplicar dicho beneficio a las penas privativas de derechos”.

Resolviendo el citado recurso señaló el Tribunal Constitucional que “La estructura de cualquier resolución judicial, salvo las providencias, contiene desde siempre una parte dedicada a justificar jurídicamente la decisión. Ahora bien, tal exigencia ha adquirido rango constitucional, si se entiende la palabra «sentencia» en un sentido extensivo, sinónimo de cualquier pronunciamiento del juzgador (art. 120 CE), integrándose sin violencia conceptual alguna en el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, que cumple una doble función. Por una parte, da a conocer las reflexiones que han conducido al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad de juzgar y, a la vez, facilita su control mediante los recursos que procedan. Actúa en definitiva para favorecer un más completo derecho de la defensa en juicio y como elemento preventivo de la arbitrariedad. Sin embargo, no existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga a priori una determinada extensión o un cierto modo de razonar (STC 119/1987 que recoge otras muy recientes, entre ellas la STC 165/1993). La motivación, por tanto según esta STC “ha de ser suficiente y este concepto jurídico indeterminado nos lleva de la mano a cada caso concreto, en función de su importancia intrínseca y de las cuestiones que plantee, sin olvidar la dimensión subjetiva del razonamiento por obra de su autor. En suma, ha de poner de manifiesto la *ratio decidendi* con una imprescindible coherencia lógica, al margen de la elegancia estilística o el rigor de los conceptos”⁵⁴⁵. Esta interpretación conlleva que el juez o tribunal valorará y motivará sobre la solicitud de la suspensión de la pena atendiendo, entre otros elementos, a la edad y antecedentes del reo, a la naturaleza del hecho punible u otras circunstancias de todas clases que concurrieren en su ejecución⁵⁴⁶.

Desde esta visión, motivación y valoración de los presupuestos y requisitos para la concesión de la suspensión de la pena van de la mano, no pareciendo posible una

⁵⁴⁵ Especifica esta sentencia que “en suma, ha de poner de manifiesto la *ratio decidendi* con una imprescindible coherencia lógica, al margen de la elegancia estilística o el rigor de los conceptos. No conlleva tampoco un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la resolución judicial con el esquema discursivo de los escritos forenses donde se contienen las alegaciones de los litigantes. Finalmente, tampoco implica un tratamiento pormenorizado de todos los aspectos sugeridos por las partes, siempre que permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión. Por otra parte, no es misión del Tribunal Constitucional censurar la interpretación del Derecho ni revisar la estructura de las resoluciones judiciales, aun cuando lo sea comprobar si existe fundamentación constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualesquiera que fueren su brevedad y concisión (SSTC 174/1987, 75/1988, 84/1988 o 14/1991), incluso en supuestos de motivación por remisión (SSTC 146/1990 y 27/1992).

⁵⁴⁶ Sobre esta cuestión de los elementos a valorar nos remitimos a lo expuesto en el apartado correspondiente del presente trabajo en relación a la llamada «discrecionalidad judicial».

suspensión de la pena sin previa valoración positiva de la concurrencia de los presupuestos para su adopción, lo cual se razonará a través de la resolución judicial que proceda.

No obstante, en ningún momento se debe olvidar que el sujeto ha sido condenado en sentencia penal firme y que la última decisión le corresponde al juez o magistrado competente, dado el carácter facultativo de la figura. En esa decisión, se atenderá a la finalidad última de rehabilitación y reinserción social consagrada constitucionalmente y, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 80.1 y 2 del Código penal, toda persona tiene derecho a que de forma motivada se resuelva sobre su petición de suspensión de la pena. Si bien cabe señalar que el artículo 25.2 de la CE no contiene un derecho fundamental susceptible de protección como si de un derecho fundamental se tratara, lo que sí se desprende de la Jurisprudencia del Tribunal constitucional es que contiene un mandato dirigido al legislador para orientar la legislación penitenciaria en su conjunto a la consecución del fin de la resocialización y reinserción social del condenado.

De igual forma que lo hace la STC 224/1992 anteriormente señalada, la STC 115/1997, de 16 de junio, viene a reproducir lo ya contenido en ésta, hasta tal punto que la propia sentencia dice que “la cuestión planteada en el presente recurso es muy similar a la analizada en la STC 224/1992, lo que supone que la doctrina en ella contenida resulte de plena aplicación en el caso de autos”. La única cuestión que encuentro diferente es el hecho de que se recuerda, como no podía ser de otro modo, que la resolución por medio de la que se deniega la suspensión de la pena, ha de revestir siempre la forma de auto, ya que el tribunal lo acordó mediante providencia produciendo una más que evidente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al no contener motivación alguna que explicara la denegación al reclamante del beneficio de la suspensión de la pena. Creo que lo que aporta esta doctrina del Tribunal Constitucional, es la consagración de la necesidad de que la resolución que acuerde la denegación de la suspensión de la pena ha de revestir la forma de auto que conlleva necesariamente la necesidad imperiosa de motivación de la resolución. Por el contrario, como es sabido, la providencia es una mera resolución de trámite del proceso cuya finalidad es la ordenación del proceso pero que no necesita motivación.

Otra cuestión que me parece de especial relevancia es la de la posibilidad de la motivación por remisión que se admite judicialmente aunque *a priori* pudiera parecer que no sea posible. Así, la STC 176/2006, de 5 de junio, entre otras muchas recogía que “la técnica de la motivación por remisión es constitucionalmente admisible con carácter general (por todas, SSTC 146/1990, de 1 de octubre; 171/2002, de 30 de septiembre; 7/2004, de 9 de febrero; 113/2004, de 12 de julio) y, en concreto, la remisión a informes del Ministerio Fiscal, incorporándose así al contenido de las resoluciones judiciales (STC 5/2002, de 14 de enero). No obstante habida cuenta de la materia tan sensible de que se trata, no se puede olvidar que estamos hablando de la libertad de las personas, el hecho de que una denegación de la suspensión de la pena se motive por medio de la técnica de la remisión, me parece cuanto menos peculiar”. En este sentido, las SSTC 55/1999, de 12 de abril y 164/1999, de 27 de septiembre, recuerdan que el Tribunal Constitucional exige, como mínimo, esa motivación por remisión para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. En el supuesto de hecho concreto que resuelve en la primera de las sentencias (que se puede reproducir en el segundo caso ya que el propio Tribunal Constitucional manifiesta y reconoce esa similitud), éste señala cómo “el Juzgado de lo Penal núm. 24 de Madrid, dictó el Auto que ahora se impugna en amparo, razonando que no había lugar al beneficio solicitado, en un único fundamento jurídico en el que, textualmente, se decía que el beneficio de la remisión condicional de la pena [reiterar que se trata de la denominación anterior a la actual suspensión de la pena], precisa, para su concesión, la concurrencia de los requisitos previstos en los arts. 92 y siguientes del Código Penal [hoy en día artículo 81.1 del Código penal], pero siempre se trata de una facultad del Tribunal sentenciador, y en el supuesto de autos y a la vista de lo anteriormente expuesto ha de denegarse la concesión de los beneficios solicitados”. Concluye, por tanto, que la resolución denegatoria del beneficio de la suspensión de la pena, careció de toda motivación, no cumpliendo ni siquiera el límite infranqueable de la técnica de la motivación por remisión⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ Ahonda en esta cuestión el TC al señalar que “desde cualquiera de las eventuales perspectivas argumentales que, no sin esfuerzo, cabe extraer de tan sucinta fundamentación, no se alcanzan a comprender las razones que han determinado el sentido de la decisión judicial. Ni siquiera cabe apreciar una motivación por remisión, en relación con el informe negativo evacuado por el Ministerio Fiscal. Pues, en primer lugar, éste no aparece en las actuaciones remitidas (en las que tan sólo obra un ulterior escrito del Ministerio Público, de fecha posterior a la del Auto denegatorio y de signo favorable), y, por otra parte, el texto del informe negativo del Fiscal no se incorpora a la resolución judicial, que se limita a aludirlo en el inciso final del hecho único de aquélla”.

En igual sentido la STC 202/2004, de 15 de noviembre, señala que “el Auto [por el cual se desestimaba el recurso de súplica presentado contra el Auto que, con falta de motivación, denegaba la suspensión de la ejecución de la pena], no remedió el defecto de motivación sino que repitió mecánicamente las frases estereotipadas de la resolución recurrida. Por consiguiente, en criterio del Ministerio Fiscal, dicho Auto también incurrió en inconstitucionalidad al no explicar las razones de la denegación del beneficio, mencionando sólo que no merece el beneficio sin explicar por qué razón”. Continúa diciendo que “En efecto, como recuerda el Ministerio Fiscal, este Tribunal cuenta con una consolidada doctrina sobre la motivación suficiente de las resoluciones judiciales dictadas en materia de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad -similar a la condena condicional del antiguo Código penal-, que constituye la concreción específica en ese concreto ámbito material de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a obtener una resolución fundada razonablemente en Derecho (art. 24.1 CE)”.

De lo expuesto no puedo sino concretar que la resolución en la que el órgano judicial se pronuncie sobre el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena ha de revestir como requisito procesal inequívoco la forma de auto; que dicho auto ha de tener una motivación suficiente que sirva para comprender la causa o fundamentación por la que se concede o no la suspensión de la pena; y que dicha motivación no tiene por qué ser pormenorizada en los extremos de la motivación, siendo válida, suficiente y legal la motivación por remisión.

Como señalaba no solo el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la necesidad de la motivación de las resoluciones judiciales sino que el Tribunal Supremo también lo ha hecho con ocasión de innumerables cuestiones. En este sentido es reseñable la STS 567/2011, de 2 junio⁵⁴⁸ que, a mi juicio, resulta muy clarificadora de todo lo expuesto previamente ya que la propia sentencia cita numerosa jurisprudencia anterior del propio Tribunal Supremo que se unifica en esta resolución, pero también acoge la doctrina constitucional. Fija esta Sentencia que “la Constitución ha establecido un nuevo modelo de proceso penal, singularmente en lo que se refiere al

⁵⁴⁸ En la propia Sentencia se dice que aun cuando sean varios los motivos del recurso de casación interpuesto “es obvio que la alegación de falta de motivación de la sentencia según los estándares constitucionales es cuestión preferente y prioritaria, pues de prosperar resultaría innecesario el estudio de las restantes cuestiones”. Así pues, se procede en primer lugar al estudio de esta cuestión.

deber de motivación de toda resolución, y al que deben acogerse todos los Tribunales cualquiera que sea el orden jurisdiccional, aunque adquiriera especial relevancia en el orden penal. Este derecho al proceso cuyo titular es todo ciudadano que solicita un Tribunal la resolución de un litigio, se vertebra por el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1º que a su vez se integra por el derecho a la obtención de una resolución de fondo sobre la pretensión formulada al juez, a menos que existan obstáculos procesales insalvables y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En relación a la tutela efectiva como precipitado del juicio de justicia efectuado por el Tribunal tras la valoración de las pruebas, la resolución debe ser fundada, y en tal sentido el artículo 120.3º de la Constitución es tajante cuando así lo manifiesta, tal motivación es consecuencia de la naturaleza de la Justicia como actividad individualizada, no mecanicista ni burocrática al tratarse de una labor intelectual y por tanto racional que tiende a resolver los conflictos intersubjetivos produciendo, o al menos, teniendo una evidente vocación pacificadora, que le hace incompatible con un sistema puro decisionismo judicial”⁵⁴⁹.

⁵⁴⁹ Añade la Sentencia que “el fallo judicial debe ser la expresión lógica de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto y de las pruebas practicadas --motivación fáctica-- y de la interpretación operativa de la norma efectuada -- motivación jurídica-- por ello, si todo Juez debe ser fundamentalmente un razonador, toda sentencia, como fruto de la labor intelectual y valorativa del Juez debe estar precedida del oportuno razonamiento. Este se constituye como divisa de racionalidad del quehacer judicial, motivación que también debe incluir la decisión alcanzada --motivación decisional--. Con la motivación de las sentencias en los tres aspectos indicados se consiguen, como se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Junio de 1989 (...) que abunda en la sólida doctrina constitucional al respecto sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1987 de 13 de mayo de 1987; 56/1987 y 57/1987, ambas de 14 de mayo de 1987, tres metas fundamentales para el ciudadano de un Estado social y democrático de derecho.

Como apuntaba, creo que es reseñable porque junto a lo anterior enumera cuáles son los objetivos que se pretenden conseguir con la motivación de las sentencias. Los objetivos que fija serían:

“1º. De un lado es un valladar contra la arbitrariedad judicial aunque venga arropada del lenguaje forense, arbitrariedad que deja de serlo para convertirse en juicio razonado y razonable si se expresan los razonamientos y valoraciones para llegar al fallo, y sustentarlo; [Sobre esta cuestión, como es sabido, el Juez tiene como límite la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que recoge el artículo 9.3 de la CE que creemos que, aun cuando sea un artículo aplicable, como dice, a todos los poderes públicos, cobra mayor protagonismo cuando de una decisión judicial se trata. El citado precepto impide que por propias convicciones o ideales se pueda tomar una decisión judicial carente de argumentación, requiriendo siempre en todo momento la motivación para impedir atisbo alguno de arbitrariedad. Y más importante aun cuando de resolver sobre la libertad de las personas se trata, pues de eso se trata precisamente cuando el Juez resuelve sobre la concesión de la suspensión de la pena. En este sentido es también destacable la STS 1392/2000, de 19 de septiembre de 2000 que valora esa prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos];

2º. En segundo lugar la fundamentación actúa como medio de incrementar la credibilidad de la Justicia en la medida que con ella se trata de convencer a las partes de la corrección de la decisión adoptada; [Respecto de este objetivo creemos que si bien las decisiones judiciales no han de ir encaminadas a lograr el aval social no es menos cierto que el convencimiento de la ciudadanía de que la

Por tanto, insisto, la motivación significa explicar la fundamentación mediante un razonamiento lógico. Que el condenado entienda por qué se le deniega la suspensión de la pena y que ello no solo suponga que el juez alegue que se trata de una facultada que permite le permite el Código, sino que se argumente si concurren o no los requisitos para su concesión; y, en caso de concurrir, si no se le concede la suspensión de la pena, se motive por qué. Solo así el condenado, conociendo la argumentación, podrá presentar el recurso correspondiente ante el tribunal competente si entiende vulnerados sus derechos⁵⁵⁰.

Igualmente en este sentido se pronuncia la STS 69/2006, de 13 marzo, (citando abundante jurisprudencia) al disponer que “es obvio que el derecho que, en su caso, podría verse comprometido es el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto integra el derecho a obtener una resolución judicial motivada en Derecho. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo); y, en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto), carga que no

Justicia se aplica y que la misma es ajustada a derecho y debidamente fundamentada ello redundará, sin duda, en beneficio del Estado de Derecho que actúa a través de la labor de los Jueces];

3º. Finalmente, y en tercer lugar, la fundamentación sirve para controlar la actividad judicial de los órganos de instancia por parte del Tribunal Superior cuando conocen del asunto a través del sistema de recursos, ya sea a través de la Apelación o de la Casación, pues tanto en uno como en otro caso esa falta de fundamentación atenta directamente contra el sistema de recursos en la medida que se priva a las partes a que su causa sea nuevamente examinada por un Tribunal distinto y superior al primero, examen que no se puede verificar en la apelación o casación si la sentencia carece de fundamentación (...); supone dejar extramuros del control casacional la valoración de la prueba, la ausencia de razonamiento le impide a la Sala de Casación verificar la estructura racional del juicio sobre la prueba que haya efectuado el Tribunal de instancia, a fin de controlar la racionalidad de la argumentación tenida en cuenta para dictar sentencia condenatoria, (...); [Como ya veíamos a la hora de definir el concepto de motivación, la fundamentación sirve para que el Juez *ad quem* que conoce del recurso planteado contra el Juez de Instancia, verifique si la decisión adoptada ha sido ajustada a derecho o si, por el contrario, carece de motivación total o parcialmente, lo cual abre la puerta a que el Tribunal encargado de conocer del recurso pueda incluso declarar la nulidad de la resolución”.

⁵⁵⁰ Dicho de otro modo, el deber de motivación opera en un doble sentido. *Ad intra o intra-processum* cuyos destinatarios son, de un lado, los partes procesales, pero también, en un segundo lugar, el Tribunal que pueda, de un lado, conocer del asunto vía recurso, dado el carácter de garantía fundamental que tiene la doble instancia que exige que la culpabilidad y la pena impuesta sea examinada por un segundo Tribunal, de acuerdo con el art. 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966, pero también tiene un valor *ad extra*, o *extra-processum*, y cuya destinataria es la sociedad en general que tras la lectura de la Sentencia puede conocer y comprender (independientemente de que los comparta o no), los argumentos y las valoraciones efectuadas por el Tribunal para arribar a la Sentencia condenatoria, lo que, sin duda contribuye al fortalecimiento de la credibilidad en el sistema de justicia que constituye el principal, y último reducto de la autoridad y de la confianza en el Estado de Derecho por parte de la ciudadanía.

queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio y 5/1986, de 21 de enero, entre otras). Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia”.

En definitiva, la falta de motivación conduce a la arbitrariedad y la ausencia de fundamentación supondría una resolución situada fuera del ordenamiento jurídico. En palabras del propio Tribunal Constitucional, “el artículo 24 CE impone a los órganos judiciales, no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria”.

En este mismo sentido la reciente STS 594/2014, de 16 de julio, señala que “motivar y fundamentar es dar cuenta en términos comprensibles, de las razones que tenga el Juez para justificar la decisión adoptada y que ésta pueda ser conocida no solo por las partes concernidas, sino por cualquier persona que tenga acceso a la resolución concernida, y al respecto no estará de más recordar que la fuerza de la motivación no está en la extensión, sino en la fuerza del razonamiento”⁵⁵¹.

⁵⁵¹ En esta sentencia se resuelve un recurso de casación presentado, entre otros motivos por entender vulnerado el Derecho a la presunción de inocencia de la persona condenada. Sobre esta cuestión señala el TS que “no será ocioso recordar la doctrina de esta Sala Casacional en relación al ámbito del control casacional cuando se efectúa ante esta Sala una denuncia de esta clase. Esta Sala Casacional debe efectuar una triple verificación: a) En primer lugar, debe analizar el “juicio sobre la prueba”, es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario; b) En segundo lugar, se ha de verificar “el juicio sobre la suficiencia”, es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia; y c) En tercer lugar, debemos verificar “el juicio sobre la motivación y su razonabilidad”, es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión *intra processum*, porque es una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, sino también, *extra processum*, ya que la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial”. Vemos por lo tanto que se invocan los mismos principios anteriormente señalados que se reproducen.

No obstante todo lo anterior, el verdadero problema en la aplicación práctica de esta institución es la relativa a la resolución en la que se deniega la concesión de la suspensión de la pena (por motivos más que evidentes). La resolución denegatoria del beneficio puede afectar al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE cuando no se haya realizado con la motivación suficiente pero, sobre todo, pudiendo afectar al derecho a la libertad consagrado en el artículo 17.1 de la CE. Por ello ya la STC 224/1992, de 14 de diciembre, señalaba que “no solo la concesión del beneficio sino también su denegación, ha de ser motivada por exigencia del artículo 24 de la Constitución y establecerlo así expresamente el artículo 120.3 de la misma”⁵⁵².

6. Medidas o reglas de conducta que el órgano judicial puede (o debe) imponer junto con el plazo de suspensión: análisis de los artículos 83 y 84 del Código penal. Posible modificación de las medidas acordadas al amparo del artículo 85 del Código penal.

A. Introducción.

En los apartados anteriores me he dedicado a analizar los presupuestos y requisitos que han de concurrir para que el juez o tribunal se pronuncie favorablemente sobre la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, así como a poner de relieve las cuestiones que se derivan de su apreciación. Junto a estos elementos, he estudiado igualmente el plazo de suspensión durante el cual, como regla general, el reo no ha de delinquir. Y bien digo, como regla general, porque como he reiterado, una de las modificaciones esenciales que introduce la reforma de 2015 es que la reiteración

⁵⁵² Continúa la referida sentencia señalando que “Lo anterior podría considerarse legalmente confirmado a la vista de que el art. 92.1 del Código Penal confiere a los Tribunales la atribución de otorgar motivadamente por sí, o de aplicar por ministerio de la ley -esto último en los casos previstos en el art. 94 de ese mismo texto legal- la condena condicional que deje en suspenso la ejecución de la pena. Pues, no obstante, referirse dicho precepto, de manera expresa, únicamente al otorgamiento del beneficio, de ello no cabe deducir que la denegación del mismo no haya de venir igualmente motivada; ya que, si bien semejante interpretación no sería contraria al tenor literal del art. 92.1, sí que se opondría en cambio a los resultados de una interpretación teleológica de la *ratio* del beneficio, a cuyo tenor éste vendría inspirado por la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo. Por ello se ha de interpretar el art. 92.1 del Código Penal en el sentido de que, aunque no se diga así expresamente, también la denegación del beneficio ha de ser motivada por exigencia del art. 24 de la Constitución y establecerlo así expresamente el art. 120.3 de la misma”.

delictiva no es causa automática de revocación de la suspensión. Sobre estas cuestiones me detendré al profundizar en el artículo 86 del Código⁵⁵³.

Pues bien, como es sabido, junto con ese plazo de suspensión, los órganos judiciales pueden (y en algunos casos deben porque así lo exige el Código) condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de una o más de las prohibiciones, obligaciones o deberes del artículo 83.1 del Código o a una o más de las prestaciones o medidas que se regulan en el artículo 84.1.

Como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, tradicionalmente, la pena impuesta en sentencia solo tenía fines retributivos en relación con el hecho cometido. Se buscaba sancionar al autor del hecho imponiéndosele una pena que debía cumplir pero sin someterle a ninguna otra medida. La única finalidad buscada por el sistema penal y por el propio legislador era clara: la no reincidencia⁵⁵⁴. Pero poco a poco fue aumentando en la sociedad la sensación de que solo con la pena y con la obligación de «buena conducta» no era suficiente. Había que hacer algo más. Es en este escenario donde nacen las que hoy se conocen como «reglas de conducta» o «medidas» de los artículos 83 y 84 del Código penal, tendentes a que el sujeto beneficiado de la suspensión de la ejecución de la pena no solo no delinca sino que se reinsera definitivamente en la sociedad.

⁵⁵³ Como indica RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 75, “Llama la atención que no se establece de modo expreso la condición propia de la suspensión de no delinquir en el período de suspensión. Si bien ha de entenderse que subsiste y es inherente a toda suspensión al establecerse como motivo de posible revocación la comisión de un delito en el plazo de suspensión (artículo 86.1.a CP) y la remisión definitiva de la pena (artículo 87 CP). Por ello, entiendo que es aconsejable seguir incluir esta prohibición de delinquir en la resolución que conceda la suspensión”. A mi juicio no es que llame la atención sino que, tal y como indicaba, su eliminación es consecuencia de la nueva normativa que introduce el legislador. Si bien me parece correcto la inclusión de la prohibición de delinquir en la resolución que acuerde la suspensión de la pena. Cuestión distinta será que su incumplimiento sea o no causa de revocación.

⁵⁵⁴ Así lo exponen, entre otros: MAGRO SERVET, “Los planes formativos de reeducación...”, p. 383, cuando señala que “La suspensión de la ejecución de la pena se relaciona con los sistemas que tienden a la resocialización y se sitúa en la misma línea de crítica a la consideración de la pena como único fin del derecho penal, lo que es absolutamente desacertado”; GARCÍA GONZÁLEZ, “La penalidad prevista en delitos de violencia contra la mujer...”, p. 336, cuando dice que “El art. 25.2 de la Constitución contiene un mandato dirigido al legislador: las penas deben estar orientadas a la rehabilitación y inserción del delincuente. Esta finalidad no ha de ser la única. Nada impide pues, que la pena también suponga una carga aflictiva para el agresor, como no puede ser de otro modo [...]”. En igual sentido se muestra MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, p. 3 y ss., al entender que tanto en España como en el resto de Europa (Alemania, Suiza, Hungría, Francia, etc.), se suspendía la condena solo bajo condición de «buena conducta» sin exigir nada más a cambio; esto es, la finalidad de la pena era la no reincidencia.

Tal y como se ha reflejado en el apartado correspondiente a las reformas posteriores a la publicación del Código penal de 1995, las diferentes modificaciones que han ido sufriendo estas medidas han sido continuas. Bajo esta premisa hay que tener en cuenta dos ámbitos esenciales. Por un lado, el artículo 83, ya contenía desde la publicación del Código de 1995 una serie de medidas que el juez o tribunal podía y puede imponer (y en algunos casos debe) junto con el plazo de suspensión, de tal forma que fruto de las reformas la regulación actual contempla hasta nueve medidas que luego comentaré. De hecho, este precepto ha sido uno de los más reformados en esta materia objeto de análisis. Por otro lado, que las reglas de conducta contenidas en el artículo 84 son de nueva creación por la L.O. 1/2015. Se tiene que acudir hasta el Preámbulo de esta reforma para comprender la inclusión de estas nuevas reglas de conducta. Su creación responde a la búsqueda del legislador, una vez más, de unificar el sistema de la suspensión de la pena. Si ahora existe una única forma alternativa al cumplimiento de las penas, que no es otra que la suspensión, el legislador permite que el órgano judicial, siempre que lo considere oportuno, imponga no solo alguna de las medidas del artículo 83 sino que también podrá imponer alguna regla de conducta de las que se regulan en el artículo 84.

Bajo mi punto de vista, todas estas reglas de conducta o medidas tienen una doble finalidad común; a saber: en primer lugar, garantizar o favorecer la protección de la víctima de los delitos cometidos, concienciando al autor de los hechos de las consecuencias que le genera a la víctima el delito cometido⁵⁵⁵; y, en segundo lugar, como no podía ser de otro modo, evitar la reiteración delictiva⁵⁵⁶. Creo que ambas

⁵⁵⁵ Esta finalidad ha encontrado su máxima expresión en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, cuyo Preámbulo viene a señalar que “La finalidad de elaborar una ley constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito es ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal”. Añade que “Por ello, el presente Estatuto, en línea con la normativa europea en la materia y con las demandas que plantea nuestra sociedad, pretende, partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ello, los del conjunto de la sociedad”.

⁵⁵⁶ Evitar la reiteración delictiva ha sido, como decía, la única finalidad que buscaba en un primer momento el Derecho penal. El hecho de que la evolución de la sociedad, haga que se busquen otras finalidades como las señaladas, no evita que, en todo caso, la reeducación y reinserción social constitucionalmente consagrada en el artículo 25.2 de la CE, siga siendo una de las finalidades esenciales de la pena. No obstante la búsqueda de esta doble finalidad ha sido criticada doctrinalmente. Así GARCÍA GONZÁLEZ, “La penalidad prevista en delitos de violencia contra la mujer...”, p. 340, indica que “Esta situación casa mal [...] con los fines que pretende la suspensión condicional de las penas privativas de libertad. Encuentro muy loable que se persiga la máxima protección de la víctima, pero

finalidades son consustanciales a la propia esencia de las medidas que se adoptan. De esta forma, el reo toma conciencia de las consecuencias de su ilícito penal ya que las medidas que se le imponen van encaminadas (sino en todo, sí al menos en parte) a proteger a la víctima del delito o a otras posibles víctimas, sensibilizando al reo sobre los efectos negativos del delito. Lo que se busca es que el sujeto recapacite y sea consciente de las consecuencias negativas de volver a delinquir. Por ello la primera finalidad acaba siendo el hilo conductor del segundo objetivo que no es otro que evitar esa reiteración delictiva.

Además, no se debe olvidar que el incumplimiento de estas medidas, siempre que sea grave o reiterado, es causa de revocación de la suspensión de la pena *ex* artículo 86.1 en sus apartados b) y c). Consecuentemente, no solo no ha de cometer un nuevo delito que frustre la expectativa en la que se fundaba la suspensión, sino que ha de cumplir con el plazo de suspensión y con las medidas impuestas a fin de obtener del órgano jurisdiccional la remisión definitiva de la pena *ex* artículo 87 del Código.

B. Presupuestos comunes que se aplican a las reglas de conducta de los artículos 83 y 84 del Código penal.

Sentado lo anterior, es necesario tener en cuenta una serie de presupuestos generales que se aplican a todas las reglas de conducta o medidas tanto las incluidas en el artículo 83 como las previstas en el artículo 84. Para ello entiendo inevitable precisar la regulación inicial de estos dos preceptos que señalan lo siguiente:

Art. 83.1. pfo. 1º. “El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados”.

Art. 84.1. pfo. 1º. “El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas”.

entiendo que el mecanismo elegido debe permitir, igualmente, la reinserción del agresor. Y, en este caso, la ponderación entre ambas finalidades no parece que se haya conseguido”.

Lo primero que se extrae de la redacción del Código, en ambos preceptos, es el carácter facultativo de estas reglas de conducta⁵⁵⁷. El artículo 83.1 párrafo primero señala que el juez o tribunal «podrá» condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de las prohibiciones y deberes que se indican, mientras que el primer párrafo del artículo 84.1, en consonancia, señala que el juez o tribunal «también podrá» condicionar la suspensión de la ejecución de la pena, en este caso al cumplimiento de alguna o algunas de las prestaciones o medida que contempla. Este carácter facultativo lo es por extensión de la propia figura de la suspensión de la pena que, igualmente, tiene carácter facultativo, como he tenido ocasión de exponer y analizar. Es más, el propio artículo 83.1 condiciona la posibilidad de que juez imponga alguna de estas medidas a que «sean necesarias para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos». Le corresponde al juez o tribunal hacer un juicio de probabilidad de futura reiteración delictiva. Solo si entiende que estas medidas son necesarias para que el reo no vuelva a delinquir podrá imponer alguna de ellas. Además el propio artículo 83.1 señala otro límite a la imposición de estas reglas de conducta: si los deberes y obligaciones que se imponen resultaran ser «excesivos y desproporcionados» no será posible su aplicación.

No hay dudas sobre el carácter facultativo de las medidas, si bien se critica la discrecionalidad que existe en la materia puesto que no está definido qué ha de entenderse por «necesario» a los efectos de evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, como tampoco existe una definición de medidas «excesivas o desproporcionadas». Ante el silencio del legislador, será el juez quien, caso por caso, deberá valorar la necesidad de su imposición así como que las medidas guarden relación con el delito objeto de suspensión y sean proporcionales.

Quisiera además recalcar que aun cuando el carácter de necesarias, no excesivas y proporcionales de estas medidas únicamente se contiene en el artículo 83.1 entiendo que es igualmente aplicable a las reglas de conducta del artículo 84.1. Así lo es atendiendo al propio inciso del precepto cuando dice «también podrá», que conlleva que

⁵⁵⁷ Como indica RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas privativas...”, p. 75, “El artículo 83 CP regula las prohibiciones y deberes, cuya imposición sigue siendo potestativa, si bien se delimita el ámbito de discrecionalidad judicial, concretando la inespecífica y genérica expresión del actual artículo 83 CP (“si lo estima necesario”)”.

estos mismos límites han de aplicarse cuando de la imposición de alguna de las prestaciones o medidas de dicho precepto se trate⁵⁵⁸.

No obstante, si el carácter facultativo de este tipo de medidas es la regla general, el propio Código establece que, cuando se trate de determinados delitos, el juez viene obligado a imponer alguna de estas obligaciones. Así lo contemplan los artículos 83.2 y 84.2 del Código cuyo análisis se realizará en el apartado siguiente.

También quisiera precisar, aunque no haya sido objeto de controversia, que nada impide que el juez o tribunal pueda imponer una o más reglas de conducta de los artículos 83 y 84 del Código; esto es, nada obsta a la posibilidad de acumulación de varias medidas del artículo 83 o de varias prestaciones del artículo 84⁵⁵⁹. Ahora bien, ¿es posible la imposición de una o más reglas del artículo 83 junto con una o más reglas del artículo 84? ¿En ese caso, dónde estaría el límite? Parece lógico que, tal y como acabo de comentar, que cuando el Código dice en el artículo 84.1 «también podrá» supone la posibilidad de que el juez condicione la suspensión de la pena al cumplimiento de reglas de conducta de ambos preceptos. Si bien el Código lo posibilita, ¿no resultará más gravoso que la propia pena que hubiera cumplido en el caso de que no se le hubiera concedido la suspensión?

No se debe desconocer que el artículo 84 del Código posibilita que se pueda imponer una multa o trabajos en beneficio de la comunidad, lo cual puede parecer contradictorio con la propia finalidad de la suspensión de la pena que no es otra que la de evitar el cumplimiento de la pena principal. Además recordar que como ya se indicaba al analizar la suspensión sustitutiva, una de estas prestaciones se ha de imponer con carácter obligatorio cuando de este tipo de suspensión se trate ex artículo 80.3 del Código. Un sector doctrinal entiende que no es más gravoso puesto que la suspensión de la pena, siempre es más favorable para el reo. Otros en cambio consideran que lo que se impone como «medida» o «prestación» es una verdadera «pena» aunque se le denomine de forma distinta, por lo que entienden que es más gravoso. A mi juicio, sí que es cierto que la suspensión de la pena, objetivamente, siempre es más beneficiosa para el reo

⁵⁵⁸ Tiene esta misma postura, RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 75.

⁵⁵⁹ En este mismo sentido se pronuncia GARCÍA SAN MARTÍN, “Las prohibiciones de aproximación y comunicación...”, p. 21, cuando dice que “[...] la dicción literal del precepto [...] no acota la posibilidad de su acumulación, debiendo entenderse oportuna la imposición simultánea de dos o más reglas de conducta”.

puesto que no cumple con la pena principal que se le ha impuesto en sentencia firme. Ahora bien, si se le suspende la pena pero se le condiciona al cumplimiento de una o más medidas del artículo 83, será porque el juez, realizando ese juicio de probabilidad que comentaba, ha considerado necesaria su imposición para evitar la comisión de futuros delitos. De igual modo, si considera que, además, se le debe imponer alguna regla de conducta del artículo 84 del Código, es porque habrá igualmente valorado esa necesidad de imposición, lo cual estará debidamente fundamentado y motivado en la sentencia o en el auto posterior en que así se acuerde. Hasta aquí se cumple y se respeta el principio de legalidad.

El problema es que si se condiciona la suspensión de la pena a una multa o trabajos en beneficio de la comunidad, a mi juicio, lo cierto es que se está imponiendo una pena de forma encubierta y eso es lo que pretendía evitar el legislador con la derogación del artículo 88.

Al hilo de lo anterior, se discute si las reglas contenidas en estos artículos 83 y 84 del Código son aplicables a todas las formas de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad del artículo 80 del Código; esto es, a la suspensión ordinaria (*ex* artículo 80.1 y 2); a la suspensión ampliada (*ex* artículo 80.3); a la suspensión de la pena cuando el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables (*ex* artículo 80.4); así como a la suspensión en el caso de drogodependientes (*ex* artículo 80.5). Bajo mi punto de vista la respuesta ha de ser afirmativa. En cambio hay posiciones doctrinales que entiende que mientras el artículo 83.1 sí que es aplicable a todas las formas de suspensión, las reglas de conducta del artículo 84.1 del Código solo son aplicables a la suspensión sustitutiva o ampliada del artículo 80.3, en consonancia con el derogado artículo 88, que preveía a la multa y a los trabajos en beneficio de la comunidad (junto con la localización permanente) como penas sustitutivas de la pena principal impuesta en sentencia. A favor de esta primera postura cabe señalar que si solo fuera aplicable a la suspensión del 80.3 se hubiera ubicado en ese apartado entendiendo que al ser un artículo separado es de aplicación general a todas las clases de suspensión.

En otro orden de cosas, hay que valorar que algunas de estas medidas se prevén también como penas accesorias. Pero si bien en la práctica supone lo mismo (prohibición de aproximación o prohibición de comunicación) su incumplimiento tiene

diferentes consecuencias. Si se trata de una pena accesoria impuesta de conformidad con los artículos 48 y 57, su incumplimiento implica la comisión de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código; mientras que si se incumple una de estas medidas la consecuencia es la revocación de la suspensión conforme al artículo 86.1 apartados b) y c), siempre y cuando, insisto, el incumplimiento sea grave y reiterado. Cuando no lo sea la consecuencia no será la revocación sino las que se disponen en el artículo 86.2 (posibilidad de imponer nuevas prohibiciones, deberes o condiciones o modificar las ya impuestas o bien prorrogar el plazo de suspensión sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado).

Además me gustaría dar un apunte sobre la posibilidad o necesidad de abonar a la pena de prisión impuesta y que se suspende la multa efectivamente satisfecha o los trabajos en beneficio de la comunidad realizados, o a las penas accesorias de los artículos 48.2 y 57.2 del Código, la imposición de alguna de las reglas de conducta del artículo 83.1. La reforma de 2015 ha desaprovechado la oportunidad de permitir la compensación de las medidas de los artículos 83 y 84 del Código, efectivamente cumplidas, cuando se revoca la suspensión. Creo que es una regulación desacertada toda vez que no se tienen en cuenta esas medidas y, evidentemente, no es lo mismo una suspensión de la pena sin medidas que si la suspensión está condicionada al cumplimiento de una o más reglas de conducta. No se debe olvidar que la suspensión de la pena condicionada al cumplimiento de alguna regla de conducta, supone algo más que una simple suspensión y se ha de valorar⁵⁶⁰. Solo quería realizar este apunte debido a que ahondaré en esta cuestión cuando analice las causas de revocación de la suspensión de la pena conforme al artículo 86 del Código y sus consecuencias⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Tal clase de suspensión, en la que no solo hay un plazo de suspensión, sino que además se impone una regla de conducta se ha denominado por la doctrina como “un medio autónomo de reacción jurídico-penal” bajo la postura de JESCHECK o como “una sanción autónoma” según BRUNS, como apunta MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena...*, p. 8 y ss.

⁵⁶¹ Ahondando sobre esta cuestión, por todos, QUINTERO OLIVARES, *Comentario a la reforma penal...*, pp. 166 y ss.

C. *Prohibiciones, obligaciones y deberes del artículo 83.1 del Código penal: cuestiones que se derivan de su imposición.*

El artículo 83.1 del Código, después de exponer el carácter facultativo de las medidas con las limitaciones que comentaba: que «resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados», recoge un listado de hasta nueve supuestos que el órgano judicial puede imponer al reo junto con el plazo de suspensión. La evolución legislativa hasta llegar a la regulación actual ya ha sido analizada en el apartado correspondiente al estudiar las diferentes modificaciones que sufrió el Código penal de 1995, desde su publicación. Me limitaré aquí a exponer las cuestiones que pueden surgir en la práctica cuando un órgano jurisdiccional toma la decisión de condicionar la suspensión de la pena a alguna o algunas de estas medidas.

a) *Prohibiciones de aproximación o de comunicación.*

La primera de las medidas que contiene el artículo 83.1 del Código, en verdad, incluye a su vez dos posibles reglas de conducta; a saber, prohibición de aproximación o prohibición de comunicación en los siguientes términos:

Art. 83.1.1ª. “Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada”.

Esta prohibición ya venía contemplada con anterioridad a la reforma de 2015, si bien “se echa de menos que el legislador no determine distancia (a menos de 300 o 500 metros), parámetro que nunca debe omitirse en la medida cautelar o pena de prohibición de aproximación y comunicación, a los efectos, claro está, de determinar si, en su caso, ha existido delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar (art. 468)”⁵⁶². No obstante, entiendo que no es labor del legislador determinar una distancia; lo que no impide, lógicamente, que toda resolución que acuerde esta medida lo hará constar. Tratándose además de una medida tan concreta con clara intención de protección a la

⁵⁶² CANO CUENCA, “Suspensión de ejecución de la pena...”, p. 340.

víctima del delito o a sus familiares, se le ha de haber notificado personalmente dicha medida al condenado, para que su incumplimiento genere consecuencias; insistiendo, una vez más, que la consecuencia ante el incumplimiento no será la revocación de la suspensión salvo que se tratara de un incumplimiento grave o reiterado.

La segunda de las reglas se refiere a la prohibición de «establecer contacto» con determinadas personas cuando las mismas puedan facilitarle la comisión de nuevos hechos delictivos. El Código lo redacta de esta forma:

Art. 83.1.2ª. “Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo”.

Esta prohibición constituye la primera medida novedosa introducida por la L.O. 1/2015. Se trata de una prohibición de «establecer contacto», lo cual no supone necesariamente una prohibición de aproximación, lo cual quedaría subsumido en la regla anterior, “pero sí una imposibilidad de comunicación por cualquier medio, tanto físicamente como a través de cualquier medio de comunicación telefónica o telemática”⁵⁶³. Si bien la prohibición de comunicación se encuentra también incluida en la regla anterior, está clara su distinción: la prohibición de comunicación del artículo 83.1.1ª se refiere a la víctima del delito o a sus familiares u otras personas que determine el juez; esto es, se trata de una prohibición de comunicación con los perjudicados por el delito sobre la base que la comunicación afecta al libre desarrollo de su vida en tranquilidad sin interferencias del condenado; mientras que la prohibición de establecer contacto implica esa misma prohibición de comunicación pero con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado que le faciliten al reo, la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. En este segundo caso se pretende que el reo no tenga contacto con ciertas personas que, presumiblemente le incitaran a cometer nuevos delitos, con una finalidad clara: evitar la reiteración delictiva. Esta prohibición está pensada y “es especialmente útil en los supuestos de delitos de discriminación o de odio cometidos por bandas o grupos cuyo objetivo principal es la incitación a la discriminación o al odio a determinadas personas”⁵⁶⁴.

⁵⁶³ CANO CUENCA, “Suspensión de ejecución de la pena...”, p. 341.

⁵⁶⁴ CANO CUENCA, “Suspensión de ejecución de la pena...”, p. 341.

b) Prohibiciones relativas al lugar de residencia.

Las reglas tercera y cuarta del artículo 83.1 regulan la obligación del condenado de mantener su lugar de residencia con prohibición de abandonarlo o, *a sensu contrario*, la prohibición de residir en un determinado lugar, en los siguientes términos:

Art. 83.1.3^a. “Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal”.

Art. 83.1.4^a. “Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos”.

La normativa anterior a la reforma decía expresamente en el artículo 83.1.1^a del Código «prohibición de acudir a determinados lugares». La redacción tan vaga y ambigua se ha visto concretada con la reforma de 2015, pero no solo eso; a la vez que se ha especificado se ha bifurcado en las reglas tercera y cuarta de este precepto. La naturaleza de estas dos reglas es la misma ya que en todo caso son prohibiciones relativas al lugar de residencia del reo. La primera de las reglas solo permite abandonar o ausentarse al reo de su residencia en caso de que exista autorización judicial. Se trata por tanto de una obligación que, si bien ha de estar vigente durante todo el plazo de suspensión, el propio precepto posibilita que mediante autorización judicial se le pueda eximir totalmente (si se le permite abandonarlo) o parcialmente (si se le permite una ausencia temporal). Esta obligación está directamente relacionada con la necesidad de que el reo esté a disposición del juzgado durante la vigencia del plazo de suspensión. Es una medida de control relativa ya que el Código guarda silencio sobre la forma en que se acreditará dicho cumplimiento. En el caso de la segunda de estas reglas, la prohibición de residir en un determinado lugar o acudir al mismo está directamente relacionada con la evitación de la reiteración delictiva. Dice el precepto que se le impondrá esta obligación «cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos»⁵⁶⁵.

⁵⁶⁵ Sobre esta cuestión se pronunciaba LEAL MEDINA, “La prohibición de residir en determinados lugares...”, p. 9, cuando señalaba que “Esta obligación se impone con el objetivo de prevenir la futura conducta del sujeto del cual se desconfía o al menos hay dudas de que vaya hacer un buen uso de su libertad cuando se le concede la suspensión de la pena privativa de libertad -arts. 80 a 87 CP- [...]. Es pues una facultad que se otorga al Tribunal que además de condicionar su concesión a que el sujeto no vuelva a delinquir en el plazo fijado [...] puede imponerle, si lo estima necesario, esta obligación o deber con la finalidad de asegurar la ausencia de hechos antijurídicos y de esta forma evitar la futura comisión

- c) Obligación de comparecencia para informar de sus actividades y justificarlas.

La obligación del condenado de comparecer ante determinados órganos para informar de sus actividades y justificarlas, es una obligación que ya venía contemplada en la regla cuarta el artículo 83.1 anterior a la reforma de 2015; si bien esta Ley introduce dos novedades que se evidencian de la redacción actual que indica:

Art. 83.1.5ª. “Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas”.

En primer lugar se amplían los órganos ante quien se puede imponer la obligación de comparecencia. Junto a las comparecencias ante el juez o tribunal (apuntar que la redacción anterior se refería a «juzgado o tribunal» y ahora indica que ha de serlo ante el «juez o tribunal») o ante el servicio de la administración que el órgano judicial señale, se añade la posibilidad de que las comparecencias se efectúen ante dependencias policiales. Sin duda la inclusión de las «dependencias policiales» en esta regla, amplia y mucho la posibilidad de control de esta medida. Como tendré ocasión de exponer al hablar del control de todas estas medidas del artículo 83.1, dicha vigilancia se encomienda a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Bajo esta premisa, resulta lógico que si se impone la obligación de comparecencia personal del sujeto ante las mismas dependencias policiales encargadas de su control, la respuesta ante el posible incumplimiento será inmediata.

En segundo lugar se incluye la determinación de la «periodicidad» durante la que debe comparecer el reo, “algo que, en todo caso, en la práctica forense era determinada procesalmente”⁵⁶⁶. Es decir, lo que ya se venía haciendo en los tribunales se plasma en el texto legal, siendo necesario, ahora ya por aplicación del precepto, que el órgano judicial marque la periodicidad con la que se tendrán que hacer las comparecencias personales del condenado.

delictiva. Para ello, el Tribunal deberá valorar la peligrosidad del sujeto, no de forma objetiva, es decir, referida al hecho cometido, ya que estamos ante delitos leves o menos graves porque de lo contrario no sería posible la suspensión [...] de la pena impuesta, sino atendiendo a las circunstancias subjetivas y personales que concurran en el sujeto y a través del oportuno pronóstico o juicio de probabilidad”.

⁵⁶⁶ CANO CUENCA, “Suspensión de ejecución de la pena...”, p. 342.

Si bien se han introducido estas dos modificaciones el legislador podría haber aprovechado esta oportunidad para concretar qué quiere decir con «informar de sus actividades y justificarlas». Nuevamente es un concepto confuso. ¿Qué actividades tiene que informar y cómo las ha de justificar? Ante el silencio del Código será el juez quien en cada caso valore si la información aportada es suficiente pudiendo, en caso contrario, requerirle nuevamente.

d) Obligación de participar en determinados programas.

Las reglas de conducta sexta y séptima contenidas en el artículo 83.1 del Código tratan, con carácter general, de favorecer el desarrollo de hábitos o actitudes pro-sociales relacionadas con el delito cometido. Se incluyen en estas reglas diferentes modalidades de participación en programas formativos. Estos programas formativos están circunscritos a aquéllos casos en los que el beneficiario de la suspensión de la pena privativa de libertad haya cometido un delito relacionado con el programa formativo a que se condiciona dicha suspensión; a saber, delitos contra los derechos de los trabajadores; delitos contra el patrimonio histórico; delitos contra la seguridad vial; delitos contra la libertad e indemnidad sexuales; delitos contra los recursos naturales, la flora, la fauna o los animales domésticos; delitos contra la violencia de género tal y, en general, delitos que se hayan cometido por su dependencia a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

Lo que se pretende con estos programas es disminuir el riesgo de reincidencia en este grupo de ilícitos mediante la motivación del autor respecto del valor y necesidad de protección que tienen estos bienes jurídicos. Se entiende que solo con la pena no se concientia al autor, suficientemente, de la importancia de los bienes jurídicos lesionados. Para ello se le impone, junto con el plazo de suspensión, alguno de esos planes; para que su comportamiento en el futuro sea respetuoso y garante de la protección que se merecen.

La primera de estas reglas es la contenida en el artículo 83.1.6^a. Dispone este precepto lo siguiente:

Art. 83.1.6ª. “Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares”.

De todos estos programas que se pueden imponer, que como digo solo tienen en común que tienen relación directa con el delito cometido cuya pena se suspende, solo me centraré en alguno de ellos que entiendo que son los que generan alguna controversia, como lo son los programas de educación vial y de educación sexual relacionados con los de igualdad de trato y no discriminación, así como de defensa del medio ambiente así como de protección de los animales

En cuanto a los programas de educación vial, he de recordar que la inclusión de este tipo de programas hay que relacionarla, necesariamente, con el supuesto contenido en el artículo 83.1.8ª del Código que posteriormente analizaré. En este caso, si el sujeto ha cometido cualquiera de los delitos contra la seguridad vial que recogen los artículos 379 a 385 *ter* del Código, es posible que el órgano jurisdiccional condicione la suspensión de la pena al sometimiento del sujeto a un programa de seguridad vial. La finalidad perseguida con este tipo de planes es, como en todos, concienciar al penado de los riesgos que supone, en este caso, la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor buscando su sensibilización y siempre orientado a la no reincidencia.

El problema es cómo articular estos programas de reeducación vial⁵⁶⁷. No se debe olvidar que estos programas no son obligatorios sino facultativos y que solo se impondrán cuando se suspenda la ejecución de la pena; esto es, cuando se den las reglas de los artículos 80 y ss. del Código y así lo estime el juez o tribunal. Por ello como expone MAGRO SERVET sería posible que el período de asistencia a formación obligatoria en seguridad vial, se considerara dentro del paquete del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, como si de un trabajo social se tratara. Con esta interpretación se consigue la finalidad de la suspensión que no es otra que la reeducación del sujeto y que tome conciencia del problema que suponen los delitos

⁵⁶⁷ Cabe recordar que los delitos contra la seguridad vial incluyen como pena principal la de trabajos en beneficio de la comunidad por lo que es necesario conjugar esa pena con el programa formativo. Si bien, como apunta MAGRO SERVET, “La reeducación obligatoria...”, pp. 6 y 7, “[...] la ejecución de un trabajo concreto no tiene eficacia ninguna en seguridad vial si previamente no se ha convencido al condenado de la incorrección de su conducta. Es lo que entraría en el concepto de los programas formativos a los que se refiere el art. 83.1.6ª CP que se incluyen en el marco de obligaciones que debe atender el penado cuando el juez adopta la medida de suspender la ejecución de la pena”.

contra la seguridad vial⁵⁶⁸. Como digo, esta medida está directamente relacionada con el artículo 83.1.8ª, por lo que me remito a lo que luego allí comentaré.

Por lo que respecta a los programas de educación sexual, se pueden imponer en el caso de que se trate de un delincuente condenado por un delito contra la libertad o indemnidad sexuales⁵⁶⁹. Aquí la cuestión se complica. Los delitos contra la libertad sexual son delitos de enorme calado que generan alarma e incertidumbre en la sociedad. En consecuencia, se tiene que ser especialmente cuidadoso a la hora de hablar de la suspensión de la ejecución de la pena en este tipo de delitos. Lo cierto es que la figura de la suspensión no distingue el tipo de delitos a los que se aplica⁵⁷⁰. Siempre que concurren los requisitos y condiciones para su concesión será posible conceder esta forma alternativa al cumplimiento de las penas. Ahora bien, hay que conjugar ese derecho a la segunda oportunidad del reo con la protección de la víctima porque ¿cómo se le explica a la víctima que a pesar de estar condenado por un delito de tales características el condenado no entra en prisión? Se trata, como digo, de asuntos de especial complejidad⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ Por todo ello, en la Audiencia Provincial de Alicante se introdujo una directa colaboración con asociaciones de víctimas de accidentes, a fin de que una de las actividades que podrían realizar los penados a trabajos en beneficio de la comunidad, fuera, como expone MAGRO SERVET, “La reeducación obligatoria...”, p. 8, la de “[...] atender los problemas de movilidad de accidentados por siniestros de seguridad vial ayudándoles a realizar las actividades más elementales de su vida y, de esta manera, poder darse cuenta el terrible daño que se causa por la comisión de imprudencias en materia de seguridad vial y, en muchos casos, el carácter irreparable de estos accidentes y las secuelas que dejan en muchas vidas humanas y familiares de los accidentados, sobre todo cuando éstos no han sido los responsables, sino las víctimas de la actitud insolidaria de otros”

⁵⁶⁹ La OMS define la «salud sexual» como el “Estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad; no es meramente la ausencia de enfermedad, disfunción o debilidad. La salud sexual requiere un acercamiento positivo y respetuoso hacia la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de obtener placer y experiencias sexuales seguras, libres de coerción, discriminación y violencia. Para que la salud sexual se logre y se mantengan los derechos sexuales de todas las personas, deben ser respetados, protegidos y cumplidos”.

⁵⁷⁰ Profundizando sobre esta cuestión, GUTIÉRREZ ROMERO, “La reeducación de los condenados...”, p. 2, cuando afirma que “El Derecho Penal ha de cumplir una función resocializadora que no puede quedar vedada a determinado tipo de autores sólo porque se considere particularmente reprochable la naturaleza del delito cometido”.

⁵⁷¹ Como apuntan MAGRO SERVET, CUÉLLAR OTÓN y HERNÁNDEZ RAMOS, “Programa de intervención...”, p. 2, “[...] cuando el sujeto llega a entrar en prisión la cuestión no genera tanto debate en la medida en que desde el establecimiento penitenciario se facilita el sometimiento a programas para los denominados «delincuentes sexuales». Así exponen que “Los tratamientos con agresores sexuales se aplican en prisión desde 1996, a raíz de un proyecto pionero llevado a cabo en los centros penitenciarios de Brians y Quatre Camins (ambos en Barcelona). El método empleado en la intervención es el denominado Programa de Control de la Agresión Sexual, dirigido tanto a violadores como a abusadores de menores. El tratamiento se aplica de forma grupal, fragmentado en varios módulos que tratan la conciencia emocional del sujeto, la empatía con las víctimas, los mecanismos de defensa, las distorsiones

Para intentar resolver o paliar las consecuencias de esta realidad el Código penal de 1995 introdujo la posibilidad de que junto con el plazo de suspensión se acordara *ex* artículo 83 la obligación de que el reo se sometiera a un programa de reeducación sexual. La base de estos programas tiene como eje central la protección de la salud sexual de las víctimas. En todo caso, no se debe desconocer que ha de tratarse de delitos contra la libertad sexual en los que se haya impuesto una pena privativa de libertad no superior a dos años, a un reo sin antecedentes penales de esa misma naturaleza y que exista un pronóstico favorable de no reiteración delictiva⁵⁷². Concurriendo estos presupuestos, en principio, se podrá conceder la suspensión de la pena con la obligación, si así se acuerda en sentencia, de que el reo se someta a un programa de reeducación sexual⁵⁷³. Una vez acordado en sentencia o en auto posterior motivado me surgen la duda de, por un lado ¿quién facilita y cómo ha de ser ese programa de educación sexual?; y, por otro ¿qué objetivos ha de alcanzar y cómo se acredita que efectivamente se han alcanzado?

En cuanto a quién ha de facilitar la realización de ese programa parece lógico que sea la Administración a través del Servicio de gestión de penas y medidas alternativas la encargada de elaborar el plan del programa de educación sexual. Pero incluso en este primer acercamiento surge un gran problema: en la actualidad la

cognitivas, la modificación del impulso sexual, un estilo de vida positivo, la educación sexual y por último la prevención de recaídas. Dicho tratamiento es digno de elogio puesto que, según los estudios empíricos llevados a cabo, consigue reducir la reincidencia de los delincuentes sexuales hasta un 4%, lo que es todo un logro si tenemos en cuenta que la estimación de la media de reincidencia de los agresores sexuales tratados oscila entre el 10%-15%”.

⁵⁷² Recordar que los delitos contra la libertad sexual se recogen en el Título VIII del Código penal rubricado de los “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” dentro del Libro II y que engloba los artículos 178 a 194. De todos estos delitos los únicos en los que se podría acordar la suspensión de la pena son aquellos en los que se imponga en sentencia firme una pena no superior a los dos años (aun cuando la extensión de la pena que permita el Código sea mayor). Estos delitos serían los de los artículos 181.1 (actos contra la libertad sexual sin violencia o intimidación); 181.2 (actos sexuales con engaño o abuso de confianza con mayor de 16 años pero menor de 18); 183.1 (actos sexuales con menor de 16 años); 183 *bis* (determinación a menores de 16 años a un acto sexual o le haga presenciarlos); 183 *ter* 1 (utilización de internet, teléfono o semejantes para contactar con menor de 16 años para concertar encuentro sexual); 183 *ter* 2 (utilización de internet, teléfono o semejantes para contactar con menor de 16 años para facilitar material pornográfico); 184.1 (acoso sexual); 185.1 (exhibicionismo y provocación sexual); 186.1 (venta difusión o exhibición de material pornográfico entre menores de edad o discapacitados); 187.1, 188.1 y 189.1 (relativos a prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores).

⁵⁷³ GUTIÉRREZ ROMERO, “La reeducación de los condenados...”, p. 1, considera que “[...] son escasos los estudios realizados respecto de la necesidad de trabajar sobre el agresor como medio de prevenir y erradicar esta violencia. No debe obviarse que la protección y seguridad de la víctima no puede conseguirse sin un cambio de comportamiento del maltratador, quien debe asumir que realmente tiene un problema de conducta que afecta a quienes conviven en el mismo entorno familiar”.

Administración aun no dispone de todos los medios necesarios para su ejecución. Ello conlleva que haya partidos judiciales en los que, por mucho que el juez imponga esta obligación en sentencia o resolución posterior, sea inviable su ejecución. Necesariamente, al habersele impuesto esta obligación se le ha de facilitar al reo su realización. Además, la consecuencia de la no ejecución de ese programa de educación sexual (porque voluntariamente no se somete -lo que puede conllevar la revocación de la suspensión *ex* artículo 86.1.b) o la modificación o prórroga de las obligaciones si el incumplimiento no tiene la consideración de grave y reiterado *ex* artículo 86.2- o porque como digo no existen los medios para llevarse a cabo), puede conllevar que ese sujeto vuelva a delinquir ya que se ha constatado que, en caso de no recibir el tratamiento adecuado de forma inmediata la probabilidad de reincidencia aumenta considerablemente es esos casos (se estima que un 20% de los agresores sexuales, sin tratamiento, reinciden⁵⁷⁴).

En cuanto a los objetivos a alcanzar con este programa de educación sexual, dan las claves MAGRO SERVET, CUÉLLAR OTÓN y HERNÁNDEZ RAMOS al distinguir entre «objetivos generales de intervención y objetivos específicos». Por lo que respecta a los objetivos generales, éstos se corresponderían con la identificación de los delitos sexuales a través del desarrollo de actitudes y conductas en las que se causa daño físico, psíquico y/o propiamente sexual a la víctima así como la necesidad de promover y normalizar la reflexión sobre la sexualidad humana y la capacidad de decidir acerca de la misma. En cuanto a los objetivos específicos estos se centrarían en desarrollar conocimientos aplicables a la vida afectiva-sexual cotidiana; en favorecer actitudes que permitan asumir la sexualidad desde la comunicación, el respeto y la responsabilidad con uno mismo y con los demás, así como en promover la salud sexual potenciando estilos de vida saludables⁵⁷⁵.

En este contexto como afirma TENA ARAGÓN, “Mayores problemas ha planteado el posible incumplimiento de programas o tratamiento de maltratadores y qué

⁵⁷⁴ Datos facilitados en el estudio que realizan MAGRO SERVET, CUÉLLAR OTÓN y HERNÁNDEZ RAMOS, “Programa de intervención...”, p. 2. Incluso llegan más allá en sus conclusiones considerando que “[...] la violencia sexual es uno de los ejes que vertebran la violencia de género [...]”. Llegados a este punto es evidente la necesidad de someter al «delincuente sexual» a un tratamiento o intervención inmediato y eficaz que busque la rehabilitación y reinserción del reo para que se aleje lo máximo posible de la reincidencia.

⁵⁷⁵ MAGRO SERVET, CUÉLLAR OTÓN y HERNÁNDEZ RAMOS, “Programa de intervención...”, p. 5.

debe entenderse por incumplimiento. Si es el condenado el que se niega a asistir, o bien abandona ese tratamiento no participando en las sesiones programadas, es evidente que el mismo ha incumplido el requisito y, por lo tanto, su actitud consciente no puede sino conllevar la revocación [...] y volver a la pena sustituida de prisión”⁵⁷⁶. Sin embargo, cuestión distinta es cuando lo que se informe por los terapeutas encargados de impartir ese programa es el escaso interés del penado. En este caso, cabría a su vez distinguir dos supuestos: si el penado muestra escaso interés en el programa, por su falta de participación activa en las sesiones pero el mismo acude a las citas, no entorpece el desenvolvimiento del programa, en este caso no se podría hablar de incumplimiento sino de verdadero “fracaso del programa”⁵⁷⁷. No ocurriría lo mismo si el condenado sometido a tratamiento acude a las citas pero interfiere en el normal desarrollo del grupo, poniendo trabas o tachas a la labor de los profesionales o a las intervenciones de otros asistentes, debe entenderse como una actitud reticente equivalente a ese incumplimiento que debe conllevar la revocación de la pena sustitutiva volviendo a la pena sustituida.

Una mención especial merece la suspensión de la pena a reos que hayan sido condenados en casos de abuso sexual a menores. Si, como decía antes, los delitos contra la libertad sexual están socialmente reprobados, qué no decir cuando se trata de abusos sexuales a menores de edad. Creo que la sociedad no está preparada para aceptar la suspensión de la pena en estos casos por mucho que se cumpla con los requisitos legales para su concesión. Aun así, como adelantaba antes, el Código no limita la concesión de la suspensión de la pena a un número concreto de delitos sino que se puede conceder en todo tipo de delitos siempre que la condena que se imponga no sea superior a dos años. La limitación de la cuantía de la pena ya supone una limitación en sí misma ya que hay delitos en el Código penal cuya pena mínima ya excede de esos dos años por lo que en esos supuestos nunca tendrá cabida la suspensión de la ejecución de la pena.

Por lo que respecta a la necesidad de defensa del medio ambiente así como de protección de los animales, es necesario recordar que ni el Proyecto de reforma del

⁵⁷⁶ TENA ARAGÓN, “Suspensión y sustitución...”, pp. 24 y 25. Esta misma postura ha sido acogida por la jurisprudencia menor, entre otras, el auto de 19 de febrero de 2007 de la Audiencia Provincial de Madrid o el auto de 17 de septiembre de 2009, de la Audiencia Provincial de Girona.

⁵⁷⁷ TENA ARAGÓN, “Suspensión y sustitución...”, pp. 24 y 25. De conformidad con lo anterior se muestran las el auto de 17 de octubre de 2008, de la Audiencia Provincial de Girona o el auto de 26 de marzo de 2009, de la Audiencia Provincial de Madrid

Código penal de enero de 2007 ni el de noviembre de 2009 contemplaban la posibilidad de modificación del artículo 83.1.5ª (hoy artículo 83.1.6ª) para introducir la posibilidad de imponer al beneficiario por la suspensión de la ejecución de la pena la obligación de asistir a cursos de formación específicamente dirigidos a la educación y sensibilización en temas relacionados con el medio ambiente o con los derechos de los animales. Cabe destacar que dentro de la referencia a «defensa del medio ambiente» y «de programas de protección de los animales» podrán entenderse comprendidos todos aquellos que van dirigidos a la formación o sensibilización sobre cuestiones ambientales en general, o bien sobre la protección de los animales (domésticos, amansados o salvajes), en particular. En el caso de los animales el Código regula en los delitos 337 y 337 *bis* los delitos de maltrato a los animales. Estos preceptos están ubicados en el Capítulo IV rubricado “De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos”, en el Título XVI titulado “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente” dentro del Libro II del Código y se han visto modificados por la L.O. 1/2015⁵⁷⁸.

Ante la comisión de estos delitos el juez puede acordar la suspensión de la pena al no preverse una pena superior a los dos años de prisión. En estos casos se le puede imponer, vía artículo 83.1.6ª, el sometimiento a un programa de reeducación de animales. A mi juicio, si el juez no lo impone en la sentencia el reo no va a acudir, voluntariamente, a someterse a este tipo de programas (realmente puede hacerlo pero no es lo habitual)⁵⁷⁹. La cuestión es, como en el resto de programas que permite imponer este precepto, que la Administración penitenciaria (que es la que tiene encomendada el control y seguimiento de este tipo de programas) prevea y disponga de este tipo de programas para que el juez tenga la certeza de que lo que impone en la sentencia o auto

⁵⁷⁸ Sin ser objeto esta tesis de su análisis pormenorizado baste decir que las modificaciones introducidas en la tipificación del delito de maltrato a los animales y la posible exigencia de introducir programas de reeducación para condenados por delitos de maltrato a los animales para cuando sean condenados a la pena de prisión son fruto de la evolución legislativa de estos preceptos. Así, fue la L.O. 15/2003, la que transformó la entonces falta de maltrato animal en delito de maltrato animal. Y ha sido la reciente L.O. 1/2015, la que ha reformado esta materia modificando los artículos 337 y 337 bis del Código.

⁵⁷⁹ En igual sentido señala MAGRO SERVET, “El delito de maltrato animal...”, p. 3, que “[...] cuando de aplicar un programa de reeducación para casos de maltrato a los animales se trata nos planteamos de qué sirve para evitar la reincidencia que se adopte la medida de suspensión de ejecución de la pena si esta no va unida al seguimiento «obligatorio» de un programa de reeducación que «evite» la reiteración en el delito. ¿Alguien puede imaginarse que un penado sin un auto de un juez que le obligue a ello va a iniciar un programa de reeducación que evite que vuelva a recaer en el delito cometido aunque en el auto de suspensión de ejecución de pena se le pueda advertir que se revocará la medida de suspensión si vuelve a delinquir?”.

motivado se vaya a cumplir. Me refiero no a que el reo no vaya voluntariamente al programa, lo que podrá provocar la revocación de la suspensión si el incumplimiento es grave y reiterado, sino a la posibilidad de que no exista ese programa que acuerda el juez y el condenado vea imposible su realización por causas ajenas a su voluntad. Para hacer efectivo ese sometimiento el juzgado remitirá testimonio de la resolución en que así se acuerde al servicio de gestión de penas y medidas alternativas para su realización (artículos 14 a 18 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio)⁵⁸⁰.

A raíz de esta nueva normativa, hay sentencias recientes condenando por estos delitos de maltrato animal. A modo de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora 109/2015, de 10 de diciembre; sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 179/2015, de 14 de octubre; o sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 223/2015, de 31 de marzo.

La consecuencia del no sometimiento al programa puede implicar la revocación de la suspensión *ex* artículo 86.1 b) si el incumplimiento es grave y reiterado o la imposición de otras medidas o la prórroga del plazo de suspensión *ex* artículo 86.2 del Código. Si bien veo difícil la imposición de otras medidas cuando ésta se incumpla ya que es tan concreta que ninguna otra parece que protegería de igual forma los bienes jurídicos vulnerados.

Además conforme al artículo 84 también podrán los servicios de gestión de penas y medidas alternativas podrán aplicar los artículos 3 y ss. del Real Decreto 840/2011, antes expuesto, derivando al penado a un centro de atención a los animales o de recogida de estos para que se esfuerce en enseñanzas destinadas a que atiendan a los animales, los cuiden etc., siempre bajo la vigilancia del personal apropiado para evitar cualquier situación de incumplimiento o de recaída en el maltrato, medida de trabajos en beneficio de la comunidad, que deberá ser ejecutada una vez haya seguido el programa de reeducación para evitar el maltrato animal.

⁵⁸⁰ MAGRO SERVET, CUÉLLAR OTÓN y HERNÁNDEZ RAMOS, “Programa de intervención...”, p. 6, destaca en relación a la duración del programa al que quedaría sometido el condenado que “1. El Módulo tiene una duración de tres meses; 2. El Programa se aplicaría paralela o posteriormente a la realización del programa implementado por instituciones penitenciarias; 3. La obligatoriedad de participar vendrá marcada en la sentencia del órgano judicial que emite la resolución; 4. La derivación al recurso [...] se realizará a través de los SGPMA. (Servicios de gestión de penas y medidas alternativas a la prisión); y 5. El número máximo de sujetos derivados por edición será de 10 sujetos como máximo, para poder individualizar la intervención y el desarrollo grupal de las sesiones dentro de unos parámetros de calidad y eficacia”.

Como decía, la regla séptima del artículo 83.1 recoge una alusión concreta a los programas de deshabituación con la siguiente redacción:

Art. 83.1.7ª. “Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos”.

Esta regla es una novedad de la L.O. 1/2015, establecida con carácter general para todos los delitos y no sólo para aquellos que se hubieren cometido como consecuencia de la adicción a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos⁵⁸¹. A mi juicio, es claro el motivo de la inclusión de esta obligación. La persona condenada en sentencia tiene un problema de adicción a este tipo de sustancias y solo la pena impuesta en sentencia, no evitará este problema, sino que en muchos casos lo acentuará. Ante este escenario, el legislador busca acabar con estas situaciones. Hasta aquí parece clara y lógica su inclusión, si bien podría haberse incluido conjuntamente en la regla anterior; aunque también es defendible la regulación actual toda vez que la regla sexta se refiere a programas racionados con el delito cometido y esta regla séptima es aplicable a cualquier tipo de delito. No obstante la cuestión que me planteo es ¿añade algo nuevo esta obligación respecto de la regla contenida en el artículo 80.5 del Código?

Recordar que el artículo 80.5 contiene el caso especial de suspensión de la ejecución de la pena para quienes hubieran cometido el hecho debido a su dependencia a las sustancias del artículo 20.2º (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas) y en su párrafo primero *in fine* recoge la necesidad de que el juez, para acordar la suspensión en estos casos, tiene que tener acreditado que el penado se encuentra deshabituado o «sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión». La diferencia parece clara en la medida en que si el penado no acredita que está deshabituado o sometido a tratamiento de deshabituación en el caso de la suspensión de la pena para drogodependientes, no se le otorgará esa suspensión. Además, como ya apuntaba con ocasión del análisis de este tipo de suspensión extraordinaria *ex* artículo 80.5 del Código, el sometimiento a ese tipo de tratamiento no implica necesariamente que el resultado haya de ser el de la deshabituación, sino que

⁵⁸¹ Con ocasión de esta regla apunta CANO CUENTA, “Suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 343, que “[...] cuando se pueda acreditar que el condenado es consumidor de bebidas alcohólicas u otro tipo de sustancias adictivas, la suspensión de ejecución de la pena podrá condicionarse a la participación en programas de deshabituación de consumo”.

solo se condiciona su concesión a que no se abandoné el tratamiento. En cambio, este programa de deshabitación a que se refiere la regla séptima del artículo 83.1 se puede aplicar a cualquier clase de suspensión y no en el caso de drogodependientes; si bien existirá entre la comisión del hecho delictivo y su adicción una relación de causalidad directa.

Otra cuestión controvertida es la de si se puede imponer esta obligación sin el consentimiento del penado. Como es sabido todo tratamiento médico requiere, necesaria e inexcusablemente, el consentimiento informado del paciente⁵⁸². Lo mismo sucede cuando el beneficiario del tratamiento es el penado, pero ¿esa misma consideración es extrapolable a este supuesto? O lo que es lo mismo ¿se puede imponer por el juez sin el consentimiento informado del penado? A mi juicio el consentimiento se ha de otorgar siempre; o lo que es lo mismo, ha de existir el consentimiento del penado para ser sometido a ese tratamiento de deshabitación. Lo que ocurre es que este consentimiento, de carácter eminentemente voluntario, se convierte en forzoso porque la consecuencia de su negativa es no conceder la suspensión de la pena⁵⁸³.

Quienes entienden que no es necesario su consentimiento previo abogan por una interpretación estricta de la dicción literal del Código. Entienden que solo la circunstancia novena regula de forma expresa la «necesidad de la previa conformidad del penado» por lo que en el resto de circunstancias no es exigible. A mi juicio, si no presta su consentimiento no se le podría imponer este programa de deshabitación, porque se estaría quebrando el principio de la autonomía del paciente conforme a la Ley 41/2002.

⁵⁸² Así lo dispone el artículo 2.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica con el siguiente contenido:

Art. 2.2. “Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”.

⁵⁸³ Ello supondría que quedaría vaciado de contenido el artículo 2.3 de la Ley 41/2002, anteriormente mencionada que dice que:

Art. 2.3. “El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”.

En estos casos ninguna capacidad de decisión puede tener el penado puesto que no hay elección posible: o se somete al tratamiento de deshabitación de tales sustancias o no se suspende la pena.

e) Prohibición de conducir vehículos a motor.

La octava prohibición que impone el artículo 83.1 del Código supone la prohibición de conducir determinados tipos de vehículos a motor cuando el condenado haya sido condenado por un delito contra seguridad vial. Los delitos contra la seguridad vial se regulan en los artículos 379 a 385 *ter* del Código ubicados en el Capítulo IV rubricado “De los delitos contra la Seguridad Vial” dentro del Título XVII titulado “De los delitos contra la seguridad colectiva” ubicados en el Libro II del Código rubricado “De los delitos y sus penas”. Dispone esta regla de conducta lo siguiente:

Art. 83.1.8ª. “Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos”.

Dice el precepto que se ha de tratar de «vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor». Es cuanto menos llamativa la inclusión de esta medida tan concreta cuando en España aún no existen este tipo de vehículos. Sin duda es un descuido (otro más) del legislador al haber incluido una *copia* de la normativa alemana donde sí que tienen ese tipo de vehículos en circulación y donde tiene una aplicación real esta medida⁵⁸⁴.

Además me planteo qué aplicabilidad práctica tiene esta medida cuando lo cierto es que la mayoría de los delitos contra la seguridad vial lleva aparejada la privación del

⁵⁸⁴ Merece la pena señalar al hilo de esta cuestión que el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001, incorporó reformas al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957, cuyo Título V (antiguo Título IV) se refiere a los “Transportes”. En su artículo 71 (anteriormente artículo 75), en su apartado c) incorporaba “medidas que permitan mejorar la seguridad en los transportes” y en su apartado d) incluye “cualesquiera otras disposiciones oportunas”. Lo anterior permite, en consecuencia, considerar que la seguridad vial forma parte de la política común de transportes a nivel europeo con necesidad de protección. Con el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, ahora el Título dedicado a Transportes es el número VI, artículos 90 a 100 (antiguos y correlativos artículos 70 a 80), disposiciones que resultan de aplicación a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables. El inicio de la acción comunitaria en este ámbito data de 1970, consecuencia de la aprobación de la Directiva 70/156/CEE del Consejo, de 6 de febrero de 1970, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre la homologación de vehículos a motor y sus remolques y sus modificaciones posteriores y que desde entonces ha propiciado la aprobación de un gran número de Reglamentos y Directivas en este campo. En base a esta normativa europea los diferentes Estados Miembros, entre ellos España, fueron adaptando su normativa interna. Reflejo de lo anterior es este artículo 83.1.8ª del Código penal español que reproduce lo contenido en el Código penal alemán.

derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores, en general⁵⁸⁵. Nótese que la regla general se refiere a la prohibición de conducir vehículos a motor o ciclomotores tengan o no ese dispositivo tecnológico. De ahí que la pena ya contendrá esa privación por lo que nada aporta esta circunstancia. Únicamente en el supuesto del artículo 385 del Código que condena a quienes causaren un grave riesgo para la circulación por alguno de los modos que el mismo precepto sanciona podría tener cabida o viabilidad esta inclusión. Pero como digo, ni tan siquiera en estos casos tendría aplicación toda vez que no existe este tipo de vehículos en España.

Como cláusula de cierre dispone esta medida que esta prohibición ha de «resultar necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos». Se trata de una concreción en este caso concreto de la necesidad general de que todas las circunstancias que se impongan deben estar orientadas a la prevención especial que no es otra que la de evitar la reiteración delictiva. A mi juicio es totalmente innecesaria esta especificación ya que el artículo 83.1 párrafo primero del Código, como he comentado, ya lo regula de forma expresa lo que conlleva que sea aplicable para los nueve supuestos que contempla el artículo. Toda posición contraria entiendo que es indefendible porque supondría entender que en el resto de circunstancias del artículo 83.1 no sea de buscar esa finalidad. Nuevamente se debe a esa *copia* del código penal alemán, no reparando el legislador en que el artículo 83.1 ya lo dispone expresamente.

f) Cumplimiento de otros deberes que el juez estime convenientes.

Mucho se ha hablado acerca de esta última regla de conducta del artículo 83.1 del Código penal. La taxatividad precepto pudiera hacer pensar que no es posible condicionar la suspensión de la ejecución de la pena a ninguna otra regla de conducta que no esté en él recogida. Sin embargo, este apartado noveno abre la posibilidad a

⁵⁸⁵ Solo los delitos de los artículos 384 y 385 del Código no conllevan esta pena. El primero de ellos por pura lógica, ya que el delito que se sanciona es la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por la pérdida total de los puntos asignados legalmente o tras ser privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia o al que condujere sin haber obtenido nunca dicho permiso o licencia. Parece obvio que si se conduce sin permiso o licencia porque ha sido privado o bien porque nunca lo ha obtenido no se le puede imponer la pena de privación de un permiso o licencia que no tiene. En el segundo de los casos condena al que causare un grave riesgo para la circulación por alguno de los modos que el mismo precepto sanciona.

imponer otros deberes distintos a los que menciona el Código. Establece esta última regla lo siguiente:

Art. 83.1.9ª. “Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”.

Se prevé como cláusula de cierre que el juez o tribunal sentenciador pueda imponer otros deberes (uno o más) siempre que estime que son «convenientes para la rehabilitación social del penado y éste haya prestado su conformidad»⁵⁸⁶. Se trata de una cláusula abierta que evidencia que el listado del artículo 83.1 es meramente ejemplificativo y que no puede tener la consideración de *numerus clausus*. Con todo, el Código limita esos otros deberes que se pueden imponer al cumplimiento de tres presupuestos.

Cuando se menciona la «conveniencia» del deber, bajo mi punto de vista ello conlleva que el deber (o deberes) que se imponga ha de ser necesario, proporcional y vinculado al delito cometido cuya pena se suspende. Solo si se respeta esta triple categoría podría hablarse de un deber conveniente. Pero esa conveniencia el propio Código lo vincula a algo más. Ese algo más está directamente relacionado con la «rehabilitación social del penado», lo que no es sino un reconocimiento más de la finalidad de las penas constitucionalmente reconocida en el artículo 25.2 de la CE, sobre la que se ha insistido a lo largo del presente trabajo.

Por lo que respecta a la «previa conformidad del penado» me remito a lo indicado en relación con el artículo 83.1.7ª. Ya adelantaba que soy partidaria de entender que el consentimiento que ha de prestar el penado es necesario en todos los supuestos del artículo a pesar de que el Código no lo requiera de forma expresa en todos ellos; por tanto, este caso que se exige expresamente, igualmente habrá de existir la previa conformidad del penado a los efectos que comentaba del artículo 2.2 de la Ley 41/2002.

⁵⁸⁶ Sobre esta cuestión señala CANO CUENCA, “Suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 343, que “Se mantiene la cláusula residual, en virtud de la cual el juez o tribunal puede condicionar el período de suspensión de ejecución de la pena al cumplimiento de cualquier otro deber no previsto en este precepto, pero sujeto a un triple requisito: el deber ha de tener como finalidad la rehabilitación social del penado, en línea con el mandato constitucional sobre la finalidad de las penas (art. 25.2 CE); la conformidad del penado; y que no atenten contra la dignidad de su persona”

Por último, indica el precepto que se puede imponer el cumplimiento de algún otro deber «siempre que no atente contra la dignidad del penado como persona». Debe precisarse que este presupuesto es esencial y que si bien no se recoge en el resto de circunstancias, al igual que sucede con la conformidad del penado, debe entenderse que, siempre y en todo caso, la regla de conducta que se imponga debe respetar la dignidad del penado⁵⁸⁷.

D. Prohibiciones y obligaciones del artículo 83.1 del Código penal de imposición obligatoria en delitos de «violencia de género» de conformidad con el artículo 83.2 del Código penal.

Después de que el artículo 83.1 párrafo primero del Código prevea expresamente que el juez o tribunal «podrá» condicionar la suspensión al cumplimiento de una serie de prohibiciones o deberes, recoge un elenco de hasta ocho supuestos y una regla novena como cláusula de cierre, que el juez o tribunal, reitero, puede imponer junto con el plazo de suspensión. Este listado ha sido analizado en el apartado anterior remitiéndome siempre a este carácter facultativo que recoge la Ley penal. Sin embargo, este primer apartado debe ser matizado con el contenido del artículo 83.2 del Código ya que cuando se trate de delitos denominados como de «violencia de género», esta facultad del órgano judicial no es tal. Como digo, en estos casos, la facultad de convierte en obligatoriedad de imponer, siempre, las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1ª, 4ª y 6ª del artículo 83.1⁵⁸⁸ (es decir; prohibición de aproximación o de comunicación; prohibición de residir en determinado lugar o de acudir a ellos; y obligación de realizar determinados programas relacionados con el delito cometido). Así lo establece el Código al señalar:

⁵⁸⁷ Como es sabido el artículo 10.1 de la CE dispone que:

Art. 10.1. “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden público y de la paz social”.

⁵⁸⁸ Esta obligación imperativa supone una regulación mucho más estricta. Criticando esta modificación, por todos, TAMARIT SUMALLA “De la suspensión de la ejecución...”, p. 590, “[...] se introduce un automatismo perturbador de la concepción flexible que animaba las reglas de conducta y se altera, sin razón suficiente, las reglas del Libro I del Código. Por otra parte, se hace más patente la paradoja de un sistema legal desequilibrado, que propicia de modo creciente dinámicas de alejamiento y prescinde de las que facilitan la aproximación y la conciliación en la gestión de los conflictos”. En igual sentido MAGRO SERVET, “¿Es preceptiva la pena de alejamiento...”, pp. 1 y ss.

Art. 83.2. “Cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1ª, 4ª y 6ª del apartado anterior”.

En este punto me gustaría precisar que no existe, ni muchos menos, unanimidad sobre el concepto de «delitos sobre la mujer» (que es la dicción que utiliza el Código) o más extensamente conocidos como «delitos de violencia de género». Como señala MAGRO SERVET, “La literatura española ha reflejado a lo largo de los años la especial situación en la que se ha concebido a la mujer en su relación con su marido o pareja”⁵⁸⁹. Esta situación, en muchos casos discriminatoria, es la que hizo plantearse al Estado la necesidad de buscar mecanismos más acertados y eficaces a través de los cuales hacer frente a lo que se denomina como una auténtica «lacra social»⁵⁹⁰.

Han sido varios los autores que han tratado de esta materia siendo la doctrina la que fue marcando lo que consideraba «delitos de violencia de género»⁵⁹¹. De igual

⁵⁸⁹ MAGRO SERVET, “Los planes formativos de reeducación...”, p. 382 y ss. En igual sentido, MAGRO SERVET; CUELLAR OTÓN y HERNÁNDEZ RAMOS, “Programa de intervención...”, p. 2, que define la violencia de género en el contexto de las relaciones de abuso sexual “[...] como todo acto de abuso contra las mujeres cometido por varones sexistas cuyo sistema de creencias les legitima a ejercer el dominio, la autoridad, el control o la posesión sobre sus parejas o exparejas y consideran que, para lograrlo, está justificado ejercer violencia física, aislamiento, desvalorización, chantaje, intimidación, abusos y agresiones sexuales o cualquier otra estrategia de coacción eficaz para lograr el ejercicio del poder”. Por su parte ROIG TORRES, “La suspensión y la sustitución...”, p. 123, concluye que “[...] el delito de violencia de género se caracteriza por las siguientes notas: el sujeto activo en un varón y el pasivo una mujer, bien sea su esposa o ex esposa u otra mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; no obstante, en los tipos regulados en la LIVG el agraciado puede ser una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor; comporta uso de violencia física o psíquica; pudiendo ser u no de los delitos enumerados al definir las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer u otro acto violento siempre que concurra aquí el vínculo afectivo”.

⁵⁹⁰ Como dato curioso nótese que el Gobierno español no ha concedido un solo indulto en los «delitos de violencia de género» desde el 29 de junio de 2005, fecha de entrada en vigor de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre y de la creación de los juzgados especializados de violencia de género conforme al artículo 87 *ter* de la LOPJ. Se deduce de esa exclusión que se trata de una materia especialmente sensible sobre la que el Gobierno no otorga indultos.

⁵⁹¹ A modo de ejemplo, FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia...*, pp. 172 y 173, señala que “[...] el concepto de violencia de género no es precisamente unívoco, lo que da lugar a cierta indeterminación en lo que se refiere al ámbito de aplicación del régimen especial que nos ocupa. En el concepto de violencia de género se ha propuesto incluir, junto a los delitos previstos en los arts. 153, maltrato no habitual, y 173.2, maltrato habitual, también los nuevos delitos de amenazas, art. 171.4, 5 y 6, y coacciones, art. 172.2 CP, fruto de la reforma operada por la LO 1/2004”; de la misma autora “Suspensión de la ejecución de la pena de prisión...”, pp. 109 y ss. En igual sentido, GARCÍA GONZÁLEZ, “La penalidad prevista en los delitos de violencia contra la mujer...”, p. 340, indica que “[...] vale destacar la falta de concreción que provoca la expresión «delitos relacionados con la violencia de género». Y ello por dos razones evidentes. La primera conocer qué delitos se ven afectados (y por ende, los condenados, a los que debe aplicarse lo dispuesto en [...] el CP). La segunda, saber si estas restricciones son aplicables a los delitos de violencia doméstica”. Por su parte TENA ARAGÓN,

modo, en un intento de clarificar la situación la Circular 4/2005, de 18 de julio, de la Fiscalía General del Estado señala que esta expresión “[...] deberá ser interpretada conjugando el artículo 1 de la LO 1/2004 en relación con las normas que determinan la competencia en el orden penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. De forma que por «delito relacionado con la violencia de género» se entenderá aquellos que, siendo competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conforme el artículo 87 *ter* 1 a) y b) de la LOPJ [...] hayan tenido como sujeto pasivo a la mujer que fuere o hubiere sido su esposa, o que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”. No se debe desconocer que la regulación anterior dada por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, incluía expresamente a los delitos de los artículos 153.2 y 173.2 del Código, por lo que se dejaba poco margen a la interpretación, que estos preceptos engloban tanto la violencia de género como la violencia doméstica. No obstante la regulación actual al hablar de forma genérica de «delitos de violencia de género», como dice MARTÍ CRUCHAGA, “supone delegar a los órganos judiciales el desarrollo de este concepto y, consecuentemente, supone una mayor inseguridad jurídica”⁵⁹².

“Suspensión y sustitución...”, p. 12, indica que en aplicación de la LO 1/2004, el concepto de «violencia de género» se encuentra con dos límites “El personal o subjetivo, en función de quién sea el sujeto pasivo y activo de delito y el delito concreto que se comete. 1. El ámbito subjetivo nos lleva a decir que los delitos de violencia de género deben tener como sujeto pasivo, como víctima a los siguientes: mujer que sea o haya sido cónyuge del agresor; mujer que sea o haya sido pareja de hecho del agresor; mujer que tenga o haya tenido con el agresor una relación de análoga afectividad, aún sin convivencia; cualquier otra persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor. 2. Ámbito objetivo, en función del delito cometido. La violencia de género en nuestro sistema legal no se configura como una determinada agravante genérica, sino como una suerte de agravante específica para determinados tipos delictivos: delitos de lesiones que no necesiten para su curación más de una primera asistencia facultativa; delito de agresión sin lesión; delito de amenaza leve con armas o instrumentos peligrosos; delitos de amenazas leves sin arma o instrumento peligroso; delito de coacciones leves; delito de habitualidad”. Asimismo GUTIÉRREZ ROMERO, “La reeducación de los condenados...”, p. 4, considera que “Esta expresión, según nuestra opinión, debe ser interpretada de forma extensiva, comprendiendo no sólo los delitos de los arts. 153 y 173.2 CP, sino también todos aquellos delitos que, siendo competencia de los Juzgados de Violencia sobre la mujer conforme al art. 87 *ter* LOPJ hayan tenido como sujeto pasivo a la mujer que fuere o hubiere sido esposa, o que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (entre ellos cabe incluir, pues, los nuevos tipos penales de lesiones agravadas, amenazas, coacciones y quebrantamiento de condena que introduce esta Ley Orgánica). Sin embargo, no quedarían amparados por esta expresión «delitos relacionados con la violencia de género», los cometidos contra los descendientes, menores o incapaces del círculo afectivo de la mujer, aunque hayan sido conocidos por los referidos Juzgados”. De igual modo, MAQUEDA ABREU, “La violencia de género...”, p. 4, apunta que “[...] no es lo mismo violencia de género y violencia doméstica porque una apunta a la mujer y la otra a la familia como sujetos de referencia”.

⁵⁹² Ahondando sobre esta cuestión véase MARTÍ CRUCHAGA, “El sistema penal ante la violencia de género”, pp. 155 y ss. En idéntico sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE “Alternativas a las penas de prisión...”, pp. 98 y ss., indica que la novedad consiste en que “[...] en los delitos de los artículos 153.2 y 173.2 del Código penal, las medidas dejan de ser potestativas pasando a ser de obligatoria imposición, con la consecuencia de que su incumplimiento es causa de revocación de la suspensión concedida”.

Bajo mi punto de vista la consideración de «delitos de violencia de género» o «delitos cometidos sobre la mujer» que contempla el actual artículo 83.2 del Código no se puede aplicar extensivamente a la violencia doméstica; esto es, a los descendientes, ascendientes, hermanos, etc., que se recogen en el elenco de sujetos de los artículos 153.2 y 173.2 del Código, entendiéndose que este precepto solo se aplica cuando el sujeto pasivo sea o haya sido esposa o mujer ligada por análoga relación de afectividad aun sin convivencia. Lo anterior se deduce de una aplicación estricta del artículo 1.1 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre. Regulación que significa dejar fuera de este régimen especial de maltrato en el ámbito familiar que no afecta a la mujer sino a otros sujetos pasivos tales como ascendientes, descendientes o menores⁵⁹³.

No obstante lo anterior, nada impide que una vez cometido un delito contra cualquiera de estas personas (ascendientes, descendientes, menores o incapaces) pueda el juez imponer cuantas obligaciones estime oportunas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 83.1 del Código, si bien con carácter facultativo y no imperativo.

El motivo por el que se modifica el Código penal y se regula con carácter obligatorio la imposición de dichas reglas de conducta en el caso de «delitos de violencia de género», tiene su origen en la situación social generada con esta lacra social que comentaba que es la violencia de género; en la necesidad de una lucha activa del sistema orientado a que estos hechos no vuelvan a suceder⁵⁹⁴.

⁵⁹³ A esta misma conclusión llegan entre otros, GARCÍA SAN MARTÍN, “Las prohibiciones de comunicación y aproximación...”, p. 21, aplicando lo contenido en la Circular 4/2005, de 18 de julio, de la Fiscalía General del Estado cuando dice que “No quedarán amparados en esta expresión [violencia de género] por no aparecer dichos sujetos incluidos en el artículo primero de la L.O. 1/2004, los cometidos contra descendientes, menores o incapaces del círculo afectivo de la mujer, aunque hayan sido conocidos por los referidos Juzgados”. Conviene en este punto recordar que el artículo 1.1 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, dispone que:

Art. 1.1. “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

⁵⁹⁴ Como indica MAGRO SERVET, “La revocación de la medida de suspensión...”, p. 4, “Los autos que se dictan en esta materia de violencia de género acordando la suspensión de la pena tienen ahora un arco de condicionantes o medidas que distan mucho de los que antes se dictaban, y en los que se acordaba la medida «de plano» sin ninguna circunstancia o condición que tuviera que llevar a cabo el penado, lo que ponía a la víctima en una complicada situación, ya que desde todos los foros se exigía a éstas que denunciaran, pero sin que su denuncia al final llegara a una situación imaginada por las víctimas cuando denunciaban, porque en el caso de acreditarse que se había cometido el delito de violencia de género y la pena fuera inferior a los dos años de prisión se acordaba la medida de suspensión de la ejecución de la

Como es sabido por todos, la modificación del carácter facultativo a imperativo en este tipo de supuestos se produjo fruto de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que entró en vigor el 29 de junio de 2005. Como apunta GUTIÉRREZ ROMERO, “Esta obligatoriedad de imposición ha sido criticada por algunos autores, que alegan la contradicción con la idea de prevención especial en la que se fundan las medidas. En efecto, las reglas de suspensión asociadas a la modificación de hábitos o comportamientos del autor del hecho requieren una flexibilidad que sólo es posible si se deja la decisión última en manos del Juez”⁵⁹⁵.

A pesar de que el contenido es claro: se trata de las mismas circunstancias 1ª, 4ª y 6ª del artículo 83.1 que he analizado anteriormente, se plantean algunas cuestiones al respecto. Cabe preguntarse, por ejemplo, si la medida de prohibición de aproximación a la víctima es esencial cuando se ha producido un delito de violencia en género ¿cómo se evita que no se vaya a acercar a otra víctima (distinta de la anterior) y que cometa otro delito de violencia de género? Parece evidente que cuando el legislador introduce esta

pena sin ninguna circunstancia adicional, por lo que el penado recibía la condena, se le suspendía y no se hacía nada con él en la ejecutoria penal ni se le obligaba a que llevara a cabo ninguna prestación en concreto, con lo que la posición y situación de la víctima era cuanto menos curiosa, ya que se le decía que denunciara para que luego la Administración no tratara en modo alguno al denunciado en la ejecutoria penal, quedándose en la misma situación que antes de la denuncia, es decir, sin cumplir pena ni medida alguna”. En igual sentido GUTIÉRREZ ROMERO, “La reeducación de los condenados...”, p. 1, señala que “[...] esta verdadera lacra social [...] tiene sus raíces más profundas en un patrón de masculinidad donde el varón se cree superior a la mujer y utiliza la violencia como estrategia de dominación y subordinación, sometiéndola a situaciones continuas de vejaciones, humillaciones, violencia y en general, alterando la paz familiar”. Añade que “[...] son escasos los estudios realizados respecto de la necesidad de trabajar sobre el agresor como medio de prevenir y erradicar esta violencia. No debe obviarse que la protección y seguridad de la víctima no puede conseguirse sin un cambio de comportamiento del maltratador, quien debe asumir que realmente tiene un problema de conducta que afecta a quienes conviven en el mismo entorno familiar”.

⁵⁹⁵ GUTIÉRREZ ROMERO, “La reeducación de los condenados...”, pp. 2 y ss., añade que “Se trata de convencer al agresor de que la actitud con su mujer o pareja no es que sea delictiva, sino que detrás de esa conducta tiene que existir algo que es preciso que saque de dentro, lo eche fuera y expulse de su conducta y modo de ser. Por tanto, el derecho penal debe tener como finalidad no sólo el castigo del delincuente, sino evitar futuras situaciones peores o más graves para las víctimas, debiendo actuar sobre la persona del maltratador a través de los planes de reeducación. Ahora bien, lo deseable sería que el propio agresor, de forma voluntaria y aceptando su errónea actitud, se sometiera a estos planes de formación con la finalidad de corregir su conducta y evitar que una vez que rehaga su vida conociendo a otra mujer, ésta pueda acabar pasando el mismo calvario que la víctima anterior. Sin embargo, lo descrito tan sólo constituye un sentimiento de buena voluntad que no tiene reflejo en la realidad judicial. En efecto, el agresor tan sólo opta a someterse a programas formativos una vez que se le ha impuesto por el Órgano judicial como condición indispensable para obtener el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta denominada «segunda oportunidad» al agresor no debe producir un sentimiento de impunidad en la víctima, sino todo lo contrario, constituyen iniciativas que repercuten en beneficio de la propia víctima, ya que el aprendizaje en el control de la agresividad puede reducir el altísimo riesgo de reincidencia implícito en esta clase de delincuentes”.

circunstancia está pensando en proteger a la víctima o víctimas concretas del delito cometido y que se trata o se ha tratado de su cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad aun sin convivencia. Pero ¿qué sucede con otras futuras posibles víctimas? Para responder a esta situación, la L.O. 1/2004 modificó el Código penal e introdujo con carácter obligatorio la imposición del plan formativo de igualdad de trato y de no discriminación al que también me he referido con anterioridad. De este modo se cumplen no solo con los fines de la prevención especial de la pena, sino también de la prevención general.

Además, podría pensarse que, dado que estos delitos de violencia de género ya llevan aparejadas penas de alejamiento o de prohibición de comunicación, en realidad, no tiene tanta trascendencia o relevancia el adoptarlas a la vez como obligación a cumplir durante la suspensión. Sin embargo creo que son de vital importancia, sobre todo en los casos en los que la pena de prohibición de aproximación o de comunicación ya haya sido sino parcialmente cumplida (habida cuenta que en la mayoría de los casos durante la tramitación del procedimiento han estado en vigor como medidas cautelares *ex* artículos 544 bis y 544 ter de la LECRIM). En estos casos, ese tiempo en que ha estado vigente como medida cautelar se ha de abonar a la pena que finalmente se fije en sentencia de conformidad con el artículo 58.4 del Código⁵⁹⁶. Para garantizar que durante todo el tiempo del plazo de suspensión de la pena estén en vigor estas prohibiciones o deberes es para lo que se imponen estas reglas de conducta.

El problema más frecuente con el que se encuentran los juzgados de violencia sobre la mujer es qué sucede o cómo articular la reconciliación entre la pareja cuando se ha dictado y está vigente alguna de estas medidas o reglas de conducta⁵⁹⁷. Hay que recordar que la pena principal está suspendida lo que conlleva que se ha hecho un juicio de probabilidad positivo en la futura reiteración delictiva y se ha entendido que el reo tiene derecho a la segunda oportunidad. En este contexto de reinserción y rehabilitación

⁵⁹⁶ Es destacable la reciente STC 261/2015, de 14 de diciembre, que interpreta la aplicación de ese abono del artículo 58 del Código al declarar contrario al principio de legalidad penal la interpretación que había venido haciendo el Tribunal Supremo de que la regulación del abono de la prisión preventiva del artículo 58.1 del Código introducida por la reforma de la L.O. 5/2010, era de aplicación a todos aquellos casos en los que el abono se efectuaba una vez entrada en vigor la reforma -independientemente de la fecha de los hechos y de la fecha en la que el condenado había sufrido prisión provisional concurrente con el cumplimiento de condena-. Sobre esta cuestión, ver NISTAL BURÓN, “La retroactividad de las normas...”, pp. 1 y ss.

⁵⁹⁷ GARCÍA SAN MARTÍN, “Las prohibiciones de comunicación y aproximación...”, p. 23.

se produce la reconciliación con la pareja (víctima del delito cuya suspensión está vigente). La reconciliación o el mero acercamiento es causa de incumplimiento de estas reglas de conducta, pareciendo lógico que estos contactos, salvo excepciones, se sucederán en el tiempo por lo que serán causa de revocación conforme al artículo 86.1 b) del Código.

Lo mismo sucede cuando se han acordado estas reglas de conducta 1ª, 4ª y 6ª del artículo 83.1 del Código en casos de suspensión de la pena *ex* artículo 80.4 (cuando lo sea por la concurrencia en el reo de una enfermedad muy grave con padecimiento incurables), ¿qué sucede si la víctima le quiere cuidar? ¿Se pueden eliminar esas reglas de conducta impuestas en sentencia o resolución posterior firme? Entiendo que estas reglas son de preceptiva imposición, como dice el artículo 83.2 del Código porque es materia de violencia de género y no se le pueden quitar, por mucho que las partes lo pidieran.

En este contexto también me planteo qué sucede si un sujeto comete un delito de quebrantamiento de medida cautelar o de condena del artículo 468 del Código (sin violencia ni intimidación, solo se acerca a la víctima o se comunica con ella por cualquier medio), ¿puede el juez acordar la imposición de alguna de las reglas de conducta 1ª, 4ª y 6ª del artículo 83.1 del Código con carácter obligatorio? Bajo mi punto de vista no es ni posible ni legal. El artículo 468 del Código penal se encuentra ubicado en el Capítulo VIII titulado “Del quebrantamiento de condena” dentro del Título XX rubricado “De los delitos contra la Administración de Justicia”. Como la propia rúbrica el precepto indica se trata de delitos contra la Administración de justicia lo que supone que el bien jurídico protegido en la Administración de justicia. Sin embargo hay jueces que, en estos casos, realizan el correspondiente ofrecimiento de acciones a la víctima y la tienen por personada en la causa si acuden con la representación debida, en cuyo caso se plantean adoptar alguna de estas medidas: como decía, entiendo que no es posible ni legal por la propia naturaleza del delito.

E. Procedimiento a seguir para controlar algunas de las prohibiciones, obligaciones y deberes del artículo 83.1 del Código penal.

Una vez que el órgano judicial decide imponer (o impone directamente por aplicación legal del artículo 83.2) alguna o algunas de las reglas de conducta de este artículo 83.1 del Código, no solo es necesario que esas obligaciones se cumplan sino que se ha de acreditar debidamente su cumplimiento. Precisamente para realizar las oportunas labores de comprobación, cuando se imponga alguna de las reglas 1ª, 2ª, 3ª o 4ª del artículo 83.1, se comunicarán las mismas a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Así lo prevé el artículo 83.3 cuando señala:

83.3. “La imposición de cualquiera de las prohibiciones o deberes de las reglas 1ª, 2ª, 3ª o 4ª del apartado 1 de este artículo será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. Cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, será inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal y al juez o tribunal de ejecución”.

Esta comunicación no solo tiene como finalidad comunicar su existencia sino que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado deben velar por su cumplimiento realizando labores de comprobación para ello. En caso de quebrantamiento de la prohibición o deber, comunicaran de forma inmediata este hecho al juez competente así como al Ministerio Fiscal a fin de que actúen conforme a derecho.

De igual forma recoge el artículo 83.4 del Código a qué órgano le corresponde la competencia para controlar el cumplimiento de los deberes recogidos en las reglas de conducta 6ª, 7ª y 8ª del artículo 83.1 cuando dispone que:

83.4. “El control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6ª, 7ª y 8ª del apartado 1 de este artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. Estos servicios informarán al juez o tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6ª y 8ª, y semestral, en el caso de la 7ª y, en todo caso, a su conclusión.

Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo”.

Existe por lo tanto una diferenciación clara en las reglas del artículo 83.1 ya que las cuatro primeras (prohibiciones de aproximación y/o de comunicación y prohibiciones relativas al lugar de residencia) son controladas por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado; mientras que las reglas de conducta sexta, séptima y octava (participación en determinados programas y prohibición de conducir vehículos a motor) son encomendadas a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria⁵⁹⁸. Especialmente se encarga este servicio de gestión de penas de elaborar el plan de intervención y seguimiento, previa solicitud del juez o tribunal competente que lo acuerde⁵⁹⁹.

F. Prestaciones o medidas del artículo 84 del Código penal.

Como adelantaba al inicio de este apartado el órgano judicial puede, junto con el plazo de suspensión, imponer una o varias reglas de conducta del artículo 83.1 y, además, una o varias medidas del artículo 84.1. Las prestaciones o medidas que

⁵⁹⁸ El artículo 2.4 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas, viene a definir los Servicios de gestión de penas y medidas alternativas al fijar que:

Art. 2.4. “A los efectos de este real decreto, se entenderá por: Servicios de gestión de penas y medidas alternativas: unidades administrativas multidisciplinares dependientes de la Administración penitenciaria que tienen encomendado la tarea de ejecución de las medidas y alternativas a la privación de libertad”.

⁵⁹⁹ Como es conocido, la forma de actuación de estos servicios de gestión de penas y medidas alternativas conlleva una serie de pasos recogidos en el R.D. 840/2011, que se especificarían en: 1) El juez o tribunal competente que haya acordado en sentencia o auto la suspensión de la pena con la imposición de alguna o algunas de las reglas 6ª, 7ª y/o 8ª del artículo 83.1, enviará un mandamiento al Servicio de gestión de penas del domicilio del condenado. 2) Una vez recibido el mandamiento judicial el Servicio de gestión de penas citará al condenado con el fin de poder definir el plan de intervención. 3) En base a lo manifestado en dicha comparecencia junto con la documental que obre en el expediente el Servicio de gestión de penas, una vez valorado el caso, procede a elaborar un plan individualizado de intervención y seguimiento que se comunica al juez competente que previamente le ha encomendado dicha gestión. Si el plan conlleva una modificación de las medidas impuestas por el juez así se hará constar el plan elaborado necesitando autorización judicial. Además cualquier negativa del reo al cumplimiento del plan elaborado e comunicara inmediatamente al juez competente. En caso de que se trate de delitos de violencia de género, se deberá coordinar este plan con la Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, con las oficinas de asistencia a las víctimas así como con la Delegación de Gobierno para la violencia de género. 4) El Servicio de gestión de penas comunicará el plan al centro o servicio específico donde se vaya a realizar para que el condenado inicie o continúe el tratamiento definido en el plan. 5) Una vez comenzada la ejecución del plan el Servicio de gestión de penas está encargado de controlar y supervisar su cumplimiento por el penado. 6) Cumplido el plan o cualquier incumplimiento durante la ejecución será comunicado al juez competente quien, en caso de cumplimiento tendrá por cumplida la medida y, en caso de incumplimiento, total o parcial, acordará lo que estime oportuno y proceda en derecho.

contempla este precepto derivan de la reforma de 2015, ya que hasta entonces ese precepto se dedicaba a recoger las causas de revocación que ahora se contemplan en el artículo 86. Se trata por lo tanto de un artículo de nueva redacción, si bien dado su contenido se vislumbran rasgos de la extinguida figura de la sustitución de la penas del derogado artículo 88 del Código⁶⁰⁰. En consonancia con lo anterior, el propio Preámbulo de esta Ley Orgánica señala que “Por otra parte, el tradicional régimen de sustitución de la pena pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el juez o tribunal pueden acordar la imposición (como sustitutivo) de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, la conversión no se produce de forma automática, sino que se ofrece a jueces o tribunales la posibilidad de moderar su importe dentro de ciertos límites. Asimismo, se introduce como posible condición de la suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación, en los casos en que legalmente sea posible”.

La propia L.O. 1/2015 vincula estas reglas de conducta a la ya extinguida figura de la sustitución de las penas del artículo 88 por lo que no resulta descabellado hacen comparaciones entre una y otra. Realizaremos un análisis de estas «prestaciones» o «medidas» a las que se refiere el artículo 84.1, haciendo mayor hincapié en la primera de ellas (mediación) teniendo en cuenta que las otras dos (multa y trabajos en beneficio de la comunidad) ya han sido introducidas al tratar la suspensión sustitutiva del artículo 80.3 del Código.

⁶⁰⁰ Hay autores que ven en este precepto los resquicios del derogado artículo 88 del Código que regulaba, como es sabido por todos, la sustitución de la penas. Así lo manifiesta, entre otros, CANO CUENCA, “Suspensión de ejecución de las pena...”, p. 345, cuando dice que “La Reforma del Cp de 2015 suprime el régimen de sustitución de penas privativas de libertad por la pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad en el anterior art. 88. En su lugar, el legislador penal ha optado por la posibilidad de suspensión de penas privativas de libertad, pero con sujeción al cumplimiento de determinadas prestaciones, tales como el cumplimiento del acuerdo de mediación en su caso, el pago de una multa o el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad”; Tienen la misma consideración GARCÍA ALBERO, “La suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 154 cuando entiende que en ese precepto “[...] se encuentra agazapada la figura de la sustitución de la pena”; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código penal español*, p. 607; o ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 107, cuando advierte que “[...] cabe localizar aquí [...] lo que queda de la antigua figura de la sustitución por mucho que se denomine a la sanción pecuniaria y a las prestaciones laborales «medidas» condicionantes de la suspensión”.

- a) El cumplimiento del acuerdo de mediación.

La primera de las reglas que contempla este precepto es la relativa a la mediación con la siguiente redacción:

Art. 84.1.1^a. “El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1^a. El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”.

La inclusión de la mediación en materia penal dada por la reforma de 2015 y, más aún si cabe, en relación con la suspensión de la pena, es cuanto menos llamativo, debido la carencia en la legislación penal de adultos española de la institución de la mediación penal⁶⁰¹. La mediación es definida como «una técnica pacífica de resolución

⁶⁰¹ No obstante la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal establece que “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...]. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006” (artículos 10 y 17). Tiempo más que de sobra superado sin que hasta la fecha se haya aprobado norma alguna para su ejecución en España, estando únicamente prevista su aplicación en el futuro Código procesal penal, que recoge, en su Anteproyecto de Ley, el futuro artículo 143 que dice textualmente:

Art. 143. Contenido de la mediación penal. “Se entiende por mediación penal, a los efectos previstos en este Título, al procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo”.

Reiterar que, en todo caso, se trata de normativa que no está en vigor por lo que tan siquiera podría valorarse, solo dejando constancia de su contenido a efectos meramente informativos. Si bien es reseñable que el futuro artículo 144 de dicho Anteproyecto de Ley se remitiría a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles ya que contempla que:

Art. 144. Mediación institucionalizada o profesional “1. A la mediación penal realizada en instituciones de mediación o por profesionales de la mediación serán aplicables las normas establecidas en los arts. 6.1, 6.3, 7,8, 10.1, 10.3, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

2. La voluntad de someter el conflicto con la víctima a mediación por el infractor se comunicará a la víctima por el Ministerio Fiscal, cuando no lo considere inadecuado en razón a la naturaleza del hecho. La comunicación se realizará directamente o a través de la Oficina de Atención a las Víctimas.

3. La institución de mediación o el mediador comunicarán el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado, al Ministerio Fiscal.

4. El mediador se encuentra sometido a secreto profesional y no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento.

de conflictos», o lo que es lo mismo es «un proceso voluntario en el que dos o más partes involucradas en un conflicto trabajan con un profesional imparcial, el mediador, para generar sus propias soluciones con la finalidad de resolver sus diferencias»⁶⁰². En la mediación el protagonismo lo tienen las partes, cambiando el rol de los actores intervinientes en la situación conflictiva, responsabilizándose de sus decisiones y abriendo la puerta para que puedan seguir relacionándose en el futuro⁶⁰³.

En este punto considero preciso señalar que la existencia de un procedimiento penal no prohíbe que las partes puedan resolver su conflicto mediante un procedimiento de mediación, siempre que el delito que se instruya o enjuicie no sea perseguible de oficio y no existan medidas cautelares que impidan que las partes puedan reunirse para las sesiones informativas. La cuestión objeto de debate surge sobre el mecanismo para encajar ese acuerdo de mediación en el ámbito penal. Ante la falta de dicha normativa para adultos en materia de mediación penal, creo necesario valorar a qué tipo de mediación se está refiriendo el Código: si ese acuerdo de mediación se ha de realizar dentro del orden jurisdiccional penal, utilizando los equipos de mediadores penales que están actuando en diversos juzgados y tribunales mediante los programa pilotos

5. La mediación penal será siempre gratuita”.

Los otros dos preceptos de este futuro Código procesal penal regulan dos medidas concretas en la mediación penal , a saber:

Art. 145. Suspensión de las Diligencias de Investigación. “Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal podrá suspender las Diligencias de Investigación mediante decreto si lo considera oportuno”.

Art. 146. Efectos de la mediación. “Ni el Ministerio Fiscal ni los Tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanza”.

⁶⁰² Sobre la mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos penales, GALAIN PALERMO, “Mediación penal como forma alternativa...”, pp. 71 y ss.; y del mismo autor, “Reflexiones sobre alternativas a la pena...”, pp. 163 ss.

⁶⁰³ Bajo esta premisa se dan, generalmente, una serie de notas de la mediación como son: 1) Voluntariedad: se basa en la decisión de las partes para iniciar, participar y continuar con el proceso de mediación. En cualquier momento las partes tienen el derecho a retirarse, sin la obligación de continuar; 2) Confidencialidad: antes de comenzar la mediación, el mediador entrega a la partes un convenio de confidencialidad que todos suscriben y en el que todos se obligan a no difundir públicamente lo que allí se trate; 3) Imparcialidad o neutralidad: el mediador no toma partido ni se inclina por ninguna de las partes, él debe administrar y controlar el procedimiento, dirigirlo, marcar las pautas y facilitar las alternativas; 4) Flexibilidad: está ligada a la informalidad del procedimiento y hace que sea un sistema más rápido que el sistema legal. Se realizan sesiones conjuntas entre las partes y el mediador y también sesiones privadas entre el mediador y cada una de las partes.

implantados por el Consejo General del Poder Judicial y en algunas Comunidades Autónomas; o si también puede estar referido a un acuerdo de mediación que sea realizado ante un mediador profesional en el ámbito de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Pues bien, en principio, parece que el cumplimiento del acuerdo de mediación a que el Código condiciona la suspensión de la pena estaría fuera de la regulación de la Ley 5/2012, ya que en su artículo 2.2.a) se excluye expresamente la mediación penal, por lo que parecería que dicho acuerdo debería ser obligatoriamente tomado dentro de esos programas pilotos de mediación penal que se están llevando a cabo en los diferentes juzgados y tribunales.

El problema surge cuando no haya estos programas en algunas Comunidades Autónomas o no haya esa colaboración con los juzgados y tribunales. Esto mismo es lo que sucede, como he comentado, con los programas a que se refiere el artículo 83.1.6ª cuando el Código vincula la suspensión de la pena a su cumplimiento y el reo no es que no quiera cumplirlo sino que la Administración no dispone de medios efectivos para su ejecución.

b) El pago de una multa.

La segunda de las medidas que prevé el artículo 84.2 es el pago de una «multa», teniendo el precepto la siguiente redacción:

Art. 84.1.2ª. “El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 2ª. El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración”.

Sobre esta mal llamada «medida» o «prestación» que propiamente es una «pena», bajo mi punto de vista, tal y como la reconocía el derogado artículo 88 del Código, ya he avanzado al analizar la suspensión sustitutiva las consecuencias que se derivan de su aplicación por lo que, para evitar reiteraciones me remito a lo ya señalado. Únicamente recordar que la duración de la multa lo será «atendiendo a las circunstancias del caso», pero con dos límites: “por un lado, no podrá ser superior a dos cuotas multa por cada día de prisión impuesto (siguiendo los parámetros de conversión

que se seguían para la anterior sustitución de las penas art. 88 anterior) y, por otro, el límite máximo de dos tercios de su duración, límite que no se recogía en el régimen de sustitución de penas anterior”⁶⁰⁴.

También me gustaría hacer mención a que aun cuando la dicción de este precepto es clara y contempla la facultad potestativa del órgano judicial de imponer una o varias de estas medidas, lo cierto es que esta norma ha de ser matizada con el contenido del artículo 84.2. Sucede lo mismo que he comentado en relación con el artículo 83.2 del Código para los «delitos contra la mujer», en los que algunas de las medidas del artículo 83.1 pasan a tener carácter prescriptivo. En este caso, el legislador da una definición más amplia no refiriéndose exclusivamente a la mujer como sujeto pasivo sino también a los descendientes, ascendientes o hermanos e incluso a quienes se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho. En estos casos dice el precepto:

Art. 84.2. “Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”.

Siempre y cuando el delito sea cometido sobre alguna de las personas que se especifican en el precepto, «el pago de la multa a que se refiere el artículo 84.1.2ª solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o

⁶⁰⁴ Así lo considera CANO CUENCA, “Suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 346, quien añade que “[...] la reforma de 2015 aumenta la discrecionalidad judicial a la hora de fijar la duración de la prestación del pago de una multa, que ya no queda constreñida a los antiguos parámetros de conversión del art. 88 del Cp anterior, aun con las limitaciones referidas”.

de la existencia de una descendencia común»⁶⁰⁵. La finalidad buscada por el legislador es clara: proteger los intereses económicos de la víctima del delito.

c) La realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

Para finalizar estas medidas, el artículo 84.1 contempla la realización de trabajos en beneficio de la comunidad como la última de las prestaciones que puede imponer el juez bajo la siguiente redacción:

Art. 84.1.3ª. “El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 3ª. La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración”.

Lo mismo que he señalado respecto de la multa ocurre con esta tercera «medida», más bien «pena», relativa a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad; esto es, al ser una de más «medidas» que el legislador condiciona como de obligada imposición junto con la multa ya vista, de conformidad con el artículo 80.3, me remito a lo ya señalado en dicho apartado.

En esta caso, podrá imponerse esta medida «como forma de reparación simbólica», esto es, “cuando el juez advierta que la suspensión de ejecución de la pena no es suficiente, sino que es necesario que el condenado satisfaga a la sociedad con el cumplimiento de esta prestación y, por supuesto, habrá de estar orientada a la propia

⁶⁰⁵ El origen de este precepto hay que buscarlo en el tan aludido y ya derogado artículo 88 del Código que preveía que, en los casos de violencia sobre la mujer, las penas privativas de libertad sólo podían ser sustituidas por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o por localización permanente. Al desaparecer la localización permanente de este precepto solo quedarían los trabajos en beneficio de la comunidad para ser impuestos por el juez. Si bien en estos casos el legislador considera que, siempre que no haya una dependencia económica entre la víctima y el condenado será posible imponer o multa o trabajos en beneficio de la comunidad.

reinserción o rehabilitación social del penado, como fin último de todas las penas o medidas en la jurisdicción penal (art. 25.2 CE)⁶⁰⁶.

G. Modificación de las reglas de conducta o medidas acordadas: variación de las circunstancias valoradas por el órgano judicial.

Si bien la reforma del año 2015 ha conllevado el aumento tanto del número como de supuestos de prohibiciones, deberes u obligaciones (conforme al artículo 83) o de prestaciones o medidas (conforme al artículo 84), no es menos cierto que el propio legislador es flexible regulando de forma expresa su posible modificación. Esta flexibilidad es posible a pesar de que todas estas medidas hayan sido acordadas en sentencia firme o en auto posterior igualmente firme⁶⁰⁷. Como señala QUINTERO OLIVARES “[...] la evolución personal del infractor, los resultados obtenidos con las prestaciones acordadas, la mitigación de los factores criminógenos iniciales, etc., pueden aconsejar una modulación de tales reglas, modificándolas o sustituyéndolas por otras menos gravosas, o incluso alzándolas cuando hayan dado sus frutos”⁶⁰⁸. La posibilidad de modificación de estas medidas se contempla no solo en el artículo 85 del Código sino también en el artículo 86.2. a) del Código referido a las causas de revocación. Ahora bien, aunque es cierto que los dos preceptos se refieren a la posible modificación de las medidas ya acordadas, por su propia naturaleza, he de decir que el legislador incluye en el artículo 85 los casos que podrían denominarse genéricamente como de «atenuación y alzamiento de las condiciones» mientras que el artículo 86.2 a) está pensado para la «agravación de las condiciones ante un incumplimiento no grave ni reiterado de las mismas». En este punto me voy a centrar exclusivamente en este artículo 85 dejando para el apartado correspondiente a la revocación de la suspensión el análisis el artículo 86.2 a).

⁶⁰⁶ CANO CUENCA, “Suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 347.

⁶⁰⁷ Sobre esta cuestión profundiza BARQUÍN SANZ en MORILLAS CUEVA, *Estudios sobre el Código Penal...*, p. 246, cuando señala que “En la línea de flexibilidad valorativa que es, en parte, una de las señas de identidad de la reforma de la suspensión condicional, el artículo 85 CP contiene una innovadora previsión que faculta al órgano judicial para acordar la atenuación del rigor de las condiciones que hubiera podido imponer conforme a los artículos 83 y 84 CP, ya sea liberando al condenado de algunas de ellas, ya sea modificando a la baja o sustituyendo las impuestas o algunas de las impuestas por otras más livianas”.

⁶⁰⁸ QUINTERO OLIVARES, *Comentario a la reforma...*, p. 164.

Dispone este artículo 85 que:

Art. 85. “Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el juez o tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas”.

Son tres las decisiones que puede adoptar el órgano judicial: acordar el alzamiento de todas o de alguna de las medidas; modificar los extremos de las ya acordadas; o sustituir la medida ya acordada por otra u otras. Si bien, el órgano tiene la potestad para tomar esta decisión no es menos cierto que el legislador impone un presupuesto para que opere este artículo 85 que no es otro que la «variación de las circunstancias tenidas en cuenta por el juez o tribunal en el momento de su concesión»⁶⁰⁹. Por lo tanto, siempre que se objetive un cambio de circunstancias, lo cual normalmente será puesto en conocimiento del juez por el propio condenado o su letrado, cuando le beneficien, el juez puede, vía artículo 85, alzar, modificar o sustituir las prohibiciones, deberes o prestaciones impuestas.

La cuestión sería determinar qué cambio de circunstancias son la que permiten esa modificación. Nuevamente, ante la indefinición del Código, el órgano judicial deberá valorar caso por caso y adoptar de entre estas tres posibilidades la que sea más acorde y proporcional al supuesto de hecho. Ante esta tesitura se plantea, ¿en ese alzamiento, modificación o sustitución, la medida que resulte puede ser más gravosa que la inicialmente impuesta? Parece que no existe duda en el caso del «alzamiento» de

⁶⁰⁹ Ante esta posibilidad CANO CUENCA, “Suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 348, habla de que “Una vez más, se pone de manifiesto la discrecionalidad judicial en la regulación de la suspensión de ejecución de las penas privativas de libertad”. Añadiendo que “Si se modifican las circunstancias, el juez o tribunal puede alzar, modificar o sustituir las prohibiciones, deberes o prestaciones impuestas. De esta manera, la suspensión de la ejecución podrá adaptarse a cada persona condenada, lo cual puede ser acorde con la finalidad de reeducación y reinserción social de las penas. Con todo, la jurisprudencia deberá establecer criterios orientativos, con el fin de evitar decisiones judiciales dispares y garantizar el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)”. el mismo modo, según BARQUÍN SANZ en MORILLAS CUEVA, *Estudios sobre el Código Penal...*, p. 246, “La aludida flexibilidad radica particularmente en la ausencia de requisitos estrictos como presupuestos para la atenuación; bastará con que el órgano judicial aprecie una «modificación de las circunstancias valoradas»”.

alguna o algunas de las medidas ya que por su propia naturaleza conlleva la eliminación de una o más reglas de conducta, lo cual no resulta sino beneficioso para el reo⁶¹⁰.

Sin embargo, cuando se trate de una «modificación» o «sustitución», este cambio, como decía, cuando se incluya en este artículo 85 del Código, ha de ser también en beneficio del reo. En este punto, existe un límite implícito que comentaba y es que, como afirma QUINTERO OLIVARES, “No está prevista una modificación más gravosa de las condiciones, salvo que haya habido un incumplimiento no grave ni reiterado de las mismas [...]”⁶¹¹. Como es sabido, insisto, si el incumplimiento es grave o reiterado es causa de revocación de la suspensión de la pena conforme al artículo 86.1 b) y c); mientras que si las condiciones del reo cambian debido a un incumplimiento no grave ni reiterado es posible que el juez modifique el contenido al alza de la medida ya acordada, ampliando por ejemplo su plazo o el número de personas a las que se aplica (piénsese por ejemplo en la prohibición de aproximación o de comunicación).

Por lo tanto esa modificación o sustitución será también a la baja; o lo que es lo mismo, en beneficio del reo. Sin embargo hay medidas, que por su propia naturaleza será difícil que sean sustituidas por otras. Piénsese el caso de un delincuente que haya cometido el hecho debido a su adicción a las bebidas alcohólicas o a las drogas a quien se le ha impuesto la medida del artículo 83.1.7ª porque necesita el tratamiento de deshabituación; o el caso de un conductor que conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas que se le impone la medida del artículo 83.1.8ª, ¿qué sentido tendría, ante una posible modificación de sus circunstancias imponerle otra medida si lo que necesita es ese tratamiento de deshabituación o esa prohibición de conducir vehículos a motor?

Todos estos elementos habrán de ser tenidos en cuenta por el órgano judicial a la hora de valorar esa posible modificación o sustitución, porque no se debe olvidar la necesidad de motivación de este cambio que al igual que la resolución inicial y como todas las resoluciones ha de estar suficientemente motivada.

⁶¹⁰ En este sentido BARQUÍN SANZ en MORILLAS CUEVA, *Estudios sobre el Código Penal...*, p. 246, considera que “Hay un argumento de peso adicional para esta interpretación: [...] el artículo 86.2 CP [...] prevé en apartado segundo la posibilidad de una agravación de las condiciones y reglas de conducta inicialmente impuestas, lo que refuerza la idea de que el artículo 85 CP está exclusivamente dirigido a supuestos de atenuación”.

⁶¹¹ QUINTERO OLIVARES, *Comentario a la reforma...*, p. 164.

Por último indicar que como apunta QUINTERO OLIVARES “Tampoco se prevé una modificación a la baja del plazo de garantía impuesto, lo que hubiese sido coherente con el propósito declarado de flexibilizar la medida”⁶¹². De la dicción del precepto no se desprende la posibilidad de que el juez pueda reducir el plazo de suspensión sino que se refiere exclusivamente a las medidas. Parece que el legislador, a pesar de esa pretendida flexibilidad a la que se viene aludiendo no ha considerado ni oportuno ni conveniente la reducción del plazo de suspensión. Sin embargo sí que prevé de forma expresa la posibilidad de que sea prorrogado *ex* artículo 86.2 b), sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración el que inicialmente hubiera sido fijado. Al analizar el plazo de suspensión ya he comentado que me parece totalmente desproporcionado la posibilidad de imponer un plazo de suspensión de hasta siete años y medio (resultado de sumar al máximo inicial que puede ser de hasta cinco años *ex* artículo 81 párrafo primero la mitad de su cuantía), sobre todo cuando se trate de delitos de escasa gravedad⁶¹³.

7. Revocación o remisión definitiva de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad: artículos 86 y 87 del Código penal.

A. Introducción.

Una vez analizados los requisitos y condiciones que se han de cumplir para que el órgano judicial suspenda la ejecución de las penas, así como el plazo o período de suspensión durante el cual el reo «está a prueba» y de las medidas o reglas de conducta que el juez en su caso haya impuesto, se llega a la última fase de la figura. Llegados a este punto, el juez o tribunal deberá comprobar que todos los elementos que exige el Código se han cumplido, en cuyo caso se otorgará al sujeto la remisión definitiva de la pena de conformidad con el artículo 87 del Código; en caso contrario, si considera que concurre alguna causa de revocación de las contempladas en el artículo 86, acordará la revocación de la suspensión concedida teniendo el reo que cumplir la pena inicialmente suspendida (así como la que le correspondiera al nuevo delito, si la causa de revocación

⁶¹² QUINTERO OLIVARES, *Comentario a la reforma...*, p. 164.

⁶¹³ Analizando esta cuestión, ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 70, o DíEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español...*, p. 656.

ha sido la nueva comisión delictiva). Se trata por lo tanto de dos figuras (revocación y remisión) íntimamente relacionadas. De ahí que haya considerado conveniente el análisis conjunto de ambas.

Bajo esta premisa he de decir que la tan aludida L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto una enorme modificación de la materia relativa a la revocación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el ordenamiento jurídico español. Hasta entonces, era el artículo 84 del Código el que regulaba los supuestos de revocación con un carácter imperativo frente a la flexibilidad de la norma actual⁶¹⁴. Sin duda alguna la mayor modificación introducida supone que la revocación de la suspensión de la pena, ante la nueva comisión delictiva o ante el incumplimiento de las medidas impuestas, no es automática⁶¹⁵. Este nuevo marco normativo ha sido calificado positivamente por los autores; sin embargo, otros lo califican de poco afortunado o rigurosamente excesivo⁶¹⁶. Si hasta esta reforma la cuestión podría parecer

⁶¹⁴ Señalaba el artículo 84 del Código penal anterior a la reforma de 2015:

“1. Si el sujeto delinquiriera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena.

2. Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes según los casos: a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta; b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años; c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.

3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena”.

⁶¹⁵ Hasta dicha reforma la nueva comisión delictiva operaba de forma automática como causa de revocación de la suspensión. Sin embargo no sucedía lo mismo con el incumplimiento de alguna o algunas de las reglas de conducta del artículo 83.1 del Código que no conllevaban la revocación *ipso iure*, sino que se podía modificar por otra regla de conducta o ampliar el plazo de suspensión con un máximo de cinco años, operando la revocación solo en caso de incumplimiento reiterado. Hoy en día ni la nueva comisión delictiva ni el incumplimiento de las reglas de conducta conllevan directamente la revocación salvo que se cumplan las premisas del artículo 86.1 del Código. Como señala CANO CUENCA, “Suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 349, “La revocación de la suspensión de ejecución de la pena cuando se comete un delito durante el período de suspensión, no constituye ninguna novedad respecto de la regulación anterior, pero sí lo es el hecho de que el delito cometido «haga decaer la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión»”. Igualmente, RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas privativas...”, p. 77, cuando dice que “La supresión del automatismo de la revocación por comisión de nuevo delito merece un juicio positivo”.

⁶¹⁶ Entre otros, QUINTERO OLIVARES, *Comentario a la reforma...*, p. 164; BARQUÍN SANZ, en MORILLAS CUEVA, *Estudios sobre el Código Penal...*, p. 246, señala que “[...] el artículo 86 CP establece con un grado de taxatividad notablemente mayor la circunstancias que pueden dar lugar a la revocación de la suspensión ya concedida, o al establecimiento de condiciones más rigurosas que las inicialmente fijadas”.

sencilla, debido a que ante la nueva comisión delictiva o el incumplimiento reiterado de las medidas impuestas, automáticamente se revocaba la suspensión de la pena, la redacción actual no es imperativa, lo que deja en manos del juez la decisión final.

Hoy en día para que la nueva comisión delictiva lleve aparejada la revocación de la suspensión es necesario que el delito se cometa durante el plazo de suspensión y se dicte sentencia firme dentro de ese mismo plazo de suspensión, así como que el nuevo delito, por su naturaleza y circunstancias, ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. También se eleva a categoría de causa de revocación de la suspensión el incumplimiento de forma grave o reiterada de las medidas que respectivamente contemplan los artículos 83 y 84 del Código penal, así como la dejación en el pago de las responsabilidades civiles a que hubiere sido condenado y otras obligaciones que específicamente recoge el precepto. En todas ellas la consecuencia es la revocación de la suspensión lo que conllevará implícitamente, que el juez ordenará la ejecución de la pena. Se trata todas ellas de causas independientes entre sí y que operan de forma autónomas las unas de las otras.

Por lo que respecta a la remisión de la pena también se ha visto modificada por la reforma de 2015. Frente a la limitada regulación del anterior artículo 85.2 del Código⁶¹⁷, el actual artículo 87 unifica en este precepto las reglas generales de remisión de la condena en su apartado primero, dejando para el apartado segundo la regulación concreta de la remisión de la pena cuando se haya concedido la suspensión para drogodependientes del artículo 80.5. Cumplidos todos los requisitos la pena pasará de estar suspendida a estar definitivamente remitida. La consecuencia natural a esa remisión definitiva es la extinción de la responsabilidad penal por aplicación del artículo 130.1.3º del Código penal⁶¹⁸.

⁶¹⁷ Disponía este precepto con anterioridad a la reforma:

Art. 85.2. “Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena”.

⁶¹⁸ Este precepto ubicado en el Título VII rubricado “De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos”, en el Libro I, se ha visto igualmente modificado por la L.O. 1/2015 y actualmente tiene la siguiente redacción:

Art. 130.1.3º. “La responsabilidad criminal se extingue: 3º. Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 87”.

Abordaré en primer lugar esas causas de revocación para centrarme en la última parte de este apartado en la remisión definitiva de la pena.

B. Causas de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

- a) Reiteración delictiva: carácter de la nueva infracción para ser causa de revocación.

Como adelantaba al inicio de este apartado, la revocación de la suspensión de la pena por nueva comisión delictiva ha sido modificada por la L.O. 1/2015, llegando a desvirtuarse la verdadera naturaleza jurídica de la institución⁶¹⁹. Frente a la regulación anterior en la que bastaba la comisión de un delito⁶²⁰ para que, automáticamente, se acordara la revocación de la suspensión otorgada, la configuración actual exige no solo esa nueva comisión delictiva sino que el reo «sea condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión» y que, además, esa nueva pena «ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la suspensión ya no puede ser mantenida»⁶²¹. Estos dos requisitos se derivan de la redacción actual del artículo 86.1. a) que viene a disponer:

⁶¹⁹ HERRERO ÁLVAREZ, “La nueva regulación de la suspensión de la ejecución de las penas...”, p. 4, llega a calificarlo de “reforma radical [...] la supresión del automatismo en la revocación de la suspensión si el penado delinque de nuevo durante el plazo de prueba”.

⁶²⁰ En el momento de publicación del Código de 1995 la discusión giraba en torno a si la comisión de una «falta» *strictu sensu*, era causa de revocación de la suspensión concedida. Lo anterior surgía por una diferente interpretación del concepto de «delito»: en una interpretación amplia se referiría a cualquier infracción penal (lo que incluía a las faltas) mientras que en una interpretación literal solo se refería a delitos, graves o menos graves, pero solo a delitos (lo que excluía las faltas). Ante este debate la jurisprudencia fue clara y no solo porque las faltas no tenían acceso al Registro Central de Penados y Rebeldes sino porque por aplicación del principio de taxatividad y certeza, en tanto el texto legal se refería explícita y exclusivamente a la comisión de un «delito» el principio de legalidad penal impone como el primero de los criterios el del respeto al tenor literal de la norma, se consideraba que el legislador cuando se refería solo a «delitos» lo hacía de forma consciente y con una intención clara de excluir a las «faltas» como causa de revocación de la suspensión. Expresión de esta interpretación son las SSTC 262/2006, de 11 de septiembre; 283/2006, de 9 de octubre; 328/2006, de 20 de noviembre; 48/2007 de 12 de marzo; 29/2008, de 20 de febrero; 129/2008, de 27 de octubre; 34/2009, de 9 de febrero; 91/2009 de 20 de abril; o 124/2010, de 29 de noviembre, entre otras muchas. Hoy en día esta discusión ha quedado zanjada y vaciada de contenido ya que la Ley de 2015 elimina este tipo de infracciones pasando solo a contener delitos; a saber, muy graves, graves o leves. Pero surge una nueva polémica en torno a si los delitos leves son causa de revocación de la suspensión, cuestión que analizaré después.

⁶²¹ Sobre esta cuestión ver MANZANARES SAMANIEGO, “Nuevo Anteproyecto de Código Penal...”, p. 7.

Art. 86.1. a). “El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida”.

Consecuentemente, la condena por un delito cometido durante el plazo de suspensión no es por sí solo causa de revocación de la suspensión de la condena si no va acompañada de una frustración de la expectativa en que se fundaba la suspensión. Lo anterior implica que ambos requisitos son cumulativos. Solo con la concurrencia de los dos elementos el juez puede acordar la revocación de la suspensión de la pena.

Por lo que respecta al primero de ellos, el propio precepto dice expresamente que el sujeto ha de ser «condenado por un delito cometido durante el período de suspensión». Esta dicción genera debate acerca del cómputo de los plazos. Parece clara la imposibilidad de revocar la suspensión cuando los hechos delictivos son previos a la resolución que conceda la suspensión, a pesar de que el juicio y la firmeza de la sentencia tengan lugar durante el plazo suspensivo⁶²². Sobre esta cuestión no existían discrepancias en la anterior regulación. No obstante merece destacar que el legislador pretendió incluir esta posibilidad pero fue rechazada durante su tramitación parlamentaria. Como digo, para que se entienda cumplido este primer requisito tanto el hecho delictivo como la sentencia condenatoria se han de producir en el período de suspensión. Si se comete el delito durante el plazo de suspensión pero, en ese mismo plazo, no se dicta sentencia, no cabe duda de que no se revoca la suspensión de la pena porque el actual artículo 86.1 a) el Código exige que el reo «sea condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión»⁶²³ Es necesario, por tanto, que el delito

⁶²² Así lo consideran DE LA MATA BARRANCO y HERNÁNDEZ DÍAZ, “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad...”, p. 20, cuando indican que “[...] las condenas recaídas durante el plazo de la suspensión, pero correspondientes a hechos cometidos con anterioridad al inicio de su cómputo, no deben impedir mantener la misma en cuanto las causas de revocación del art. 84.1 o 2 c) CP se refieren exclusivamente a actuaciones del sujeto durante el plazo de suspensión, como ya aceptaba la vieja Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1969. En la doctrina también lo afirman, entre otros, CARDENAL MONTRAVETA, “Alternativas a la pena de prisión...”, p. 39; y del mismo autor “¿Eficacia preventiva general intimidatoria...”, pp. 1 y ss.; GONZÁLEZ ZORRILLA, “Suspensión de la pena y «probation»”, p. 82.; y del mismo autor “La suspensión”, pp. 191 y ss.; POZA CISNEROS, “Suspensión, sustitución,...”, pp. 240 y ss.; SÁNCHEZ YLLERA, en VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 474; o CID MOLINÉ, *La elección del castigo...*, pp. 12 y ss.

⁶²³ Por todos DE LA MATA BARRANCO y HERNÁNDEZ DÍAZ, “Suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 20, afirmaban ya con anterioridad al a reforma que “No cabe duda alguna de que la revocación de la suspensión de la pena por comisión de un nuevo delito durante el período de suspensión requiere sentencia condenatoria firme; hasta entonces no se confirma la existencia de la responsabilidad por el ilícito cometido y no cabe presunción de culpabilidad alguna a favor de ella que pueda permitir la

sea cometido en el plazo de suspensión y que, a su vez, la sentencia se imponga durante ese plazo de suspensión⁶²⁴. Hasta aquí la cuestión parece clara pero, ¿qué sucede cuando el delito se ha cometido durante el período de suspensión e igualmente hay sentencia condenatoria pero la misma no es firme y adquiere su firmeza después de transcurrido el plazo de suspensión? En este caso, ¿es causa de revocación de la suspensión? La cuestión no es baladí porque en función de cómo se interprete conllevará o no la revocación de la suspensión de la pena⁶²⁵.

revocación de la suspensión. Esto es, ninguna decisión sobre la revocación puede tomarse sin dicha sentencia firme”. En igual sentido GRACIA MARTÍN, *Tratado de consecuencias jurídicas...*, pp. 313 y ss.; o MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 120 y ss. De igual modo, SÁEZ MALCEÑIDO, “Reforma penal del beneficio de la suspensión...”, p. 7, indica que “[...] es evidente que las garantías legales no quedan colmadas con el mero hecho detenerse en el examen de que contra el suspenso se haya iniciado una causa penal, sino que será preciso que su presunción de inocencia haya quedado desarticulada mediante una sentencia firme, es decir, la probatura de la existencia del hecho punible y que por ello se haya impuesto una sanción penal. Así resulta del art. 3.1 del CP, que no se ha visto modificado, cuando vaticina que «no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales»”.

⁶²⁴ Como bien recuerda QUINTERO OLIVARES, *Comentario a la reforma...*, pp. 166 y ss. “[...] en la perspectiva de que había de fijarse un plazo a partir del cual el auto que acordar la remisión definitiva de la pena, aun firme, no pudiera atacarse, en la tramitación parlamentaria se barajaba el plazo de un año. En base a ello se decía que la revocación de la suspensión de la pena solo podía ser acordada de no haber transcurrido más de un año desde la terminación del plazo de suspensión y, en todo caso, debía acordarse dentro del plazo desde la firmeza de la sentencia de condena. Pero este plazo no llegó a consolidarse en la regulación actual haciendo que solo la sentencia firme dictada dentro del plazo de suspensión por un hecho igualmente cometido dentro del plazo de suspensión es susceptible de revocar la suspensión de la ejecución de la pena”.

⁶²⁵ Esta misma postura se mantiene por DE LA MATA BARRANCO, “Suspensión de la ejecución...”, p. 20, cuando señalan que “Con más razón, entonces, debiera negarse la revocación si ni tan siquiera ha existido al momento de decisión sobre la suspensión sentencia firme de condena, por no haberse todavía enjuiciado los hechos constitutivos del delito previo cuya posibilidad de suspensión es sobre lo que se discute en estos apartados”.

Como ya indicaba anteriormente, hasta la reforma del 2015 esta cuestión ni siquiera se planteaba en los tribunales puesto que el artículo 84 que recogía las causas de revocación solo contemplaba la necesidad de que el sujeto delinquiriera durante el plazo de suspensión, no haciendo alusión alguna al período en el que debía dictarse esa sentencia firme. Solo con cometer un delito en el denominado período de suspensión operaba automáticamente la revocación. Ello conllevaba que si el juzgado competente que había acordado la suspensión de la pena, una vez transcurrido el plazo de suspensión, procedía a examinar la concurrencia de los requisitos para acordar la remisión definitiva de la pena (*ex* artículo 85.2 de la redacción anterior del Código), al no tener una sentencia condenatoria firme, previa comprobación de la carencia de antecedentes penales en su hoja histórica penal, se procedía a esa remisión definitiva de la pena. Y ello aun cuando con posterioridad se dictara sentencia firme de condena, pues el auto de remisión definitiva de la pena ya se había dictado y una vez que el mismo adquiría firmeza era invariable. Por el contrario, si esa comprobación de la existencia de una sentencia condenatoria se hacía tiempo después (meses o incluso años, lo cual es de lo más frecuente) al constar en su hoja histórica penal se acordaba la revocación de la suspensión. Hacer hincapié además que esa revocación era automática. Ello generaba, a mi juicio, gran inseguridad jurídica porque hacía depender la revocación del momento en el que el juez comprobaba la hoja histórica penal del reo que estuviera a su disposición. Intentando solucionar estas cuestiones el Tribunal Supremo sale al paso fijando la denominada “eficacia condicionante o claudicante de la remisión definitiva de la pena”. Así lo contemplaba la STS de 27 de diciembre de 2004, en la que se señala que el contenido del artículo 85.2 del

En cualquier caso, para la revocación de la suspensión de la condena se precisará no solo que el delito se haya cometido durante el plazo de suspensión sino que la sentencia condenatoria sea dictada en el plazo de suspensión, como afirma además el Preámbulo de la L.O. 1/2015, aunque el contenido del artículo 86.1 a) silencie este extremo⁶²⁶.

Lo cierto es que cuando transcurra el plazo de suspensión sin que el penado resulte condenado por sentencia firme y, sin embargo, la firmeza se alcanzara después, se debería denegar la remisión definitiva de la pena obligándole a cumplir la que fue suspendida. Digo esto porque la consecuencia final es la que exige el precepto: delito cometido en el plazo de suspensión y sentencia condenatoria firme por esos hechos, si bien la firmeza se adquiere con posterioridad. El problema es que si ya se ha dictado auto de remisión definitiva de la pena (precisamente porque la sentencia aun no era firme) no resultaría posible admitir la revocación pues la remisión es inatacable⁶²⁷. Pero yendo aún más allá cabría distinguir si ese auto de remisión es firme o no. Bajo mi punto de vista solo es inatacable cuando gane firmeza, hasta entonces, será posible la revocación⁶²⁸.

Código condiciona la efectividad de la remisión definitiva de la pena ya acordada a la no comisión de delitos en el plazo de garantía. En los mismos términos se expresaba la STC 10 de marzo de 2005. A pesar de ello creo que se generó con esta interpretación mayor inseguridad jurídica que era precisamente lo que se intentaba paliar. Esta interpretación cuestiona la invariabilidad de las resoluciones firmes lo que afecta a uno de los pilares de la configuración del ordenamiento jurídico a la vez que permite abrir la puerta a que el condenado se vea, irremediablemente, sometido *per se* y con carácter permanente a la posible revocación de la suspensión si se acuerda revocar el auto de remisión definitiva de la pena.

⁶²⁶ Dispone el Preámbulo de la L.O. 1/2015 que “La experiencia venía poniendo de manifiesto que la existencia de antecedentes penales no justificaba en todos los casos la denegación de la suspensión y que era por ello preferible la introducción de un régimen que permitiera a los jueces y tribunales valorar si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para valorar su posible peligrosidad y, en consecuencia, si puede concedérsele o no el beneficio de la suspensión; y que el mismo criterio debía ser aplicado en la regulación de la revocación de la suspensión”.

⁶²⁷ Me gustaría recordar que el Anteproyecto de reforma del Código penal sí que preveía la posibilidad de fijar unos plazos a partir de los cuales la resolución sería inatacable. Conforme a esa previsión, la revocación de la suspensión solamente podrá ser acordada si no hubiera transcurrido más de un año desde la terminación del plazo de suspensión, plazo que debía acordarse dentro del plazo de seis meses desde la firmeza de la sentencia de condena. Como es sabido esta previsión no llegó a incluirse en la dicción actual de ahí el debate doctrinal y jurisprudencial.

⁶²⁸ De acuerdo con este criterio la Circular 1/2005 de 31 marzo, de la Fiscalía general de Estado, para prevenir estas situaciones, acordó que cuando el Ministerio Fiscal recibiera traslado de las actuaciones en relación a la suspensión condicional de la pena debía solicitar información al respecto. Dispone esta Circular que “La misma diversidad de los obstáculos posibles y el excesivo número de situaciones a las que pueden llevar no permiten formular criterios cerrados, pero, al mismo tiempo, obligan a los Sres. Fiscales a interesarse cuidadosamente en cualquier dato, entre los que debe destacarse la constancia de un número relevante de detenciones y de requisitorias, consignadas en el informe previsto en el art. 292,

En cuanto al segundo elemento, esto es, que la «comisión delictiva ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida»⁶²⁹ es un elemento que no añade nada nuevo a lo que ya exige el artículo 80.1 párrafo segundo cuando indica que para conceder la suspensión de la pena es necesario que «sea razonable esperar que la ejecución de la pena no será necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos». Se trata de dos expresiones distintas para formular una misma idea: en el artículo 80.1 párrafo segundo se entiende que el cumplimiento de la pena no es necesaria para evita la reiteración delictiva mientras que el artículo 86.1 a) supone la comisión de un delito que no revela peligrosidad criminal de reiteración delictiva por lo que, en ambos casos, el juicio de pronóstico futuro de reiteración delictiva es negativo; se mantiene el derecho a la segunda oportunidad del reo y se confía en que no es necesaria la ejecución de la pena para evitar futuros delitos.

En este contexto que vengo analizando me parece destacable que la nueva regulación omita la condición propia de la suspensión de no delinquir durante el plazo de suspensión. Como digo me parece destacable pero es entendible en consonancia con la nueva normativa en la que la mera reiteración delictiva, *strictu sensu*, no es causa de revocación si no viene acompañada de esa frustración de la expectativa que comentaba y siempre que la condena firme se imponga durante el plazo de suspensión por la comisión de un delito igualmente cometido durante el plazo de suspensión. Ahora bien,

párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o la presencia de una situación de prisión provisional acordada en una causa distinta, que pueda indicar la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado. En tal situación los Sres. Fiscales deberán asumir las iniciativas necesarias para que los extremos relevantes de tales causas sean aportados al procedimiento, para así disponer de todos los datos trascendentes en el momento de emitir informe sobre la concesión o denegación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta”. Igualmente la STS 1567/2004, 27 de diciembre, declaró que “La suspensión tenía una eficacia claudicante”, dependiendo de que pudiera dictar una sentencia condenatoria por hechos realizados durante el plazo de suspensión. En igual sentido QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución de las penas...”, pp. 38 y 39.

⁶²⁹ Sobre este requisito ha señalado BARQUÍN SANZ en MORILLAS CUEVA, *Estudios sobre el Código Penal...*, p. 247, que “A partir de la L.O., el juez o tribunal no está obligado a ordenar la ejecución de la pena suspendida si el sujeto delinque durante el período de suspensión, sino que tendrá que valorar si la conducta delictiva en cuestión es relevante para el pronóstico de peligrosidad criminal del sujeto (en la terminología filo-burocrática del Código: “ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida”). En igual sentido, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, “Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución...”, p. 2, apunta que “En principio la discrecionalidad para valorar los antecedentes penales, que antes impedían la concesión u obligaban a la revocación y ahora no la impiden «cuando carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros» (80.2.1 CP) ni determinan la revocación cuando no afecten «a la expectativa en que se fundaba la decisión» (86.1.a) y 87.1 CP) hacen que en esos supuestos el nuevo régimen resulte más favorable”.

a mi juicio, ello no implica que no se tenga que hacer consta en la resolución que acuerde la suspensión. Cuestión distinta será la valoración del delito cometido como comentaba pero la prohibición general de no delinquir creo que sigue siendo necesaria.

En otro orden de cosas parece lógico que ese nuevo delito que cometa el reo, para que sea causa de revocación de la suspensión tenga que ser un delito doloso y que no se pueden tener en cuenta los delitos leves. Lo anterior se deduce no solo porque los delitos imprudentes y los delitos leves, desde el punto de vista criminológico, no revelan un ataque a la expectativa en la que se fundaba la suspensión porque no revelan una especial peligrosidad del penado; sino porque el propio Código excluye la relevancia de los delitos imprudentes y los delitos leves a los efectos de determinar la condición de delincuente primario en la redacción del artículo 80.2 circunstancia primera inciso segundo. Sin embargo la mayoría de la doctrina considera que, al no haber distinción alguna, los delitos dolosos, los delitos imprudentes y los delitos leves son susceptibles de operar como causa de revocación⁶³⁰.

- b) Incumplimiento grave o reiterado de las reglas de conducta de los artículos 83 y 84 del Código penal.

La segunda de las causas de revocación de la suspensión de la pena es el «incumplimiento grave o reiterado» de alguna o algunas de las medidas que se

⁶³⁰ Así lo consideran, entre otros, NAVARRO VILLANUEVA, *La ejecución de la pena privativa de libertad...*, p. 89, si bien discrepa en relación a los delitos imprudentes al igual que lo hace GARCÍA SAN MARTÍN, “La suspensión de la ejecución y sustitución...”, p. 50 y ss. en relación tanto a las extinguidas faltas como a los delitos imprudentes; RASILLO LÓPEZ, “La suspensión de las penas...”, p. 78, considera que “En cuanto al nuevo delito, podrá ser doloso o imprudente, o delito leve”; o CANO CUENCA, “Suspensión de la ejecución de la pena...”, pp. 349 y 359 que afirma que “[...] el legislador no hace diferenciación alguna entre delito doloso o por imprudencia, o delito leve”; ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena...*, p. 76, añade que “[...] una antigua falta, ahora delito leve, puede servir de base para revocar la suspensión o impedir la remisión definitiva y la cancelación de antecedentes penales, incluso su mera tentativa o un remoto acto preparatorio, esperpénticas consecuencias ante las que la invocación del «principio de intervención mínima» por el preámbulo de la reforma en la supresión de las faltas”. Por el contrario, a favor de no tener en cuenta los delitos leves a los efectos de revocación de la suspensión *ex* artículo 86.1 a), por todas, se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia en la reciente sentencia de 22 de febrero de 2016. Asimismo, DÍEZ MARTÍN, “Consecuencias jurídica de la ejecución...”, p. 27, siguiendo a SÁEZ MALCEÑIDO, “Reforma penal del beneficio de la suspensión...”, p. 10, cuando indica que “[...] habrá que tener en consideración el trasvase producido entre las faltas recogidas en el Libro III del Código Penal a la nueva categoría de delitos leves, las cuales no acarrearían la revocación [...]”; FERNÁNDEZ APARICIO, “Cuestiones prácticas de la suspensión...”, p. 70, que es claro al afirmar que “[...] la comisión de un delito imprudente o leve no debería acarrear automáticamente la pérdida del beneficio”; si bien no lo tiene tan claro cuando de cometan varios delitos leves o imprudentes recordando, en todo caso que “nos movemos en criterios discrecionales”.

contemplan en los artículos 83 y 84 del Código. El incumplimiento reiterado ya era causa de revocación con anterioridad a la reforma de 2015. Por lo tanto, lo que se añade es que el incumplimiento grave también es causa de revocación. Es necesario precisar que el Código, conscientemente, utiliza la conjunción “o”; por consiguiente, emplea ambos términos con carácter alternativo: de este modo un incumplimiento grave por sí solo o un incumplimiento reiterado por sí solo, aun cuando no tenga la consideración de grave, es causa de revocación de la suspensión de la pena⁶³¹. En cierta medida, resulta reducido el margen de discrecionalidad judicial, ya que en la redacción anteriormente vigente, con arreglo al tenor literal del artículo 84.2 que comentaba, cabía eludir la revocación si se daba un incumplimiento grave pero aislado. La redacción actual resulta en este sentido más precisa al disponer:

Art. 86.1. “El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84”.

Como digo, la redacción resulta más beneficiosa, si bien su ambigüedad plantea dudas e incertidumbre. ¿Qué debe entenderse por incumplimiento «grave» o «reiterado»? Ante la indefinición los autores se han lanzado a definir estos conceptos⁶³². Bajo mi punto de vista, el incumplimiento «grave» ha de ser de tan entidad que objetivamente evidencie un rechazo y un menosprecio al derecho a la segunda

⁶³¹ SÁEZ MALCEÑIDO, “Reforma penal del beneficio de la suspensión...”, p. 9, “[...] se incluye el calificativo de «grave» de forma alternativa al de reiterado», de modo que teóricamente podría bastar una sola falta hacia dichas reglas para acordar la privación del beneficio si, por el calado, el suspenso se hace merecedor de tal reproche y de otro que en cualquiera de esos dos supuestos de hecho «el juez o tribunal revocará la suspensión», mientras que en la actualidad se dice que «el Juez o Tribunal podrá» revocar, mudando así la clásica fórmula potestativa por una imperativa que no deja márgenes de maniobra”.

⁶³² Buscando un referente para esa calificación de grave o reiterado, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, “Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución...”, pp. 4 y 5 indica que “Para su calificación [de incumplimiento «grave» o «reiterado»] puede servir de referente la regulación del art. 50.6 CP sobre las consecuencias del impago de dos cuotas de multa, o del art. 49.6 sobre las incidencias relevantes en la ejecución que pueden determinar la declaración judicial de incumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad”; por su parte VEGAS SÁCHEZ, “La suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 259, indica que “Con esta previsión el legislador ha establecido tres modos de cumplimiento [...] con tres efectos distintos en lo que respecta a la suspensión de la ejecución. De este modo se ha previsto un cumplimiento *suficiente*, cuyo efecto es la remisión de la pena; un incumplimiento *grave o reiterado*, cuyo efecto es la revocación de la suspensión; y un incumplimiento que *no* sea grave o reiterado, cuyo efecto es la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o condiciones o la modificación de las ya impuestas o en su caso la prórroga del plazo de suspensión”.

oportunidad que se le ha dado al reo al concederle la suspensión de la pena; ha de ser de tal importancia que conlleva la revocación de la suspensión de la pena (piénsese por ejemplo en un acercamiento con la víctima cuando existe una prohibición de aproximación derivada del artículo 83.1.1ª; o en el abandono voluntario del programa formativo del artículo 83.1.6ª del Código). En cambio, el «incumplimiento reiterado» por su propia esencia y en contraposición con la gravedad que comentaba, ha de ser de menor entidad pero que se produzca en más de una ocasión. Lo anterior implica que cualitativamente es de menor consistencia, pero cuantitativamente es mayor porque se repiten los incumplimientos (como sucede por ejemplo en varias faltas de asistencia a los programas formativos del artículo 83.1.6ª del Código, que si bien pueden no implicar, necesariamente, un abandono del tratamiento, sí denota una clara intención de no cumplir con la medida). Bajo esta consideración, podría entenderse que es un incumplimiento reiterado la existencia de al menos de dos requerimientos personales, efectuados de forma fehaciente, en los que se deje constancia igualmente de las consecuencias del incumplimiento, no siendo suficiente la utilización de términos tales como el «cumplimiento en la medida de sus posibilidades» u otras indicaciones similares⁶³³.

Por ello lo único que puedo precisar es que será el juez quien, caso por caso, dependiendo del tipo de incumplimientos que se den y en esa audiencia previa a la partes que luego comentaré, valorará la necesidad o conveniencia de la revocación de la suspensión, lo cual será debidamente motivado; resolución contra la que cabra interponer los recursos ordinarios (reforma y apelación conforme al artículo 766 de la LECRIM).

Nótese que la reforma de 2015 ha suprimido el régimen especial de revocación de la pena para el caso de que se incumpla alguna de las prohibiciones o deberes de las reglas 1ª, 4ª y 6ª del anterior artículo 83.1 del Código⁶³⁴. Con ocasión de esta supresión, QUINTERO OLIVARES lo considera positivo al afirmar que “Ahora se someten al

⁶³³ SÁEZ MALCEÑIDO, “Reforma penal del beneficio de la suspensión...”, p. 9, concluye que “Cabe reputar embebidas en este caso las faltas injustificadas de asistencia del penado a las citas que le hubieran sido prescritas para el adecuado seguimiento de los programas a los que estuviera sometido”.

⁶³⁴ Como es sabido, el régimen anterior preveía que ante el incumplimiento de las reglas de conducta que se había impuesto con carácter imperativo ante la comisión de un «delito de violencia de género» automáticamente generaba la revocación de la suspensión. Hoy en día, ha desaparecido esa regulación especial y el incumplimiento de estas reglas, como las demás, supone la aplicación del régimen general.

régimen general lo que permite matizar la respuesta de modo más razonable ante incumplimientos puntuales que por sus circunstancias no revelan voluntad de sustraerse con carácter general de los mismos, o en los que la propia víctima haya tenido un papel relevante”⁶³⁵. A mi juicio, la nueva normativa, de aplicación general independientemente del tipo de medida que se trate, permite una valoración al órgano judicial más acorde con las circunstancias del caso concreto al no condicionarse de forma automática a la revocación uno u otro incumplimiento, sino que todos ellos habrán de ser valorados con carácter previo. En todo caso, esta nueva regulación no impide que se actúe por un posible delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código penal y las consecuencias que de ello se deriven. Ahora bien, esta nueva condena por quebrantamiento de condena ¿supone quebrantar la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada? o lo que es lo mismo ¿esta nueva condena puede conllevar la revocación de la suspensión previamente acordada?

Bajo mi punto de vista, tratándose del incumplimiento de una prohibición o deber impuesto en la propia sentencia sí que conllevaría la revocación de la suspensión. No se debe olvidar que las reglas de conducta de los artículos 83 y 84 del Código no tienen, en todos los casos, carácter imperativo. Lo anterior conlleva que si se han impuesto por el juez lo han sido, como dice el propio precepto «cuando resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos». Si la finalidad de la imposición de estas medidas es la de evitar la reiteración delictiva y se ha incumplido ello ha de suponer, necesariamente la revocación de la suspensión por haberse frustrado la expectativa de no reincidencia. Frente a esta postura hay quienes consideran que si ello no revela una peligrosidad de reiteración delictiva no tiene por qué suponer la revocación de la suspensión, o al menos, no en todos los casos⁶³⁶. En cualquier caso, esta cuestión deberá ser debidamente motivada por el órgano judicial en su resolución.

Ante todo cabe precisar, como he insistido en múltiples ocasiones, que si bien cuando el incumplimiento no tenga la consideración de «grave» ni «reiterado» no se

⁶³⁵ QUINTERO OLIVARES, *Comentario a la reforma...*, p. 168. En igual sentido se pronuncia BARQUÍN SANZ en MORILLAS CUEVA, *Estudios sobre el Código Penal...*, p. 247, cuando dispone que “En la misma línea de confianza en la ponderación judicial, la reforma suprime igualmente el automatismo que determinaba la revocación de la suspensión en caso de incumplimiento, aunque no fuera reiterado, de ciertas reglas de conducta cuando la pena de prisión suspendida hubiera sido impuesta por delitos relacionados con la violencia de género”.

⁶³⁶ Por todos QUINTERO OLIVARES, *Comentario a la reforma...*, pg. 168.

puede revocar la suspensión de la pena, ello no evita que ese incumplimiento genere consecuencias. Dichas consecuencias son la que se disponen en el artículo 86.2; a saber:

Art. 86.2. “Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

Este precepto tiene conexión más que evidente con el artículo 85 del Código analizado en el apartado anterior relativo a la posibilidad de modificación de las reglas de conducta ya aprobadas. Si bien, tal y como ponía de manifiesto, el artículo 85 se basa en la atenuación o alzamiento de las reglas de conducta, mientras que este artículo 86.2 se centra en los casos de agravación de las medidas debido a un previo incumplimiento del sujeto. Así este precepto permite al juez imponer al reo nuevas medidas o modificar las ya impuestas o bien prorrogar el plazo de suspensión⁶³⁷. En cuanto a la primera de las posibilidades (imposición de nuevas medidas o modificación de las ya existentes) me remito a lo ya expuesto al analizar las modificaciones del artículo 85 ya que todo lo digo se puede aplicar a este precepto. Y por lo que respecta a la posibilidad de prórroga del plazo de suspensión, también he de decir que la cuestión ha sido analizada al estudiar el plazo de suspensión *ex* artículos 81 y 82 del Código. Únicamente insistir en que no existe un precepto similar que permita reducir el plazo de suspensión (lo cual sería deseable) y que la prórroga del plazo de suspensión es desproporcionada y excesiva pudiendo llegar hasta los siete años y medio cuando el plazo de suspensión inicial acordado fuera de cinco años (el máximo).

Con la reforma, también se añade, en el artículo 86.1.b), «la sustracción del penado al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria» como causa de revocación de la suspensión. Esta causa

⁶³⁷ Sobre este extremo, SÁEZ MALCEÑIDO, “Reforma penal del beneficio de la suspensión...”, p. 9, afirma que “El telón del segundo escenario se levantaría si se tratase de un incumplimiento puntual o de escasa lesividad, en cuyo caso se faculta al sentenciador únicamente para imponer otros deberes, modificar los ya acordados, o prorrogar la suspensión por un plazo no superior a la mitad del que ya se estableció (art. 86.2), pero nunca para despojar al suspenso de su estatus”.

de revocación está directamente relacionada con el artículo 83.4 del Código, donde ya he indicado que los servicios de gestión de penas y medidas alternativas a que se refiere el Real Decreto 840/2011, son los encargados de controlar el cumplimiento de las reglas 6ª, 7ª y 8ª del artículo 83.1 (obligación de participar en ciertos programas formativos y prohibición de conducir vehículos a motor que carezcan de dispositivos tecnológicos concretos). A pesar de ello, he de puntualizar que si bien son los servicios de gestión de penas los encargados de elaborar un plan y comprobar su cumplimiento no se desconoce que toda esta actuación la realizan previo requerimiento del juzgado, siendo el mismo juzgado el que deberá valorar los informes que estos servicios emitan. El Código eleva a la categoría de causa de revocación «la sustracción del penado a estos controles». Parece que lo que pretende el legislador, de la misma forma que exige un incumplimiento grave y reiterado en general para las medidas de los artículos 83 y 84, esta sustracción tiene que tener la suficiente entidad para comportar la revocación de la suspensión. Creo que esta precisión, en verdad nada aporta a la regla general del primer inciso del artículo 86.1 b) puesto que ya estaría contenido en el incumplimiento grave o reiterado que comentaba anteriormente.

- c) Incumplimiento de otras obligaciones relativas a la satisfacción de la responsabilidad civil o a hacer efectivo el decomiso.

Se trata de un nuevo supuesto que se contempla en la L.O. 1/2015 con la intención de garantizar el sometimiento del penado al control debido del cumplimiento de las medidas impuestas.

Art. 86.1. “El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Al analizar el artículo 80.2 circunstancia tercera párrafo primero del Código, ya he puesto de manifiesto cómo el legislador exige que el reo haya satisfecho la responsabilidad civil derivada de la infracción penal y haya hecho efectivo el comiso acordado en sentencia, como requisito previo para la concesión de la suspensión. Si

bien, he insistido, que dichos requisitos vienen condicionados por la normativa que recoge el párrafo segundo de ese mismo precepto cuando habla de «compromiso de pago» siempre que el mismo «sea razonable esperar que sea cumplido». Pues bien, este artículo 86.1 d) viene a elevar a causa de revocación el incumplimiento de estas obligaciones⁶³⁸. A mi juicio esta regulación es una nota más de la protección y visibilidad que el legislador de 2015 quiere dar a la víctima del delito⁶³⁹.

Realmente se incluyen en esta causa tres supuestos, ya que al incumplimiento del compromiso de pago de las indemnizaciones, salvo que careciera de capacidad económica para ello, se equipara la de facilitar una información inexacta o insuficiente de su patrimonio o del paradero de los bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado.

En primer lugar que el penado «facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado». La dificultad deriva de la interpretación que se tenga que dar a la «información inexacta o insuficiente».

En segundo lugar se prevé como causa de revocación que el penado «no de cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles salvo que careciera de capacidad económica para ello». Me parece un tanto farragosa y carente de sentido esta redacción. Si he apuntado anteriormente que el artículo 80.2 circunstancia tercera párrafo segundo indica que la satisfacción de la responsabilidad civil se entenderá realizada cuando existe un compromiso de pago que, a su vez, debe ser acorde a su capacidad económica, creo que poco o nada aporta que ahora se diga que el incumplimiento de ese compromiso de pago será causa de revocación cuando, igualmente, se condiciona a la falta de capacidad económica del sujeto.

⁶³⁸ Sobre este extremo se pronuncia CORELLA MIGUEL, “La nueva regulación de la suspensión...”, p. 4, cuando dice que “Una novedad estriba en que, *a posteriori*, si el penado oculta bienes o no facilita el decomiso, será causa de revocación. Por tanto, se introduce una causa de revocación cuando el penado no colabore en el pago, ponga trabas al decomiso o de información inexacta de sus bienes, pero la condición previa pasa a permitir como alternativa al pago el compromiso de llevar a cabo éste”.

⁶³⁹ A esta misma consideración llega ALONSO BUZO, “La nueva regulación de la suspensión...”, p. 3, cuando escribe que “La reforma introducida va a intentar corregir esta situación, tratando de garantizar una mayor protección de la víctima para que sea resarcida de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho delictivo. De forma que la concesión del beneficio va a estar en todo momento condicionada al pago de la responsabilidad civil o a la asunción de un compromiso de pago, y a su vez, la ausencia de pago o el incumplimiento del compromiso asumido pueden provocar la revocación del beneficio otorgado”.

Como tercera causa de este artículo 86.1 d), se prevé que el reo «facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

C. *Consecuencias que se derivan en caso de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.*

Una vez expuestas las causas de revocación de la suspensión que conllevarán, en caso de que se produzcan, la ejecución de la pena, el resto del artículo 86 se dedica a fijar una serie de consecuencias derivadas de dicha revocación. Así lo contempla en primer lugar el artículo 86.3 cuando establece que:

Art. 86.3. “En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2ª y 3ª”.

Se alude expresamente a los gastos derivados del acuerdo alcanzado en virtud de mediación a que se refiere el artículo 84.1.1ª y que ya he analizado en el apartado correspondiente. Dice el precepto que dichos gastos que hubiera realizado el penado «no serán restituidos». Sin embargo no sucede lo mismo con los pagos que en concepto de multa o con los trabajos en beneficio de la comunidad hubiera realizado el penado al amparo de los artículos 84.1.2ª y 84.2.3ª del Código⁶⁴⁰. En estos supuestos se permite el abono⁶⁴¹ de esas medidas que ya hubiera cumplido (total o parcialmente)⁶⁴². A mi juicio el motivo es claro: si a lo largo del presente trabajo he comentado, en varias ocasiones, que no es lo mismo una suspensión de la pena sin condiciones (más que el plazo de

⁶⁴⁰ Profundizando sobre esa cuestión, por todos, QUINTERO OLIVARES, *Comentario a la reforma penal...*, pp. 166 y ss.

⁶⁴¹ Me gustaría resaltar que en este ámbito se habla de «abono» y no de «compensación», pues el abono puede aplicarse cuando se trata de penas homogéneas o que son de la misma naturaleza (como la prisión preventiva o la pena de prisión); mientras que la compensación procede en el caso de penas heterogéneas (como la libertad provisional con comparencias periódicas *apud acta*, la retirada del pasaporte o similares).

⁶⁴² SÁEZ MALCEÑIDO, “Reforma penal del beneficio de la suspensión...”, p. 9, “De proseguirse finalmente con la revocación, el art. 86.3 establece una fórmula de bonificación de la pena a cumplir con las cuotas de multa abonadas y las jornadas de trabajo desempeñadas”.

suspensión), que una suspensión de la pena condicionada al cumplimiento de una o varias medidas⁶⁴³, parece lógico que se valoren esas medidas que ha cumplido. En estos casos, el penado cumple realmente algo que, bajo otra consideración, podría ser calificado en sentido estricto de «pena». Por ello, si se ha cumplido al menos en parte la medida y después se revoca la suspensión de la pena, si no se compensara en ningún sentido al reo, entiendo que sería a todas luces perjudicial y claramente gravoso para el penado. La forma en la que lo valora el legislador es permitiendo el abono de esas medidas que se descontarán a la pena inicialmente fijada en sentencia y que se había suspendido⁶⁴⁴. Para ello calculará el abono conforme a los criterios fijados en dichos preceptos -un día de prisión por cada dos cuotas de multa o por cada día de trabajos en beneficio de la comunidad- y descontarlos de la pena privativa de libertad que deberá cumplir⁶⁴⁵.

Como cláusula de cierre, el artículo 86.4 del Código incluye la audiencia a las partes como requisito previo antes de acordar la revocación de la suspensión; sin embargo contempla un supuesto concreto en que no será necesaria dicha audiencia previa. Así dispone:

⁶⁴³ Tal clase de suspensión, en la que no solo hay un plazo de suspensión, sino que además se impone una regla de conducta se ha denominado por la doctrina como “un medio autónomo de reacción jurídico-penal” bajo la postura de JESCHECK o como “una sanción autónoma” según BRUNS, como apunta MAQUEDA ABREU, *Suspensión condicional de la pena y probation*, p. 8 y ss.

⁶⁴⁴ Esta posibilidad de abono toma referencia de la interpretación que el Tribunal Supremo hace de las comparecencias *apud acta* del artículo 530 de la LECRIM que se valoran a los efectos de liquidación de la condena tal y como lo reconoció el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda lo Penal del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2013. En desarrollo de tal interpretación se dictó la STS 1045/2013, de 7 de enero, que fue la primera sentencia del Tribunal Supremo que estableció doctrina referente a la compensación de las comparecencias del artículo 530 de la LECRIM, para lo cual se basó en la interpretación de los artículos 58 y 59 del Código penal, extremo que sorprende por cuanto el artículo 59 no ha sido modificado desde su aprobación en 1995. Pese a ello, no es hasta esta sentencia cuando se estableció que debe compensarse el tiempo de libertad provisional, pues toda privación de derechos del investigado durante el proceso se considera un adelanto de la pena que no puede jugar en su contra. Esta sentencia supuso la plasmación en la práctica del acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 19 de diciembre de 2013 que abría la interpretación a que no se trataba de una obligación, pues se decía «puede ser compensada», pero las SSTs 52/2015, de 26 de enero y 332/2015, de 3 de junio, ambas posteriores al acuerdo del Tribunal Supremo, fijan que “No puede pretenderse que la aplicación del artículo 59 [...] tenga un carácter facultativo, ya que su literalidad no lo permite al afirmar que «el Juez o Tribunal» ordenará [...]”. Así pues, esta compensación se torna en obligatoria. Cuestión distinta (que no es objeto análisis) sería determinar cuáles son los criterios de compensación. En concreto le pareció correcto al Tribunal Supremo la compensación realizada por la Audiencia Provincial de Tenerife de un día de privación de libertad por cada diez comparecencias *apud acta*. Pero eso es otro debate.

⁶⁴⁵ VEGAS SÁNCHEZ, “La suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 259.

Art. 86.4. “En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver”.

Como se ha expuesto, la revocación se dará cuando el nuevo delito suponga frustrar la expectativa por la que se acordó la suspensión; cuando se incumpla de forma grave o reiterada las medidas impuestas al amparo de los artículos 83 y 84; o por el incumplimiento de otras medidas de las expresadas en el artículo 86.1 d). Esta importante novedad explica que resulte preceptiva la audiencia a las partes (el Código habla expresamente de «Fiscal y demás partes») salvo *periculum in mora*, «cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima». Hasta la reforma de 2015, esta audiencia a las partes era irrelevante toda vez que la mera reiteración delictiva traía consigo automáticamente la revocación de la suspensión⁶⁴⁶. Dado el alcance de las actuales causa de revocación el legislador ha querido que se de este trámite previo⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ De hecho, tal y como recordaba la Circular 1/2005 de 31 marzo, aunque el artículo 84.3 previo a la reforma de 2015, no preveía tal audiencia, se consideraba que “[... el respeto del derecho de defensa y la identidad de la consecuencia prevista en este apartado con la última del número anterior (art. 84.2, c), obliga a exigir en ambos casos idénticos requisitos, concretados en la concesión de audiencia de las partes y decisión mediante auto”. Esta interpretación se basaba en la consideración de que la falta de audiencia no permitía conocer que había habido incumplimiento de alguna de las medidas impuestas, al existir consentimiento de quien fue la víctima de los hechos. Lo anterior se daba sobre todo en los que genéricamente conocidos como «delitos de violencia de género» de los artículos 153.2 y 173.2 del Código”.

⁶⁴⁷ Me gustaría señalar que, aun cuando no sea normativa vigente, plasma de forma clara la importancia que el legislador otorga a este trámite de audiencia previa en la revocación, teniendo en cuenta que el artículo 744 del Anteproyecto de LECRIM recoge un procedimiento que debe seguirse para la revocación de la suspensión:

Art. 744. “1. Desde que al juez o tribunal competente le conste que el penado ha sido condenado por sentencia firme como responsable de la comisión de un delito cometido durante el plazo de suspensión, el secretario judicial hará constar en la pieza de ejecución las anotaciones relativas a dicha condena y, si fuera necesario, mandará traer testimonio de la misma, dando traslado por el plazo de tres días al Ministerio Fiscal, a las partes, así como al penado y a su defensor.

El tribunal resolverá por medio de auto, contra el que el fiscal y el penado podrán interponer recurso de reforma.

Si el tribunal acordara la revocación de la suspensión ordenará que comience la

En este punto creo que sería aplicable por analogía la interpretación de las sentencias del Tribunal Supremo que declaran la nulidad de las actuaciones si se prescindió de la audiencia personal del penado y sólo se atendió la del defensor (por todas, SSTS de 28 de abril de 1994; 18 de mayo de 1995; 18 de noviembre de 1996; 9 de junio de 1998; 3 de abril y 2 de junio de 2001; y 15 de febrero de 2012).

Consiguientemente, la audiencia previa a las partes se constituye en una exigencia ineludible, que entiendo carece de sentido, habida cuenta de la naturaleza de la decisión que se debe de adoptar y la objetividad de su presupuesto fáctico, que no admite graduaciones o temperamentos.

Ahora bien, si la regla general conlleva que las partes deban ser oídas antes de que el juez se pronuncie sobre la revocación de la suspensión, el propio precepto prevé una excepción: no será necesario dicho trámite y el juez acordará el ingreso inmediato del penado en prisión «cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima»⁶⁴⁸.

Por último señala el párrafo segundo del artículo 86.4 que el órgano judicial podrá acordar la realización de «diligencias de comprobación» e incluso la posibilidad

ejecución de la pena, que no se suspenderá por la interposición del recurso.

2. Cuando de los informes de seguimiento o por cualquier otro medio, resulte que el penado ha incumplido las obligaciones y deberes impuestos por el tribunal, el secretario judicial dará traslado al fiscal, a las partes, así como al penado y a su defensor por tres días, resolviendo lo procedente sobre la revocación de la suspensión.

Contra este auto el Ministerio Fiscal y el penado podrán interponer recurso de reforma.

Siempre que el tribunal lo considere necesario para adoptar una decisión fundada sobre la revocación de la suspensión, mandará convocar a las partes a la celebración de una audiencia en la que serán oídos quienes hayan emitido los informes de seguimiento”.

⁶⁴⁸ CORELLA MIGUEL, “La nueva regulación de la suspensión...”, p. 7, criticando esta inclusión señala que “Como novedad también se permite la revocación de la suspensión y la posibilidad de ordenar el ingreso en prisión inmediato si hay riesgo de reiteración delictiva, de huida o para la víctima (los supuestos de la prisión provisional). En caso contrario, la revocación se adoptará previa audiencia de las partes, incluyéndose la celebración de una vista oral y realización de diligencias de comprobación que fueran necesarias. Nos parece innecesaria, o más bien improcedente, dicha inclusión novedosa puesto que si hay riesgo de reiteración delictiva no se debería haber concedido la suspensión en atención a la peligrosidad criminal que implica, precisamente, dicho pronóstico. Si, por otro lado, existe riesgo de huida, será por la nueva comisión de un delito y no por aquel cuyo fallo se dejó en suspenso ya que el reo no se fugaría si se ha dejado sin efecto su ingreso en prisión. Por último, el riesgo para la víctima tampoco parece que pueda existir si se ha concedido el beneficio y, si existe, será constitutivo de un nuevo delito en el seno de cuya investigación se puedan acordar las medidas cautelares oportunas”.

de acordar la «celebración de una vista oral» cuando así lo estime necesario antes de resolver.

No me gustaría finalizar este apartado sin abordar la cuestión relativa a si es posible, tras la revocación, acordar nuevas modalidades de suspensión. Como bien indica a SÁNCHEZ SISCART, “No parece que quepa esta posibilidad en la nueva regulación”⁶⁴⁹. Esta interpretación se deduce del Preámbulo de la L.O. 1/2015 cuando señala que “[...] se introduce un nuevo sistema, caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, que introduce mayor flexibilidad y eficacia [...]. Al tiempo, se pone fin a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos. Se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión. De este modo se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas [...]”. Si bien he de decir que, aunque no sea la intención del legislador, lo cierto es que la dicción del Código no lo impide por lo que nada obstará a que denegada una suspensión, o revocada la ya concedida, el penado y su letrado puedan solicitar del órgano judicial otra de las modalidades de suspensión que se configuran en el Código⁶⁵⁰.

D. Remisión definitiva de la pena: supuesto general y supuesto especial del artículo 80.5 del Código penal.

Cumplidos todos los requisitos para la suspensión de la pena y habiendo transcurrido el plazo de suspensión sin que exista causa de revocación alguna de las contempladas en el artículo 86 que acabo de exponer, la pena pasará de estar suspendida

⁶⁴⁹ SÁNCHEZ SISCART, “Nuevo Régimen de la suspensión...”, p. 13.

⁶⁵⁰ Si bien SÁNCHEZ SISCART, “Nuevo Régimen de la suspensión...”, p. 13, va más allá y considera que esta posibilidad estará vedada en el caso de “[...] existir una previa actuación de oficio por parte de la autoridad judicial requiriendo que se soliciten de forma conjunta, alternativa, o subsidiariamente, todas las modalidades posibles de suspensión que se estimen oportunas”.

a estar definitivamente remitida⁶⁵¹. A la hora de analizar la remisión de la pena he de decir que, para evitar reiteraciones, en la mayoría de los conceptos que exige el Código me remitiré a lo ya analizado a lo largo del presente trabajo. Parece lógico que si revocación y remisión son dos figuras estrechamente relacionadas, tratándose de las dos caras de una misma moneda, cuando concurren las causas de revocación del artículo 86.1, evidentemente no operará la remisión y, en caso contrario, se procederá la remisión definitiva de la pena.

Dicho lo anterior, como adelantaba al inicio de este apartado, la consecuencia natural a esa remisión definitiva es la extinción de la responsabilidad penal de conformidad con el artículo 130.1.3º del Código. Así lo contempla el artículo 87.1 cuando dispone:

Art. 87.1. “Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena”.

Lo lógico y deseable para el reo es que transcurra el plazo de suspensión de la pena sin delinquir o si, habiendo delinquido, ese delito no ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. Si junto a lo anterior se han cumplido las reglas de conducta que en su caso le haya impuesto el juez, el órgano judicial dará por cumplida la pena, dictando auto de remisión definitiva de la condena. Por lo tanto, son tres los requisitos que se han de verificar para la remisión de la pena. En primer lugar, por deducción del propio precepto debe de haber transcurrido el plazo de suspensión. No hay dudas sobre este elemento, pero sí me gustaría recordar que el plazo de suspensión a tener en cuenta es el fijado en la resolución que conceda la suspensión, si bien, a este plazo puede que tenga que añadir la prórroga que el juez hubiera estimado conveniente por aplicación del artículo 86.2 b). De ahí que, en este caso, solo transcurrido el plazo inicialmente fijado más la prórroga se entenderá cumplido este requisito. Todo lo apuntado sobre el cómputo del

⁶⁵¹ CORELLA MIGUEL, “La nueva regulación de la suspensión...”, p. 6, señala a este respecto que “La remisión definitiva se trata ahora en el art. 87 CP siendo, en esencia, idéntico al anterior (85.2), con la única adición de otros conceptos jurídicos indeterminados y valorativos como «sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida y cumplidas de forma suficiente las reglas...». Habrá que ver cómo valoran los tribunales estos conceptos de «expectativa» y «forma suficiente» para ver la bondad o no de la reforma”.

plazo de suspensión y sobre su posible prórroga a lo largo del presente trabajo es igualmente aplicable para su valoración en este momento, por lo que me remito a lo ya dicho.

En segundo lugar se exige que el reo no haya cometido un delito «del que se desprenda que la expectativa en la que se fundaba la suspensión ya no puede ser mantenida». Este concepto utiliza los mismos términos que ya recoge el artículo 80.1 párrafo segundo y 86.1 a) del Código. A la hora de definir este concepto he hablado de su carácter vago y ambiguo, dejando enorme margen al juez encargado de resolver sobre su concurrencia y, al igual que acabo de señalar respecto del plazo de suspensión, me remito a todo lo ya manifestado sobre la interpretación de este concepto. Recordar en todo caso que la reiteración delictiva por sí sola no es causa de revocación si ese delito no supone frustrar la expectativa en la que se fundaba la suspensión que no es otra que la consideración que la pena no es necesaria para evitar la reiteración delictiva. Si el nuevo delito cometido supone un ataque a esa valoración será causa de revocación del artículo 86.1 b) como apuntaba, que impedirá, *a sensu contrario*, la remisión definitiva de la pena⁶⁵².

En tercer y último lugar el Código condiciona la remisión de la pena a que el penado cumpla con las reglas de conducta que, de conformidad con los artículos 83 y 84 del Código penal, le hubiera impuesto el juez. Si bien la obligatoriedad de cumplimiento de estas reglas de conducta (prohibiciones y deberes por un lado según el artículo 83 y prestaciones o medidas en base al artículo 84) parece clara no lo es debido, por enésima vez, a la redacción tan imprecisa que utiliza el Código cuando dice que es necesario que el penado «cumpla de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal». Así las cosas me pregunto, ¿qué se ha de entender por «cumplidas de forma suficiente»? ¿No han de serlo en su totalidad? ¿Dónde se fija el tiempo o el carácter mínimo de cumplimiento?

Ante la indefinición del Código no queda sino acudir a la diferente graduación que se deduce de los preceptos como tiene ocasión de señalar VEGAS SÁCHEZ,

⁶⁵² Como bien recuerda QUINTANA GIMÉNEZ, “La suspensión de la ejecución de las penas...”, p. 38, “Si se pueden conceder los beneficios aun teniendo el penado antecedentes penales y si la comisión de un delito durante el periodo de suspensión no da lugar de forma automática a la revocación, en el ámbito de la remisión resultaba obligado establecer que se acordará aunque se haya cometido un delito, si el mismo no pone de manifiesto «que la expectativa en la que se fundaba la decisión ya no puede ser mantenida»”.

cuando indica que el legislador regula tres modos de cumplimientos, a saber: “[...] un cumplimiento *suficiente*, cuyo efecto es la remisión de la pena; un incumplimiento *grave o reiterado*, cuyo efecto es la revocación de la suspensión; y un incumplimiento que *no sea grave o reiterado*, cuyo efecto es la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o condiciones o la modificación de las ya impuestas o en su caso la prórroga del plazo de suspensión”⁶⁵³. Comparto esta postura que diferencia esos tres grados de incumplimiento, si bien la argumentación no aporta definición al asunto en cuestión. Ante esta tesitura nuevamente se ha de acudir a la consideración del juez o tribunal que, en el caso concreto que se le plantee, valorará el carácter e intensidad de incumplimiento para tomar una u otra decisión.

Ahora bien, a estas reglas generales para la remisión de la pena del artículo 87.1 del Código hay que añadir las reglas especiales que dispone el artículo 87.2 cuando la suspensión de la pena se hubiera concedido por las causas del artículo 80.5; esto es, debido a la grave dependencia del sujeto a las sustancias del artículo 20.2º del Código (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos). Así lo contempla este precepto cuando dice:

Art. 87.2. “No obstante, para acordar la remisión de la pena que hubiera sido suspendida conforme al apartado 5 del artículo 80, deberá acreditarse la deshabitación del sujeto o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, el juez o tribunal ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años”.

Consecuentemente, en estos casos, además del trascurso del plazo de suspensión; de la no reiteración delictiva que suponga que se entienda frustrada la expectativa por la que fue adoptada la suspensión; y del cumplimiento suficiente de las reglas de conducta de los artículos 83 y 84 del Código, se ha de acreditar la «deshabitación del sujeto o la continuidad del tratamiento para tal fin». De modo que estas previsiones del artículo 87.2 cuando la suspensión haya sido acordada vía artículo 80.5, tienen carácter cumulativo a las reglas del artículo 87.1. Como decía, el requisito adicional que se exige es que «el reo esté deshabitado o sometido a tratamiento para su

⁶⁵³ Desarrollando esta argumentación, VEGAS SÁCHEZ, “La suspensión de la ejecución de la pena...”, p. 259.

deshabitación»⁶⁵⁴. La valoración que ha de darse a los conceptos de «deshabitado» o «sometido a tratamiento para su deshabitación» ya han sido dados al analizar la forma extraordinaria de suspensión de la pena a drogodependientes del artículo 80.5 por lo que todo lo señalado en el referido apartado tiene igualmente aplicación a esta regla concreta de remisión de la pena.

En la práctica, lo anterior conlleva que el eventual abandono del tratamiento posterior al auto de remisión definitiva de la pena, carece de relevancia, al igual que la comisión de un hecho delictivo ulterior. Es práctica usual la previa audiencia del Ministerio Fiscal, que sin embargo no se encuentra exigida en texto legal alguno. Como ya se dijo, se trata de una causa de extinción de la responsabilidad penal que opera como una modalidad de la forma de cumplimiento de las penas a las que va referida; es ejecución de la pena, aunque se quiera entender como una forma sustitutiva de la ejecución, o como una tercera vía entre la pena y la medida de seguridad, olvidando que opera precisamente sobre la forma en que se lleva a cabo la ejecución de la pena privativa de libertad. La suspensión condicional de la ejecución es por consiguiente una modalidad más de cumplimiento de la pena, y por tanto ejecución de la misma, cuyo desenvolvimiento consiste precisamente en suspender la ejecución de la pena privativa de libertad cuando ésta pueda afectar negativamente al condenado, impulsando su resocialización y rehabilitación mediante la concesión de un período de prueba, y la conminación a una conducta no delictiva que le liberará definitivamente del castigo.

El último inciso del precepto dispone que el juez podría acordar una «prórroga del plazo de suspensión por un tiempo no superior a dos años» cuando estime que el penado debe seguir con el tratamiento de deshabitación.

Por último me gustaría apuntar que la fecha de la remisión definitiva cumple además la función de proporcionar el *dies a quo* para el cómputo del plazo de cancelación de los antecedentes penales conforme al artículo 136.2 del Código (SSTS

⁶⁵⁴ Como recuerda HERRERO ÁLVAREZ, “La nueva regulación de la suspensión de la ejecución de las penas...”, p. 5, “Una novedad de la reforma de 2015 radica en la previsión legal de que las posibles recaídas durante el tratamiento no serán motivo de revocación de la suspensión, siempre que no impliquen un abandono definitivo del mismo”. En igual sentido considerando satisfactoria la referencia expresa a que la recaída del toxicómano en su tratamiento de deshabitación no deba ser causa de revocación de la suspensión de la pena, tal y como lo venía reclamando la doctrina, en palabras de ALCÁ CER GUIRAO, “La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes...”, pp. 1 y ss., “La realidad terapéutica de la drogodependencia demuestra que la interrupción del tratamiento es a menudo inevitable en cualquier periodo de desintoxicación, no significando el fracaso del tratamiento mismo”.

de 1 de junio de 1999 y 7 de junio de 2013). Si bien conviene precisar que este precepto también ha sido reformado en 2015 pasando a tener el siguiente contenido:

Art. 136.2. “Los plazos a que se refiere el apartado anterior se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión”.

Este precepto diferencia dos supuestos. Es el segundo de ellos el que tiene aplicación a este caso cuando regula un plazo concreto en caso de que la condena quede extinguida mediante remisión de la pena señala que el plazo «se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio»⁶⁵⁵. Se trata de un *dies a quo* concreto que comienza al día siguiente del otorgamiento de la suspensión y finaliza el día en que se hubiera extinguido la condena de haberse cumplido. Esta regulación concreta impide hacer debates o conjeturas sobre el cómputo de los plazos, ya que puede parecer más o menos ajustado pero es un cálculo que se deriva de la propia Ley penal. La cuestión es de suma importancia porque la cancelación de los antecedentes penales es un asunto de relevancia para el penado que ha extinguido su responsabilidad penal pero que tiene derecho a que el Ministerio de justicia la cancelación de sus antecedentes penales.

8. La sustitución de la ejecución de las penas de prisión por la expulsión del territorio nacional del artículo 89 del Código penal.

A. Introducción.

Como es sabido, la Sección II rubricada “De la sustitución de las penas privativas de libertad”, ubicada dentro del Capítulo III, del Título III, del Libro I del Código penal, contiene actualmente un único artículo, el artículo 89, debido a la

⁶⁵⁵ Sobre esta cuestión se pronuncia la ya señalada la STS de 7 de junio de 2013 que toma en consideración “[...] no la fecha de la nueva condena, sino la de comisión del delito: el art. 136 del CP habla de transcurso de un tiempo sin delinquir, no sin ser nuevamente condenado. Otra cosa es que esa realidad no pueda verificarse hasta la firmeza del pronunciamiento condenatorio”. En igual sentido se pronuncia la STC 152/2013, de 9 de septiembre.

derogación del artículo 88 por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo. Tradicionalmente en esta Sección se incluía la otra forma alternativa al cumplimiento de las penas privativas de libertad (junto a la suspensión de la pena), que no era otra que la sustitución de la ejecución de la pena, que se recogía en esos artículos 88 y 89 del Código penal. Como digo, el primero de ellos ha quedado vaciado de contenido fruto de la reforma, pasando a configurarse la sustitución como una forma de suspensión de la pena, denominada «suspensión sustitutiva» o «suspensión ampliada» en el artículo 80.3 del Código, ya analizada con anterioridad. De ahí que un único supuesto haya quedado en esta Sección II relativo a la expulsión del territorio nacional del ciudadano extranjero condenado a pena de prisión (con los matices que luego analizaré sobre estos conceptos), siempre que se den una serie de requisitos que igualmente se expondrán más adelante y sobre los que no siempre existe unanimidad en su interpretación y consecuente aplicación⁶⁵⁶.

A pesar de que no sea objeto de análisis profundo en el presente trabajo, sí que creo necesario indicar que la regulación general de los delitos en el Código penal español así como en las Leyes penales especiales tiene no solo vocación de permanencia sino también de generalidad, siendo irrelevante el sujeto que los cometa (salvo en los delitos especiales). No obstante existe una clara distinción en esta materia entre los nacionales españoles y los extranjeros (ya sean nacionales de otros Estados Miembros de la Unión Europea o de terceros Estados, pero, en todo caso, no nacionales españoles). Digo esto porque la esencia de las modificaciones que ha ido sufriendo el artículo 89 del Código tiene su origen o fundamentación en la normativa que regula los derechos de los

⁶⁵⁶ Merece la pena recordar que fue en el Código penal de 1995 cuando se incluyó por primera vez en un Código español la posibilidad de expulsar del territorio español a aquellos ciudadanos extranjeros que, no residiendo legalmente en España, fueran condenados en un procedimiento penal. Si bien es cierto que existieron algunas leyes que contemplaban tal posibilidad (Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970 o la L.O. 7/1985, de 1 de julio, en su artículo 21.2) como decía, no fue hasta el Código de 1995 cuando se recogió esta previsión en un Código general. Desde esta regulación inicial, a pesar de las modificaciones, siempre se ha mantenido la expulsión del territorio nacional como medida sustitutiva del cumplimiento de la pena en el sistema español. Como se ha analizado en la Parte Introductoria de este trabajo, la mayor de las modificaciones que sufrió este precepto se produjo con la L.O. 5/2010, de 22 de junio. A pesar de ello, apenas cinco años después, la L.O. 1/2015, supuso una nueva modificación de enorme calado en la expulsión del extranjero del territorio nacional. Ante esta tesitura, como afirma CANO CUENCA, “Suspensión de ejecución de la pena...”, p. 358, “los cambios están en línea con la doctrina sentada por el TEDH y el Derecho comparado. Como novedad se prevé la obligación de atender a las circunstancias particulares del caso, siguiendo lo dispuesto en el artículo 8 del CEDH”. En igual sentido se pronuncia ROIG TORRES, “La suspensión y la sustitución...”, pp. 113 y ss. Además no debe desconocerse como señala ALTÉS MARTÍ, “El extranjero presunto autor de infracciones penales...”, p. 139, que “[...] los movimientos migratorios producidos a finales del siglo pasado y principio del presente, han tenido una enorme repercusión en España, que de ser un país de emigrantes ha pasado a ser receptor de los mismos”.

nacionales y extranjeros en el ámbito del territorio nacional. Solo partiendo de esta base se puede alcanzar un verdadero entendimiento de la materia⁶⁵⁷.

Dicho lo anterior y, con carácter previo, antes de analizar la institución en sí misma, también creo conveniente apuntar el problema que se deriva de las derogaciones y modificaciones parciales de un Código. Me refiero a la necesidad de que exista concordancia entre la nueva regulación y la normativa anterior. Entiendo que es un error o descuido indiscutible del legislador el no haber dado una nueva rúbrica a esta Sección II que se sigue titulado “De la sustitución de las penas privativas de libertad”, cuando lo cierto es que el artículo 89, en todo momento, se refiere sólo a las penas de prisión y no a las penas privativas de libertad en general. Precisamente, una de las modificaciones esenciales que se producen con esta L.O. 1/2015, es que la expulsión del territorio nacional, como forma sustitutiva de la pena, ya no se impone a las penas privativas de libertad en general sino solo a las penas de prisión. Así lo disponen los artículos 89.1 y 2 en sus primeros incisos:

⁶⁵⁷ Por ello creo conveniente referenciar la normativa básica que aborda esta cuestión. En primer lugar el artículo 13.1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1948, que dispone que:

Art. 13.1. “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”.

Art. 13.2. “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

Por su parte los artículos 10.2 y 13.1 y 2 de la CE establecen que:

Art. 10.2. “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Art. 13.1. “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

Art. 13.2. “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.

Junto a lo anterior la STC 107/1984, de 23 de noviembre, viene a precisar el alcance de estos preceptos en relación a los extranjeros distinguiendo tres grupos, a saber: el primero estaría integrado por los derechos que existen igual para para los españoles y los extranjeros y cuya regulación debe ser idéntica para ambos; el segundo recogería los derechos fundamentales privativos, en exclusiva de los españoles (los del artículo 23 de la CE según dice el artículo 13.2 de la CE y con la salvedad que comprende); y el tercero estaría integrado por aquellos derechos que pertenecen o no a los extranjeros, según lo dispongan las leyes y los tratados y en éstos sí que puede existir diferencias de trato.

Art. 89.1 inciso 1º. “Las penas de prisión de más de un año (...)”.

Art. 89.2 inciso 2º. “Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración (...)”.

De ahí que esta modificación, intencionada, haya acabado con las discusiones doctrinales acerca de si la expulsión se podía aplicar a todas las penas privativas de libertad, porque así lo recogía expresamente el Código, o si, a pesar de su dicción literal solo tenía cabida en las penas de prisión⁶⁵⁸.

⁶⁵⁸ Si bien la redacción anterior del Código decía expresamente en el inciso 1º del artículo 89.1 que “«Las penas privativas de libertad» inferiores a seis años [...]”, lo cierto es que existían discusiones doctrinales acerca de si se podía acordar la expulsión del territorio nacional conforme a este artículo, en el caso de que la pena privativa de libertad lo fuera por la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa impuesta o en los casos en que se le condenara a la pena de localización permanente. Entre quienes abogaban por una interpretación restrictiva estaban YÁÑEZ VELASCO, *Extranjero y proceso penal: Controversias...*, p. 139, quien afirmaba que si bien tradicionalmente se incluyó literalmente la dicción “penas privativas de libertad”, se acabó considerando que “al indicarse al juez la motivación de la excepción basada en razonar el cumplimiento en un centro penitenciario se reducía esa pena privativa de libertad a la pena de prisión”.

Por el contrario entre quienes tenían una interpretación amplia, FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010”, p. 5, que disponía que “[...] la ubicación sistemática del artículo 89 CP dentro del capítulo III del Título III del Libro I nos demuestra que en realidad constituye una forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad, por lo que en principio sólo será hipotéticamente aplicable en sustitución de penas de prisión, localización permanente, y de la responsabilidad personal subsidiaria, pero no en sustitución de penas privativas de derechos, ni directamente de las multas. En ello difiere del artículo 21.2-II LO 7/1985, que la contemplaba como una forma sustitutiva de ejecución de cualquier tipo de penas”; LAFONT NICUESA, “Protocolo explicativo sobre la sustitución...”, p. 30 y ss.

De igual modo, la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración, interpretando este precepto, admitía la posibilidad de sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria y de la pena de localización permanente. A este respecto señalaba que “Son sustituibles todas las penas privativas de libertad inferiores a seis años, esto es, de conformidad con el artículo 35 CP, no sólo las penas de *prisión* que no superaran aquella duración, sino también las de *localización permanente* y la *responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*”. Esta nueva interpretación supuso una modificación de la línea seguida hasta entonces en base a la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España que “sostenía que debería quedar excluida de su ámbito de aplicación la *responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa* debido a que dada su propia naturaleza era imposible decidirla en el momento de dictarse sentencia -argumento ya superado al admitir la nueva redacción del artículo 89 CP que la expulsión pueda acordarse *en auto motivado posterior* a dictarse sentencia- y, además, porque -según señalaba- implicaba incorporar un elemento injustificado de discriminación al hacer depender la puesta en marcha de la expulsión de la disponibilidad de recursos económicos para hacer frente al pago de la multa”. Añade que “Del mismo modo, se entendía que, en relación con la pena de localización permanente, había de exigirse que en todo caso la pena impuesta lo fuera por delito, no debiendo reputarse título suficiente para posibilitar la expulsión sustitutiva una condena a pena privativa de libertad por una simple falta, porque -entre otros argumentos de menor entidad- pese al silencio de la Ley, una interpretación acorde con la exigencia constitucional de respeto al principio de proporcionalidad vedaba cualquier otra alternativa”. Para defender sus argumentaciones la propia Circular indicaba que “En efecto, la previsión legal de aceptar la posibilidad de aplicar la expulsión sustitutiva de cualquier pena privativa de libertad impuesta tanto por delito como por falta, en sí

Junto a lo anterior es necesario valorar la cabida que la expulsión del territorio nacional tiene en el sistema jurídico-penal español ya que podría parecer que no se cumplen los fines de la pena. Ciertamente, la pena en sí misma no se cumple ni en el país de comisión de la infracción penal (España) ni en el país de origen del penado. Esto es así porque el cumplimiento de la pena se agota con la expulsión y con la obligación de no volver a entrar a España durante un período determinado de tiempo. Pero, en todo caso, como digo, no se cumple la pena en su país de origen. A este respecto, podría entenderse que se quiebra el principio de prevención general de la pena pudiendo parecer injustificado que la comisión de infracción penal «solo» conlleve la expulsión del condenado⁶⁵⁹. Bajo mi punto de vista, nada más lejos de la realidad. No debe desconocerse que la expulsión no es una pena, como tendré ocasión de ahondar en el apartado siguiente al valorar la naturaleza jurídica de la expulsión del territorio nacional del extranjero; por ello no cumple fielmente los fines de las penas. Sin embargo ello no impide que sea una institución realmente eficaz para combatir la reiteración delictiva, no solo porque la expulsión supondrá el abandono de España, sino porque se le

misma ni es desproporcionada ni es discriminatoria; lo será, en su caso, la decisión que las adopte por no valorar conforme a dicho principio las circunstancias concurrentes, entre ellas la propia gravedad del hecho cometido”.

Como decía, hoy día esta discusión ha quedado zanjada desde el mismo momento en que el artículo 89 en sus apartados 1 y 2 habla únicamente de «penas de prisión».

⁶⁵⁹ Sobre esta cuestión se pronuncia ASÚA BATARRITA, “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena...”, p. 54, al señalar que “[...] convierte a este precepto [artículo 89 del Código] en un arma de doble filo, ya que quien sabe que con la comisión de un delito no tiene nada que perder, porque la expulsión le espera en todo caso, no tendrá motivo para abstenerse de delinquir, con lo cual no se combate la delincuencia inducida”. Para MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas de delito*, p. 127, la expulsión “[...] supone complementar otras medidas destinadas a seleccionar la calidad de los extranjeros y ayudar a paliar el grave problema de la congestión que sufren los establecimientos penitenciarios” entendiéndolo que “la constitucionalidad de esta disposición es dudosa casando mal con el art. 13 CE de declaración constitucional de reconocimiento a los extranjeros de las libertades públicas”. Igualmente IGLESIAS RÍO, “La expulsión de extranjeros”, p. 177, dispone que “Si de entrada la expulsión desatiende la finalidad preventivo-especial de la pena (algo que suscita dudas de constitucionalidad respecto del artículo 25.2 CE), al menos, debería estar justificada por razones preventivo-generales, con las que, sin embargo, la expulsión puede entrar en contradicción”. Por el contrario, QUINTERO OLIVARES, “Las penas y su ejecución...”, pp. 16 y 17, considera que “Tenemos así una clara entrada de argumentos propios de la prevención general en una materia como la de la determinación y ejecución de la pena, en la que solo debe estar presente la prevención especial. A buen seguro el legislador ha tenido en cuenta que la medida de expulsión, en cuanto menos gravosa materialmente que la privación de libertad, puede acabar siendo criminógena, pero ese objetivo se puede alcanzar exigiendo una adecuada motivación sobre las razones por las que a un concreto sujeto se le impone el cumplimiento de la pena en lugar de la medida de expulsión, sin perjuicio de que la expulsión se habrá de producir por la pérdida o imposibilidad de acceder al permiso de residencia”. Ver igualmente NISTAL BURÓN, “La condición de extranjero en la ejecución penal...”, pp. 1 y ss.; y del mismo autor, “El alcance en materia de expulsión...”, pp. 1 y ss.

impondrá un plazo durante el cual no podrá regresar; condición que si se incumple conllevará una nueva expulsión y la iniciación del cómputo del plazo de nuevo.

Consecuentemente, creo que es una institución eficaz, siempre que se cumplan los presupuestos para su concesión.

B. Naturaleza jurídica de la expulsión: pena, medida de seguridad o institución sustitutiva de la pena de prisión distinta de las dos anteriores.

La expulsión de extranjeros, entendida como una salida obligada del territorio nacional (porque así se acuerda en sentencia o en auto posterior) acompañada de la prohibición temporal de volver a entrar, se configuró desde sus inicios como una institución de carácter penal. No obstante, mucho se ha debatido acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la expulsión del territorio nacional *ex* artículo 89 del Código penal. La discusión más firme es la que debate acerca de si se trata de una «pena» o de una «medida de seguridad». Frente a esta postura están quienes consideran que no es ni una ni otra sino una «institución sustitutiva de la prisión», posición que comparto, por los motivos que detallaré más adelante.

Quienes abogan por considerar la expulsión del territorio nacional como una «pena» atienden fundamentalmente a dos elementos: en primer lugar debido a su ubicación sistemática en el Código⁶⁶⁰, ya que como recordaba, se regula dentro del Título III rubricado “De las penas”, dentro del Libro I de Código penal; y en segundo lugar debido a la propia interpretación que el TEDH realizó de la expulsión como pena en la STEDH de 15 de diciembre de 2009 en el caso *Gurguchiani* contra España. Expondré brevemente cada argumentación.

La primera de las posturas es clara y simple: la propia ubicación del Código parece que considera a la expulsión como una pena porque, de no ser así, no se regularía en el Título III rubricado “De las penas”. Sin embargo, la mayoría de la doctrina, se inclina por considerar que esa mera ubicación sistemática no es causa en sí misma para

⁶⁶⁰ Acoge esta teoría, entre otros, IZQUIERDO ESCUDERO, “Naturaleza jurídica de la sustitución...”, pp. 1862 y ss., quien sí considera que la expulsión debe conceptualizarse como “una pena asimilable a la privativa del derecho a acudir a determinados lugares, sustitutiva de otra, dado que los efectos son similares aunque multiplicados en su dimensión”.

determinar su naturaleza jurídica⁶⁶¹. Me parece correcta esta consideración toda vez que si solo se atendiera a su ubicación sin importar sus requisitos, presupuestos o finalidad se estaría vulnerando el espíritu de la propia Ley. Cabe señalar que esta postura doctrinal, rechazando la consideración de la expulsión como pena, ha sido mantenida no solo por la doctrina sino también por la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Para ello se basan en los siguientes argumentos. El primero y más firme de ellos es que el artículo 33 del Código, a la hora de regular las clases de penas, no contempla en su listado esta institución por lo que se dice que no puede ser una pena. Como expresión máxima de esta consideración es destacable la STC 242/1994, de 20 de julio, que señala “Como primera aproximación, parece evidente que [...] la expulsión no puede ser calificada como pena. Al contrario que ésta, no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero en el Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a la política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar. Por ello, es alternativa al cumplimiento de la verdadera pena, que en todo caso deberá cumplirse si el extranjero regresa a España, porque la

⁶⁶¹ Tienen esta consideración, a modo de ejemplo, ASÚA BATARRITA “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena...”, p. 62, al señalar que “aunque pudiera encajarse en una pena privativa de derechos, tampoco parece ser así, dado que estas penas están generalmente relacionadas con la naturaleza del delito, y esto no ocurre con la expulsión tal y como está configurada en el art. 89 CP”. Esta opinión es igualmente compartida por MUÑOZ RUIZ, “La expulsión penal...”, pp. 9 y 10, quien entiende que “esta medida no se puede equiparar a la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos debido a que la amplitud del espacio en el que opera la prohibición de entrada en la expulsión, o se ajusta a los límites de la prohibición de residir en determinados lugares”. En igual sentido se expresan, GARCÍA ESTEBAN, “Expulsión de extranjeros...”, p. 49, al decir que “una primera consideración es la que apunta a que aunque esté ubicada sistemáticamente como una medida «sustitutiva», lo cierto es que se trata más de una «condición suspensiva» de la ejecución, esto es, se trataría de una condición suspensiva de la pena provocada por la expulsión del penado y en dicho estado permanece (suspendida) mientras no se produzca el regreso (y no se produzca la revisión de devolución en frontera”); ROJO LÓPEZ, “La expulsión de extranjeros...”, p. 311, cuando señala “[la expulsión] por su propia naturaleza jurídica en ningún caso puede ser considerada como una pena, al no figurar en el catálogo, de las mismas establece el artículo 33 del propio Código Penal”; BALLESTEROS MARTÍN, “Intervención de la jurisdicción penal...”, p. 43, “No es una pena, pues no está incluida en el catálogo de penas que contiene el artículo 33 del CP”; CANCIO MELIÁ, “La expulsión de ciudadanos extranjeros...”, p. 214, “Con la identificación de la pertenencia de la institución de la expulsión del artículo 89 CP al Derecho penal del enemigo queda «resuelta» la cuestión de la «naturaleza jurídica» de este medida: no es una pena –como se ha sostenido en múltiples ocasiones- al margen del argumento formal de la ausencia de su mención en el artículo 33 CP, porque no presenta en todos los casos la característica de ser un «mal»”; FLORES MENDOZA, “La expulsión del extranjero...”, p. 103 y ss.

En este punto creo conveniente destacar la reciente STS de 13 de junio de 2016, la cual, al definir los trabajos en beneficio de la comunidad dice que no son una «pena» en sentido estricto. Aplicando analógicamente esta interpretación se puede llegar igualmente a la conclusión de que la expulsión tampoco es una pena.

expulsión, en sí misma, no satisface la responsabilidad penal o civil derivada del delito, siendo, de alguna manera una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello”. Añade que “No se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, en este caso del derecho de permanecer en nuestro país, cuya relevancia constitucional se ha afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal”⁶⁶².

En igual sentido, el Auto del Tribunal Constitucional 106/1997, de 17 de abril, sostiene este argumento al señalar que “no puede decirse en rigor que sea una pena, al no venir expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas se establece en el artículo 33 del Código, ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de las finalidades preventivo-especiales de la pena, ya que las mismas no están totalmente garantizadas por el simple regreso del penado extranjero a su país origen. La expulsión no sustituye la condena, la suspende para facilitar la aplicación de la normativa administrativa y de los fines de la política de extranjería forzando la salida de quienes no se hallan debidamente autorizados para residir en España”⁶⁶³.

⁶⁶² Ahondando en esta cuestión continua argumentado que “Efectivamente, en esta doctrina, se admite que el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España. Pero esta posibilidad no es incondicionada. De entrada, no podrá afectar a aquellos derechos "que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano o, dicho de otro modo, aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español" (STC 99/1985). Adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por España (SSTC 115/1987; 107/1984 o 99/1985), pues una cosa es "autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales" (en el mismo sentido, STC 112/1991)”.

⁶⁶³ Reiterando las nociones anteriores, la STC 203/1997, de 25 de noviembre, considera la expulsión “[...] en unas ocasiones, una medida restrictiva de derechos y en otras como un beneficio según se impusiera contra la voluntad del reo o a petición del mismo en sentencia, lo que determina la esquizofrenia jurídica que afectaba y afecta a la institución”. Añade que es una “medida que además parece dar un mensaje tan claro como poco deseado, desde una perspectiva de prevención general, a un determinado tipo de inmigrantes como el relacionado con la delincuencia organizada, el de que la comisión de determinados delitos supondrá, a lo máximo, la devolución al país de origen”. Igualmente, la STC 24/2000, de 31 de enero, dispone que “En efecto, este Tribunal tiene establecido que la orden de expulsión decretada por la autoridad gubernativa competente no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería, por imperativo del art. 25.1 CE (SSTC 94/1993, de 22 de marzo y 116/1993, de 29 de marzo) y respetar el derecho de defensa, dándose audiencia al extranjero antes de acordar la expulsión (STC 242/1994, de 20 de julio), al igual que sucede

Como decía, al igual que el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, en varias ocasiones, ha criticado la ubicación sistemática de la expulsión llegando a afirmar que “la expulsión viene a resultar una pena añadida y no una sustitución de la privativa de libertad impuesta”, así como que “es asistemática y perturbadora de la legalidad penal” y que “se aparta de los fines de reinserción y rehabilitación social que la Constitución Española otorga a la pena”⁶⁶⁴. Igualmente la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería acogía esta misma consideración⁶⁶⁵.

No obstante todas estas consideraciones que he señalado, la STEDH de 15 de diciembre de 2009 en el caso *Gurguchiani* contra España, supuso un vuelco en esa doctrina asentada al interpretar la expulsión como una pena⁶⁶⁶. Esta interpretación se realizó con ocasión de analizar un recurso interpuesto contra una sentencia dictada por España en la que se condenaba a un ciudadano de Georgia, residente ilegal en España, a la expulsión del territorio nacional. Esta STEDH declaró que España había vulnerado el artículo 7 del CEDH (no hay pena sin Ley) al haberle impuesto al condenado una pena más severa que aquella en la que incurría por la infracción por la que había sido

con la medida judicial de internamiento preventivo previo a la expulsión (SSTC 140/1990, de 20 de septiembre; 96/1995, de 19 de junio y 182/1996, de 12 de noviembre)”.

⁶⁶⁴ Véase a este respecto, en el mismo sentido, las SSTS 901/2004, de 8 de julio; 1231/2006, de 23 de noviembre; 125/2008, de 20 de febrero; 165/2009, de 19 de febrero; 470/2009, de 7 de mayo; y 617/2010, de 22 de junio, entre otras.

⁶⁶⁵ Señalaba esta Circular que “La inclusión de este precepto en la Sección del Código dedicada a regular las formas de sustitución de las penas cortas privativas de libertad pueden inducir a la errónea consideración de que la medida de expulsión es una suerte de pena o sanción sustitutiva que realiza por una vía alternativa las exigencias del «*ius puniendi*» estatal. No es este sin embargo el verdadero alcance y sentido de la medida de expulsión que en estos casos se configura como una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras a preservar otros fines igualmente valiosos para el Estado relacionados con su política de extranjería, fines respetables, que podrán adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena y que se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión”.

⁶⁶⁶ Como señala CANO PALOMARES, “La expulsión de extranjeros...”, p. 259 y ss., “En su sentencia de 15 de diciembre de 2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce por primera vez que la expulsión de un condenado extranjero con prohibición de entrada en el territorio nacional durante diez años, como medida sustitutiva de una pena de prisión, constituye una “pena” a efectos del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“No hay pena sin ley”). Añade que “Al analizar en concreto la cuestión de la aplicabilidad del artículo 7 CEDH, el TEDH recuerda que la noción de “pena” tiene un alcance autónomo, lo que implica que el Tribunal debe ir más allá de las apariencias y apreciar por sí mismo si una medida en concreto debe ser calificada como “pena”. Para ello, el Tribunal debe determinar si la medida ha sido impuesta como consecuencia de una condena por un delito penal. Pero, a su vez, debe tener en cuenta otros elementos, como la naturaleza y el fin de la medida, su calificación en el ordenamiento jurídico del Estado en cuestión, los procesos asociados a su adopción y ejecución, y su gravedad”.

considerado culpable. Sin embargo, esta interpretación tuvo poco recorrido debido a que se limitó su apreciación a los casos en que la pena aplicada al extranjero en sentencia era mayor de la que permitía la Ley, por lo que pronto la doctrina abandonó esta postura.

Como digo, me parece acertado no considerar a la expulsión como una pena y ello a pesar de esa ubicación sistemática que vengo reiterando y de esa STEDH. Creo que la expulsión es una institución que se impone al lado de la pena, pero que no es una pena en sí misma, porque no cumple los fines de rehabilitación y reinserción social que consagra el artículo 25.2 de la CE⁶⁶⁷ y porque creo que no era esa la intención del legislador a pesar de su poco acierto al ubicarlo en el Título III del Código.

Es destacable que muchos de los autores que no consideran a la expulsión del territorio nacional como una pena es, precisamente, porque lo consideran una «medida de seguridad»; lo cual tampoco comparto. El argumento más claro a favor de esta postura es que el artículo 96.3.2ª del Código ubicado dentro del Título IV rubricado “De las medidas de seguridad”, sí que contempla de forma expresa a la expulsión del territorio nacional como una medida de seguridad no privativa de libertad. Esta ubicación expresa se introdujo con la modificación del Código penal realizada por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre⁶⁶⁸. Así de contundente se mostraba, entre otras, la STS 901/2004, de 8 de julio (antes incluso de la entrada en vigor de la mencionada reforma) al señalar que “Las dudas que habían surgido antes respecto a la naturaleza de la expulsión, han quedado aclaradas ya que se está en presencia de una medida de seguridad no privativa de la libertad como lo patentiza la reforma del art. 96 llevada a cabo [...] por la L.O. 15/2003, que entrará en vigor el 1 de Octubre de este año de 2004. En el párrafo 3º apartado segundo, se califica como medida de seguridad no privativa de la libertad la expulsión de extranjeros”⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ Sobre resocialización en prisión, por todos, LÓPEZ MELETERO, “La prisión como lugar idóneo para la reeducación...”, pp. 2 y ss.

⁶⁶⁸ A raíz de esta L.O. 15/2003, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, este precepto pasó a tener la siguiente redacción:

Art. 96.3.2ª. “Son medidas no privativas de libertad: 2ª. La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España”.

⁶⁶⁹ Es igualmente reseñable la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 741/2009, de 9 de noviembre, por su claridad, al señalar que “En cuanto a la segunda de las cuestiones, es tan sencilla en su planteamiento como compleja en su resolución. Se trata de determinar si la expulsión sustitutiva de la

Sin embargo, creo que la expulsión del territorio nacional del artículo 89 del Código no es una medida de seguridad a pesar de ese reconocimiento expreso de la L.O. 15/2003⁶⁷⁰. Digo esto porque entiendo que su regulación como medida de seguridad en el mencionado precepto es un error (otro más) del legislador. La expulsión del territorio nacional conforme al artículo 89 del Código tampoco cumple ni con los requisitos ni con la finalidad que han de cumplir las medidas de seguridad en el ordenamiento jurídico español. A ello se une el hecho de que el artículo 108.1 párrafo primero del Código prevé que la expulsión del territorio nacional sea sustitutiva de la medida de seguridad impuesta⁶⁷¹. Esta misma consideración es la que postulan varios autores

pena privativa de libertad impuesta al extranjero sin residencia legal en España a que se refiere el *art. 89 del C.P.* constituye pena o tiene otra naturaleza jurídica. El apelante cita en su recurso una sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona en apoyo de sus tesis. La misma (en sintonía con otras dictadas por esa misma sección) otorga a la expulsión la naturaleza de pena vinculando tal conclusión tanto al principio de legalidad penal como a razones sistemáticas. Los razonamientos son brillantes en su exposición e impecables en el desarrollo de los presupuestos de los que parte, pero contradicen el contenido textual del propio Código Penal, que tras la reforma operada por la L.O. 15/2003 ha eliminado cualquier duda sobre tal naturaleza jurídica. El *art. 96* incorpora como medidas de seguridad no privativas de libertad la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en nuestro país, medida que por otra parte no aparece en ninguno de los listados de penas a que se refieren los *arts. 32, 33, 35 y 39 del C.P.* (en contra de lo que afirma el apelante), que necesariamente hay que considerar como catálogo cerrado en atención a la aplicación del principio de legalidad previsto en el *art. 2 del propio C.P.* Tal ha sido la tesis acogida por la Sala II del T.S. en sentencia de 8 de julio de 2004 y compartida por esta misma Sección en resoluciones anteriores”.

⁶⁷⁰ Entre otros autores que así lo consideran, CANCIO MELIÁ, “La expulsión de ciudadanos extranjeros...”, p. 214, cuando indica que “No es materialmente una medida de seguridad, porque tampoco hay análisis de del pronóstico de reincidencia del sujeto por mucho que así lo declare el actual artículo 96.3 del CP a raíz de la entrada en vigor de la LO 15/2003”.

⁶⁷¹ Dispone este precepto que:

Art. 108.1 pfo. 1º. “Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, «*la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables*», salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, «*acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión*», ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta”.

quienes entienden no solo que no cumple con la finalidad de las medidas de seguridad sino que, de ser una medida de seguridad, no tendría sentido su regulación actual⁶⁷².

Todas estas disquisiciones acerca de la naturaleza jurídica de esta institución se plantean, a mi juicio, porque no se trata de una cuestión exclusivamente doctrinal sino que las consecuencias derivadas de optar por una u otra solución afectan a la aplicabilidad de la institución. Por el mero hecho de considerarse a la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado *ex* artículo 89 del Código medida de seguridad, las decisiones que durante la ejecución debe adoptar el juez o tribunal sentenciador contemplados en el artículo 97 del Código⁶⁷³ así como la exigibilidad en su imposición, suponen una valoración de inimputabilidad propia de estas medidas.

En todo caso, como adelantaba, reitero que mi opinión es que la expulsión no es ni una pena ni una medida de seguridad. Que no es una pena está claro porque no se regula en el artículo 33 y porque no cumple con los fines de las penas en general. Que tampoco es una medida de seguridad (a pesar de su inclusión expresa en el artículo

⁶⁷² Así lo apuntan entre otros, ALMEIDA HERRERO, “Pena de prisión y extranjería...”, p. 67, al decir que “[...] también se le puede objetar que pese a la redacción paralela del artículo 108 del mismo cuerpo legal, no se puede deducir ni los presupuestos necesarios para su imposición ni la finalidad que éstas deben cumplir”; o RODRÍGUEZ CANDELA, “La expulsión del extranjero...”, p. 59, quien también considera que no es ni pena ni medida de seguridad al decir que “[...] la previsión legal del artículo 89 responde precisamente a razones de prevención general, pues no cabe duda que la expulsión supone un mal, para ciudadanos extracomunitarios, a quién va dirigido este sustitutivo, en muchas ocasiones peor que el cumplimiento de la pena privativa de libertad”.

⁶⁷³ Dispone el artículo 97 del Código penal que:

Art. 97. “Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones:

- a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.
- b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.
- c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.
- d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código”.

96.3.2^a del Código), a mi juicio es también claro porque tampoco cumple con los requisitos y fines de las medidas de seguridad en general. Considero por todo ello, que la expulsión del territorio nacional es una «institución jurídica sustitutiva tanto de la pena como de la medida de seguridad», al igual que lo es la suspensión de la ejecución de la pena. De ahí que no pueda ser ni pena ni medida de seguridad en sí misma. Existe un sector doctrinal que apunta por esta misma consideración⁶⁷⁴. En desarrollo de esta doctrina también hay parte de la jurisprudencia española que así lo considera. Así la STS 231/2006, de 23 de noviembre, califica a la expulsión como “un cuerpo extraño en el esquema legalmente establecido para sancionar conductas delictivas”.

Insisto en que todo lo anterior no solo me lo planteo de cara a una valoración teórica sobre la expulsión sino que tiene que ver con su necesaria determinación legal para poder ver los efectos prácticos de la misma. La consecuencia de interpretar la expulsión del territorio nacional como una pena, como una medida de seguridad, o ni como una ni como otra, sino como una institución diferente, tiene su consecuencia directa a la hora de decidir sobre la eventual celebración del juicio oral en ausencia del reo del artículo 786.1 párrafo segundo de la LECRIM. No se debe olvidar que si el escrito de calificación del Ministerio Fiscal interesa la condena del acusado a la pena de prisión correspondiente e insta ya en su escrito la sustitución de ésta por la expulsión del territorio nacional con la prohibición de entrada en el mismo, se plantea la interesante

⁶⁷⁴ Diferentes autores abogan por esta postura entre los que destacan, TORRES FERNÁNDEZ, “La expulsión de extranjeros condenados...”, pp. 62 y 63, al señala que “debido a que no puede ser calificada como pena ni como medida de seguridad, porque no cumple ninguno de los presupuesto y requisitos, ha de denominarse llanamente como una «consecuencia penal», en el sentido de efecto jurídico que se liga a la realización de un supuesto de hecho contenido en una norma penal, no reconducible a ninguna de las consecuencias jurídicas más específicas y con mayor tradición en la rama punitiva; y del mismo autor, *La expulsión de extranjeros...*, pp. 10 y ss.; FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Ejecución de la expulsión judicial...”, pp. 88 y ss., que la define como “una forma sustitutiva de la ejecución de la pena” y que solo se es posible referirse a la expulsión como “una consecuencia penal”; ROJO LÓPEZ, “La expulsión de extranjeros...”, p. 312, cuando indica que “[...] la expulsión deberá ser considerada como un mecanismo de sustitución si bien anómalo [...] en tanto que se sustituye una pena por algo que no es otra pena, ni es tampoco una medida de seguridad, sino un mecanismo defensivo que viene determinado por razones de política criminal fundamentadas sobre todo en motivos utilitaristas que se derivan de la innegable fuerza del fenómeno de la inmigración ilegal que ha tenido una enorme repercusión en España”; TOMÉ GARCÍA, “Sustitución de las penas privativas de libertad...”, p. 1, cuando refiere que “La expulsión judicial no es una pena ni una sanción sustitutiva, sino que con dicha medida lo que se pretende es otorgar preferencia al interés del Estado, derivado de su política de extranjería, en expulsar a los extranjeros ilegales que hayan delinquido en España, frente al interés del Estado de actuar el *ius puniendi* en ese caso concreto”; BALLESTEROS MARTÍN, “Intervención de la jurisdicción penal...”, p. 43, “Se trata de una medida sanción que implica la suspensión de la potestad de ejecutar lo juzgado”. En igual sentido se ha pronunciado la STC 24/2000, de 31 de enero, al disponer que “Tampoco es una pena sino una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello”.

cuestión de determinar si es posible celebrar el juicio en ausencia del acusado. Esta cuestión ha sido ciertamente debatida en los tribunales de justicia existiendo posturas contrapuestas. A modo de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 367/2009, de 9 de noviembre, señala que “los límites fijados en el art. 786.1 de la LECRIM se refieren exclusivamente a «penas» y no alcanzan a las medidas de seguridad que puedan aplicarse con carácter sustitutorio, por lo que la celebración del juicio en ausencia del acusado resultó en el presente caso ajustada a derecho al respetarse todas y cada una de las garantías penales”. Añade esta sentencia que “incluso se han cumplido las garantías exigidas jurisprudencialmente, como la necesidad de otorgar audiencia al acusado, ya que la expulsión como medida sustitutoria se solicitó por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación y resultó conocida por aquél, pudiendo haber efectuado las alegaciones que hubiera considerado oportunas respecto a su situación legal en España tanto en el escrito de defensa como en el acto de la vista, aportando la prueba que hubiera estimado necesaria”.

Otras resoluciones, en cambio, entienden que no es posible celebrar el juicio en ausencia del acusado. Así se reconoce en otra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 48/2009, de 24 de febrero.

Llegados a este punto en el que no hay una postura clara debido a la indefinición del Código penal sin duda, lo deseable, es abogar por una consideración en favor del reo, lo que conlleva la imposibilidad de la celebración del juicio en su ausencia. Creo que toda interpretación distinta, hasta que no exista una normativa clara, vulnera su derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE⁶⁷⁵.

C. *Duración de las penas de prisión susceptibles de expulsión.*

La L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto una modificación en la duración de las penas susceptibles de expulsión. Antes de esta reforma el artículo 89.1 párrafo primero del Código se refería a “Las penas privativas de libertad inferiores a seis años

⁶⁷⁵ Entre otros autores que defienden esta postura, por todos, GARCÍA ESTEBAN, “Expulsión de extranjeros...”, p. 51, al decir que “Una posición prudente aconsejará y en tanto no se establezca legal (o jurisprudencialmente) un criterio claro, no celebrar el Juicio oral en ausencia del acusado extranjero al que se le insta la imposición de pena de prisión inferior a dos años a sustituir por su expulsión del territorio nacional con prohibición de regreso a España por tiempo superior a 6 años en el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal so pena de nulidad del Juicio”.

(...)”. Ya he aludido a que hoy en día solo se refiere a penas de prisión, pero es que además se ha modificado esa regla general de las penas «inferiores a seis años» por dos supuestos que se contemplan en los apartados 1 y 2 del artículo 89 del Código que paso a exponer a continuación:

Art. 89.1. “Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional”.

Art. 89.2. “Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional”.

En base a la reforma, el artículo 89.1 inciso primero del Código, se refiere a las «penas de prisión de más de un año» como el primer tipo de penas de prisión a sustituir por la expulsión. Para entender por qué el legislador ha querido que sea posible acordar la expulsión de ciudadanos extranjeros condenados a penas de prisión de más de un año se debe acudir al Preámbulo de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código penal que señala que “la reforma combina la búsqueda de la eficacia con un escrupuloso respeto de los derechos individuales: se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería; los jueces y tribunales deberán establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesta penas de más de tres años; y la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida”.

Pero es más, no solo se fija que las penas de prisión de un año y un día (ya que habla de penas de prisión de más de un año) «puedan» ser susceptibles de sustitución por expulsión sino que se regula con carácter imperativo cuando dice «serán sustituidas

por su expulsión del territorio español». Con la introducción de esta pena mínima de un año (que actúa como una pena suelo) el ámbito de aplicación del instituto de la expulsión sustitutiva de la reforma penal queda restringirlo a las penas de prisión de más de un año (desterrándose de la expulsión sustitutiva las demás penas privativas de libertad -y en particular, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y la localización permanente como he tenido ocasión de señalar- y las penas de prisión de un año o inferiores).

El segundo límite que prevé el Código se contempla en el artículo 89.2 y se refiere a «penas de prisión de más de cinco años o varias penas que excedieran de esa duración». El primer problema surge al interpretar el contenido del precepto. La primera alusión es clara al referirse a «una pena de prisión de más de cinco años de duración». Se trata de una condena en la que se impone, como mínimo, una pena de prisión de cinco años y un día. Hasta aquí se trata del mismo criterio contemplado en el artículo 89.1. Pero el segundo inciso ha dado lugar a diferentes interpretaciones al hablar de «varias penas que excedieran de esa duración». La posición mayoritaria es la que entiende que con esta alusión se refiere a las penas (varias) que individualmente no excedan de cinco años pero que, sumándose entre sí, superan los cinco años de prisión. Como digo es la posición mayoritaria y, a mi juicio, la única posible. No obstante hay quien mantiene que con esta alusión se refiere a penas de prisión (varias) y que todas ellas excedan de cinco años de prisión. Creo que esta interpretación es superflua puesto que si todas las penas exceden de cinco años de prisión, con que una sola exceda de ese plazo ya tendría aplicación en el inciso primero que se está analizando y por lo tanto no añadiría nada nuevo⁶⁷⁶.

La importancia de la cuestión reside en que necesariamente deberá el reo cumplir «todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la

⁶⁷⁶ Sin embargo hay quienes que discrepan y hacen un razonamiento, a mi juicio retorcido del precepto, porque dice que cuando el legislador quiere que se sumen las penas expresamente dice «suma» (como por ejemplo dispone el artículo 80.2.2ª del Código), entendiendo que si aquí no lo dice es porque el legislador no ha querido que se sumen las penas. La cuestión no es baladí porque, bajo esta interpretación, no se aplicaría la expulsión si son varias penas que, individualmente, no excedan de cinco años aun cuando la suma sí que exceda de cinco años. Otro argumento a favor de esta postura sería que como el artículo 89 tanto en su punto 1 y 2 se refiere a «condenados» porque habla de penas en concreto lo que implica que ya le han sido impuestas, se trata de un paso posterior al contemplado en el artículo 57.7 de la L.O. 4/2000 de 11 de enero, que se refiere a «procesado o imputado» (hoy investigado) y por lo tanto no condenado aún. Es por ello que contempla penas en abstracto cuando regula que el juez «autorizará [la expulsión], salvo que (...)».

defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito»; parte de la pena que algunos han fijado en dos tercios de la condena como posteriormente expondré. Los argumentos que se han utilizado para fundamentar la postura de la suma han sido: en primer lugar, no fortalecer la idea de impunidad; y en segundo lugar que la puntualización relativa a «varias penas que excedan de esa duración» sería innecesaria por cuanto de no añadir este extremo a cada una de ellas ya les sería de aplicación el apartado anterior. Sin embargo, quienes abogan por esta interpretación entienden que la idea de impunidad que pudiera conseguirse con esta interpretación queda suficientemente protegida con las excepciones a la expulsión directa que tanto el apartado 1 como el 2 del artículo 89 contienen: “Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”, para el primer caso y no excepcionalmente sino con carácter general en el segundo. Se dice también que esta interpretación amplía la facultad del juez o tribunal a la hora de aplicar la norma posibilitando apreciar y valorar las circunstancias personales que pueden concurrir en cada caso para inclinarse hacia una, cumplimiento parcial, u otra posibilidad. Junto a lo anterior se dice que en el apartado primero, se regula la sustitución en los casos de «penas de prisión de más de un año» sin establecer límites, es decir, cuya suma no supere los cinco años, ni casos en los que la suma de varias superen el año. Por último se arguye que si nos encontramos ante una situación dudosa habría que acudir al principio favorable al reo y la expulsión, por regla general, lo es frente a la privación de libertad. Ni el Preámbulo de la L.O. 1/2015, apartado IV, donde se arrastra el error que ya aparecía en el Proyecto, apartado V15, ni las variaciones del precepto experimentadas a consecuencia de la discusión parlamentaria aportan otros argumentos para la resolución del problema.

Frente a la diferenciación anterior entre penas de prisión de más de un año y penas de prisión de más de cinco años o varias penas que excedan de esa duración, el Código recoge lo que se podría denominar una posición intermedia en la que «parte de la pena se ha de cumplir en territorio español si la pena de prisión a que fue condenado el reo fue superior a cinco años». Es lo que se conoce como «suspensión parcial» de la pena. El problema es que no se determina qué mínimo de pena se ha de cumplir en España porque el Código nos dice en el inciso segundo del artículo 89.1 que “Excepcionalmente (...) el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la

pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español”. Como se comprueba, impone un máximo de cumplimiento en España de dos tercios pero no fija un mínimo de cumplimiento que permita acordar la sustitución por la expulsión. En este contexto, ¿sería suficiente por ejemplo con el cumplimiento de un mes?, ¿o de quince días?, ¿o incluso de un día? En la práctica judicial cabe incidir en que los fiscales suelen interesar que como mínimo se cumpla esos dos tercios de la pena en España. Pero ello, a mi juicio, lo es en perjuicio del reo, puesto que lo que el legislador ha previsto como límite máximo de cumplimiento, se convierte en cumplimiento mínimo, desvirtuando la intención legislativa.

Si la regla general del Código es precisamente la expulsión en este tipo de penas, no parece lógico que la excepción que solo es aplicable cuando «resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito», sea más perjudicial para el reo cuando el legislador no lo ha querido así⁶⁷⁷.

D. Carácter cuasi imperativo de la expulsión y excepciones.

a) Regla general.

El artículo 89 en sus apartados 1 y 2 regula la institución de la expulsión del territorio nacional con un carácter eminentemente imperativo al decir expresamente que «serán sustituidas» y «se sustituirá». Desde mi punto de vista, con la nueva regulación que introdujo la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre (cuyo espíritu se ha mantenido por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo), se dio un cambio de rumbo, ya que expresamente el legislador deseaba una aplicación generalizada de la institución de la expulsión,

⁶⁷⁷ En el Preámbulo de la L.O. 1/2015 se dice que “[...] los jueces y tribunales deberán establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de tres años; y la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida”. Añade que “La sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, se contempla con carácter excepcional, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente”.

solamente susceptible de derogación en casos excepcionales que analizaré posteriormente. Como decía, esa misma idea es la que mantiene la redacción actual del artículo 89, recogiendo dos límites temporales de referencia de las penas de prisión (penas de prisión de más de un año y pena de prisión de más cinco años o varias penas que excedan de esa duración); pero, en todo caso, comisionando a que el juez o tribunal acuerde en estos casos la sustitución del cumplimiento de la pena por la expulsión del territorio nacional del condenado.

Sobre esta cuestión señala la STS 901/2004, de 8 de julio (a la que ya aludía con anterioridad) que “el art. 89 es una conminación legal dirigida al juzgador” y que “sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario”. Por tanto, según una interpretación *ad pedem litterae* sería imperativo aplicar la institución de la sustitución. Pero aunque ya no sea de aplicación la jurisprudencia que concebía la sustitución como facultad del juzgador, cuyo arbitrio no podía ser objeto de revisión casacional (entre otras las SSTS 330/1998, de 3 marzo; 929/1998, de 13 julio y 1144/2000, de 4 de septiembre), la interpretación literal ha de ser objeto de modulaciones, para evitar no solo la quiebra del sistema penal sino el dictado de soluciones contrarias a la doctrina del TEDH en materia de expulsiones. Lo anterior sin duda teniendo presente la duración de la pena impuesta y susceptible de expulsión ya que se prevé que parte de esa pena se cumpla en España (evidentemente en un centro penitenciario).

De igual modo lo interpretó la Circular 2/2006, de 27 de julio, de la Fiscalía General del Estado entendiendo que “la medida de expulsión [a pesar de hablar de medida como ya he anticipado no hay que confundir con una medida de seguridad], supone una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras a preservar otros fines igualmente valiosos para el Estado relacionados con su política de extranjería, fines respetables, que podrán adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena⁶⁷⁸. Del mismo modo y ahondando en esa carácter *cuasi* imperativo se

⁶⁷⁸ Añade que “El tratamiento penal de la delincuencia de extranjeros ha sufrido un giro radical desde nuestro primer Código Penal. El art. 10 del Código Penal de 1822 disponía que «Todo español o extranjero que dentro del territorio de las Españas cometa algún delito o culpa, será castigado sin distinción alguna con arreglo a este código, sin que a nadie sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se dispone». La Exposición de Motivos de la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, sintetiza los objetivos

pronuncia la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, de 2 de noviembre al señalar que “Tras la tramitación parlamentaria no se modificó el carácter imperativo de la medida («serán sustituidas») pero se ha eliminado cualquier atisbo de automatismo en su aplicación”⁶⁷⁹.

La STEDH de 15 de diciembre de 2009, caso *Gurguchiani* contra España, al que ya me he referido con anterioridad, rechaza la aplicación *cuasi* automática del artículo 89 del Código penal «sin escuchar al demandante ni tener en cuenta sus circunstancias». Como apunta MUÑOZ RUIZ “esta previsión viene a dar cobertura legal a una práctica que se venía desarrollando en aquellos casos en los que la audiencia del condenado debía producirse con posterioridad a la sentencia, por no haberse realizado antes. Esta audiencia es preceptiva conforme a la Constitución, para la efectiva tutela de los derechos (artículo 24 CE), y, por tanto, en aquellos casos en los que no se han cumplido todos los requisitos con anterioridad a la sentencia, se habilita al juez para adoptar la

perseguidos por la reforma del art. 89 CP: «... se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto». La evolución legislativa se ha dirigido a ampliar cada vez más las posibilidades de sustitución de la pena por la expulsión: el art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985 restringía el uso de esta facultad a los casos de condena por delito menos grave. El primitivo art. 89 CP 1995 ampliaba las posibilidades a los supuestos de delitos graves con la limitación penológica de los seis años, limitando el ámbito subjetivo de aplicación a los extranjeros no residentes legalmente en España. El art. 89 reformado, manteniendo el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, no diseña la expulsión sustitutiva como una facultad del Tribunal, sino que la establece con carácter *cuasi* imperativo. Esta es, sin duda, la novedad de mayor calado en esta reforma”. Cabe matizar que ya la anterior Circular 3/2001, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sentaba como criterio general que “estos fines se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión”.

⁶⁷⁹ Esta Circular señalaba que “El Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal trató de volver al régimen originario del Código Penal de 1995, restableciendo su naturaleza potestativa para los jueces y tribunales («podrán ser sustituidas»), pero mitigada mediante una aclaración añadida por la que se declaraba que la expulsión será preferente salvo que el Juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. El redactor del Proyecto trataba de esta manera de eliminar los gravísimos defectos denunciados por la doctrina del Tribunal Supremo sobre la regulación que de esta institución realizó la LO 11/2003, significadamente la relativa a la aplicación no solo imperativa de la expulsión («serán sustituidas») sino sobre todo automática pues debería ser impuesta sin necesidad de la audiencia del condenado y sin posibilidad de ponderar la concurrencia de otras razones que no fueran la gravedad del delito. En efecto, tal automatismo tuvo que ser corregido por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a través de una lectura constitucional del artículo 89 CP en la que -al margen de la naturaleza o gravedad del delito- exige la valoración de cualquier circunstancia personal del condenado que fuera relevante para la toma de decisión, por ser una necesidad derivada no solo de la doctrina constitucional española (STC 20/7/1994, núm. 242/94) sino también de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (SSTS 901/2004, 601/2006, 832/2006, 35/2007, 682/2007, 125/2008) [...]. Tras la preceptiva audiencia de las partes, el juez o tribunal están obligados a valorar -antes de tomar su decisión motivada- cualquier tipo de razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, esto es, tanto las concernientes a la naturaleza de delito como las condiciones del condenado”.

decisión con posterioridad a la misma mediante auto motivado. Junto a la necesidad de audiencia, se erige como garantía legal la motivación de la medida adoptada, tanto si se acuerda la expulsión como si se justifica su no adopción”⁶⁸⁰. Resaltar que dado que el texto legal alude a la posibilidad de acordar la expulsión en auto motivado posterior, carecería de sentido que su adopción en sentencia no fuera precedida de dicha motivación, como toda resolución judicial.

b) Excepciones a la regla general de la expulsión *cuasi* imperativa.

Como he adelantado, a pesar de esa consideración *cuasi* imperativa de la expulsión, el Código prevé una serie de excepciones a esta regla general. En primer lugar prevé que el juez o tribunal pueda acordar, en todo caso, con carácter facultativo y previa motivación que «una parte de la pena se ejecute en España»⁶⁸¹. Eso sí, con un límite temporal: la parte de la pena cuya ejecución se acuerde no puede ser superior a dos tercios de su extensión acordándose la sustitución por expulsión del territorio en el resto de la pena que le quedare por cumplir. Ahora bien, solo podrá acordarse dicho cumplimiento cuando «resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito»⁶⁸².

⁶⁸⁰ MUÑOZ RUIZ, “La expulsión penal...”, pp. 5 y ss.; ASÚA BATARRITA, “Política criminal y política de extranjería...”, p. 1039, cuando señala que “La explicitación de los motivos que conducen al Juez a adoptar la sustitución facultativa o a denegarla, forma parte del contenido sustancial a la tutela judicial efectiva. Como se reitera en la STC 203/1997 «la exigencia de motivación suficiente es sobre todo una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad» exigencia que se refuerza cuando se trata de resoluciones que afectan a la libertad, valora superior del ordenamiento jurídico como ocurre cuando se deniega una solicitud de expulsión”.

⁶⁸¹ ASÚA BATARRITA, “Política criminal y política de extranjería...”, p. 1024; y de la misma autora “Alternativas a las penas privativas de libertad...”, pp. 605 y ss.; LARRAURI PIJOÁN, “Antecedentes penales y expulsión...”, pp. 19 y ss.; y del mismo autor “Antecedentes penales”, pp. 153 y ss.

⁶⁸² La introducción de esta excepción con carácter general en los apartados 1 y 2 del artículo 89 (con independencia de la extensión de la pena) se debe al informe del proyecto efectuado por el Consejo de Estado en el que se exponía que “debería reconsiderarse la redacción del párrafo primero del artículo 89.1 pues la propuesta por el Anteproyecto podría dar lugar a situaciones en las que la expulsión generase una sensación de impunidad contraria al objetivo de defensa del orden jurídico arriba mencionado”.

En este mismo sentido ya se había pronunciado con anterioridad otras sentencias. Así la STS de 24 de octubre de 2005, de señalaba que “Con ello se abrían por tanto expectativas de interpretación del precepto, alejadas de automatismos simplistas, que permiten avalar plenamente en esta ocasión el criterio seguido al respecto por la resolución de instancia y que tan razonablemente encuentra en la misma fundamento por estrictas razones de cumplimiento de los fines del sistema penal, cuando advierte, con toda sensatez, que “La sustitución de la pena por la expulsión en tales casos de tráfico de cantidades

Por tanto, de forma potestativa, en penas de prisión superiores a un año, el órgano judicial puede acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, siempre y cuando concorra dicho requisito. El problema será interpretar cuándo se entiende cumplido ante la indefinición del Código. Se trata realmente de dos conceptos diferentes a la vez que ambiguos, que exigirán su concurrencia en cada caso concreto y cuya finalidad es evitar la sensación de impunidad ante determinados delitos.

La Circular 7/2015, de 17 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015, interpreta el concepto «asegurar la defensa del orden jurídico» como “impedir que se produzca el desarme del Derecho Penal mediante la devaluación de los mecanismos de defensa del mismo, entre los que se encuentra, evidentemente, la pena”. Lo anterior significa que la decisión judicial no debe ignorar los intereses públicos relativos a la Política criminal expresada por la Ley, la naturaleza del hecho delictivo, su gravedad y la realización de los fines de prevención general y especial, por lo que la expulsión no puede ser automáticamente aplicada. A esta es a la conclusión que llegan, entre otras, las SSTS; 901/2004, de 8 de julio; 1546/2004, de 21 de diciembre; 1249/2004, de 28 de octubre; 636/2005, de 17 de mayo; 1162/2005, de 11 de octubre; 1189/2005, de 24 de octubre; 366/2006, de 30 de marzo; o 842/2010, de 30 de septiembre. Lo anterior implica que si el órgano judicial entiende que con la expulsión se estaría quebrando la defensa del ordenamiento jurídico español acordara el cumplimiento de la pena; eso sí, no de toda la pena sino solo de una parte «que no podrá exceder de dos tercios» de la pena efectivamente impuesta en sentencia.

intermedias de cocaína [...] excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercia con tal sustancia, adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de una primera acción delictiva, cuya pena quedaría inejecutada, generándoseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen. Tal situación de impunidad no sólo desactivaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva)". En definitiva, es de todo punto correcto sostener que, permitiendo precisamente el propio artículo 89.1 la excepción debidamente motivada a la regla inicial de la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta al extranjero sin residencia legal en nuestro país, es en supuestos tanto de justicia material favorable al reo como de eficacia del sistema penal en su contra, en los que el apartamiento de la regla general alcanza cabal sentido”.

Una vez más se llega a la conclusión unánime de la necesidad de motivar la resolución que se adopte tanto si es de denegación de la expulsión como si es de acceder a la sustitución.

Por lo que respecta al «restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito», la misma Circular 7/2015, lo define como “evitar la sensación de impunidad que podría instalarse en el conjunto de la sociedad si la expulsión se convierte en una suerte de burladero de la Ley penal”. En este contexto, se entiende que la expulsión sin cumplimiento de pena generaría tal situación de impunidad que no solo anularía la eficacia preventiva y disuasoria de la pena sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la Ley una inadmisibles sensación de desamparo y de pérdida de confianza en la Ley como medio eficaz para combatir conductas delictivas consideradas socialmente como graves. Así se ha interpretado entre otras por las SSTS 1189/2005, de 24 de octubre; 245/2011, de 21 de marzo; 28/2012, de 25 de enero; o de 27 de mayo de 2015. Como sucede en el caso anterior, si el órgano judicial entiende que con la expulsión se fomenta la sensación de impunidad de las infracciones penales, acordara el cumplimiento de la pena, en los mismos términos que indicaba; no de toda la pena sino solo de una parte «que no podrá exceder de dos tercios» de la pena impuesta en sentencia.

En todo caso se trata de una facultad que tiene el juez previa valoración de que concurre alguno de esos dos supuestos, lo cual deberá motivarse oportunamente en la resolución en que así se acuerde; valoración individualizada en cada caso⁶⁸³.

⁶⁸³ Como bien señala la reciente STS 927/2016, de 14 de diciembre, “El artículo 89 CP (anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo) imponía la expulsión en los casos de condenas a penas inferiores a 6 años de prisión, a ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España. La interpretación que del mismo realizó la jurisprudencia de esta Sala suavizó su literalidad y perfiló su contenido de acuerdo con los criterios acogidos en la doctrina del TEDH, los tratados internacionales convenidos por España y la jurisprudencia que los interpretó. Y así enfatizó en la necesidad de realizar una lectura del artículo 89 CP en clave constitucional, que huyera de automatismos y diera entrada a la ponderación de los derechos e intereses en conflicto, a través del examen individualizado del caso concreto. Perfiló de esta manera un sistema que permitió excepcionar la expulsión a través del análisis de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen y también en atención a las circunstancias de los hechos en relación con los fines del proceso. Lo que se completó con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa (entre otras SSTS 901/2004, de 8 de julio; 906/2005, de 17 de mayo; 366/2006, de 30 de marzo; 832/2006, de 24 de julio; 35/2007, de 25 enero; 165/2009, de 19 de febrero; 531/2010, de 4 de junio; 588/2012, de 29 de junio; 738/2013, de 4 de octubre; 479/2014, de 3 de junio o la reciente 483/2016, de 3 de junio). Tras la reforma operada en el artículo 89 CP por la LO 1/2015, se prevé la sustitución por expulsión de todas las penas superiores a un año de prisión impuestas a extranjeros, aunque su estancia en España no sea ilegal. Admite el precepto modular la medida y compatibilizarla con un cumplimiento parcial de la pena, que no podrá ser superior a los dos tercios de la misma "cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito", e impone en todo caso la sustitución del resto de la pena cuando se haya accedido al tercer grado o se le haya concedido la libertad condicional. En el punto 4 del precepto señalado, se incorporan los requisitos que ya jurisprudencialmente se venían exigiendo, por cuanto se precisa que no procederá la sustitución cuando, a

El tercero de los supuestos que se contemplan como excepcionales a ese carácter *cuasi* imperativo de la expulsión es el contenido en el artículo 89.4 párrafo primero del Código, en su redacción dada por la L.O. 1/2015. En concreto la dicción de este precepto dice:

Art. 89.4. pfo. 1º. “No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”.

Lo que pretende con esta excepción el legislador es evitar que la expulsión sea «desproporcionada» en relación con el delito cometido y las circunstancias personales que tenga el penado en España, especialmente su arraigo. Ante la falta, nuevamente, de una definición en el Código sobre estos conceptos, deberá acudir a la doctrina jurisprudencial. La jurisprudencia del TEDH, por todas, ya desde la STEDH de 18 de febrero de 1991; en la interpretación del artículo 8 del CEDH exige la valoración de «cualquier circunstancia personal del condenado», previo a decidir su expulsión del país en el que reside. Dentro de estas circunstancias personales se atiende especialmente a los conceptos de «arraigo social», «tiempo de permanencia en España» o «convivencia familiar» así como a las consecuencias negativas de la separación de los componentes del grupo familiar. Bajo esta premisa, el TEDH considera que «la expulsión del extranjero del país en el que vive puede constituir una injerencia pues afecta a las relaciones sociales, las cuales integran la vida privada y familiar, caso de que se encontrase en el seno de una familia o la hubiera constituido y supone por tanto una vulneración del artículo 8 del CEDH». En este sentido es de destacar la STS 901/2004,

la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la sustitución resulte desproporcionada”. Continúa señalando que “Los patrones normativos que permiten ahora excepcionar la inmediata expulsión en el caso de condenas superiores a un año de prisión, la defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida, aglutinan aspectos que ya habían sido puestos de relieve por esta Sala. Dijeron las SSTS 132/2014, de 20 de febrero y 479/2014, de 3 de junio, que «los objetivos perseguidos por las políticas de extranjería e inmigración no pueden orillar los fines del proceso penal, y deben compatibilizar con las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la desincentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social)». Y así se ha exigido una valoración individualizada, no solo en atención a los derechos del afectado, sino también desde una perspectiva de justicia material y de respeto al principio de igualdad que quebrarían cuando la infracción delictiva cometida pudiera aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero, que para el que tiene nacionalidad española (SSTS 166/2007 o 165/2009, de 19 de febrero). En línea con ello se han apuntado como criterios a tomar en consideración a estos efectos, el de la gravedad y entidad del delito, su forma de ejecución o los motivos del acusado y los objetivos que pretendía con la conducta delictiva. Todo ello con el fin de evitar que la expulsión, por su lenidad, pueda frustrar los fines de prevención general y especial de la pena prevista por el legislador para cada caso, que de esta manera dejaría de cumplir sus funciones en un grado no permisible por el ordenamiento jurídico”.

de 8 de julio⁶⁸⁴, en la que con copiosa cita de la jurisprudencia del TEDH ya se pronunciaba sobre la necesidad del examen de esta circunstancia como elemento que debe valorarse a la hora de proceder a la sustitución de la pena⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ La importancia de esta STS 901/2004, de 8 de julio es conocida por todos cuando señala que “Es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona -sea o no inmigrante, ilegal o no- que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el art. 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de Noviembre de 1950, y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del art. 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensoristas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado. Al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba -y así está en la actualidad- respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado "...olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión...".”.

A continuación esta STS 901/2004, realiza un estudio pormenorizado de la jurisprudencia del TEDH señalando que “En efecto, un estudio de la Jurisprudencia del TEDH que constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de Derechos Humanos para todos los tribunales europeos, nos permite verificar la exigencia de un examen individualizado, con alegaciones y en su caso prueba, para resolver fundadamente y así: a) La sentencia de 18 de Febrero de 1991 -caso *Moustaquim vs. Bélgica*- declaró contrario al Convenio la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatar que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el art. 8 del Convenio no podía ceder ante exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada. b) La sentencia de 24 de Enero de 1993 -caso *Boncheski vs. Francia*- se llegó a la solución contraria en base a la gravedad de los delitos que exigían un plus de protección del mismo que justificó la medida de expulsión aunque el penado llevaba dos años en Francia y estaba casado con una francesa. c) La sentencia de 26 de Abril de 1997 -caso *Mehemin vs. Francia*- consideró desproporcionada la medida dados los vínculos y arraigos en Francia (casado con francesa) y la relativa gravedad del delito cometido (tráfico de drogas); la reciente STEDH de 10 de Abril de 2003 analiza el nivel de cumplimiento por parte del Estado Francés respecto de lo acordado en aquella sentencia. d) La sentencia de 21 de Octubre de 1997 resolvió en sentido contrario y, por tanto favorable, a la expulsión dada la gravedad del delito a pesar de contar con arraigo en Francia donde vivía desde los cinco años. Idéntica es la sentencia de 19 de Febrero de 1998 -caso *Dallia vs. Francia*- o la de 8 de Diciembre de 1998”.

Junto al a jurisprudencia del TEDH también esta sentencia se hacía eco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando dice que “También se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en las SSTC 99/1985, de 3 de septiembre, 242/1994, de 20 de julio y 203/1997, de 25 de noviembre, ciertamente con anterioridad a la actual reforma, pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita de la libertad de residencia y desplazamiento. Estimamos que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones -tal vez la esencial- es "vivir juntos" -SSTEDH de 24 de Marzo de 1988 -caso *Olssen vs. Suecia*-, 9 de Junio de 1998 -caso *Bronda vs. Italia*-, entre otras, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión”.

Más concretamente, sobre el concepto de «arraigo» el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como «acción y efecto de arraigar» y a su vez define «arraigar» como «echar o criar raíces» o «establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas»⁶⁸⁶. Supone por tanto, una cierta vinculación del extranjero al país que pretende acordar la expulsión. Bajo mi punto de vista, el arraigo debe examinarse no solo desde la perspectiva del país de expulsión (en este caso España) sino también respecto del país de origen del extranjero (al que se le expulsa); y no debiera contemplar exclusivamente la situación familiar efectiva del

De todo lo anterior concluye el Tribunal Supremo que “En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad. Una vez más hay que recordar que, todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión. Esta misma Sala en la STS 17/2002 de 21 de Enero - anterior a la actual regulación- acordó la nulidad de la expulsión por falta de trámite de audiencia, sin perjuicio de que se reconociera, en sede teórica, que la decisión -motivada- corresponde al Tribunal sentenciador no siendo susceptible de casación como, ya antes, lo habían declarado las SSTS 330/1998, de 3 de Marzo y 1144/2000, de 4 de Septiembre”.

Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por el Tribunal Supremo en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (SSTS 636/2005, de 17 de mayo; 710/2005, de 7 de junio; 906/2005, de 8 de julio; 1162/2005, de 11 de octubre 1231/2006, de 23 de noviembre; 35/2007, de 25 de enero; 108/2007, de 13 de febrero; 140/2007, de 26 de febrero; 166/2007, de 14 de febrero; 682/2007, de 18 de julio; 125/2008, de 20 de febrero; 871/2008, de 17 de diciembre; 165/2009, de 19 de febrero; y 498/2009, de 30 de abril; 293/2010, de 15 de octubre, entre otras).

⁶⁸⁵ En detalle sobre el análisis de esta STS 901/2004, ARIAS ASENSIO, “Expulsión de extranjeros condenados...”, pp. 1 y ss.; PAZ RUBIO, “Fundamentos de casación...”, pp. 80 y ss.; y del mismo autor “Expulsión de extranjeros”, pp. 79 y ss.; o TORRES FERNÁNDEZ, “La expulsión de extranjeros condenados...”, pp. 231 y ss.; HERRÁIZ ESPAÑA, “El arraigo como elemento excluyente...”, pp. 2 y ss.; MERINO RODRÍGUEZ, “Suspensión y otras formas sustitutivas...”, pp. 3 y ss.; y del mismo autor, “Expulsión de extranjeros...”, pp. 72 y ss.; MUÑOZ RUIZ, “La expulsión penal...”, pp. 38 y ss.; GIMÉNEZ GARCÍA, “La sustitución de la penas de prisión...”, pp. 7 y ss.; MUÑOZ CUESTA “¿Es necesario el trámite de audiencia para proceder a la expulsión...”, pp. 1 y ss.

⁶⁸⁶ HERRÁIZ ESPAÑA, “El arraigo como elemento excluyente...”, p. 12 indica, que “No es arraigo la simple permanencia en territorio español. Por tanto, las habituales aportaciones documentales de empadronamientos anteriores, necesitan de un simultáneo despliegue de lazos económicos, sociales, familiares y laborales. Cabe citar, en este sentido, al Tribunal Supremo, sentencia 22 Diciembre de 2005, cuando señala que *«el arraigo no puede deducirse en modo alguno de la pura permanencia ilegal en España»*, de modo que para acreditarlo se «hubiera requerido una prueba de las actividades y relaciones del actor en España». Asimismo, cabe citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de Noviembre de 2006 en la que se afirma que, *«cierto es que el certificado de empadronamiento no constituye prueba alguna de arraigo»*. En la misma línea destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2008 al expresar que, *«pese al esfuerzo exegético que en dicho escrito se hace en pro de la tesis en él sustentada, no es posible entender que tales hechos acrediten una situación de arraigo sino es equiparando tal concepto al de mera residencia de hecho»*”.

condenado sino también la social, tanto en uno como en otro país⁶⁸⁷. Como señala SANCHEZ TOMÁS “uno de los aspectos más polémicos en relación con la expulsión, sea administrativa o penal, es la necesidad o no de analizar la influencia que su ejecución puede tener en el derecho a la intimidad familiar y personal del afectado”⁶⁸⁸. En esta cuestión entiendo que la relación familiar que constata el arraigo no solo ha de ser referida a parientes en primer grado (padres, hermanos e hijos) en el país de expulsión sino también valorar si tiene ese arraigo en su país de origen al cual se le va a expulsar. En todo caso entiendo que no cabría la expulsión si tiene hijos menores de edad de nacionalidad española.

Lo anterior es necesario, sobre todo cuando no existe un reconocimiento expreso del arraigo como circunstancia que debe ser considerada en el momento de acordar la expulsión y debido a que el derecho a la intimidad familiar y personal, del artículo 8.1 del Convenio CEDH, no ha sido considerado una garantía constitucional dentro del artículo 18.1 de la CE⁶⁸⁹.

Por lo que se refiere a la culpabilidad, a diferencia de la exigencia del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, donde se establece que “constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero

⁶⁸⁷ BALLESTEROS MARTÍN, “Intervención de la jurisdicción penal...”, p. 46, se remite en esta cuestión a lo señalado por la STS de 20 de febrero de 2008, recoge la jurisprudencia del TEDH en el sentido de valorar la circunstancia del arraigo, señala que “[...] es extensible a la protección de la familia o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del CEDH, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión” considerando conforme a la jurisprudencia del TEDH la necesidad de previa audiencia al condenado a efectos de analizar “las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar”..

⁶⁸⁸ SANCHEZ TOMÁS, “Detención, internamiento...”, pp. 55 y ss.

⁶⁸⁹ Lo anterior se fundamenta con la STC 186/2013, de 4 de noviembre, que resolviendo recurso de amparo señaló que “En consecuencia, procede declarar que es jurisprudencia constitucional reiterada, a la que hemos de ajustarnos al resolver este recurso de amparo, que el "derecho a la vida familiar" derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1 CE y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE), cuya efectividad, como se desprende del art. 53.2 CE, no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx , verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo”.

haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa...”, al no efectuar ninguna puntualización el actual artículo 89.1, debe entenderse que es indiferente se trate de delito doloso o imprudente. El Código Penal en este caso amplía la posibilidad de expulsión frente a las previsiones en la legislación de extranjería. Su fundamento puede residir en que nos encontramos no ante una resolución administrativa, como es la contemplada en la LO 4/2000, sino en definitiva ante un beneficio penológico, así entendido por la jurisprudencia, que en aquellos casos en los que no pueda considerarse así habrá que estar al criterio de la proporcionalidad del artículo 89.4. Estas dos cuestiones anteriores no han planteado debate alguno ni en el Seminario de abril pasado ni en el último y se han aceptado por unanimidad.

Una última excepción a la regla general de expulsión *cuasi* imperativa es la contemplada en el artículo 89.9 del Código que señala que:

Art. 89.9. “No serán sustituidas las penas que se hubieren impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 312 y 318 bis”.

Se trata de los delitos de trata de seres humanos (artículos 177 *bis*), delitos contra los derechos de los trabajadores (artículos 312 y 313) y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 *bis*). Cuando el sujeto extranjero sea condenado por uno de estos delitos no será posible acordar su sustitución por la expulsión del territorio nacional. El motivo deriva de la propia naturaleza del delito cometido, siendo necesario precisar que ya se contemplaban estas exclusiones en el momento de publicación del Código de 1995, a excepción del artículo 117 *bis* que fue introducido por la L.O. 5/2010, de 22 de junio⁶⁹⁰.

E. Procedimiento a seguir para acordar la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional.

Una vez que el juez haya decidido acordar la expulsión como sustitutiva de la pena de prisión, lo ideal fuera que en la misma sentencia en que se le condena al

⁶⁹⁰ Detenidamente sobre este artículo 177 *bis*, LAFONT NICUESA, “Excepciones a la expulsión judicial...”, pp. 47 y ss.; y del mismo autor, “La expulsión de extranjeros”, pp. 163 y ss.

extranjero se acuerde dicha expulsión⁶⁹¹. Sin embargo, lo deseable no siempre es materializable en el momento de dictar sentencia, motivo por el que el pronunciamiento sobre la expulsión deberá diferirse a un momento posterior. Esta es la deducción que se extrae de la regulación del artículo 89.3 del Código penal cuando señala que:

Art. 89.3. “El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena”.

A tenor de este precepto, la regla general es que el juez o tribunal resuelva en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena; si bien añade una cláusula de cierre a ese mandado al decir «siempre que ello resulte posible». Ello supone un deber claro e inequívoco al juez competente para que, siempre que sea posible, se pronuncie en la propia sentencia condenatoria sobre la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional. Esta regulación es acorde a la pretensión legislativa de agilizar el proceso en el que se haya de resolver sobre la suspensión de la pena, evitando diferentes resoluciones posteriores, todas ellas recurribles en reforma y apelación conforme a los artículos 216 y ss. de la LECRIM, con las consecuentes dilaciones del procedimiento que ello genera. No obstante, consciente de que no siempre será posible ese pronunciamiento (por no tener todos los elementos necesarios para valorar la situación del penado), el legislador añade un inciso segundo al mismo artículo que conlleva la posibilidad de resolver sobre la sustitución de la pena por la expulsión mediante resolución posterior; eso sí, indicando que el juez o tribunal se ha de pronunciar «con la mayor urgencia posible».

Esta posibilidad de que el juez se pueda pronunciar en auto posterior motivado sobre la expulsión del territorio nacional, fue introducida por primera vez en el Código penal español a través de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, que modificó el artículo 89.1 párrafo segundo. Esta modificación se introdujo en la necesidad de adaptar el Código a la realidad que ya aplicaban los tribunales de justicia, que admitían la posibilidad de que la cuestión se resolviera después de dictada la sentencia y por medio de un auto que

⁶⁹¹ Detenidamente sobre el procedimiento, FLORES MENDOZA, “La expulsión del extranjero...”, pp. 124 y ss.

decidía sobre la expulsión⁶⁹². Así lo entendían, entre otras, las SSTS 231/2004, de 8 de mayo; 514/2005, de 22 de abril; 274/2006, de 3 de marzo; y 217/2009, de 11 de mayo⁶⁹³.

Ahora bien, en el caso de que el órgano judicial acuerde la expulsión en auto posterior motivado, el Código lo condicional a una «previa audiencia al Fiscal y a las demás partes». Cabe recordar que tradicionalmente no se incluía de forma expresa este trámite de audiencia en el Código penal. Sin embargo, ello no evitaba que la jurisprudencia lo aplicara y exigiera. Así se recoge, a modo de ejemplo, en las SSTS 17/2002, de 21 de enero; 901/2004, de 8 de julio; 636/2005, de 17 de mayo; 710/2005, de 7 de junio; 5625/2005, de 28 de septiembre; 832/2006, de 24 de julio; 35/2007, de 25 de enero; o 682/2007, de 18 de julio. En concreto, la STS 17/2002 declaró la “nulidad de la expulsión por falta de trámite de audiencia” sin perjuicio de que se reconociera que la decisión (siempre motivada) corresponde al tribunal sentenciador no siendo susceptible de casación como, ya antes, lo habían declarado las SSTS 330/1998, de 3 de marzo y 1144/2000, de 4 de septiembre.

Por su parte, la STS 901/2004, de 8 de julio señala que “en conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores,

⁶⁹² Sobre esta cuestión se pronuncia MUÑOZ RUIZ, “La expulsión penal...”, pp. 8 y ss., cuando dice que “De este modo se obtiene la plasmación legislativa de que ya era una práctica judicial en lo que se ha venido a llamar «relectura constitucional del precepto», que exige la audiencia previa del interesado como trámite preceptivo para acordar la expulsión”. Si bien a continuación matiza el concepto al señalar que “[...] no se trata de una audiencia específica al respecto, sino que, en tanto la petición venga incluida en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, debe entenderse que la vista oral del procedimiento ya permite la contradicción y que la Defensa efectúe las alegaciones oportunas y presente prueba al respecto”.

⁶⁹³ Concretamente, en esta última STS 217/2009, se indicaba que “[...] el art. 89.1 CP establece que la controvertida sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España debe ser acordada en la propia Sentencia condenatoria siempre que la pena de prisión sea inferior a seis años, permitiendo excepcionalmente que pueda serlo en fase de ejecución únicamente en el caso de que la pena privativa de libertad sea superior a seis años y siempre, además, a petición del Ministerio Fiscal. Añadía esta sentencia que “Como quiera que en el presente caso, según se ha recordado, la pena de prisión impuesta originariamente al demandante de amparo fue de dos años y la controvertida sustitución de dicha pena por su expulsión del territorio nacional fue acordada, no en la propia Sentencia condenatoria, sino mediante Auto dictado en fase de ejecución del cumplimiento de la condena, es patente que los Autos impugnados se fundan en una interpretación manifiestamente irrazonable del citado art. 89.1 CP. Por añadidura, al igual que en STC 145/2006, de 8 de mayo, importa notar también ahora que en rigor ni siquiera estamos ante una verdadera y propia sustitución, sino que, al haberse ya iniciado el cumplimiento de la pena privativa de libertad por el recurrente, lo que se produce en realidad es una acumulación sucesiva de dicha pena con la medida de expulsión, consecuencia que tampoco en modo alguno se desprende del citado art. 89.1 CP (...) En suma, por las razones dichas los Autos impugnados se han apartado sin ninguna justificación razonable de lo dispuesto en la Sentencia a ejecutar y, en consecuencia, lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE del recurrente”.

en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad”.

Ahora bien, creo que es necesario precisar que la audiencia al penado no exigía la existencia de contradicción efectiva, sino que para el Tribunal Supremo bastaba con la posibilidad de que tal contradicción exista, lo que ocurrirá cuando el acusado conoce la pretensión de expulsión deducida en su contra. Por ello, entre otras, la STS 648/2009, de 23 de junio, afirma que “tal posibilidad existe cuando el escrito de calificación del Ministerio Fiscal incluye la petición de expulsión, que la defensa ni ataca ni combate”.

Estos problemas sobre la necesaria audiencia al reo fueron, en parte, solventados con su inclusión de forma expresa en el artículo 89.1 párrafo segundo del Código por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, con el siguiente contenido «También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas». He de decir que el espíritu de dicha reforma se ha mantenido en la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que lo recoge expresamente el artículo 89.3 al hablar de «previa audiencia al Fiscal y a las demás partes» antes de que el juez resuelva lo que corresponda sobre la expulsión del territorio nacional, si bien no se refiere expresamente al penado.

Como se ha intentado profundizar a lo largo del presente trabajo la suspensión de la pena se ha de configurar como una institución que beneficia al condenado por sentencia firme siempre que concurren una serie de requisitos. En el caso de la suspensión ordinaria de la condena *ex* artículo 80 del Código penal parece que no existe duda acerca de que su concesión le beneficia. Sin embargo no puede ocurrir lo mismo en el caso de la sustitución de la pena por la expulsión del territorio español. Objetivamente podría parecer que le beneficia ya que no se debe olvidar que no cumple la pena ni en España ni en su país de origen a donde se le expulsa, pero en la práctica no

siempre tiene porqué ser así⁶⁹⁴. De ahí la importancia del trámite de audiencia al penado en estos casos.

Una vez que el órgano judicial haya decidido imponer al extranjero condenado en España la expulsión del territorio nacional, en la resolución en que así se acuerde se deberá hacer constar el plazo durante el cual no podrá regresar a España. Así lo dispone el artículo 89.5 del Código:

Art. 89.5. “El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado”.

Como recuerda MUÑOZ RUIZ, “En el texto anterior, con la L.O. 11/2003, no solo existía un plazo fijo de diez años, sino que las características del delito no eran valoradas a la hora de que los jueces y tribunales decidieran acordar la expulsión; esto es, el plazo siempre era de, como mínimo, de diez años, independientemente del delito cometido; lo que sin duda conculcaba (si quiera parcialmente) el principio de proporcionalidad. Con la L.O. 5/2010, las cosas cambiaron nuevamente. A partir de esta Ley Orgánica, el juez o tribunal podía discrecionalmente (que no arbitrariamente) determinar el plazo de prohibición de retorno el que variaba entre cinco a diez años, atendida la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado”⁶⁹⁵.

Además el Código es tajante al contemplar que:

Art. 89.6. “La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España”.

Parece lógico que si el condenado extranjero ha vulnerado la confianza del ordenamiento jurídico español, la expulsión llevará implícita no pueda ni residir ni trabajar en España; pero el legislador va más allá y esa expulsión conlleva el archivo de

⁶⁹⁴ A esta misma conclusión llega ASÚA BATARRITA, “Política criminal y política de extranjería...”, p. 1026, cuando señala que “La desigualdad de los efectos de la expulsión en función de las circunstancias del afectado, dificulta su aplicación racional en el marco de las consecuencias de delito, ya que el significado de afflictividad que conlleva es diferente según la clase de delito y la situación del condenado. Para quien emigra por desesperación en busca de trabajo, la expulsión puede suponer unas consecuencias más graves que la propia privación de la libertad durante un tiempo mientras que para quien mantiene sobrados recursos en otro país y llega a España para ampliar las posibilidades de negocios clandestinos, por ejemplo, la expulsión puede convertirse en una escapatoria muy conveniente a sus intereses”.

⁶⁹⁵ MUÑOZ RUIZ, “La expulsión penal...”, pp. 10 y ss.

cualquier procedimiento administrativo abierto que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España, sin entrar a valorar más circunstancias que la propia expulsión⁶⁹⁶.

Por otra parte, la consecuencia de la expulsión del territorio de uno de los Estados miembros de la Unión Europea, en este caso España, determina, en virtud del artículo 5 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de *Schengen* celebrado el 19 de junio de 1990, que el expulsado pase a integrar una lista, que forma parte del “Sistema de Información” previsto en el Acuerdo *Schengen*, lo que lo convierte al expulsado en «rechazable» en cualquiera de los Estados de la Unión Europea. Consecuentemente, en virtud de esta previsión el ámbito espacial al que se extiende la prohibición de entrada abarca el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea⁶⁹⁷.

En otro orden de cosas, me gustaría señalar que el hecho de que el órgano judicial acuerde la expulsión del territorio nacional con la condición de no volver a España durante el plazo que se fije (en atención al margen que permite el artículo 89.5 del Código), no impide que se pueda quebrantar esa expulsión. A pesar de que la expulsión supone que el reo no cumpla la pena ni España ni en su país de origen, no son pocos los casos en los que se retorna a España sin haber transcurrido el plazo durante el cual se le impide su entrada. Bajo esta premisa el Código penal contempla dos supuestos: a) que el penado regrese a España antes de cumplirse el plazo de retorno estipulado; y b) que el penado intente entrar de nuevo a España, antes del cumplimiento del plazo de prohibición, siendo sorprendido en frontera.

⁶⁹⁶ ASÚA BATARRITA, “Política criminal y política de extranjería...”, pp. 1015 y ss.

⁶⁹⁷ Como es sabido, Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo y Países Bajos, suscribieron un Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en *Schengen* el 14 de junio de 1985. Analizando este acuerdo, como bien señala FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Extranjeros inscritos en el sistema de Información *Schengen*...”, p. 33, “La supresión progresiva de todos los controles fronterizos terrestres, aéreos y marítimos era su objetivo inmediato, pero su fin último era materializar en la realidad el ideal de libre circulación de personas y de libre elección de residencia de los ciudadanos comunitarios y ello se complementó con la idea instrumental de desplegar una política común en materia de visados y condiciones de entrada en sus territorios”. Siendo este Acuerdo una «mera declaración de intenciones», dichos Estados suscribieron un Convenio para la aplicación del Acuerdo, firmado también en *Schengen* el 19 de junio de 1990. A este Acuerdo y a su Convenio de aplicación se sumaron con posterioridad Italia, España, Portugal y Grecia. El contenido de dicho Acuerdo fue asumido en el Tratado de la Unión Europea celebrado en Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, disponiéndose que Acuerdo *Schengen* y otras medidas adoptadas por las instituciones en su ámbito han de aceptarse en su totalidad por todos los Estados Miembros.

El primero de los casos, referido a que el extranjero retorna a España antes del transcurso del plazo fijado en la resolución que acuerda la expulsión se regula en el artículo 89.7 párrafo primero cuando dispone:

Art. 89.7. pfo 1º. “Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento”.

La finalidad lógica a la expulsión es que el reo no retorne a España hasta que no trascorra el plazo fijado en dicha resolución⁶⁹⁸. Es más, la expulsión no solo conlleva que el reo no cumple la pena ni en España ni en su país de origen sino que además, lleva consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. De ahí que el retorno antes del plazo fijado *ex* artículo 80.5 conlleve que el extranjero «cumpla las penas que fueron sustituidas». La amenaza de cumplimiento de la pena en caso de retorno es una medida más que contempla el legislador con una finalidad pretendidamente disuasoria. El extranjero sabe que si vuelve a España sin haber transcurrido el plazo fijado en la sustitución deberá cumplir la pena que inicialmente se le había impuesto.

Lo anterior no es taxativo en cuanto el propio legislador flexibiliza ese cumplimiento íntegro de la pena cuando dice «salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento».

También se regula en el actual Código penal el segundo de los supuestos al que he hecho referencia que no es otro que la conocida como «expulsión en caliente, que comporta sanciones adicionales. Dispone el Código que:

⁶⁹⁸ GONZÁLEZ CAMPO, “La expulsión de extranjeros como sustitutivo penal...”, pp. 508 y ss.

Art. 89.7. pfo. 2º. “No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.

En este caso, formalmente, el extranjero no llega a entrar en territorio español sino que es sorprendido en la frontera intentando volver a entrar en España. Si así fuera el condenado será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. El supuesto parece claro y la consecuencia también: expulsión directa por la autoridad gubernativa y nuevo cómputo del plazo de prohibición de entrada en su integridad⁶⁹⁹.

Pero la cuestión que me planteo es: ¿se cometería un nuevo delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código penal? ¿Si realmente no llega a entrar en España (porque realmente no ha llegado a entrar sino que se le localiza en la frontera y se le expulsa) puede entenderse que comete el delito de quebrantamiento de condena? Creo que formalmente solo sería posible cometer un delito de quebrantamiento de condena en el caso de retorno y no en el caso de la expulsión en caliente pero la cuestión es discutida siendo igualmente defendible los argumentos en contrario

Por lo demás indicar que la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril, obliga a revisar de oficio la expulsión, a pesar de su firmeza, dos años después de su concesión, debiendo comprobar si existe amenaza para el «orden público o seguridad pública» así como a examinar cualquier «cambio material de circunstancias» que pudieran haberse producido desde que se emitió la orden de expulsión. Es una labor de control que no evita que haya casos de quebrantamiento a los que me refería con anterioridad.

A todo lo anterior hay que añadir que la nueva regulación dada por la L.O. 1/2015, ha supuesto una modificación en el régimen de la expulsión de extranjeros en lo que respecta a la apertura de la posibilidad de expulsión del territorio nacional de los ciudadanos comunitarios. Por ello, frente a la regulación anterior dada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, que se refería a «extranjeros no residentes legalmente en España» hoy en día el Código penal diferencia entre «ciudadanos extranjeros» (con o sin residencia legal) y «ciudadanos de países de la Unión Europea».

⁶⁹⁹ Detenidamente SELMA PENALVA, *La expulsión de extranjeros...*, pp. 296 y ss.

El concepto general de «extranjero» aparece definido en el artículo 1.1 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería, que declara que:

Art. 1.1. “Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española”.

Por lo tanto, la carencia de la nacionalidad española, es lo que determina que efectivamente una persona tenga la consideración de extranjero a los efectos de poder acordar la expulsión del territorio nacional conforme al artículo 89 del Código. El problema es que la carencia de nacionalidad española no implica, necesariamente, la estancia irregular de una persona en España. De ahí que el artículo 29.1 de la L.O. 4/2000 señale que:

Art. 29.1. “Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia”⁷⁰⁰.

De la interpretación conjunta de estos preceptos, parece lógico que a los nacionales españoles no se les pueda aplicar la expulsión de España como forma sustitutiva del cumplimiento de la pena, sino solo a los extranjeros. El problema es que no solo existe una clase de extranjeros. Se hace necesario distinguir entre dos clases de extranjeros: a) los primeros serían los extranjeros de terceros países, sin distinguir su situación (sea regular/legal o irregular/ilegal) y b) los segundos los ciudadanos de otros países de la Unión Europea. A los primeros les sería de aplicación con carácter general el artículo 89 del Código a excepción del párrafo segundo del artículo 89.4 que es aplicable a los extranjeros de otros países de la Unión Europea.

Frente a esta interpretación pudiera parecer que junto a estas dos clases habría una tercera referida a los denominados «residentes de larga duración», que hayan residido más de diez años en España, sean o no residentes de la Unión Europea, a los que se le aplicaría el artículo 89.4 párrafo tercero del Código. Sin embargo, no encuentro ninguna justificación legal a esta tercera clasificación entendiendo que el párrafo tercero del artículo 89.4 se refiere a los extranjeros que se fijan en el párrafo inmediatamente anterior, es decir, a los ciudadanos de la Unión Europea, dentro de los

⁷⁰⁰ Por su parte, el artículo 53.1 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, regula como infracción grave precisamente encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia, por carecer de autorización de residencia o por tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

cuales a su vez cabe distinguir entre los que no llevan más de diez años residiendo en España (se les aplicaría el artículo 89.4 párrafo segundo) y los que llevan residiendo más de diez años en España (a los que se les aplicarían los requisitos agravados del artículo 89.4 párrafo tercero).

Como adelantaba la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, introduce una nueva clase de extranjeros a los que se les puede aplicar la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional, referido a los «ciudadanos comunitarios». Cuando nos encontremos ante un ciudadano de la Unión Europea que haya sido condenado a una pena de prisión superior a un año o a varias penas de prisión superiores a cinco años, el juez puede acordar en su sentencia, o en auto motivado posterior a la firmeza de la sentencia, que dicha pena se sustituya por su expulsión del territorio nacional. En estos casos se ha de acudir al artículo 89.4 del código penal en sus párrafos segundo, tercero y cuarto que disponen lo siguiente:

Art. 89.4. pfo. 2º. “La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

Art. 89.4. pfo. 3º. Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

Art. 89.4. pfo. 4º. En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo”.

No presenta mayor problema la aplicación de estos preceptos por lo que no me detendré en su estudio. Simplemente me gustaría destacar que el presupuesto para la expulsión es que el ciudadano de la Unión Europea represente una «amenaza grave para el orden público o la seguridad pública», lo cual deberá ser debidamente motivado por el juez que acuerde la expulsión.

F. *El ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros a fin de asegurar la expulsión sustitutiva.*

Por regla general, una vez que el órgano judicial haya acordado en sentencia o en auto posterior firme la expulsión del condenado del territorio nacional, ésta se ha de cumplir en sus estrictos términos. Sin embargo, el Código penal regula la posibilidad, ciertamente frecuente en la práctica, de que el condenado no se encuentre o no quede privado de libertad en ejecución de la pena impuesta. Esta circunstancia permite que el órgano judicial pueda acordar su internamiento en un Centro de Internamiento de Extranjeros (en adelante CIE) hasta su expulsión. Así lo permite el Código cuando dispone:

Art. 89.8. pfo. 1º. “Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa”.

Como indicaba, el presupuesto habilitante para aplicar este precepto es que el extranjero condenado «no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta»; solo en ese caso, se podrá acordar su internamiento en un CIE. Cabe destacar que esta posibilidad no es nueva sino que fue introducida por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código penal⁷⁰¹. Su inclusión tuvo una motivación clara: asegurar cautelarmente el cumplimiento de la pena a los efectos de que el penado no eluda la expulsión del territorio nacional; es decir, con el fin de evitar su desaparición cuando llegue el momento de la expulsión⁷⁰². Entiendo que esta referencia supone tácitamente la necesidad de que el internamiento en un CIE sea el único medio que garantice esa expulsión posterior. Lo anterior conllevará

⁷⁰¹ Tanto en el momento de su inclusión en el Código en 2010, como en la redacción actual del artículo 89.8 párrafo primero del Código penal, que lo mantiene, esta posibilidad ha sido objeto de numerosas críticas. Detenidamente sobre ello, MUÑOZ RUIZ, “la expulsión penal...”, pp. 37 y ss.; GONZÁLEZ CAMPO, “Expulsión de extranjeros...”, pp. 33 y ss.; LEGANÉS GÓMEZ, “La expulsión de los penados extranjeros”, pp. 6 y ss.; y del mismo autor, “La expulsión de los penados en el Código...”, p. 9 y ss.

⁷⁰² La doctrina ha ido definiendo lo que supone este internamiento; entre otros: SELMA PENALVA, *La expulsión de extranjeros...*, p. 81, alude a que “[...] el internamiento se convierte en una herramienta previa, y en muchos casos, también imprescindible para garantizar la eficacia final de la resolución de expulsión”; BALLESTEROS MARTÍN, “Intervención de la jurisdicción penal...”, p. 38; lo define “[...] una medida privativa de libertad deambulatorio en dependencias no penitenciarias para asegurar una resolución [...] de expulsión”.

necesariamente que la resolución en la que se acuerde ese internamiento en el CIE a la espera de expulsión deberá contener la suficiente motivación y, dicha motivación, estará intrínsecamente relacionada con la finalidad última de asegurar la expulsión⁷⁰³.

A pesar de las críticas, esta posibilidad se ha mantenido en el actual Código penal. Creo que, es indudable, que si se acuerda que el extranjero condenado que no quede privado de libertad ingrese en un CIE, este internamiento implica una medida más grave y, en todo caso, perjudicial para el reo, por lo que no puedo sino mostrar mi rechazo. Entiendo que es más gravoso por cuanto a esa persona se le ha condenado a una pena privativa de libertad que precisamente no cumple porque se sustituye por la expulsión; de modo que si el internamiento en un CIE supone el cumplimiento de una medida que no le exime de la posterior expulsión de España, está cumpliendo, *strictu sensu*, dos sanciones: el internamiento en el CIE a la espera de expulsión y la expulsión propiamente dicha substitutiva de la pena de prisión impuesta cuando ésta se ejecute.

A lo anterior hay que añadir que esta medida permite que los extranjeros condenados pendientes de expulsión del territorio nacional puedan ser ingresados cautelarmente en un CIE junto con otros extranjeros irregulares a quienes la única infracción que cabe reprochar es carecer de documentación en regla. Ello conlleva, inevitablemente, que se relacione con otros delincuentes (condenados y en su misma situación a la espera de su expulsión del territorio nacional así como con otros

⁷⁰³ La Circular 7/2015, de 17 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida substitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015 recuerda que “La posibilidad de ingresar a un condenado a penas de prisión en un CIE es una solución legal de la que debiera hacerse un uso restrictivo, pues los CIEs son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, como claramente advierte el artículo 62 bis LOEX, que no disponen ni de medidas de seguridad adecuadas ni de personal especializado en el tratamiento de convictos, y cuyo régimen normalizado de funcionamiento se ve alterado por la necesidad de separar los internos que han cometido una mera infracción administrativa de aquellos condenados en sentencia penal. Es aconsejable por ello que el ingreso en CIE sólo se acuerde para condenados a penas de prisión que por su duración y demás circunstancias concurrentes en el hecho y el autor sean virtualmente susceptibles de suspensión condicional en los términos del art. 80 CP, pues el reo que reúne tales condiciones presenta, al menos, un perfil bajo de peligrosidad que le hace más fácilmente asimilable a las condiciones y régimen de vida de un CIE. También conviene introducir un cierto grado de flexibilidad en la aplicación de estas cautelas que permita su dispensa en casos singulares: si el penado se encuentra en libertad provisional y merece confianza, se le puede otorgar un plazo de cumplimiento voluntario -a semejanza de lo previsto en el art. art. 63 bis, 2 LOEX, o en el art. 18.2 RD 240/2007- para ahorrarle los efectos más traumáticos que comporta una privación de libertad”.

extranjeros irregulares), que es precisamente lo que la propia naturaleza de la suspensión de la pena pretende evitar⁷⁰⁴.

Dado el carácter eminentemente perjudicial para el extranjero, el legislador ha sido permisivo al regular que esta medida de internamiento en un CIE se «podrá acordar» por el juez competente; de ahí su carácter facultativo y no imperativo, siendo el juez quien valore la idoneidad y necesidad de esta medida a fin de garantizar la expulsión cuando tenga que ser ejecutada.

Una vez realizado ese juicio de valor, si el juez opta por acordar el internamiento en el CIE a la espera de la expulsión es importante determinar el «tiempo máximo de internamiento». Para ello se debe acudir a la regla general del artículo 62.2 de L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, más conocida como Ley de Extranjería (en adelante LOEX), en su modificación dada por la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, que contempla un plazo de internamiento «durante el tiempo imprescindible para los fines del expediente», con un máximo de «sesenta días» y «sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente»⁷⁰⁵.

Sin embargo, llegados a este punto, me planteo ¿es posible que el artículo 89.8 párrafo primero del Código penal actual deje sin efecto la Disposición Adicional 17ª de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial? Esta Disposición Adicional 17ª recoge normativa sobre las comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con

⁷⁰⁴ GONZÁLEZ CAMPO, “Expulsión de extranjeros...”, p. 33, indica que “La previsión normativa es sumamente desafortunada pues el carácter no penitenciario de los CIEs, proclamado en el art. 60.2 LEx, creados para la retención temporal de ciudadanos extranjeros autores de infracciones administrativas, desaconseja vehementemente el ingreso en los mismos de reos convictos de delitos que pueden ser incluso de naturaleza grave, forzando una convivencia institucional incompatible con elementales previsiones de separación regimental al uso en todo sistema penitenciario debidamente ordenado”.

⁷⁰⁵ Es necesario recordar que en el momento de publicación de la L.O. 4/2000, de Extranjería se contemplaba un período máximo de internamiento en CIE de «cuarenta días» y que este plazo paso a ser de «sesenta días» tras la reforma introducida por la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, teniendo el siguiente contenido:

Art. 62.2. “El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente”.

extranjeros⁷⁰⁶. En su regulación se dice, expresamente, que «la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial». Creo que la aplicación del artículo 89.8 párrafo primero se refiere a los supuestos en que el penado no esté privado de libertad, mientras que cuando el penado se encuentre privado de libertad, ante el silencio del Código, es de aplicación la Disposición Adicional 17ª de la L.O. 19/2003. En este segundo caso, se han de tener en cuenta dos fases: a) en primer lugar, se ha de comunicar por el tribunal sentenciador a la autoridad gubernativa la resolución que acuerde la expulsión, en la que

⁷⁰⁶ Dispone esta Disposición Adicional 17ª de la L.O. 19/2003 que:

“Los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo, comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador.

Igualmente, comunicarán las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial”.

Sobre esta cuestión se pronuncia FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Ejecución de la expulsión judicial...”, pp. 88 y ss., al señalar que “Ello suponía que para la ejecución de la expulsión se debían dar los siguientes trámites. En primer lugar el tribunal debía comunicar a la Autoridad Gubernativa la sentencia en las que se hubiera acordado la expulsión. En segundo lugar, el tribunal (que no la sentencia, como erróneamente dispone el texto legal) ordenaría el internamiento del reo y la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. Sin perjuicio de ello, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006 admitió la posibilidad del emplazamiento para cumplimiento voluntario por el reo dentro de un plazo máximo de 72 horas. Finalmente, tras el internamiento en su caso, y el inicio de la ejecución de la pena, la Autoridad Gubernativa debía hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impidiera, que debería ser comunicada a la autoridad judicial. Dicho plazo era inferior al plazo de cuarenta días que originariamente marcaba el límite máximo del internamiento, que tras la reforma de la conocida como L.O. 4/2000, de 11 de enero, de extranjería, introducida por la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, pasó a ser de sesenta días. De lo anterior se desprendía que transcurrido este plazo de treinta días sin haberse materializado la expulsión, habría de entenderse salvo causas excepcionales justificadas que la expulsión no sería materializable, con lo que regiría el sistema general de ejecución de penas y medidas de seguridad originariamente impuestas. Pero conviene subrayar que la imposibilidad de materialización de la expulsión en el plazo de treinta días no conllevaba ni entonces ni conlleva actualmente de una manera automatizada la imposibilidad de ejecución de la expulsión, pues se salvaba y se sigue exceptuando el supuesto de causas justificadas que la impidan, debe entenderse en ese plazo, pero no posteriormente”.

se hará constar orden o mandamiento de materialización, con expresión del lugar de internamiento y b) en segundo lugar, mandamiento de penado con eventual liquidación judicial de condena por un plazo de treinta días, período durante el cual la autoridad gubernativa puede materializar la expulsión; transcurrido este plazo, salvo causas excepcionales debidamente justificadas que la expulsión no es materializable, con lo que regirá el sistema general de ejecución de penas y medidas de seguridad originariamente impuestas⁷⁰⁷.

Si bien reitero que no soy partidaria de esta medida, el legislador la prevé como única posible a fin de garantizar la futura expulsión, por lo que una vez acordada es necesario precisar si el tiempo que el condenado extranjero ha permanecido ingresado en el CIE se le computa a efectos de la pena que, en su caso, tenga que cumplir por no ser posible la expulsión. El Código guarda silencio a este respecto en el artículo 89 si bien es de aplicación la regla general de los artículos 58 y 59 del Código. Se regula en estos preceptos la «posibilidad de abonar a la pena que finalmente cumplirá el reo, el tiempo que se haya cumplido de privación de libertad provisional». Interpretando la aplicación de estos preceptos y abordando una cuestión similar, tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo a través del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal, de 19 de diciembre de 2013. En dicho Acuerdo se resolvía una cuestión acerca de la interpretación de los mencionados artículos 58 y 59 del Código penal en relación, en ese caso concreto, a la abonabilidad del cumplimiento de la

⁷⁰⁷ Detenidamente FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Ejecución de la expulsión judicial...”, p. 88, que señala que “A este respecto, llama poderosamente la atención el desconocimiento de la previsión contenida en la D.A. 17ª de la L.O. 19/2003, en la STC 140/2012, de 30 de julio, al cuestionar y declarar inconstitucional la prórroga de la prisión provisional del acusado hasta la mitad del tiempo de la condena impuesta, que era de prisión y multa, habiéndose sustituido la prisión por expulsión. Al analizar si la adopción de la prisión provisional con fundamento en el artículo 503.2 de la LECRIM, cumplió con las exigencias constitucionales de ajustarse a los fines constitucionalmente admisibles, y con el canon de motivación reforzada exigible. Esta sentencia del Tribunal Constitucional advierte que la sentencia y el auto de prórroga razonaron la individualización de la pena, pero objeta que “[...] la Audiencia Provincial de Valencia no pondera, como le fue solicitado por el recurrente, el hecho de que la pena efectiva impuesta por la Sentencia fuera la expulsión del territorio nacional y que, en consecuencia, la prórroga de la prisión provisional excediera el marco de las penas privativas de libertad a las que queda circunscrita por el art. 504 de la LECRIM”. Este pasaje merece severas críticas, ya que en primer lugar la expulsión no es una pena; en segundo lugar, porque la pena de prisión aparece en el fallo condenatorio de la sentencia como medida penal que se sustituye, pero que se antepone a la expulsión; y finalmente, y para colmo, si el reo está preso como le sucedía al recurrente, la expulsión no es lo primero que se materializa, pues “en estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión”. Así, en los casos de recursos, la pena de prisión sí aparece señalada en la sentencia y precedería a la expulsión que la sustituya; y caso de firmeza la pena de prisión será lo primero que se ejecuta, antes que la expulsión misma, según DA 17ª-II LO 19/2003, si el penado está privado de libertad, y así lo corrobora la dicción literal del art. 89.6-I CP”.

obligación de comparecer periódicamente anudada a la libertad provisional. La conclusión a la que llega el Tribunal Supremo es que “la obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal, atendiendo al grado de aflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”⁷⁰⁸. Aplicando este Acuerdo, a modo de ejemplo, la STS 595/2014, de 7 de enero. Bajo esta interpretación existe un deber legal de compensación de toda restricción anticipada de derechos sufrida con carácter cautelar, tratándose en el presente supuesto del deber de permanecer privado de libertad en un CIE que supone una intromisión en el ámbito de la libertad del condenado que se produce por el solo hecho de no ser posible en ese momento la expulsión del territorio nacional, que en todo caso se cumplirá cuando sea posible ejecutar la misma.

En estos casos, la compensación del internamiento en CIE impuesta para garantizar la expulsión del territorio nacional, entiendo que debiera ser a razón de un día de abono por cada día de estancia en el CIE, tratándose esta compensación de un cómputo, a mi juicio, equilibrado, razonable y, por tanto, susceptible de aplicación en estos casos.

El problema surge cuando finalmente esa pena no se llega a cumplir porque la expulsión se ejecuta. En estos casos no cabe hablar de abono porque no cumple ninguna pena. La consecuencia es que ha cumplido una medida (el internamiento en CIE) a la que se suma la expulsión lo cual, insisto una vez más, no es la intención legislativa de la figura de la suspensión de la pena.

Si, finalmente, dicha expulsión no pudiera ser ejecutada, se procederá al cumplimiento de la pena inicialmente impuesta, con el abono correspondiente en caso de internamiento previo en CIE. En estos casos, el sujeto tiene posibilidad de acceder, en su caso, a la suspensión de la pena de conformidad con el artículo 89.8 párrafo segundo del Código que dispone:

⁷⁰⁸ Además, merece recordar, que el propio Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006, señaló que “Los acuerdos de Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes”, siendo desarrollo de dicha interpretación la jurisprudencia, entre otras, la STS 843/2006, de 24 de julio. Profundizando sobre esta cuestión, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional...”, pp. 1 y ss.

Art. 89.8. pfo. 2. “En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma”.

Se contempla en este apartado una cláusula de cierre en la que, a pesar de que el juez haya optado en su resolución por la expulsión del territorio como medida sustitutiva de la pena de prisión, ésta, por las razones que fueran, no se pudiera llegar a ejecutar. En ese caso nos dice el Código que «se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente o a la aplicación de la suspensión de la ejecución». Se trata de dos supuestos que merece la pena diferenciar, sobre todo atendiendo a su regulación anterior.

El artículo 89.1 *in fine*, anterior a la reforma operada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, decía que «En el supuesto de que acordada la situación de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente». La regulación anterior solo permitía el cumplimiento de la pena originariamente impuesta (o la que resultare del abono en caso de que hubiera estado interno en un CIE), lo que fue enormemente criticado⁷⁰⁹. Se decía que era perjudicial para el reo, sobre todo cuando la expulsión no hubiera sido efectiva por causas inimputables a su persona. Abordado esta situación se pronunció, entre otros la STC 132/2006, de 4 de abril, señalando que “el último párrafo del art. 89.1 CP constituye una cláusula de cierre que sólo es aplicable cuando la expulsión no es posible, en cuyo caso nada obsta a que se apliquen, en su caso, las previsiones establecidas en los arts. 80, 87 y 88 CP”. Entre otros argumentos alude a que “la finalidad de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto desocializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto periodo de tiempo. Esta finalidad quedaría frustrada en el caso de entenderse que el penado extranjero no residente legalmente en España condenado a una pena corta privativa de libertad y cuya

⁷⁰⁹ Criticando esa única posibilidad, por todos, MUÑOZ RUIZ, “La expulsión penal...”, pp. 37 y ss.; GONZÁLEZ CAMPO, “Expulsión de extranjeros...”, pp. 33 y ss.; o LEGANÉS GÓMEZ, “La expulsión de los penados extranjeros”, pp. 6 y ss.; y del mismo autor “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”, pp. 1 y ss.; BALLESTEROS MARTÍN, “Intervención de la jurisdicción penal...”, p. 52.

expulsión no resultara posible ejecutar se vería obligado indefectiblemente a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena corta privativa de libertad sin posibilidad de que le fueran aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los sustitutivos penales”.

En esta resolución afirmaba el Tribunal Constitucional que los citados métodos de interpretación autorizaban a alcanzar una conclusión contraria al propio precepto; esto es, si no se ha expulsado al extranjero en el plazo legal máximo, éste puede verse beneficiado (si reúne los demás requisitos de las instituciones previstas en los artículos 80, 87 y 88 del Código penal) de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta o de su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que el resto de los penados a los que no les fuera de aplicación el antiguo artículo 89. Esta interpretación era *contra legem*, a favor del reo⁷¹⁰. Creo que esta interpretación resultaba plenamente razonable, puesto que, al no poderse llevar a la práctica la medida alternativa o sustitutoria de expulsión del penado, es lógico que la

⁷¹⁰ Añadía este STC 132/2006, que “[...] la duda de inconstitucionalidad que planteó un Juzgado de lo Penal no se refiere a esta lógica consecuencia, sino al hecho de que, puesta en relación con lo dispuesto en el tercer párrafo de ese mismo art. 89.1 CP, pudiera concluirse que, en el caso de que finalmente fuera imposible expulsar al penado extranjero no residente legal en España, tampoco podrían serle aplicadas las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad”. Sin embargo el Tribunal Constitucional concluye que esta imposibilidad no puede desprenderse ni siquiera de una interpretación literal pues “el último párrafo del art. 89.1 CP no establece expresamente ninguna previsión sobre la imposibilidad de aplicar los art. 80, 87 y 88 CP en los supuestos en que la expulsión no pueda finalmente verificarse. Tampoco a esta conclusión puede llevar la utilización en este párrafo del término «cumplimiento», puesto que, como ya destacara el Fiscal General del Estado, dicho término en el contexto del Código Penal no es sinónimo de ingreso en prisión, tal como se acredita con su utilización, por ejemplo, en los arts. 73, 75 y 76 CP en relación al establecimiento de los límites máximos de cumplimiento en supuestos de concursos reales de delitos, utilización que, evidentemente, no prejuzga la aplicabilidad de los sustitutivos penales. Y, en segundo lugar, la exclusión de la aplicación de estos sustitutivos en el párrafo tercero del art. 89.1 CP viene prevista en el marco de una disposición que comienza diciendo que «la expulsión se llevará a efecto», lo que no es el caso del supuesto regulado en el último párrafo en el que se prevén los efectos legales cuando la expulsión no se puede llevar a efecto”. A estos argumentos interpretativo añade el Tribunal Constitucional la sistemática ya que el antiguo tercer párrafo del artículo 89.1 se refería a la «expulsión posible», como primer supuesto sin embargo el último párrafo constituía una cláusula de cierre sólo aplicable en el caso de imposibilidad de ejecutar la expulsión, pero que no obstaculizaba la aplicación de las otras instituciones sustitutorias. Finaliza la resolución afirmando que a igual solución se llega con una interpretación teleológica del precepto, pues la finalidad de las normas formas sustitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto desocializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto periodo de tiempo y esta “finalidad quedaría frustrada en el caso de entenderse que el penado extranjero no residente legalmente en España condenado a una pena corta privativa de libertad y cuya expulsión no resultara posible ejecutar se vería obligado indefectiblemente a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena corta privativa de libertad sin posibilidad de que le fueran aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los sustitutivos penales”

pena (privativa de libertad) retorne al primer plano, momento en que operan todas las formas alternativas al cumplimiento de las penas.

Dicha discusión quedó superada desde el mismo momento en que la L.O. 5/2010, de 22 de junio, modificó el artículo 89.6 párrafo segundo del Código, que pasó a tener una redacción acorde a la interpretación ya dada por los tribunales y en concreto con la doctrina del Tribunal Constitucional. Esta misma redacción es la que mantiene la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, si bien haciendo desaparecer la alusión al artículo 88 del Código dada su derogación.

9. La libertad condicional como forma de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad: artículos 90 a 93 del Código penal.

A. Introducción.

La libertad condicional se regula en el ordenamiento jurídico español dentro del Capítulo III rubricado “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”⁷¹¹, ubicado en el Título III del Libro I del Código penal, en concreto, en la Sección III que precisamente se rubrica “De la libertad condicional”. Dicha Sección comprende los artículos 90 a 93 del Código penal de 1995. Tradicionalmente se ha ubicado en esta Sección III del Capítulo III; sin embargo, la consideración de la libertad condicional como forma de suspensión de la ejecución de la pena es una configuración novedosa que introduce la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código y que, por lo tanto, rige en el sistema penal español desde el 1 de julio de 2015, fecha en que entró en vigor la referida reforma tras el período de *vacatio legis*.

Conforme a esta nueva regulación, la libertad condicional pasa a ser una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena que le quede por cumplir

⁷¹¹ Precisamente esta es la rúbrica que se introduce por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modificó el Código penal, ya que hasta entonces se rubricaba “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”. Si bien, a pesar de que la denominación del Capítulo expresamente no lo recogiera, la Sección III sí que se dedicaba a la libertad condicional, esta reforma la incluyó en la rúbrica de forma expresa.

al reo⁷¹² y que procederá cuando el penado cumpla una serie de requisitos sobre los que posteriormente me detendré. Baste aquí adelantar que, como regla general, el penado deberá estar clasificado en tercer grado; tener extinguidas $\frac{3}{4}$ partes de la condena; poseer buena conducta; así como satisfacer las responsabilidades civiles, pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración. Todo lo anterior, insisto, con los matices que luego indicaré.

No resulta fácil determinar las razones que llevan al legislador a introducir una modificación de semejante calado, sobre todo atendiendo a su regulación histórica. No se desconoce que el origen de esta institución se remonta a los nuevos aires que en materia de Política Criminal inundaban Europa a finales del siglo XIX en la búsqueda de alternativas a las penas privativas de libertad. Desde que FRANZ V. LISZT señalara, hace más de un siglo, que el sistema de la pena privativa de la libertad en nuestra legislación imperial era una gran mentira oficial, la Ciencia penal no dejó de buscar alternativas que permitieran superar los efectos disfuncionales de esta especie de penas. Así junto con la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad se percibía a la libertad condicional como otra alternativa (más) al cumplimiento de las penas de prisión.

No pretende esta obra realizar un estudio pormenorizado de la libertad condicional (para lo cual sería necesario otra tesis) si bien creo necesario apuntar algunos elementos que servirán para comprender ese cambio de configuración que otorga el legislador a la libertad condicional en la ya tan aludida L.O. 1/2015. El propio Preámbulo de esta Ley, en relación a la libertad condicional indica que “Al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora, el tiempo de libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado período de tiempo”, cuestión sobre la que profundizaré.

⁷¹² Así lo precisan, entre otros, ORTEGA CALDERÓN, “El nuevo régimen temporal...”, p. 2, cuando indica “Es momento de empezar a observar la libertad condicional desde una nueva perspectiva, no ya como el último grado del sistema de individualización científica de la clasificación penitenciaria previsto tradicionalmente en nuestra normativa penitenciaria, sino como suspensión de ejecución de la pena, con nuevos presupuestos, principios, consecuencias y cánones interpretativos”; RASILLO LÓPEZ, “La libertad condicional”, p. 2, “En la actualidad, la libertad condicional es una forma específica de cumplimiento de la pena de privación de libertad enfocada a preparar la vida del penado en libertad. La reforma transmuta la naturaleza jurídica de la libertad condicional, que se configura como una modalidad de la suspensión de las penas de prisión, perdiendo su actual naturaleza de último grado penitenciario”.

Baste ahora señalar que en España se hizo esperar el reconocimiento legal de la libertad condicional que durante tantos años se venía demandando y cuya legalización era ya una realidad en el resto de países del entorno⁷¹³. No fue hasta la Ley de libertad condicional, de 23 de julio de 1914⁷¹⁴, cuando se reguló esta institución en España condicionando su concesión a la existencia de una serie de requisitos que se recogían en el artículo 1 de dicha Ley⁷¹⁵. Es en este momento cuando se institucionaliza legal y definitivamente la institución penal de la libertad condicional en el Estado español⁷¹⁶, si bien su regulación en texto punitivo quedaría demorada hasta el Código penal de 1928 que fue el primer Código penal español que lo introdujo. Esta regulación se mantuvo en los Códigos penales de 1932 y 1944 en aplicación de un sistema penitenciario gradual y científicamente individualizado, teniendo posteriormente ubicación en los artículos 98 y 99 del Texto refundido de 1973.

Tradicionalmente la libertad condicional duraba todo el tiempo que le restase al penado para extinguir la condena impuesta y era una forma específica de cumplimiento de las penas privativas de libertad enfocada a preparar la vida del penado en libertad⁷¹⁷.

⁷¹³ Siguiendo a FERNÁNDEZ BERMEJO, “La desnaturalización de la libertad condicional...”, p. 2, “El origen de la libertad condicional data de 1791, concretamente en las colonias australianas británicas a modo de «perdón condicional». Progresivamente fue aplicándose en otros países, como Francia en 1832, para el caso de menores de edad en la prisión de Roquette, siendo aplicada para el resto de jóvenes en 1850 y para los adultos en 1885; Maconochie en la isla de Norfolk, perfeccionó el sistema con el diseño personal del «*ticket of leave*», que exigía la obtención de un determinado número de vales por la buena conducta manifestada por el interno; en Alemania en 1870; Suiza en 1871; Dinamarca en 1873; Hungría en 1878; Bélgica en 1888; Italia en 1889; Noruega en 1900; y Suecia en 1906, entre otros modelos”.

⁷¹⁴ Como señalaba LASTRA LIENDO, “De las formas sustitutivas...”, p. 739, “responde a la necesidad de resolver la situación de aquellos penados en las plazas que España ocupaba en África. Éstos disfrutaban de un régimen de semilibertad que perdieron al ser trasladados a la península por lo que se creó la figura de la libertad condicional”.

⁷¹⁵ Disponía el artículo 1 de la Ley de condena condicional de 1914 lo siguiente:

Art. 1. “Se establece la libertad condicional para los penados sentenciados a más de un año de privación de libertad, que se encuentran en cuarto grado de período de condena y que hayan extinguido las tres cuartas partes de ésta, que sean acreedores a dicho beneficio por pruebas evidentes de intachable conducta y ofrezcan garantías de haber vida honrada en libertad como ciudadanos pacíficos y obreros laboriosos”.

⁷¹⁶ La máxima expresión de la fundamentación de la libertad condicional se encuentra en el artículo 5 de la Ley de condena condicional de 1914, que señalaba que:

Art. 5. “La libertad condicional se concederá como medio de prueba de que el liberado se encuentra corregido; otorgándose mediante Real Decreto; en él podrán incluirse parte o todos los individuos debidamente propuestos por la Comisión asesora”.

⁷¹⁷ Desde la perspectiva de ASENSIO CANTISÁN, “Algunas consideraciones...”, p. 1, define a la libertad condicional como un “acto de gracia”. Añadiendo que “La libertad condicional es utilizada al

Se consideraba a la libertad condicional como una de las fases de cumplimiento de la pena; la última pero, en definitiva, una más⁷¹⁸. Lo anterior se disponía de acuerdo con las exigencias de prevención especial que se imponía por el sistema legal a las penas privativas de libertad. Bajo esta premisa, tan solo la «reincidencia» producida durante el tiempo de libertad condicional o la «observancia de mala conducta», suponían la revocación de la libertad condicional concedida, reingresando el penado al correspondiente al centro penitenciario. La diferencia en uno y otro caso radicaba en la pérdida o no del tiempo que permaneció el reo en libertad: mientras que en el caso de mala conducta no se perdía retroactivamente el tiempo en que permaneció liberado (el cual se computaba a efectos de disminuir la pena que le quedara por cumplir), si la revocación se producía por reincidencia se producía la pérdida de todo el tiempo que permaneció en libertad condicional. Lo anterior se deduce de la alusión expresa a este respecto para el supuesto de reincidencia que recogía el párrafo segundo del artículo 6 de esta Ley de 1914⁷¹⁹; si bien no sucedía lo mismo en relación a la buena conducta por

igual que la redención de penas por el trabajo como elemento pacificador en el interior del Centro. La observación de una buena conducta penitenciaria, aunque ello no tenga ni dogmática ni prácticamente nada que ver con la futura conducta y comportamiento en libertad, es más que suficiente para la concesión de la libertad condicional. Ello implica que, y no sólo por lo que se refiere al beneficio que tratamos sino también en lo que atañe a la clasificación en general, se puede llegar a premiar a través de este mecanismo al interno más prisionalizado, o lo que es lo mismo, que aquel interno que asume la subcultura carcelaria, uno de cuyos rasgos característicos es la infantización conductual, podrá llegar a obtener «sin problemas» el tan repetido beneficio”.

⁷¹⁸ Muchos han sido los autores que, con anterioridad a la reforma de 2015, reconocían a la libertad condicional como una fase más de cumplimiento de la pena. Entre otros, FERNÁNDEZ BERMEJO, “La desnaturalización de la libertad condicional...”, p. 3; SALAT PAISAL, “Libertad condicional”, p. 189; ASENSIO CANTISÁN, “Algunas consideraciones...”, p. 1, que definía la institución “como una fase del sistema progresivo y puede ser considerada como esencial al mismo. Por tanto [concluía] la libertad condicional tiene la consideración de un período de cumplimiento y forma parte de la ejecución de la pena privativa de libertad”. Igualmente GARCÍA VALDÉS, “Sobre la libertad condicional...”, p. 1065 señalaba que “la libertad condicional es una fase o período de cumplimiento de las penas privativas de libertad que supone que el condenado, pese a seguir cumpliendo la pena, recupera plenamente el bien jurídico que aquélla restringió, es decir, la libertad ambulatoria, si bien sometido a una serie de controles, seguimiento y observancia de determinadas condiciones”; En el mismo sentido LASTRA LIENDO, “De las formas sustitutivas...”, p. 739, se pronunciaba del siguiente modo “la libertad condicional constituye la última parte de cumplimiento de las penas privativas de libertad y se caracteriza por la sustitución de la reclusión o el internamiento por un régimen de vida en libertad vigilada, sometido al cumplimiento de determinadas condiciones impuestas por la Ley o por las autoridades judiciales o administrativas”; SÁNCHEZ YLLERA, “La libertad condicional”, p. 137 define a esta institución como “[...] la última fase de la ejecución penal, el acceso a la misma exige, las más de las veces, el cumplimiento previo de alguna otra de las formas en que cabe extinguir la pena privativa de libertad de al menos las tres cuartas partes de su extensión temporal”. NISTAL BURÓN “El nuevo régimen jurídico...”, pp. 4 y 5 define esta institución “[...] como la excarcelación del condenado a una pena privativa de libertad que se produce en el último tramo de la ejecución de la condena y, por tanto, antes de que haya extinguido totalmente la misma, siempre y cuando, se considere que se han cumplido determinados requisitos exigidos por la normativa establecida”.

⁷¹⁹ De conformidad con el artículo 6 de la Ley de condena condicional de 1914:

lo que la interpretación, siempre en favor del reo, suponía que en este segundo caso sí que se le computaría el tiempo disfrutado en libertad condicional.

Existía por lo tanto un diferente tratamiento para uno y otro supuesto que incidía de forma distinta en el reo. Evidentemente el fundamento se encontraba en la gravedad de la conducta del penado. En el caso de que «el reo volviera a cometer un delito» (reincidencia) se había incumplido una de las obligaciones inherentes a la propia naturaleza jurídica de la libertad condicional; por lo tanto, la revocación conllevaba la pérdida del tiempo cumplido en libertad a los efectos del cómputo de la pena final que le quedare por cumplir. Sin embargo, la «falta de buena conducta» (a parte de la propia vaguedad del concepto), suponía igualmente la revocación pero valorando objetivamente su conducta de no reincidencia, se le computaba ese tiempo de libertad condicional que se le descontaba del cómputo final de pena que le quedare por cumplir.

Si no concurría ninguna de estos dos supuestos; esto es, si se producía el transcurso del tiempo sin ninguna incidencia, como era obvio, se producía la libertad definitiva, junto con la expedición de un certificado acreditativo de tal situación, garantía de su buen comportamiento⁷²⁰.

Es destacable que este criterio relativo a la revocación de la libertad condicional en relación con el tiempo disfrutado en dicho período, se mantuvo intacto desde esta Ley de 1914 hasta la publicación del Código de 1995. Como es sabido, el artículo 93 del Código de 1995, igualaría los efectos de las dos causas de revocación de la libertad condicional, suponiendo en ambos casos (reincidencia o mala conducta) que el penado

Art. 6. “El período de libertad condicional durará todo el tiempo que al liberado le falte por cumplir de su condena. Si en dicho período reincide u observa mala conducta, se revocará la libertad concedida y el penado volverá a su situación anterior, reingresando en la Prisión en que la obtuvo y en el período penitenciario que corresponda, según las circunstancias.

La reincidencia o reiteración en el delito llevarán aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional”.

⁷²⁰ Así lo disponía la Ley de condena condicional de 1914:

Art. 9 pfo. 1º, inciso 1º. “Si el liberado termina el período de prueba sin dar motivo para que de nuevo se le recluya, obtendrá al extinguir su condena un certificado de libertad definitiva, expedido por la respectiva Comisión local, autorizado con la firma del Presidente, como garantía de buen comportamiento”.

no perdía el tiempo disfrutado en libertad condicional a los efectos del cómputo de la liquidación de su condena.

No obstante, un cambio de rumbo se produciría tras la reforma que la norma penal sufrió en 2003, en virtud de la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de condenas, que introdujo requisitos adicionales para el disfrute de la libertad condicional y restricciones para el caso de terroristas y miembros de organizaciones criminales, llevando consigo la pérdida del tiempo disfrutado en caso de revocación de la libertad condicional.

Este parece ser el origen por el que el legislador modifica en 2015 la libertad condicional. Como analizaré detenidamente, la revocación de la libertad condicional, sea cual fuera su causa, conlleva la pérdida del tiempo transcurrido en libertad condicional para el cómputo del tiempo de cumplimiento de la pena, precisamente porque se configura la libertad condicional como forma de suspensión de la pena.

Hoy en día, como señalaba en el encabezamiento de este apartado, la ubicación de la regulación de la libertad condicional se sigue manteniendo en los artículos 90 a 93, si bien con modificaciones. Además es necesario destacar que el artículo 93 ha quedado vaciado de contenido fruto de esta reforma de 2015, por lo que me centraré en los artículos 90 a 92 del Código que conforman la Sección III, del Capítulo III, del Título III, del Libro I del Código penal.

B. Naturaleza jurídica de la libertad condicional: la denominada desnaturalización de la libertad condicional.

Conforme a esta regulación histórica que vengo comentando, la libertad condicional siempre ha tenido la consideración del «cuarto grado de cumplimiento de la pena» en aras a la reinserción y resocialización del reo. Tiene tal consideración desde que así se definiera por el artículo 72.1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP). Dispone este precepto que:

Art. 72.1. “Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal”⁷²¹.

La libertad condicional era, hasta la reforma de la L.O. 1/2015, como señala FERNÁNDEZ BERMEJO “una fase propia del sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, que rema a favor de la orientación constitucional que el legislador español prevé para la vertiente penal y penitenciaria, esto es, a la resocialización de los condenados”⁷²². En igual sentido se pronunciaba GARCÍA VALDÉS al considerar a la libertad condicional “como el último grado del sistema penitenciario progresivo, ahora ya evolucionado en el de individualización científica”⁷²³, así como NISTAL BURÓN al señalar que “la libertad condicional es una institución de gran arraigo en España con la que se persigue que el último tramo de la pena se cumpla por el reo en libertad bajo determinados preceptos y ciertas condiciones. En la actualidad está considerada como un instrumento necesario para la consecución de los fines resocializadores de la pena privativa de libertad, por ello, la ley penitenciaria la considera, como hemos dicho, la última fase del tratamiento y la encuadra dentro del sistema de individualización científica”⁷²⁴.

Sin embargo, tras la reforma penal operada por la L.O. 1/2015, la libertad condicional declina su naturaleza de último grado del sistema penitenciario de individualización científica para convertirse en una modalidad de suspensión de la pena de prisión pendiente de cumplimiento. O lo que es lo mismo, deja de considerarse como

⁷²¹ Esta consideración de cuarto grado se le da, puesto que de conformidad con los artículos 10 y 72.2 de la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, la clasificación en primer, segundo y tercer grado se cumple, respectivamente, en establecimientos de régimen cerrado, de régimen ordinario y de régimen abierto, siendo la libertad condicional el cuarto grado referido al cumplimiento en libertad. Es reseñable que este artículo 72.2, que el legislador se ha olvidado de modificar o de suprimir (puesto que todavía se mantiene vigente en toda su literalidad) entra en total contradicción con lo ahora establecido para la libertad condicional por el Código penal.

⁷²² Así se pronuncia FERNÁNDEZ BERMEJO, “La desnaturalización de la libertad condicional...”, p. 7.

⁷²³ Así lo pone de manifiesto, entre otros GARCÍA VALDÉS, “Sobre la libertad condicional...”, p. 1066. Es destacable que el propio GARCÍA VALDÉS fue el impulsor y redactor de la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, teniendo por lo tanto un conocimiento pormenorizado de esta materia.

⁷²⁴ NISTAL BURÓN, “El nuevo régimen jurídico...”, p. 4. Añade en la p. 7 que “En definitiva, lo que al Juez de vigilancia se le exige para la suspensión de la ejecución de la pena y la concesión de la libertad condicional es una valoración positiva sobre la capacidad del interno para respetar la ley penal, que no es otra cosa que «pronosticar», en la medida de lo posible, si dicho interno va a cometer o no nuevos delitos en el periodo de libertad condicional”.

tiempo efectivo de cumplimiento de condena, para convertirse en una modalidad (más) de suspensión de la ejecución de la pena⁷²⁵. No debe perderse de vista que la libertad condicional se aplica en aquellos internos que normalmente proceden del régimen abierto y supone la excarcelación anticipada para que disfruten del último período en libertad, si bien sometido a controles penitenciarios y judiciales (ya que siguen cumpliendo la pena) y por ello continúa la relación jurídica penitenciaria con la Administración.

No obstante, tanto la ubicación en los cuerpos normativos⁷²⁶ como la finalidad que la libertad condicional presenta, ha desencadenado en un amplio debate doctrinal

⁷²⁵ El reciente auto del juzgado de vigilancia penitenciaria de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de noviembre de 2016, refiere que conforme a la regulación anterior “[...] la libertad condicional se configuraba como un último grado de cumplimiento que se caracterizaba por ser una ficción jurídica al ser un período de cumplimiento de condena, pero que tiene lugar en libertad. Mientras se está en libertad condicional se está cumpliendo condena y dura esta situación hasta la fecha del licenciamiento definitivo. En este caso el ingreso en prisión por una nueva condena firme podía dar lugar a la revocación de la libertad condicional si los hechos por los que resultó condenado el liberado condicional habían tenido lugar durante dicho período, a la ampliación de la libertad condicional, previa refundición, si los hechos por los que resultó condenado son anteriores a la libertad condicional y con la nueva condena se siguen cumpliendo los requisitos temporales de la libertad condicional, o bien a la suspensión de la libertad condicional si con la nueva condena no se cumplen esos requisitos temporales, siendo la suspensión una figura de creación jurisprudencial ante la imposibilidad de cumplir la libertad condicional en prisión pero no proceder la revocación al no concurrir causa legal, pudiendo dar lugar una vez cumplidos los requisitos temporales a una ampliación posterior de la libertad condicional”. Abordando la situación actual tras la reforma de 2015, señala que “La libertad condicional ha pasado a ser un supuesto más de suspensión de condena durante un plazo fijado por la ley, y durante la suspensión no se está cumpliendo condena, por lo que dicho periodo no se computa como de cumplimiento de condena, situación que durará hasta que finalice el plazo fijado (de 2 a 5 años, sin que pueda ser inferior a lo que resta de condena), finalizando esta situación en el mejor de los casos en la fecha prevista de licenciamiento definitivo, si quedan dos años y se fija el plazo mínimo, o cuando termine el plazo, que puede ir más allá de la fecha prevista de licenciamiento definitivo. Como durante el plazo de suspensión, que se computa desde que la libertad condicional se hace efectiva, no se está cumpliendo condena (art. 90.6 CP), el ingreso en prisión por una nueva condena firme sólo tiene incidencia en la libertad condicional si los hechos por los que ha ingresado en prisión se cometieron durante la libertad condicional, pudiendo dar lugar a su revocación con arreglo a lo dispuesto en los arts. 90.5 en relación con el 86.1 CP, siempre que con la comisión del nuevo delito se ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la suspensión no pueda ser mantenida, pudiendo, por tanto, no revocarse a pesar de la comisión del nuevo delito. Sin embargo, si los hechos por los que ingresa en prisión son anteriores a la libertad condicional, no queda afectada ésta, porque es perfectamente compatible estar cumpliendo una causa en prisión y tener otra u otras suspendidas, sin que pueda refundirse la nueva causa con las de la libertad condicional porque la refundición exige que se están cumpliendo las causas que se refunden (art. 193.2 RP), y las causas suspendidas no se están cumpliendo, ni, por tanto, plantearse una posible ampliación o suspensión de la libertad condicional, salvo que el liberado condicional renuncie a la libertad condicional renuncia que sería posible por no ser contra al interés o al orden público ni realizarse en perjuicio de tercero (art. 6 CC), pero teniendo en cuenta que el tiempo que ha permanecido en libertad condicional no se le computaría”.

⁷²⁶ Cabe recordar que tras la publicación del Código penal de 1995 la libertad condicional se reguló en la Sección III bajo la rúbrica “De la libertad condicional”, incardinada a su vez, con gran desacierto, en el Capítulo III titulado “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”, dentro del Título III, del Libro I. Y digo con gran desacierto debido a que en ese momento la libertad condicional no estaba configurada como una forma sustitutiva de las penas por lo que su ubicación carecía de sentido

relativo a la naturaleza jurídica de este instituto penitenciario. Por diferentes autores se le ha llegado a catalogar como «forma sustitutiva de las penas» (dada su ubicación en el Código penal)⁷²⁷; como «grado de clasificación penitenciaria» (atendiendo al artículo 72.1 de la L.O. 1/1979), o lo que es lo mismo, como una forma de cumplimiento de la pena⁷²⁸; como «beneficio penitenciario» o «recompensa»⁷²⁹; e incluso como «derecho

sistemático. En esta tesitura fue GARCÍA VALDÉS quien propuso que dicha rúbrica debería más bien establecerse como “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”. Fue ésta precisamente la denominación que se introdujo fruto de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modificó el Código penal. Junto a ello también es necesario recordar su regulación en el Reglamento Penitenciario que se encuentra ubicada en su Título VIII rubricado “De la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios” en el Capítulo I titulado precisamente “De la libertad condicional” y que comprende los artículos 192 a 201.

⁷²⁷ Esta postura es la que comparte MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 145, quien argumenta que ni los criterios ni el procedimiento de concesión de este instituto tiene relación con el resto de grados. En igual sentido BUENO ARÚS, “Los beneficios penitenciarios...”, p. 575.

⁷²⁸ Al respecto véase POZA CISNEROS, “Formas sustitutivas...”, p. 287; TAMARIT SUMALLA, GARCÍA ALBERO, SAPENA GRAU, RODRÍGUEZ PUERTA, *Curso de derecho Penitenciario*, p. 258; DE LAMO RUBIO, *El Código Penal de 1995 y su ejecución...*, p. 84; RODRÍGUEZ ALONSO, *Lecciones de derecho penitenciario*, p. 333; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, p. 227; o GARCÍA VALDÉS, “Sobre la libertad condicional...”, p. 1066. Especial consideración por su claridad merece SÁNCHEZ YLLERA, “La libertad condicional...”, p. 137, cuando señala que “[...] discusiones teórico-dogmática a parte sobre si es un derecho subjetivo o un beneficio penitenciario, lo que me interesa destacar desde un principio es que se trata de una forma de cumplir condena”. Igual de tajante se muestra FERNÁNDEZ BERMEJO, “La desnaturalización de la libertad condicional...”, p. 3 al decir que “La libertad constituía, definitivamente, un cuarto grado penitenciario”.

⁷²⁹ Parece clara que la libertad condicional, desde su configuración inicial hasta ahora ha tenido la consideración de un beneficio penitenciario para el reo siempre que se cumplieran una serie de requisitos. BUENO ARÚS, “Los beneficios penitenciarios...”, pp. 565 y ss., considera que “[...] los beneficios penitenciarios no sólo son los que comprenden las instituciones que supongan un acortamiento real y efectivo de la condena, sino también aquellos que reducen la permanencia en prisión”. En la misma línea, FERNÁNDEZ GARCÍA, “Los beneficios penitenciarios...”, p. 378; ASECIO CANTISÁN, “Algunas consideraciones en torno a libertad condicional”, pp. 1 y ss., así como BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Alternativas a las penas de prisión...”, p. 70, cuando dice que “[...] la libertad condicional [...] participa de la naturaleza, junto con el indulto particular, de los beneficios penitenciarios por constituir medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme -indulto particular- o del tiempo efectivo de internamiento”, entre otros.

Sin embargo creo que la libertad condicional no puede entenderse en sentido estricto como beneficio penitenciario y ello a pesar de que el Reglamento Penitenciario regule en el Título VIII la libertad condicional y los beneficios penitenciarios, ya que lo hace en capítulos diferentes. Así, la libertad condicional, en la norma reglamentaria aparece regulada en el Capítulo I y los beneficios penitenciarios en el Capítulo II. Además, el artículo 202.2 del Reglamento Penitenciario descarta totalmente la posible relación que pudiera tener la libertad condicional con la naturaleza de los beneficios penitenciarios al disponer que “1. A los efectos de este Reglamento, se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento. 2. Constituyen, por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular”. Sobre el adelantamiento de la libertad condicional dispone el artículo 205 del Reglamento penitenciario que “Las Juntas de Tratamiento de los Centros penitenciarios previa emisión de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social podrán proponer al Juez de Vigilancia competente el adelantamiento de la libertad condicional para los penados clasificados en tercer grado, siempre que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena o condenas y que sean merecedores de dicho beneficio por observar buena conducta y haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, conforme a lo establecido en el

subjetivo del interno»⁷³⁰; entre otros conceptos. Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse, entre otros, BUENO ARÚS al reconocer que “las discrepancias doctrinales pertenecen desde luego a la misma naturaleza de las cosas y en Derecho no se trata tanto de tener razón como de decir cosas razonables. Lo que importa es tener claro qué consecuencias teóricas se han de deducir de una determinada toma de postura y advertir que tales consecuencias pueden ser perfectamente defendibles”⁷³¹.

De todas estas interpretaciones creo que ninguna de ellas valora una visión en su conjunto de las consecuencias que conlleva la libertad condicional del penado. Como decía, solo el artículo 72.1 de la L.O. 1/1979, lo reconoce de forma expresa como cuarto grado de clasificación penitenciaria en el cumplimiento de la pena. No obstante, desde mi opinión, creo que es necesario valorar la libertad condicional desde dos puntos de vista: a) como derecho subjetivo; y b) como beneficio penitenciario. Creo que es innegable que se trata ante un derecho subjetivo del penado siempre y cuando se den las condiciones objetivas para ello (cumplimiento de los requisitos que el Código penal y el

Código Penal”. Y por lo que se refiere al indulto parcial dispone el artículo 206 que “1. La Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurren, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias: a) Buena conducta. b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad. c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social. 2. La tramitación del indulto a que se refiere el párrafo anterior se regulará por lo dispuesto en la vigente legislación sobre el ejercicio del derecho de gracia y en las disposiciones que la complementen o modifiquen”.

Al respecto señala FERNÁNDEZ BERMEJO, “La desnaturalización de la libertad condicional...”, pp. 8 y 9, que “Resulta evidente, por tanto, que la libertad condicional no puede concebirse como un beneficio penitenciario, por cuanto que no supone una reducción de la condena, sino más bien una forma de cumplimiento de la misma de carácter extramuros, atendiendo a la individualización practicada sobre el individuo, y como antesala para la obtención de la libertad definitiva. El hecho de no cumplir condena en el espacio intramuros no puede concebirse como sinónimo de una reducción de condena, sino como el cuarto grado de clasificación penitenciaria”.

⁷³⁰ Entre quienes abogan por considerar a la libertad condicional como un derecho subjetivo se encuentra PRIETO RODRÍGUEZ, “La libertad condicional...”, p. 196, al considerarla como “[...] un auténtico derecho del penado, siempre que concurren los requisitos legales establecidos, demandando la potenciación de este instituto, en aras de dar cumplimiento al mandato resocializador”.

⁷³¹ Restando importancia a estas disputas doctrinales BUENO ARÚS, “Prólogo”, p. 20, señala que “[...] si la libertad condicional es un beneficio penitenciario y/o derecho subjetivo del penado, carecerá quizá de importancia desde una perspectiva sistemática, o la rebajan considerablemente, porque una cosa no quita la otra. Y también porque hablar de derecho subjetivo, interés, beneficio, expectativa, etc. no da ninguna fijeza a la comprensión del concepto ya que los Jueces y Tribunales, empezando por el Tribunal Constitucional, atribuyen a cada una de estas figuras, no un *status iuris* uniforme, sino las consecuencias que su colocación en la Constitución, en la Ley Orgánica o en el cerebro del juzgador parecen sugerir a éste”.

Reglamento penitenciario disponen). Pero este derecho subjetivo no tiene una entidad propia en sí misma sino que se encuentra intrínsecamente vinculado a la otra parte de la relación jurídica que no es otra que la Administración. Es la Administración penitenciaria la que deberá proponer la concesión de la libertad condicional al penado cuando entienda que se cumplen los requisitos legales, siendo finalmente el juez de vigilancia penitenciaria el competente para su concesión⁷³². Sin duda alguna, lo más destacable de esta relación es el carácter de derecho para el reo y la obligatoriedad para la Administración cuando se acrediten cumplimentados los presupuestos legales para su concesión⁷³³. Consecuentemente la libertad condicional supone un derecho subjetivo desde la perspectiva del reo a la vez que un beneficio penitenciario concedido por la Administración penitenciaria, solo en caso de concurrencia de los presupuestos que prevén las Leyes.

No ha ayudado a definir naturaleza jurídica de la libertad condicional la reforma penal en esta materia. Bajo mi punto el legislador ha atribuido a la libertad condicional el mismo régimen que a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, pero sin darle entidad jurídica propia suficiente a la libertad condicional. Lo anterior ha provocado lo que GUIASOLA LERMA, entre otros, denomina la «desnaturalización de la libertad condicional»⁷³⁴. Creo que esta nueva configuración, si bien sistemáticamente se corresponde con la ubicación que tradicionalmente se le ha dado a la libertad condicional en el Código penal, lo cierto es que no ha tenido en cuenta que ni los principios inspiradores ni la finalidad de una y otra figura son los mismos, lo que provoca situaciones no pretendidas ni buscadas por el legislador pero que en la práctica se producen con relativa frecuencia.

Creo firmemente que este cambio en su naturaleza jurídica parte del falso entendimiento de que el cumplimiento de la pena que le queda al reo en libertad condicional no es, estrictamente, cumplimiento de pena. Esta modificación viene a generalizar, en la práctica, la excepción que ya introdujo la L.O. 7/2003, de 30 de junio,

⁷³² Profundizando sobre esta cuestión SERRANO BUTRAGUEÑO, “Artículo 90”, p. 1040,

⁷³³ Sobre el carácter imperativo en la concesión de la libertad condicional me detendré en el apartado siguiente en el que se verá que no todo tipo de libertad condicional tiene tal carácter.

⁷³⁴ A esta conclusión llega no solo GUIASOLA LERMA, “Libertad condicional...”, p. 382, sino otros autores como FERNÁNDEZ BERMEJO, “La desnaturalización de la libertad condicional...”, pp. 1 y ss.; DAUNIS RODRÍGUEZ, “La libertad condicional...”, pp. 2 y ss.; RASILLO LÓPEZ, “La libertad condicional”, pp. 2 y ss.; ORTEGA CALDERÓN, “El nuevo régimen temporal...”, pp. 6 y ss.

de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, para los condenados por terrorismo consistente en la «no deducción del tiempo disfrutado en libertad condicional del cómputo del tiempo restante por cumplir en los supuestos de revocación de la libertad condicional»⁷³⁵. Como digo, esta excepción, que fue y es ampliamente criticada por la doctrina por vulnerar los principios de cosa juzgada, de seguridad jurídica y de igualdad así como por suponer una nueva concesión a la retribución en perjuicio de la prevención especial, quedaría ahora justificada en la conversión de la libertad condicional en una forma de suspensión de la condena. Esta cuestión será analizada al estudiar el artículo 90.6 inciso segundo del Código.

Me planteo todo lo anterior porque se le ha otorgado a la última parte de la condena (libertad condicional) el mismo régimen que a la suspensión de la pena, cuando esta última responde a razones resocializadoras que pretenden evitar la entrada en prisión y las consecuencias negativas que ésta puede tener sobre una persona. Es evidente que la suspensión actúa para evitar la entrada en prisión mientras que en la libertad condicional esa entrada ya se ha producido y se ha podido ver afectado por sus efectos negativos. Dicho de otro modo, en esta última fase de cumplimiento de la pena se observan los mismos elementos que se tienen en cuenta para que el delincuente primario no entre en prisión, cuando lo cierto es que ya está en prisión. Llegados a este punto, ¿es posible aplicar estos mismos criterios teniendo en cuenta que el reo ya ha cumplido parte de la pena? Parece que no. Pero así lo regula el legislador por poco acierto.

Bajo mi punto de vista, «suspensión de la pena» y «libertad condicional» son instituciones distintas con fundamentos distintos. Insisto que la suspensión de la pena pretende evitar la entrada en prisión del delincuente primario para evitar el contacto con otros reos y el efecto desocializador que ello le produciría (actuando por lo tanto para evitar ese ingreso en prisión); mientras que la libertad condicional se otorga por el órgano judicial una vez se haya permanecido un período determinado en prisión

⁷³⁵ Como es conocido el Código penal de 1995 se vio enormemente modificado en esta materia relativa a la libertad condicional con la L.O. 72003, de 30 de junio. Esta reforma, como indica BUENO ARÚS, “Prólogo”, p. 17, “[...] complica, no siempre con la suficiente claridad, el régimen jurídico de la institución y de su lógico precedente, la prisión abierta o tercer grado de tratamiento, en los nuevos párrafos introducidos en los apartados 5 y 6 del artículo 71.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, haciendo cambiar nada menos que el significado de la responsabilidad civil derivada del delito, y reformando las manifestaciones del *terrorista* arrepentido, como vinculaciones públicas de respeto a la ley, exigibles una y otras como requisitos indispensables, aunque externos, para el disfrute de determinados beneficios penitenciarios”.

(actuando consecuentemente después de esa entrada en prisión que precisamente la suspensión de la pena pretende evitar) y siempre que exista un pronóstico de reinserción favorable, para seguir con el proceso resocializador. Si bien, no se puede negar que, a pesar de que tienen fundamentos distintos, lo cierto es que cumplen una finalidad común que lo es a todas las penas: la reeducación y reinserción social consagrada constitucionalmente en el artículo 25.2 de la Constitución española.

A lo anterior cabría añadir que la suspensión de la pena que le reste por cumplir al reo por la libertad condicional, a diferencia de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad prevista en el artículo 80 del Código, puede acordarse respecto de «cualquier pena de prisión», independientemente de cuál sea su cuantía y aplicarse a «cualquier penado» haya delinquirido o no por primera vez. En este sentido entiendo que es más favorable y beneficiosa para el reo, sin olvidar, que una parte (la mayor parte de la pena) ya se habrá cumplido en prisión.

C. *Órgano judicial que ha de conceder la libertad condicional: carácter de dicha concesión.*

Parece clara que la competencia para acordar la libertad condicional del penado le corresponde al «juez de vigilancia penitenciaria», toda vez que el 90.1 párrafo primero del Código así lo recoge expresamente. A pesar de esta dicción la doctrina no es unánime sobre el órgano competente para resolver acerca de la libertad condicional del sujeto⁷³⁶. Es destacable que en la primera versión del Anteproyecto de Ley de

⁷³⁶ Por su parte SÁEZ MALCEÑIDO, “Reformas sustantivas y procesales...”, p. 2, indica que “Ya el Anteproyecto de Reforma de CP aprobado el 11 de octubre de 2012 comenzaba refiriéndose al *Juez de Vigilancia Penitenciaria* en el art. 90.1, aunque en lo sucesivo se hablaba repetidamente de *Juez o Tribunal* [arts. 90.1 c), 90.2 c), 90.4, 90.7, 91.2, 91.3, 91.4, 92.4], e incluso únicamente de *Tribunal* [art. 92.1 c)]. Esta confusión persiste en el ya aprobado Proyecto dado que si bien en la mayor parte del articulado se emplea la expresión *El Juez de Vigilancia Penitenciaria* (art. 90.1 -en dos ocasiones-, arts. 90.2.2, 90.3, 90.4, 90.5, 90.7, 91.1.2, 91.2 y 92.3.3), en otros preceptos se habla tanto de *Juez o Tribunal* (art. 91.3 -en dos ocasiones-, y art. 92.3.2), como de *Tribunal* a secas (art. 92.1 -en cuatro ocasiones- y art. 92.5). Resultaría fácil comprender que se trata de una mera errata material y que será el Juez de Vigilancia Penitenciaria (en adelante JVP) en cuya circunscripción se halle en centro de cumplimiento el que, como hasta ahora, fiscalice el acceso a la semilibertad de los reos, pero lo cierto es que no se despejan completamente las dudas que llevan a dirigir de hito en hito la atención hacia el órgano sentenciador, lo que parece respaldar también la nueva expresión empleada al regular el instituto, cual es *suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión*, pues al hablar de suspensión pensamos en un incidente del que como es sabido conoce el órgano que impuso la pena que se somete a posible relajación. Otro posible argumento a favor de esta tesis lo avala la expresión *resto de la pena* [...], es decir, no se trata de suspender la condena como suma de todas las penas impuestas a un recluso, sino de cada pena individualmente considerada a un ciudadano libre. Como contrapartida, no se especifica qué criterios

reforma del Código penal de 2012, se suprimía la figura del juez de vigilancia penitenciaria, pero finalmente se mantuvo esta redacción por lo que se le sigue atribuyendo dicha competencia. Pero si se va más allá de la dicción literal del Código penal surgen las dudas. Si lo que realmente ha querido el legislador es configurar la libertad condicional como una forma de suspensión de la ejecución de las penas de prisión (que es lo que se viene reiterando), no tendría fundamentación alguna el hecho de que fuera el juez de vigilancia penitenciaria el que mantuviera dicha competencia sino que debiera ser competente «el juez o tribunal sentenciador». Sin embargo parece que el legislador no se ha detenido en esta tesitura, ya que aun cuando quiere (y de hecho lo hace) que la libertad condicional pase a ser una forma de suspensión de la pena, sigue manteniendo que sea el juez de vigilancia penitenciaria el encargado de conceder o denegar la libertad condicional⁷³⁷.

A pesar de ello, hay referencias en el articulado de la libertad condicional que entiendo que, con manifiesto error u olvido, no se han modificado y se sigue aludiendo a la figura del juez o tribunal (entiéndase al sentenciador) y no al juez de vigilancia penitenciaria. Así por ejemplo el artículo 90.7 inciso segundo dice que “En el caso de que la petición no fuera estimada, el juez o tribunal podrá [...]”; igualmente el artículo 90.3 párrafo segundo, en lo relativo a la modificación e imposición de nuevas obligaciones que quedan reservadas al juez o tribunal cuando señala que “El juez o

deben seguirse cuando sean varios los sentenciadores, lo que resultaba obligado, si debe arrogarse la competencia a uno solo de ellos y de estos al que impuso la pena más grave, o a cada uno de ellos respecto de la pena que impuso. Otro alegato se sustenta en el nuevo art. 90.5, que señala que serán de aplicación a la libertad condicional *las normas contenidas en los arts. 83, 86 y 87*, que se refieren a la suspensión que concede el Tribunal ejecutor. Por su parte e incrementando el desconcierto, el [Borrador del Código Procesal Penal] atribuye la competencia en materia de libertad condicional al *Tribunal* (arts. 672.2 y 673.2) y al *Tribunal de Ejecución* (arts. 669.1, 669.2, 670, 672.1 y 673.1)”. Así lo corrobora GUIASOLA LERMA, “Libertad condicional...”, p. 379, cuando señala que “En el texto aprobado ya solo aparece como órgano competente el Juez de Vigilancia Penitenciaria, lo cual resulta positivo. Se ha eliminado la contradicción existente en el texto inicialmente proyectado que hacía referencia a dos órganos jurisdiccionales diferentes: de un lado al Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP) y de otro a los Jueces y Tribunales, referencia a estos últimos que podía encontrar su justificación en la nueva naturaleza atribuida a la libertad condicional, como forma de suspensión de la pena — en tanto es a los que corresponde según el Código Penal la decisión sobre la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad”.

⁷³⁷ Como oportunamente apunta SALAT PAISAL, “Libertad condicional”, p. 196, “El cambio de órgano judicial responsable de la decisión podría haber tenido sentido como consecuencia del cambio de naturaleza jurídica de la libertad condicional, de modo que si ahora ésta se configura como una modalidad de suspensión podría haberse entendido lógico que la competencia correspondiera al Juez o Tribunal sentenciador. No obstante, a diferencia de la suspensión entendida como tal hasta ahora regulada, la distancia temporal entre el momento de la condena y el de la concesión de la suspensión del resto de la pena hace que el órgano judicial más idóneo para conocer sobre la decisión sea el JVP y no el Juez o Tribunal sentenciador”.

tribunal [...]”; de igual forma el nuevo artículo 92.1 del Código que regula la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable y concesión de la libertad condicional, atribuye competencia al tribunal para su concesión al fijar que “El tribunal acordará [...]”. En este contexto, parece que solo la revocación de la libertad condicional que le corresponde al juez de vigilancia penitenciaria; así lo refleja el artículo 90.3 párrafo tercero cuando dice “Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional [...]”.

No obstante, bajo mi punto de vista, desde esta nueva visión de la libertad condicional como forma de suspensión, no procedería asignar al juez de vigilancia penitenciaria una función relativa a una modalidad de suspensión de la pena. Pero del mismo modo, tampoco procedería el hecho de que sea el juez o tribunal sentenciador el encargado de resolver en el seno de una institución eminentemente penitenciaria como lo es la libertad condicional por su tradición histórica. La cuestión no pasó desapercibida para el Consejo General del Poder Judicial quien apuntó, en su informe al Anteproyecto de reforma del Código penal de 16 de enero de 2013, a una «falta de determinación al órgano competente para decidir». Incluso en ese mismo informe se afirma que las menciones a ese «juez o tribunal» a las que anteriormente me refería, no puede ser otro que el «sentenciador», eliminando toda duda de que pudiera referirse al «juez de vigilancia penitenciaria». Sin embargo justifica que la competencia sea del juez de vigilancia penitenciaria por dos motivos fundamentales: a) el artículo 76.2 de la LOGP no se ha modificado y en él la competencia se atribuye al juez de vigilancia penitenciaria; y b) el órgano judicial que conoce y sigue la evolución penitenciaria del penado no es otro que el juez de vigilancia penitenciaria. Parece conveniente que sea ese juez y no el tribunal sentenciador el que resuelva todo lo relativo a la libertad condicional.

Si la cuestión relativa al órgano competente para conceder la libertad condicional es debatida como acaba de señalarse, lo mismo podría decirse del carácter de la institución: ¿tiene la libertad condicional carácter facultativo o imperativo? Para resolver la discusión no basta un mero acercamiento a la dicción del precepto, puesto que los artículos 90.1 y 90.2 lo regulan de diferente modo. Por un lado, el encabezamiento del artículo 90.1 párrafo primero del Código penal, es claro cuando señala que «el juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado». Supone esta

redacción que la libertad condicional como forma de suspensión de la pena que le quede por cumplir al penado se acordará y se concederá «de forma imperativa» por el juez de vigilancia penitenciaria una vez verificado que se cumplen los requisitos que indica el propio precepto y sobre los que luego ahondaré. No es discutido este carácter imperativo en su concesión (una vez acreditados los requisitos legales) en consonancia con el derecho subjetivo que tiene el condenado a que se le conceda la libertad condicional.

No obstante, por otro lado, el artículo 90.2 párrafo primero referido a la denominada libertad condicional anticipada dice que «también podrá», lo cual supone un carácter facultativo del juez de vigilancia penitenciaria. Esta redacción hace que se cuestione ese carácter imperativo del artículo 90.1 del Código puesto que ese «también podrá», lo es en relación a la libertad condicional regulada en el artículo 90.1. Dando una solución lógica a esa falta de precisión legislativa, GUIASOLA LERMA, apunta que “para reforzar su condición de derecho subjetivo debiera haberse sustituido la posibilidad de concesión por la siguiente redacción «también se acordará la concesión»”⁷³⁸. De este modo la cuestión quedaría zanjada al quedar claro que la libertad condicional se ha de conceder de forma automática por el juez una vez que concurren los requisitos legales.

D. Clases de libertad condicional.

Como adelantaba, la L.O. 1/2015, da una nueva regulación a la configuración de la libertad condicional, si bien se mantienen las clases que ya regulaba con anterioridad, modificando alguno de sus requisitos, a la vez a la vez que se crean otras figuras nuevas. El nuevo escenario supone la existencia de hasta siete tipos distintos de libertad condicional; a saber: subsisten en la configuración actual del Código penal la libertad condicional común, básica u ordinaria (una vez cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la condena); la denominada libertad condicional anticipada o adelantada (una vez cumplidas las $\frac{2}{3}$ partes de la condena); la conocida como libertad condicional cualificadamente anticipada (una vez cumplidas las $\frac{2}{3}$ partes de la condena menos hasta noventa días por año de cumplimiento efectivo); la libertad condicional en el caso de condenados por

⁷³⁸ Así lo expone GUIASOLA LERMA, “La libertad condicional...”, pg. 381.

delitos de terrorismo y delincuencia organizada; y la libertad condicional específica para septuagenarios y personas con enfermedades muy graves y padecimientos incurables (mientras las cuatro primeras se regulan en el artículo 90 la última de ellas pasa a regularse en el artículo 91 del Código). Junto a ellas, son de nueva regulación la libertad condicional excepcional a mitad del cumplimiento de condenas a penas de prisión no superiores a tres años a penados que cumplan su primera condena (artículo 90) y la libertad condicional en caso de prisión permanente revisable (prevista en el artículo 92)⁷³⁹.

Si bien esta clasificación recogida en la Sección III, del Capítulo III, Título III, del Libro I del Código, es prolija no es exhaustiva, toda vez que habría que añadir la libertad condicional en los supuestos de acumulación jurídica de condenas regulados en el artículo 78 del Código, así como la libertad condicional de los extranjeros no residentes legalmente en España, prevista en el artículo 197 del Reglamento penitenciario. Estos casos no serán analizados por exceder de la configuración de la suspensión de la pena.

De cada una de estas modalidades de libertad condicional pretendo analizar a continuación las principales innovaciones que se introducen en sus presupuestos en la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, sobre la base de que la libertad condicional pasa a ser una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena. Como ya adelantaba en la introducción del presente apartado, no se pretende realizar una profundización sobre la materia, toda vez que excede del alcance del presente trabajo.

Con carácter previo a examinar estos supuestos de libertad condicional, entiendo que es necesario realizar una precisión: la libertad condicional, al igual que la suspensión de la pena, solo se concede a los presos condenados o penados en sentencia penal firme. A esta firme conclusión se llega con una interpretación gramatical de los diferentes preceptos legales que regulan esta materia que hablan indistintamente de «penados» o «condenados». Igualmente, una interpretación teleológica confirma la idea

⁷³⁹ De esta profunda reforma del Código penal en las clases de libertad condicional se hacen eco los autores; a saber: DAUNIS RODRÍGUEZ, “La libertad condicional...”, p. 1; SALAT PAISAL, “Libertad condicional”, pp. 191 y ss.; RASILLO LÓPEZ, “La libertad condicional”, p. 1 y ss.; FERNÁNDEZ BERMEJO, “La desnaturalización de la libertad condicional...”, p. 1 y ss., SÁEZ MALCEÑIDO, “Reformas sustantivas y procesales...”, p. 2, cuando indica “Manteniendo la estructura y finalidad de las que está dotada, la libertad condicional ordinaria va a experimentar en su configuración sustanciales modificaciones respecto del texto vigente, por aspectos que o bien han sido suprimidos o bien resultan enteramente avanzados”, entre otros.

de que solo a un preso penado, sentenciado o condenado pueden serle aplicados los supuestos de la suspensión de la pena y concesión de la libertad condicional. Ello conlleva, necesariamente, que el preso preventivo no pueda acceder a estos supuestos porque la libertad condicional es la última fase de la ejecución de la pena privativa de libertad. Difícilmente se podrá aplicar la libertad condicional a un preso preventivo que ni siquiera ha sido todavía juzgado sino que se encuentra preso provisionalmente y a la espera de juicio. Esta premisa comporta que un preso preventivo septuagenario o que padezca una enfermedad muy grave con padecimientos incurables (supuesto excepcional de libertad condicional sobre el que me detendré en el apartado correspondiente), no podrá disfrutar de los supuestos de la libertad condicional. Sólo los presos penados o condenados en sentencia penal firme pueden acceder a la libertad condicional y a sus supuestos excepcionales.

En mi opinión esto es un error del legislador puesto que si la excarcelación del septuagenario y del enfermo muy grave con padecimientos incurables se fundamenta en razones humanitarias, éstas se presentarán siempre (desde un punto de vista objetivo) con independencia de cuál sea la situación procesal y penal del interno. Sobre esta cuestión incidiré al hablar sobre la buena conducta y del resto de presupuestos que prevé el actual Código penal.

Antes de entrar en este análisis, apuntar que el artículo 90.5, párrafo primero, se remite al contenido de las reglas de conducta así como a las causa de revocación y remisión de la pena de los artículos 83, 86 y 87 respectivamente, por lo que lo dicho en los apartados correspondientes al realizar dicho análisis tiene igualmente aplicación a estos supuestos:

Art. 90.5 pfo. 1º. “En los casos de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, resultarán aplicables las normas contenidas en los artículos 83, 86 y 87”.

- a) Supuestos generales de libertad condicional.
- a') Libertad condicional básica, común u ordinaria: requisitos.

La libertad condicional al penado se otorga, con carácter general, tras el cumplimiento de los requisitos del artículo 90.1 párrafo primero del Código penal. Dispone este precepto lo siguiente:

Art. 90.1 pfo. 1º. “El juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que se encuentre clasificado en tercer grado.
- b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta.
- c) Que haya observado buena conducta”.

Este artículo mantiene los tres requisitos que tradicionalmente se venían exigiendo para conceder la libertad condicional ordinaria como son: la clasificación en tercer grado penitenciario; haber extinguido las tres cuartas partes de la condena; y observar buena conducta. Conviene precisar que los dos primeros requisitos no se han visto modificados con la L.O. 1/2015, siendo el tercero de ellos el que se ha visto matizado.

Por lo que respecta a la «clasificación del penado en tercer grado»⁷⁴⁰, como es conocido, en este tercer grado se puede encontrar el penado, bien cuando ésta sea su clasificación inicial, o bien llegando a él en la fase de revisión del grado penitenciario ya sea mediante acuerdo administrativo o por resolución del juez de vigilancia

⁷⁴⁰ Tradicionalmente los Códigos penales españoles de 1928, 1932, 1944 así como el Texto revisado de 1963 y el Texto refundido de 1973, exigían para acceder a la libertad condicional que el reo estuviera en el «último período del cumplimiento de la condena». No obstante, a pesar de esa denominación tanto el Reglamento de Prisiones de 1948 como el Reglamento Penitenciario de 1981, exigían en su articulado que el penado estuviese «clasificado en el tercer grado». Por ello es destacable que la clasificación en tercer grado penitenciario es un requisito cuya exigencia no siempre ha sido constante en los antecedentes legislativos españoles. Así, el Decreto de 22 de marzo de 1932 no lo exigía. En cambio, el Reglamento penitenciario de 5 de marzo de 1948 sí lo hacía. Por su parte, el Reglamento penitenciario de 1956 cambia nuevamente el criterio y no lo exige. Posteriormente, el Reglamento penitenciario de 1981 lo vuelve a exigir, condición que ya se mantendrá hasta nuestros días. Puesto que ésta era la realidad práctica el actual Código penal de 1995, en el momento de su publicación, ya recogía la necesidad de que el penado estuviera clasificado en tercer grado como primer paso para ser beneficiado con la libertad condicional. Entiendo que este vaivén legislativo no es casual, sino que obedece a una duda razonable sobre su conveniencia en los supuestos excepcionales de la libertad condicional.

penitenciaria o del tribunal sentenciador en vía de recurso⁷⁴¹. Conviene recordar que la competencia para acordar tanto la clasificación inicial, como las progresiones y regresiones de grado, le corresponde a la Administración tal y como señala el artículo 31.1 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento penitenciario⁷⁴², no pudiendo el juzgado de vigilancia penitenciaria conocer de tales materias sino en virtud del correspondiente recurso frente a la resolución administrativa, de conformidad con el artículo 76.2 f) de la L.O. 1/1979⁷⁴³. Así se viene reconociendo desde la STC de 25 de junio de 1998.

Cuando la clasificación inicial del penado sea ese tercer grado directamente, no parecen existir dudas sobre su posibilidad de acceso a la libertad condicional, al estar reconocido, como se viene reiterando, como un derecho subjetivo del reo⁷⁴⁴. El debate se suscita cuando se encuentra en otro grado penitenciario (primero o segundo), puesto

⁷⁴¹ Como límites propios para la clasificación o progresión al tercer grado de clasificación penitenciaria, se encuentran los introducidos por la L.O. 7/2003, de 30 de junio, relativos al artículo 36.2 y 78 del Código, así como lo dispuesto en el artículo 104.3 del Reglamento Penitenciario vigente, que establece que “Para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado”.

⁷⁴² Dispone este precepto del Reglamento penitenciario:

Art. 31.1. “Conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el centro directivo tiene competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso”.

⁷⁴³ Señala este precepto que:

Art. 76.2 f). “Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia: f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado”.

⁷⁴⁴ En los criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria españoles, en sus XVIII reuniones celebradas entre 1981 y 2008 se llegó a la conclusión de que “Debe ser rechazada a *limine litis* cualquier petición de libertad condicional de un penado que no se encuentre clasificado en tercer grado en el momento de formular su solicitud, salvo en los supuestos excepcionales de enfermos graves con padecimientos incurables, o penados que hayan cumplido la edad de setenta años o estén próximos a alcanzarla. En estos supuestos, el juez de vigilancia penitenciaria podrá acordar dicha progresión de grado, sin propuesta previa del establecimiento, en el mismo Auto en que se conceda a aquél el beneficio de la libertad condicional”. En esta conclusión se comprueba hasta qué punto la clasificación en tercer grado del penado es *condictio sine qua non* para poder conceder la libertad condicional. No obstante se trata de conclusiones que en ningún caso tienen carácter vinculante para el juez competente, si bien sí que es de necesaria apreciación de conformidad con el artículo 90.1 párrafo primero del Código penal.

que en este caso se han de aplicar las reglas generales penitenciarias, en las que, insisto, es la Administración la encargada de la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, solo actuando el juez de vigilancia penitenciaria por vía de recurso. Siendo por lo tanto competente la Administración penitenciaria y, a pesar de que, vía recurso intervenga el juez de vigilancia penitenciaria, creo conveniente destacar la posible indefensión del penado ante la negativa a la progresión al tercer grado que es la que le da acceso (cumpliendo con el resto de requisitos) a la libertad condicional. Solo interponiendo el recurso correspondiente se podría solventar tal situación siendo conveniente que existiera un trámite intermedio a través del cual se controlara esa clasificación penitenciaria sin tener que presentar formalmente recurso.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la clasificación en tercer grado de un penado es aquella que conlleva que se encuentre cumpliendo la pena en un régimen abierto. Así lo regula el artículo 100.1 inciso segundo del Reglamento Penitenciario cuando señala que:

Art. 100.1. “Los grados serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad serán más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto.

El tercer grado determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades”.

De hecho consideran razonable la simultánea clasificación en tercer grado y la concesión de la libertad condicional, autores como MAPELLI CAFFARENA⁷⁴⁵; es decir, suele ser habitual la clasificación en el tercer grado y la concesión automática de la libertad condicional sin necesidad de pasar un tiempo mínimo en tal grado, puesto que el Código solo regula que ha de estar en dicho grado, sin entrar a fijar un período mínimo de estancia. Además dispone el artículo 102.4 del Reglamento penitenciario⁷⁴⁶ que:

⁷⁴⁵ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 147.

⁷⁴⁶ De conformidad con este precepto se puede concluir que la exigencia de esa capacitación de vivir el semilibertad, está justificada en el caso de la libertad condicional, cuya finalidad es reeducadora, pero carece de sentido en los supuestos excepcionales de la libertad condicional, cuya pretensión es humanitaria. La doctrina científica y la autoridad judicial se han pronunciado también sobre esta materia. Así, el CGPJ, en su informe al Proyecto de Código penal de 1994, advertía de la conveniencia de no

Art. 102.4. “La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad”.

Es decir, se valora previamente la preparación del penado para vivir en semilibertad, como paso previo a su salida de prisión. A lo anterior hay que añadir el artículo 192 del Reglamento que dispone:

Art. 192. “Los penados clasificados en tercer grado que reúnan los demás requisitos establecidos al efecto en el Código Penal cumplirán el resto de su condena en situación de libertad condicional, conforme a lo dispuesto en dicho Código”.

El segundo de los requisitos a que condiciona el Código penal la concesión de la libertad vigilada lo es a que «se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta». Este cumplimiento de al menos las tres cuartas partes de la pena supone un límite mínimo de cumplimiento para que pueda ser concedida; es decir, a partir de ese momento podrá el penado obtener su libertad condicional siempre que se cumplan con el resto de requisitos⁷⁴⁷. Más allá de la posibilidad de que este cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena pueda o no ser excesivo⁷⁴⁸, lo que me importa resaltar en

exigir la previa clasificación en tercer grado en los supuestos excepcionales de la libertad condicional, amparándose en que en última instancia han de prevalecer siempre las consideraciones humanitarias. En esta línea de pensamiento, el criterio de actuación de los juzgados de vigilancia penitenciaria, aprobado en su octava reunión, celebrada en Madrid en 1994, establece que “en los supuestos de aplicación urgente de la libertad condicional por razón de enfermedad grave e incurable, no hallándose el interno clasificado en tercer grado, el Juez de Vigilancia podrá acordar dicha progresión de grado, sin propuesta previa del Establecimiento, en el mismo Auto en que se conceda a aquél el beneficio de la libertad condicional”. En igual sentido se pronuncia la instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 19 de octubre de 1994, cuando se refiere a la revisión de grado en estos supuestos. Concluye esta instrucción diciendo que “en tales casos resulta especialmente importante que el seguimiento y las oportunas propuestas de clasificación se efectúen con rapidez y sin sometimiento a plazo alguno, sino con el exclusivo criterio de la evolución de la enfermedad”.

⁷⁴⁷ Criticando esta regulación, FERNÁNDEZ BERMEJO, “La desnaturalización de la libertad condicional...”, p. 16, indica que “Es evidente que resulta contradictorio el hecho de que en la Exposición de Motivos se exponga que puede obtenerse la libertad condicional cuando se cumpla, entre otros factores, «una parte relevante de la condena», situación que el legislador manifiesta que sólo podrá tener lugar cuando se haya cumplido una «parte mínima de condena». Por tanto, pareciera que el legislador no tiene una concepción sólida de las instituciones que implanta o intenta modificar, exteriorizando una ausencia de proporcionalidad lógica y principio de humanización en la ejecución de las condenas”.

⁷⁴⁸ Se trata como digo de un plazo mínimo de cumplimiento para poder acceder a la libertad condicional que ha permanecido invariable a lo largo del tiempo a pesar de que parte de la doctrina ha considerado que tal límite pueda ser un tanto excesivo. Véase en este sentido, entre otros, MIR PUIG, “El sistema de sanciones”, p. 30; o CID MOLINÉ, “El sistema penitenciario español”, p. 26. En cambio, RENART GARCÍA, *La libertad condicional*, pp. 64 y 65, considera que “el requisito establecido de las tres cuartas partes de cumplimiento es adecuado, habida cuenta que rebajar dicho límite supondría dejar prácticamente insentido el contenido del artículo 205 RP del 96, relativo al beneficio del adelantamiento de la libertad condicional, cuyo cumplimiento mínimo exigido es el de los 2/3, y en algunos supuestos, la mitad de la condena o condenas impuestas”. FERNÁNDEZ BERMEJO, “La desnaturalización de la

este punto es el problema con el que se encuentran los tribunales de justicia en la apreciación de este requisito cuando se trate de un condenado que tiene varias condenas y las mismas se encuentran cumpliendo de forma simultánea.

Si tiene varias condenas pero las mismas no tienen cumplimiento simultáneo, la cuestión no plantea dudas: habrá que estar al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena de cada pena, que es como si fuera una sola. Sin embargo, lo cierto es que la práctica judicial indica que un porcentaje de reclusos considerable no están cumpliendo una única condena. Es aquí donde se proyecta la problemática sobre cuándo entender cumplidas esas tres cuartas partes de la condena puesto que si no se cumple este requisito no se tendrá acceso a la libertad condicional, como institución suspensiva del cumplimiento de la pena.

Como es sabido, para el caso de que concurran una pluralidad de condenas ha de acudir al denominado principio de unidad de ejecución; principio que no está recogido expresamente en la L.O. 1/1979, pero que sí menciona en la llamada «refundición de condenas» del artículo 193 del Reglamento Penitenciario⁷⁴⁹. Creo que es significativo que ésta sea la única referencia que exista en la legislación a este principio, cuando en la realidad jurídica práctica se plantea con notable frecuencia. Pero aún más significativo me parece que no lo recoja ni el Código penal ni la L.O. 1/1979 y sí el Reglamento Penitenciario que desarrolla esta última Ley. En aplicación de este principio cuando el reo tuviere varias condenas a cumplir de forma simultánea, el cómputo de las tres cuartas partes de la condena, a efectos de acceder a la libertad condicional, pasa por considerar la totalidad de las condenas en cumplimiento como si de una sola se tratara.

libertado condicional...”, p. 6, sostiene que [...] consideramos que disminuir las distintas modalidades configuradas de libertad condicional, pudiera implicar una configuración jurídica más restrictiva o con menores probabilidades para los penados, de acercarse a la libertad”.

⁷⁴⁹ Dispone este precepto que:

Art. 193. “Para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas:

1ª El tiempo de condena que fuera objeto de indulto se rebajará al penado del total de la pena impuesta, a los efectos de aplicar la libertad condicional, procediendo como si se tratase de una nueva pena de inferior duración.

2ª Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total”.

Junto a lo anterior hay que destacar que a la hora de computar esas tres cuartas partes de la pena es indiferente la forma de cumplimiento de la misma. Ello es posible gracias a la vaguedad y amplitud del precepto que solo requiere que el penado haya cumplido esa parte de la condena obviando mención alguna sobre la forma de cumplimiento. Puede haberlo sido por indulto parcial, por redención ordinaria, etc. Además, el cálculo del total de la pena impuesta –y, por tanto, para el cálculo de sus tres cuartas partes o de cualquier otra fracción- deberán también tenerse en cuenta, en su caso, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y las penas de localización permanente respecto a las que, por aplicación del artículo 37.3 del Código, se haya acordado su cumplimiento ininterrumpido. Creo que es una solución justa y proporcional porque lo que busca el legislador es que el reo tenga esa parte de la pena cumplida, independientemente del modo, por lo que es válido tanto su cumplimiento efectivo como si se le computa cumplido por otras vías.

El tercero de los requisitos que ha de concurrir para que el juez de vigilancia penitenciaria conceda la libertad condicional ordinaria *ex* artículo 90.1 párrafo 1º del código es que el condenado «haya observado buena conducta». El problema será definir que se ha de entender por buena conducta y si el mismo ha de entenderse solo a su comportamiento dentro de prisión o también fuera cuando disfrute de algún beneficio penitenciario⁷⁵⁰. Bajo mi punto de vista, lo más adecuado es entender ha de valorarse su

⁷⁵⁰ Como bien señala DAUNIS RODRÍGUEZ, “La libertad condicional...”, p. 14, “Resulta obvio afirmar que la ausencia de faltas regimentales en prisión no implica necesariamente una buena conducta en el exterior y, en sentido contrario, el penado que comete una infracción disciplinaria no está abocado indefectiblemente a la delincuencia cuando quede en libertad”. Además conviene destacar que la regulación anterior al Código penal de 1995 no hablaba de “buena conducta” sino de “conducta intachable”, lo cual entiendo que, gramaticalmente, era más radical que lo que ahora se exige. En este sentido véase ASENSIO CANTISÁN, “Algunas consideraciones...”, pp. 4 y ss., que entiende que “En nuestra opinión la «intachable conducta» no sólo debe identificarse la ausencia de mala conducta [...], sino que incluso ante la comisión de determinadas faltas disciplinarias, un estudio individualizado del interno puede aconsejar la concesión del beneficio que comentamos. En efecto, si partimos de la base de que la libertad condicional tiene como base y fundamento el cumplimiento del mandato constitucional que obliga a orientar la ejecución de la pena privativa de libertad hacia la reinserción social y la reeducación (resocialización, prefiero), el estudio de un interno en concreto puede y debe concluir en ocasiones en que precisamente esa conducta no ajustada a la vida en prisión, esa aparente «no buena conducta» sea consecuencia de una incapacidad para vivir en prisión, pero no para vivir en libertad. Si, por otro lado, entendemos la libertad condicional como elemento pacificador de la vida en prisión, bastará con que el interno haya tenido un comportamiento mínimamente correcto, similar al exigido para la redención de penas por el trabajo, para que sea merecedor del beneficio que comentamos”. Por ello concluye que “[...] entendemos que la intachable conducta, aun cuando debamos hacer abstracción del adjetivo, no debe exigir al interno una conducta superior a la del ciudadano medio que en no pocas ocasiones se verá envuelto en situaciones que en el interior de un centro penitenciario serían constitutivas de sanciones disciplinarias”. El igual sentido GARCÍA VALDÉS, “Sobre la libertad condicional...”, p. 1067, cuando expone que “[...] resulta un tanto tautológica la exigencia de buena conducta, y es que si el primer requisito para conceder la libertad condicional es que el penado esté clasificado en tercer grado,

comportamiento tanto al que tenga o haya tenido dentro de prisión (asistencia y desarrollo de programas específicos, actividades culturales, laborales, educacionales, cumplimiento de destinos laborales, concesión de recompensas, y ausencia de faltas derivadas de expedientes disciplinarios, entre otros), como fuera, durante el disfrute de los permisos de salida, haciendo buen uso de los mismos, previos estos, por norma general, a la concesión de beneficios penitenciarios como el tercer grado y la posterior libertad condicional del penado. Opino, se trata de un requisito de naturaleza eminentemente subjetiva, cuya valoración será siempre difícil, sutil y problemática⁷⁵¹. En todo caso, para objetivar al máximo este requisito subjetivo, habrá que entender por «buena conducta» un comportamiento correcto; lo cual no impedirá que haya cometido alguna infracción (sanción disciplinaria) siempre que la misma esté cancelada en el expediente del interno cuando el juez se tenga que pronunciar sobre este extremo. Pero incluso en ese caso me planteo si, a pesar de no estar cancelada, es posible la concesión de la libertad condicional. Entiendo que si la interpretación fuera tan restrictiva que una sola sanción disciplinaria tendría la consideración de impedimento para la concesión de la libertad condicional, se estaría vulnerando el espíritu y la finalidad de esta institución⁷⁵².

esta clasificación ya lleva implícita la buena conducta. Es incompatible mala conducta y tercer grado, si aquélla aparece lo que procede es la regresión en grado”.

⁷⁵¹ No puedo sino compartir la postura que señala RENART GARCÍA, *La libertad condicional...*, p. 112, que critica este concepto por presentar “[...] un contenido vaporoso, carente de concreción y con un componente valorativo cargado de subjetivismo que en nada beneficia la seguridad jurídica que debe dimanar de las normas jurídicas en general y de las penales en particular”. En igual sentido TAMARIT SUMALLA, “La sustitución de las penas de prisión...”, p. 127, quien dispone que “[...] con la referencia a la buena conducta nos hallamos ante un concepto absolutamente indeterminado difícil de rodear de una certidumbre que pueda evitar una dosis desmesurada de inseguridad jurídica”. Se deja en manos del juez de vigilancia penitenciaria valorar la buena conducta del penado. Entiendo que un elemento tan subjetivo no debería incluirse en la redacción del Código penal ya que genera la incertidumbre a la que aludía TAMARIT SUMALLA y afecta al principio de seguridad jurídica.

⁷⁵² Para MANZANARES SAMANIEGO, “La libertad condicional y los beneficios penitenciarios”, p. 73, “[...] el acento debe ponerse en el buen comportamiento disciplinario o penitenciario, más allá de una valoración más genérica de la conducta del condenado y su personalidad aptas para su vida en Sociedad que sería más apropiada para verificar el cumplimiento del requisito que analiza la capacidad de reinserción del penado”. No obstante, con posterioridad, en su trabajo *Suspensión, sustitución y ejecución...*, p. 116, advierte que la observancia de la buena conducta “se trata de una valoración más propia de del viejo sistema progresivo que del ahora denominado de individualización científica, en el que lo que importan no son el buen comportamiento carcelario y el simple transcurso del tiempo, sino los avances del tratamiento resocializador o, si se prefiere, la proximidad a la meta resocializadora. Desde tal perspectiva, esa exigencia de buena conducta resulta inoportuna. Se puede estar próximo a la plena reinserción social y no soportar bien el régimen carcelario. En este caso habría de aplicarse las debidas medidas disciplinarias, pero sin extrapolar las consecuencias de esa mala conducta estrictamente regimental”; a esa misma conclusión llega CID MOLINÉ, “Derecho a la reinserción social...”, pp. 36 y ss. En igual sentido se pronuncia DAUNIS RODRÍGUEZ “La libertad condicional...”, p. 15, cuando señala

A pesar de ello, es cierto que la práctica habitual en la Administración penitenciaria es la de identificación del término buena conducta con la ausencia de sanciones disciplinarias. De este modo, en las prisiones no suelen iniciar siquiera el expediente de libertad condicional hasta que el interno tenga su expediente «limpio» de cualquier rastro de sanción disciplinaria. Por tanto, no suele bastar con que el interno haya cumplido ya todas las sanciones disciplinarias que se le hayan impuesto; es preciso, además, que hayan transcurrido los plazos previstos para que las sanciones se hayan cancelado. Sin embargo, debe traerse aquí a colación determinada jurisprudencia que, con buen criterio, ha superado esta identificación tan simplista⁷⁵³. Dicha valoración ha sido igualmente recogida por la doctrina⁷⁵⁴.

En este punto es necesario recordar que con anterioridad a la modificación que introduce en esta materia la L.O. 1/2015, el Código exigía junto a esa buena conducta

que “En definitiva, la buena conducta del condenado debe interpretarse como ausencia de incidencias relevantes y presencia de datos positivos que permita al JVP deducir, de forma objetiva, que se va alejando paulatinamente del delito y pretende fehacientemente su reingreso a la convivencia pacífica en sociedad”. Rebate esta idea, VEGA ALCOCÉN, *La libertad condicional...*, p. 62, para quien es incompatible la reinserción social con una mala conducta carcelaria porque “el penado bueno se adapta sin ninguna dificultad al régimen penitenciario y, además, una característica común a todos ellos es su excelente comportamiento y nula conflictividad, aprovechando el tiempo para trabajar o estudiar”. A mi juicio, si la libertad condicional es, en definitiva, un instrumento más al servicio de la reinserción social, no puede ni debe entenderse que, quien ha cometido una infracción disciplinaria no puede reinsertarse socialmente o, al menos, no tiene derecho a intentarlo. De hecho, la experiencia demuestra en muchas ocasiones la poca relación que existe entre una buena conducta dentro del ámbito penitenciario y una buena conducta en el exterior y viceversa.

⁷⁵³ Sobre esta cuestión es relevante por su claridad, el auto 1894/2002, de 10 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid que disponía que “[...] el penado observaba una conducta que podría calificarse de muy buena, con múltiples recompensas, cuando cometió una falta que fue “llamar por teléfono cuando no le correspondía. Es evidente que el régimen disciplinario en las prisiones ha de ser más intenso y extenso que en otros lugares, más que en la calle y para el ciudadano no preso, por ejemplo, pues la vida en prisión necesita del orden (y no es preciso razonar más sobre lo obvio). Pero una falta estrictamente regimental, sin paralelo en la vida fuera de prisión, puede hacer que una conducta –una forma de conducirse, una trayectoria vital– pase de ser muy buena a ser simplemente buena o normal, pero no la degrada a mala [...]”. El término similar el auto 1016/2002, de 26 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid cuando dice “[...] la comisión de una falta, si es aislada [...], no puede identificarse con el concepto de mala conducta, pues conductas que apenas revelarían la mala educación o la falta de modales fuera de prisión son sancionables, necesariamente muchas veces, dentro de ella”.

⁷⁵⁴ De esta forma, la doctrina se opone a la automática equiparación de la buena conducta del penado con la ausencia total de infracciones disciplinarias, debiendo valorarse de forma individualizada en cada supuesto, la gravedad de las infracciones cometidas, el período en el que se cometieron y las causas y motivos que explican las mismas. En el mismo sentido, RENART GARCÍA, *La libertad condicional...*, p. 117; MAPELLI CAFRARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 194; CERVELLÓ DONDERI, *Derecho penitenciario*, p. 278; DAUNIS RODRÍGUEZ, “Libertad condicional...”, p. 14. Algo más estricto se muestra MIR PUIG en su interpretación de este precepto, *Derecho penal. Parte general*, p. 114, al entender por buena conducta “[...] la ausencia total de faltas disciplinarias o la admisión de la comisión de alguna falta no relevante dentro de una trayectoria penitenciaria normalizada”.

que existiera un «pronóstico individualizado y favorable de reinserción social»⁷⁵⁵, emitido por los expertos que el juez de vigilancia estimara convenientes. Lo anterior implicaba que el sujeto presentara un perfil positivo para reintegrarse a la vida en libertad, para lo cual debían de tenerse en cuenta factores de muy diversa índole tales como posibilidades de acceso al mercado laboral, recursos económicos, apoyo familiar o de instituciones comunitarias, entre otros⁷⁵⁶. Hoy en día no se exige dicho informe atendiendo a que, como decía, la libertad condicional supone una clase de suspensión de la pena lo que conlleva que la relación entre el penado y la Administración sigue existiendo a pesar de que se cumpla el resto de la pena en libertad⁷⁵⁷. No obstante, la no

⁷⁵⁵ Este pronóstico individualizado y favorable de reinserción social ha desaparecido en el Código penal pero lo sigue manteniendo la LOGP al señalar que:

Art. 67. “Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional”.

⁷⁵⁶ Este pronóstico individualizado y favorable de reinserción social se traducía en que el penado ofreciese “garantías de hacer una vida honrada en libertad como ciudadanos pacíficos y laboriosos” como he comentado que señalaba el artículo 5 de la Ley de condena condicional de 1914. La única variación destacable en todo ese tiempo fue la supresión definitiva de la coletilla “como ciudadanos pacíficos y laboriosos” en el artículo 98 del Código penal de 1944. La modificación efectuada por el Código de 1995 supone una mejora notable para la eficacia de la libertad condicional, pues supone objetivar ese requisito, conectándolo al mismo tiempo con el tratamiento y la reinserción social. Pero lo que parece adecuado para la libertad condicional ordinaria ya no parece tan correcto para sus supuestos excepcionales. No tiene ningún sentido exigir al penado anciano y al enfermo incurable un pronóstico favorable de reinserción social, porque se le excarcela precisamente por razones humanitarias, para que pase los últimos momentos de su vida en libertad, junto a su familia. Exigir en esos momentos tan dramáticos un pronóstico favorable de reinserción social es, a mi juicio, del todo desproporcionado e inhumano. Este problema demuestra una vez más el desajuste del sistema diseñado por el legislador, al intentar conseguir una finalidad humanitaria a través de una institución reeducadora, como la libertad condicional.

⁷⁵⁷ La doctrina se ha posicionado negativamente a esta modificación legislativa que supuso la eliminación del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social; a saber: NISTAL BURÓN, “El nuevo régimen jurídico...”, p. 7. “[...] no se ve razón alguna para prescindir en este precepto –art. 90 CP– del «informe pronóstico final» a que hace referencia el citado artículo 76 de la LOGP, no sólo porque dicho informe es fruto de la experiencia, conocimiento y preparación del personal técnico penitenciario, que ha trabajado con el recluso durante su estancia en prisión, sino porque además resulta imprescindible para valorar, adecuadamente, alguna de las variables que la reforma introduce, como la personalidad del penado, su evolución en el Centro penitenciario, la posibilidad de reiteración del delito, su conducta durante el cumplimiento e incluso los efectos que quepa esperar de su excarcelación y de las medidas que se le puedan imponer”. En cambio DAUNIS RODRÍGUEZ, “La libertad condicional...”, p. 15, considera que “Dicha modificación supone, al menos formalmente, devolver al Juez la capacidad total para decidir sobre la libertad condicional, eliminando cualquier referencia directa a la intervención de la Administración en la concesión de este derecho. Expresado de otra forma, [esta nueva] regulación [...] despoja a la Junta de Tratamiento de la facultad o el poder de interferir en el proceso de concesión/denegación de la libertad condicional”. En igual sentido se pronunciaba RÍOS MARTÍN, *Manual de Ejecución Penitenciaria*, p. 225, quien consideraba que “[...] el requisito previo del informe sobre el pronóstico de reinserción social supone un control ideado por el Gobierno en su competencia de iniciativa legislativa y adoptado por el legislativo para que el Ministerio del Interior deje menos posibilidad de actuación al poder judicial y le amordace, olvidando que quien tiene que ejecutar lo

regulación expresa en el Código penal, no altera la redacción del Reglamento penitenciario, que lo mantiene; lo que implica la posibilidad de que el juez pueda interesar este informe con un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social u otro tipo de informes que estime convenientes y relevantes. La reforma de 2015 solo comporta que su elaboración no sea de obligado cumplimiento para que el juez de vigilancia penitenciaria se pueda pronunciar sobre la concesión de la libertad condicional.

Este informe se sustituye por la valoración del juez de vigilancia penitenciaria de unos parámetros específicos coincidentes, en algunos casos, con los previstos en el artículo 80.1 párrafo segundo del Código⁷⁵⁸ para la suspensión de la pena y, en su totalidad, con los contemplados para la posible suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente. Estos elementos son los recogidos en el Código penal:

Art. 90.1 pfo. 2º. “Para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

Como se puede observar se contienen en este precepto una sucesión de parámetros o indicadores que el juez de vigilancia penitenciaria valorará en cada caso concreto. A pesar de que el listado no es cerrado, al menos a mi modo de ver, la inclusión de este listado no ha sido ajena a las discusiones doctrinales⁷⁵⁹. El estudio de

juzgado es el poder judicial y no la Administración”; y del mismo autor “La libertad condicional...”, pp. 179 y ss.

⁷⁵⁸ Véase por todos, LUZON CUESTA, “Suspensión de la ejecución...”, p. 282, cuando dice que “[...] el precepto regula las circunstancias, muy similares a las establecidas en el art. 80.1, que el juez de vigilancia penitenciaria habrá de tener en cuenta para resolver sobre las mismas y que vienen referidas tanto al hecho cometido, como a la persona del condenado y al «cumplimiento de las medidas que fueren impuestas»”.

⁷⁵⁹ Se muestra reacio a esta nueva regulación FERNÁNDEZ BERMEJO, “La desnaturalización de la libertad condicional...”, pp. 14 y 15, cuando señala que “Es destacable cómo con la nueva previsión no sólo se valoran circunstancias actuales y futuras, sino también otras que forman parte del pasado del penado, como «sus antecedentes» y «las circunstancias del delito cometido», las cuales ya fueron tenidas en cuenta en la sentencia condenatoria. Además, cabe afirmar que la existencia de un pronóstico individualizado, efectuado por los equipos técnicos implicados en el seguimiento del penado durante el cumplimiento de su pena, ofrece mayores garantías que la valoración independiente y más subjetiva que pueda efectuar el órgano judicial”. No puedo sino compartir totalmente esta postura toda vez que esta

estos nuevos criterios que se recogen, no son objeto de estudio en el presente trabajo; sin embargo, sí que creo oportuno señalar que su inclusión restringe, aún más si cabe, el ámbito de aplicación de la libertad condicional, lo cual, en definitiva, siempre acaba siendo en perjuicio del condenado⁷⁶⁰.

Junto a los tres requisitos que recoge el legislador para la concesión de la libertad condicional ordinaria o común, el artículo 90.1 párrafo tercero del Código exige que también «se haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito»⁷⁶¹, en los

nueva regulación que da la L.O. 1/2015 entiendo que es perjudicial para el condenado al valorarse dos veces esas circunstancias que como bien señala este autor ya se tuvieron en cuenta al dictar sentencia condenatoria. En igual sentido DAUNIS RODRÍGUEZ, “La libertad condicional...”, pp. 16 y ss., al decir que “Sin duda, una de las principales novedades [...] es la supresión del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social del penado como requisito básico para acceder a la libertad condicional. En su lugar, se incorporan una serie de criterios claramente desacertados que poco o nada informan sobre la capacidad del penado para vivir pacíficamente en sociedad”. Añade que “Debe lamentarse que los criterios dispuestos [por el Código] para valorar la capacidad de reinserción social del condenado otorguen una excesiva importancia al pasado delictivo del condenado o su peligrosidad en el momento de la comisión del delito, en lugar de valorar su comportamiento actual o los avances conseguidos mediante el tratamiento penitenciario”. Concluyendo de forma tajante que “En definitiva, los criterios propuestos [...] para valorar la capacidad de reinserción social del penado son, como mínimo, desafortunados, ya que, pueden servir para explicar la conducta pasada del penado, pero aportan muy poco sobre su comportamiento futuro”.

⁷⁶⁰ Sobre esta cuestión señala FERNÁNDEZ BERMEJO, “La desnaturalización de la libertad condicional...”, p. 7, “En cualquier caso la tónica actual del legislador penal español no rema en la dirección que perseguía la ley penitenciaria cuando se aprobó por aclamación en 1979, dirigiéndose más bien a una mayor rigidez del texto punitivo, y es que, a medida que se incrementan o endurecen los requisitos para la obtención de la libertad condicional, disminuye el campo de actuación de la individualización penitenciaria, y por tanto, la eficacia del sistema penitenciario, ya que a pesar de que las circunstancias subjetivas de un recluso permiten el disfrute de un determinado instituto enfocado a la consecución del fin primordial de las penas privativas de libertad, el imperativo legal impedirá su puesta en práctica. Los resultados avalaron, no obstante, esta institución”. En el mismo sentido BUENO ARÚS, “Prólogo”, p. 18, al indicar que “[...] la libertad condicional es una figura penal y penitencialmente importante. Tan importante como para que no podamos concebir sin ella el sistema penitenciario vigente; en el que, con unos o con otros adornos retóricos, y con una u otra denominación formal [...] constituye el modelo básico de ejecución de las penas que responde a las exigencias del Estado de Derecho, a la democracia material y a un sistema de penas orientado constitucionalmente hacia la prevención especial positiva”.

⁷⁶¹ Este requisito se introdujo por la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Así, en relación al pronóstico favorable de reinserción social, se introduce un factor novedoso en orden a determinar si se cumple o no éste -aspecto este además exigible para poder acceder a la clasificación en tercer grado-, estar al corriente en el pago de las responsabilidades civiles. Este entonces nuevo requisito que se añadía se relacionaba con el artículo 72 apartados 5 y 6 de la LOGP relativos a la clasificación en tercer grado de tratamiento y que se proyectan también por esta referencia sobre la libertad condicional, tomando en consideración factores tales como: la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición. De igual modo el artículo 72.6 de la misma Ley, al referirse a la clasificación o progresión al tercer grado de los condenados por delitos de terrorismo de la

supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la L.O. 1/1979 para acceder a la suspensión de la condena y disfrutar de la libertad condicional. Dispone este precepto lo siguiente:

Art. 90.1 pfo. 3º. “No se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria”.

La necesidad de que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito no es nueva en el sistema jurídico-penal español si bien, en materia de libertad condicional, se regula en sentido negativo; esto es, como de necesario cumplimiento ya que en caso contrario se denegará la suspensión de la ejecución de la pena que le que por cumplir al penado, o lo que es lo mismo, no se concederá la libertad condicional.

Se trata de una cláusula de cierre en la que el legislador tiene en cuenta a la víctima del delito y la necesidad de que el reo haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del ilícito penal dando visibilidad a la víctima del delito en consonancia con la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito. Únicamente apunta que, al igual que sucede con otros preceptos del Código, el propio artículo nos dice cuándo se puede dar por satisfecha dicha responsabilidad civil al remitirse expresamente al artículo 72 en sus apartados 5 y 6 de la L.O. 1/1979⁷⁶². Cabe precisar que esta nueva redacción tiene su

Sección II, del Capítulo V, del Título XXII, del Libro II del Código penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, señala que “[...] además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior [...]”. No obstante desde el primer momento de su regulación el informe emitido por el CGPJ entendió que este requisito no era una condición absoluta, sino un signo inequívoco de una voluntad de integración social del penado, no siendo exigible la efectiva reparación sino un esfuerzo serio dirigido a tal fin. Ello encuentra enlace con la regulación actual tanto de la suspensión de la pena de los artículos 80 y ss. como de la libertad condicional de los artículos 90 y ss.

⁷⁶² El artículo 72.5 de la LOGP condiciona la clasificación o progresión al tercer grado a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito señalando que:

Art. 72.5. pfo. 1º. “La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición”.

origen en una enmienda que fue presentada como consecuencia de la eliminación de la referencia a la necesidad de satisfacer la responsabilidad civil derivada del delito en el texto pre-legislativo presentado en el Congreso de los Diputados.

Esta necesidad de cumplir la responsabilidad civil derivada de la infracción penal hay que relacionarla con la posibilidad que introduce la L.O. 1/2015 en el artículo 90.4 del Código. Se prevé la posibilidad de que el juez de vigilancia penitenciaria pueda denegar la suspensión de la ejecución de la pena que le quedare al reo y denegar la salida de prisión del penado en estos casos:

Art. 90.4. “El juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta para alguno de los delitos previstos en el Título XIX del Libro II de este Código, cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado”.

Por su parte, el apartado 6 del artículo 72 de la LOGP señala:

Art. 72.6. “Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

Una aproximación a la dicción literal del Código me lleva a considerar que se trata de una regulación que tiene carácter potestativo para el juez de vigilancia penitenciaria ya que dice expresamente que «podrá denegar». Además de ese carácter facultativo es destacable que el legislador contempla tres supuestos diferentes en los cuales el juez de vigilancia penitenciaria se puede basar para pronunciarse sobre la concesión o denegación de la libertad condicional; a saber: a) que el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; y b) que el penado no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; y c) que el penado facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio.

Estas tres causas de denegación de la libertad condicional coinciden con las causas de revocación de la suspensión señaladas en el artículo 86.1 d) del Código. Es curiosa esta redacción porque si el legislador equipara la libertad condicional a la suspensión de la pena no tiene mucho sentido regular las mismas causas como límite a la concesión del beneficio y como causa de revocación una vez ya concedido. Una vez más se demuestra que la libertad condicional es una figura distinta a la suspensión de la pena que opera cuando parte de la pena ya ha sido cumplida. Sentado lo anterior me remito a todo lo dicho sobre estas tres causas que ya han sido analizadas en el apartado correspondiente a las causas de revocación de la suspensión.

Por lo demás un único apunte en relación con el «plazo de suspensión» de la libertad condicional, fijado en el artículo 90.5 párrafo cuarto del Código. Dispone este precepto que:

Art. 90.5 pfo. 4º. “El plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado”.

Se regula un plazo de suspensión general de dos a cinco años para la pena que le reste por cumplir al reo; duración que coincide con el plazo de suspensión que el legislador regula para la suspensión de las penas privativas de libertad no superiores a dos años del artículo 81 párrafo primero del Código; no obstante, si la fracción de la pena pendiente de cumplimiento fuera superior a cinco años, el plazo de suspensión no

podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento. Se busca con esta limitación a la regla general que la concesión de la libertad condicional, sea de la clase que sea,

Sin perjuicio de lo anterior existe una excepción a esta regla general: en el caso de libertad condicional a condenados por pena de prisión permanente el plazo de suspensión será de cinco a diez años conforme al artículo 92.3 del Código.

b') Libertad condicional anticipada o adelantada: requisitos.

A pesar de que no concurren todos los requisitos del artículo 90.1 del Código penal que acabo de señalar en el apartado anterior, se posibilita que el juez de vigilancia penitenciaria acuerde la libertad condicional del penado *ex* artículo 90.2 párrafo primero del Código en lo que se ha venido a llamar «libertad condicional anticipada o adelantada». Dispone este precepto:

Art. 90.2 pfo. 1º. “También podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados que cumplan los siguientes requisitos:

a) Que hayan extinguido dos terceras parte de su condena.

b) Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.

c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena”.

Si bien el propio encabezamiento del precepto se remite al primer apartado cuando dice «también podrá», lo cierto es que es incuestionable que esta segunda clase de libertad condicional tiene carácter facultativo para el juez de vigilancia penitenciaria,

frente a carácter automático o imperativo de la libertad condicional ordinaria en consonancia con lo que señalaba en el apartado anterior⁷⁶³.

Los requisitos que se han de cumplir en esta clase de libertad condicional son: a) que se hayan extinguido las 2/3 partes de la condena impuesta; b) que durante el cumplimiento de la pena se hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales; y c) el cumplimiento del resto de requisitos que prevé el Código para la condena condicional ordinaria a excepción del cumplimiento de las ¾ partes (ello supone que ha de estar clasificado en tercer grado penitenciario, observar buena conducta y se haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito).

Por tanto, todo lo señalado para la libertad condicional ordinaria es igualmente aplicable a este supuesto, a excepción del plazo mínimo de cumplimiento que pasa de las ¾ partes a las 2/3 partes. Junto a lo anterior se añade un requisito diferente referido a la necesidad de que el penado «durante el cumplimiento de la pena haya desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales»⁷⁶⁴. Para verificar este hecho el juez de vigilancia penitenciaria solicitará a la Administración penitenciaria el expediente del reo donde se hará constar esta circunstancia. El precepto exige que esas actividades hayan provocado una modificación relevante y favorable de las circunstancias personales relacionadas con la actividad delictiva previa, lo cual será valorado por la Administración en un primer análisis y se hará consta en el expediente de libertad condicional siendo finalmente el juez de vigilancia penitenciaria quien decidirá.

c') Libertad condicional cualificadamente anticipada: requisitos.

Esta tercera clase de libertad condicional es la regulada en el artículo 90.2 párrafo segundo del Código que viene a señalar lo siguiente:

⁷⁶³ Así lo comparte GUIASOLA LERMA, “Libertad condicional...”, “p. 381, cuando indica “[...] para reforzar su condición de derecho subjetivo debiera haberse sustituido la posibilidad de concesión por la siguiente redacción «también se acordará la concesión»”.

⁷⁶⁴ GUIASOLA LERMA, “Libertad condicional...”, “p. 382, apunta a que “Resulta acertada la configuración alternativa introducida respecto al requisito del desarrollo de actividades laborales, culturales u ocupaciones, ya se hayan realizado de manera continuada, *ya lo hayan sido con un aprovechamiento notable para la evolución del penado*. De esta manera se amplía la posibilidad de su aplicación a casos en los que no se haya podido dar ese desarrollo continuado, por ejemplo, por insuficiencia material o temporal, o por no haberse considerado necesario dentro de las actividades incorporadas al Programa Individualizado de Tratamiento”.

Art. 90.2 pfo. 2. “A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso”.

En esta clase de libertad condicional que, como todas, es entendida a partir de la reforma de 2015 como causa de suspensión de la pena, es necesario que se den los mismos requisitos que para la condena condicional ordinaria a excepción de tiempo de pena que efectivamente haya cumplido el cual varía. Así, junto con los requisitos ya analizados; esto es: a) que se encuentre clasificado en tercer grado penitenciario; b) que se observe buena conducta; y c) que se haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito; es necesario que se haya extinguido la ½ de la condena para que el juez pueda conceder la libertad condicional hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena.

A lo anterior se añade el requisito propio de la libertad condicional anticipada que comentaba anteriormente relativo a la necesidad de que «durante el cumplimiento de la pena se hayan desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales y se acredite la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación». Por lo que nuevamente me remito a lo ya dicho sobre este requisito.

Sí me gustaría incidir sobre la necesidad de que esta libertad condicional debe ser propuesta «a petición de Instituciones Penitenciarias». Si bien es cierto que la Administración es la que conoce las circunstancias del sujeto, no me parece acertado limitar la concesión de esta clase de libertad condicional a su propuesta. A mi juicio, el reo, asistido de su letrado, puede igualmente solicitarlo

Dado el carácter excepcional de la libertad se exige el «previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes».

b) Supuestos especiales de libertad condicional.

Sin perjuicio del análisis más profundo que realizaré en relación a la condena condicional para septuagenarios y enfermos muy graves con padecimientos incurables, en el resto de supuestos especiales de libertad condicional me limitaré a dar unas breves notas al tratarse de supuestos concretos cualificados por la duración de la pena, el tipo del delito cometido o la pena impuesta, sin que haya grandes debates al respecto.

a') Libertad condicional excepcional a mitad del cumplimiento de la condena.

El primer supuesto de la conocida como libertad condicional especial es la contemplada en el artículo 90.3 del Código el cual dispone:

Art. 90.3 “Excepcionalmente, el juez de vigilancia penitenciaria podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados en que concurran los siguientes requisitos:

a) Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y que ésta no supere los tres años de duración.

b) Que hayan extinguido la mitad de su condena.

c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere al apartado 1, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena, así como el regulado en la letra b) del apartado anterior.

Este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales”.

Se trata de una libertad condicional pensada para «delincuentes primarios»⁷⁶⁵ siendo necesario que la pena que está cumpliendo sea la única que conste en su hoja histórico penal y que la misma «no sea superior a tres años de prisión». Ahora bien aun

⁷⁶⁵ Ahora bien, de la misma forma que no está claro el concepto de «primariedad delictiva» en relación con la suspensión de la pena, ocurre lo mismo cuando este precepto se remite a que el reo estuviere «cumpliendo su primera condena». Como indica NIETO GARCÍA, “La primariedad delictiva...”, p. 4, “Una concepción amplia del historial delictivo, como carrera delictiva del condenado, puede generar efectos contraproducentes a los pretendidos por la reforma, al no procederse a la clasificación en tercer grado de tratamiento o no informar favorablemente el acceso a la libertad condicional anticipada a la mitad de la condena del primario”; del mismo autor, “La estigmatización en prisión”, pp. 1 y ss. A mi juicio, la misma calificación de primariedad delictiva que he valorado en los artículos 80 y ss. del Código se debe aplicar en este caso.

cuando sea su primera condena y por una pena inferior a tres años, si el delito lo es «contra la libertad e indemnidad sexuales», no cabe aplicar este régimen. Sobre esta cuestión como apunta GUIASOLA LERMA “ignorando con ello que la LOGP ya dispone de los mecanismos necesarios para impedir que los penados con un pronóstico desfavorable de reinserción accedan al tercer grado, requisito para la concesión de esta modalidad”⁷⁶⁶. El resto de los requisitos son los ordinarios de la libertad condicional básica; a saber: que se encuentre en tercer grado penitenciario y que haya observado buena conducta, si bien se sustituye el mínimo de pena a cumplir que tendrá que ser de la ½ de la pena; y otro requisito concreto de la libertad condicional anticipada que no es otro que el relativo a que durante el cumplimiento de su pena haya desarrollado actividades de las que se haya derivado una modificación relevante y favorable de las circunstancias personales relacionadas del reo con su actividad delictiva previa.

- b’) Libertad condicional para condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o delitos de terrorismo.

Esta segunda clase de libertad condicional especial tiene como presupuesto que el reo esté condenado a un delito cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código (delitos de terrorismo) y se regula en el artículo 80.8 con la siguiente redacción:

⁷⁶⁶ GUIASOLA LERMA, “Libertad condicional...”, p. 382.

Art. 90.8. “En el caso de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

Los apartados 2 y 3 no serán aplicables a las personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales”.

Si el reo hubiera sido condenado por alguno de estos delitos también tendrá acceso a la libertad condicional siempre y cuando concurren dos presupuestos esenciales: a) signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y b) haya colaborado activamente con las autoridades. Esta misma normativa es la que se contiene en el artículo 92.2 del Código en relación con la libertad condicional cuando el penado esté condenado a pena de prisión permanente revisable.

c’) Libertad condicional para condenados a pena de prisión permanente revisable.

La libertad condicional en caso de cumplimiento de pena de prisión permanente revisable es un tipo de libertad condicional especial que se ha introducido por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, en consonancia con la creación del nuevo tipo de pena como es la pena de «prisión permanente revisable» como una clase más de pena privativa de libertad *ex* artículo 35 del Código.

Se tratar de un nuevo tipo de libertad condicional cualificado por la clase de pena a que ha sido condenado el reo que no merece mayor detenimiento en este trabajo al exceder de su contenido. Únicamente apuntar que se mantiene uno de los requisitos de la libertad condicional ordinaria o común como es la clasificación en tercer grado penitenciario; se eleva el mínimo de pena que haya cumplido a los veinticinco años de prisión, con carácter general (o treinta años de prisión cuando se trate de dos o más delitos que estén penados con la prisión permanente revisable, o bien cuando uno de ellos esté castigado con la pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen total de veinticinco años o más); y, por último, se exige un «pronóstico favorable de reinserción social del penado» que es precisamente lo que comentaba que se ha eliminado en la libertad condicional básica⁷⁶⁷.

⁷⁶⁷ Dispone el extenso artículo 92 del código que:

Art. 92. “1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.

b) Que se encuentre clasificado en tercer grado.

c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos.

El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

2. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y

- d') Libertad condicional especial para septuagenarios y personas con enfermedades muy graves con padecimientos incurables.

Especial consideración merece la última clase de libertad condicional excepcional recogida en el artículo 91 del Código penal, que a su vez es desarrollado por el artículo 196 del Reglamento penitenciario. Lo más destacable es que la libertad condicional especial para septuagenarios y personas con enfermedades muy graves con padecimientos incurables, no opera como vía de reinserción social (como si sucede en el resto) sino por motivos humanitarios y de dignidad de la persona⁷⁶⁸. Dispone este precepto que:

Art. 91.1. “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los penados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos exigidos en el artículo anterior, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, las dos terceras partes o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional.

de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

3. La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91.

El juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.

Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

4. Extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional. El tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes”.

⁷⁶⁸ Sobre esta cuestión incide SALAT PAISAL, “Libertad condicional”, p. 191; y NISTAL BURÓN, “La libertad condicional anticipada...”, pp. 1 y ss.

El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del juez de vigilancia penitenciaria, se estimen necesarios”.

Para la aplicación de estos supuestos especiales de libertad condicional, se exige el cumplimiento íntegro de todas las condiciones requeridas para la libertad condicional ordinaria, excepto una de ellas; la de tener cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la condena (o las $\frac{2}{3}$ partes o la mitad de la condena, si se parte de la libertad condicional anticipada o cualificadamente anticipada). En este sentido, la enumeración de los requisitos legales del artículo 90 del Código que han sido analizados con anterioridad, es una enumeración exhaustiva, de consideración *numerus clausus*. Por ello, no se puede solicitar el cumplimiento de ningún otro requisito diferente de los mencionados en el precepto, pero tampoco se puede dejar de cumplir alguno de ellos, a excepción de ese tiempo de condena al que se refiere el propio precepto⁷⁶⁹. Pero sin duda el presupuesto característico para la suspensión de la pena que le quedare por cumplir y la concesión de

⁷⁶⁹ Como adelantaba esta cuestión es desarrollada por el artículo 196 del Reglamento penitenciario que dispone que:

Art. 196. “1. Se elevará al Juez de Vigilancia el expediente de libertad condicional de los penados que hubiesen cumplido setenta años o los cumplan durante la extinción de la condena. En el expediente deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Penal, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes o, en su caso, las dos terceras partes de la condena o condenas.

2. Igual sistema se seguirá cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables. Cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico.

3. En ambos supuestos, el expediente deberá contener los documentos a que se refiere el artículo anterior, excepto los relativos a la letra h), junto con un informe social en el que constará, en su caso, la admisión del interno por alguna institución o asociación cuando éste carezca de vinculación o apoyo familiar en el exterior. Cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables se incluirá en el expediente el informe médico acreditativo de la enfermedad, así como de la gravedad e irreversibilidad de la misma. En el caso de septuagenarios, se acreditará la edad del interno mediante la certificación de nacimiento del mismo o, en su defecto, por cualquier medio de prueba admitido en derecho.

4. La Administración velará para facilitar al penado el apoyo social externo cuando carezca del mismo”.

la concesión de la libertad condicional, parte de la «edad del penado» o de «su enfermedad».

En el primero de los casos es necesario que se trate de condenados que «hubieran cumplido la edad de setenta años o la cumplan durante la extinción de la condena». El legislador ha fijado el límite en los setenta años, pensando que para entonces la peligrosidad social del penado habrá disminuido considerablemente como consecuencia del deterioro físico de la vejez. La comprobación de este extremo se puede obtener directamente a través del expediente del penado donde constará la filiación del mismo y, en concreto, su fecha de nacimiento debidamente acreditada. Ahora bien, cuando no se pueda acreditar la edad del condenado deberá intervenir el médico forense, pues deben ser criterios científicos y no jurídicos los que se deben considerar⁷⁷⁰.

En el segundo caso, ha de sufrir el penado «una enfermedad muy grave con padecimientos incurables». La cuestión será determinar cuándo nos encontramos ante ese tipo de enfermedad. Bajo mi punto de vista, el criterio que se debe aplicar aquí es el mismo que se ha analizado al valorar la suspensión de la pena del artículo 80.4 del Código que se refiere igualmente a este concepto de «enfermedad muy grave con padecimientos incurables». Si bien, de alguna forma, en este caso de la suspensión de la pena por la libertad condicional queda vinculado a que esta situación «se pruebe mediante informes médicos que así lo acrediten». A ello lo condiciona el artículo 91.1 párrafo segundo *in fine* cuando «requiere que así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del juez de vigilancia penitenciaria, se estimen necesarios», lo cual es desarrollado por el Reglamento penitenciario cuando dice:

⁷⁷⁰ En este sentido, el artículo 498.1 de la LOPJ dispone que «los médicos forenses desempeñarán funciones de asistencia técnica a los juzgados, tribunales y fiscalías en las materias de su disciplina científica». Por su parte, el artículo 375 de la LECRIM se refiere a la determinación de la edad de un individuo por el médico forense, cuando dispone que «para acreditar la edad del procesado se suplirá el documento del artículo anterior por informe que acerca de la edad del procesado, y previo su examen físico, dieran los médicos forenses».

Art. 196.2 “Cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico”⁷⁷¹.

Además, no basta con tener esa «enfermedad grave» sino que la misma ha de conllevar «padecimientos incurables», lo que traducido supondría que le llevará necesariamente a la muerte de forma, sino inminente, si cercana. Lo anterior implica que ha de demostrarse la gravedad e irreversibilidad de la enfermedad. Como advierte PRIETO RODRÍGUEZ el legislador no define esa expresión ni concreta qué tipos de enfermedades tienen el carácter de «muy graves e incurables»⁷⁷².

La Consulta 4/1990, de 5 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado aclaraba que «no vale cualquier enfermedad grave, sino aquellas que han entrado en su último período, y sin que quepa además la posibilidad de una futura mejoría». Por su parte la STC 48/1996, de 25 de marzo, ya argumentaba que “La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma, pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario”. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código penal. Añadía esta STC 48/1996 que “El derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa (STC 120/1990) que, por otra parte, es razonable en este caso si se toman en cuenta las discrepancias entre los especialistas sobre la conveniencia de la operación, cuya eficacia ponen en duda varios de ellos. La decisión de permitir una agresión de esa envergadura aunque con finalidad curativa es personalísima y libérrima, formando parte inescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida”. En todo caso, se trata de un problema

⁷⁷¹ Cabe precisar que este precepto supuso una aclaración importante respecto al Reglamento penitenciario de 1981, pues especifica con claridad que el informe médico lo harán los servicios médicos del centro penitenciario respectivo. En cambio, en la regulación anterior, el artículo 60, párrafo 21, del Reglamento penitenciario de 1981, se utilizaba una expresión genérica “informe médico”, expresión que obligaba al intérprete a acudir al artículo 336.4.e) del Reglamento penitenciario de 1981, para determinar con certeza que ese informe facultativo debía proceder del médico de la prisión.

⁷⁷² PRIETO RODRÍGUEZ, “La libertad condicional...”, pp. 195 y ss.

interpretativo donde no existe una solución generalizada y habrá que acudir a cada caso en concreto⁷⁷³.

Me gustaría reiterar que un preso preventivo no puede acceder a la libertad por esta causa, porque la institución de la libertad condicional al igual que la suspensión de la ejecución de la pena solo está pensada para el penado. Entiendo que si el motivo de la inclusión de este tipo de libertad condicional está basado en razones humanitarias es un error o más bien, totalmente contradictorio, que el Código distinga la situación procesal del penado cuando la enfermedad no distingue entre presos preventivos y condenados. Bajo mi punto de vista, ello implica un trato discriminatorio; la Ley permite que el preso penado pueda morir en libertad y, en cambio, el preso preventivo depende de la consideración que realice el juez de instrucción valorando su situación personal. La ancianidad y la grave enfermedad pueden ser (y de hecho son) idénticas en un preso penado y en un preventivo y, sin embargo, el legislador no les da el mismo tratamiento legal. Esta regulación pone de manifiesto, de nuevo, cómo los supuestos excepcionales de libertad condicional no son el cauce más adecuado para excarcelar por razones humanitarias a los penados ancianos y a los enfermos incurables.

Es preciso señalar que aunque la regulación se refiera al informe médico del propio centro penitenciario, nada impide, como apunta PRIETO RODRÍGUEZ “que el penado solicite la unión al expediente de otros informes médicos, emitidos por facultativos a su cargo”⁷⁷⁴. Estos informes serán igualmente aceptados y valorados por el juez de vigilancia penitenciaria ya se trate de informes médicos de particulares, de hospitales o de clínicas cualificadas.

⁷⁷³ A modo de ejemplo, tal y como señala VEGA ALCOCÉN, *La libertad condicional...*, p. 62, siguiendo a PITÁ MERCÉ, “Libertad condicional por enfermedad incurable”, se enumeran una serie de enfermedades incurables a las que se ha aplicado en la práctica el supuesto excepcional de la libertad condicional: 1) El síndrome de inmuno-deficiencia adquirida o SIDA; 2) La diabetes aguda, en fases muy agudas de diabetes crónica e irreversible; 3) Las enfermedades cardíacas graves; 4) La parálisis general progresiva de diversos orígenes, en fase ya consolidada; 5) Las enfermedades hepáticas graves e irreversibles; 6) La sífilis en su fase terciaria, y con pronóstico fatal; 7) Los ataques cerebrales o hemiplejías, que dejan secuelas graves en la funcionalidad y movilidad del interno; 8) Las neoplasias con pronóstico fatal; 9) Las situaciones de ceguera total con pronóstico irreversible; y 10) La infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana.

⁷⁷⁴ PRIETO RODRÍGUEZ, “La libertad condicional...”, pp. 195 y ss.

La clasificación en tercer grado y simultánea con la libertad condicional. Es más, en la práctica judicial se acepta la aprobación simultánea en situaciones límite⁷⁷⁵, en donde la reducción de los plazos de tiempo resulta fundamental en el proceso de excarcelación, como es el caso de la libertad condicional por enfermedad muy grave e incurable

En ambos casos, por edad o enfermedad del reo, constando esta circunstancia a la Administración penitenciaria actuará conforme a lo previsto en el artículo 91.2:

Art. 91.2. “Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al juez de vigilancia penitenciaria, quien, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto”.

Un supuesto aún más urgente es el contemplado en el artículo 91.3 del Código referido al «peligro para la vida del interno» cuando señala que:

Art. 91.3. “Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el juez o tribunal podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el apartado anterior.

En este caso, el penado estará obligado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad.

El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional”.

Por la importancia mediática de su concesión es reseñable el auto de 30 de agosto de 2012, del juzgado central de vigilancia penitenciaria, en el que se acordó la libertad condicional «por causa de enfermedad grave e incurable con peligro patente para la vida», para el condenado Uribetxebarria Bolinaga. A pesar de que el reo liberado

⁷⁷⁵ Así lo acuerdan, entre otros los autos de la Audiencia Provincial de Madrid 1288/1997, de 16 de diciembre y 68/1998, de 16 de enero.

estuvo tres años fuera de prisión hasta que murió, lo que evidenció que no había riesgo inminente de muerte, el juez de vigilancia penitenciaria acordó su libertad condicional porque «su enfermedad era irreversible y dada la complejidad del tratamiento no lo podía recibir en condiciones óptimas en prisión». Este es solo un ejemplo de cómo ha de interpretarse ese riesgo para la vida que se relaciona necesariamente con la dignidad de la persona.

Para finalizar este supuesto, el artículo 91.4 contiene una cláusula de cierre en la que se remite al precepto anterior analizado por lo que no es necesario su desarrollo siendo aplicable todo lo ya dicho.

Art. 91.4. “Son aplicables al supuesto regulado en este artículo las disposiciones contenidas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo anterior”.

E. Procedimiento para la concesión de la libertad condicional.

Como he insistido a lo largo de la presente exposición, solo una vez que concurren todos los presupuestos que el Código prevé para cada una de las clases de libertad condicional, podrá el juez de vigilancia penitenciaria excarcelar al sujeto concediéndole la libertad condicional. Para llegar a esta conclusión final de excarcelación es necesario pasar por dos fases cualificadas por el órgano que actúa encada una de ellas: a) una primera «fase administrativa» ante la Administración penitenciaria; y b) una segunda «fase judicial» ante el juez de vigilancia penitenciaria⁷⁷⁶.

Comenzando con el estudio de la primera fase, en la práctica conlleva que cuando el penado vaya a cumplir el mínimo de pena que exige el Código (por regla general de $\frac{3}{4}$ partes de la condena o el resto de mínimos dependiendo de la clase de libertad condicional que se trate), la Junta de Tratamiento del centro penitenciario, iniciará un expediente al que se unirá una serie de documentación que es la fijada en el

⁷⁷⁶ Pronunciándose a favor de esta doble fase, PRIETO RODRÍGUEZ, “La libertad condicional...”, pp. 221, señala que “Este sacar la institución del campo puramente penitenciario y pasarla a la decisión judicial ha constituido un triunfo en la tendencia a dotar de garantías, tanto a la sociedad como al interno, en la aplicación de la libertad condicional”.

artículo 195 del Reglamento penitenciario⁷⁷⁷. Recopilada toda esta documentación y, concluido por tanto el expediente, el mismo será examinado por la Junta de Tratamiento, que lo elevará, previo informe sobre pronóstico final del reo al amparo artículo 67 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pudiendo proponer al juez de vigilancia penitenciaria la aplicación de una o varias de las reglas de conducta previstas en los artículos 83 y 96.3 del Código penal para la resolución que proceda.

Una vez verificado el expediente, se apertura la segunda fase que comentaba, ante el juez de vigilancia penitenciaria quien resolverá la propuesta de libertad condicional en la forma que estime más adecuada [artículo 76.2.b) de la L.O. 1/1979 y 90.2 Código Penal] conforme al artículo 90.7 de Código:

Art. 90.7. “El juez de vigilancia penitenciaria resolverá de oficio sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado. En el caso de que la petición no fuera estimada, el juez o tribunal podrá fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada”.

Como bien apunta FERNÁNDEZ BERMEJO “este precepto contiene dos imprecisiones de carácter procesal, además de incurrir en una grave contradicción⁷⁷⁸”.

⁷⁷⁷ Los documentos que ha de contener el expediente de libertad condicional son: a) Testimonio de sentencia o sentencias recaídas y de la correspondiente liquidación de condena; b) Certificación acreditativa de los beneficios penitenciarios y de la clasificación en tercer grado; c) Informe pronóstico de integración social emitido por la Junta de Tratamiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria; d) Resumen de su situación penal y penitenciaria con indicación de las fechas de prisión continuada y de las de cumplimiento de las dos terceras partes y tres cuartas partes de la condena así como de la fecha de libertad definitiva. Igualmente se indicarán los permisos de salida disfrutados y sus incidencias, así como las sanciones y sus cancelaciones, para lo cual se podrá aportar copia de los ficheros informáticos penitenciarios; e) Programa individual de libertad condicional y plan de seguimiento; f) Acta de compromiso de acogida por parte de su familia, persona allegada o instituciones sociales extrapenitenciarias; g) Manifestación del interesado sobre la localidad en que piensa fijar su residencia y sobre si acepta la tutela y control de un miembro de los servicios sociales del Centro, que informarán sobre las posibilidades de control del interno. En la fijación de la residencia se habrá de tener en cuenta la prohibición de residir en un lugar determinado o de volver a determinados lugares que, en su caso, hubiera impuesto el Tribunal; h) Manifestación del interesado sobre el trabajo o medio de vida de que dispondrá al salir en libertad o, en el supuesto de que no disponga, informe de los servicios sociales sobre la posibilidad de trabajo en el exterior; i) Certificación literal del acta de la Junta de Tratamiento del Establecimiento en la que se recoja el acuerdo de iniciación del expediente a que se refiere el artículo anterior, donde, en su caso, se propondrá al Juez de Vigilancia la aplicación de una o varias de las reglas de conducta previstas en el artículo 105 del Código Penal”.

⁷⁷⁸ FERNÁNDEZ BERMEJO, “La desnaturalización de la libertad condicional...”, p. 16, identifica estas dos impresiones señalando que “Por una parte, en lo que respecta al órgano judicial competente para decidir sobre la concesión de la libertad condicional, hace mención al JVP, pero también redirige al «Juez o tribunal», atribuyéndole la competencia de fijar un plazo en el que el penado no pueda reiterar su pretensión, lo cual no resulta justificable y evidencia una clara contradicción del legislador. Asimismo, no se concreta la forma y el momento para promover o solicitar la libertad condicional, limitándose a

Dejando a un lado la referencia al órgano competente sobre el que ya me he pronunciado con anterioridad, me importa aquí destacar la contradicción referida a que por un lado dice que el juez de vigilancia penitenciaria resolverá «de oficio» y por otro dice que lo hará «a petición del penado». Contradicción que no afecta a la realidad práctica de la institución ya que el juez de vigilancia penitenciaria resolverá, en todo caso, cuando el expediente esté debidamente formado⁷⁷⁹

A partir de ese momento, si le es concedida la libertad condicional comenzará una fase de tutela y control conforme al artículo 200 del Reglamento Penitenciario. Para ello, los liberados condicionales se adscribirán al centro penitenciario o al centro de inserción social más próximo al domicilio en que vayan a residir que serán los encargados de realizar el seguimiento de la libertad condicional. Dicho seguimiento se efectuará por los servicios sociales penitenciarios del centro al que hayan sido adscritos, con arreglo a las directrices marcadas por la Junta de Tratamiento correspondiente y el juez de vigilancia penitenciaria en todo caso. Con este fin, la Junta de Tratamiento, como continuación del modelo de intervención de los penados, elaborará un programa individualizado e informes correspondientes, para el seguimiento de los liberados condicionales que se adscriban al centro penitenciario, que será ejecutado por los servicios sociales del mismo.

F. Causas de revocación de la libertad condicional.

Al igual que sucede con la tradicional suspensión de la pena, como pretendida clase de suspensión en la reforma de 2015, el Código prevé la posibilidad de revocación de la libertad condicional; si bien lo condiciona a que se produzca «un cambio en las circunstancias del penado que impidan mantener el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la libertad condicional». Así lo recoge el artículo 90.5 cuando expresa:

establecer que «El JVP resolverá (...)», omitiendo que esa valoración tiene que venir precedida de un expediente de libertad condicional elaborado por la Administración penitenciaria”.

⁷⁷⁹ PRIETO RODRÍGUEZ, “La libertad condicional...”, pp. 223 y 224, apunta a que no solo el juez sino también el fiscal “[...] deberán comprobar la correcta formación del expediente, la aportación de la documentación indicada y la concurrencia de los requisitos exigidos para el otorgamiento del beneficio, subsanando las anomalías existentes y velando en todo caso por la resolución a tiempo de la propuesta”.

Art. 90.5 pfo. 3°. “Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”.

A diferencia de lo que sucede con el resto de clases de suspensión, cuyas causas de revocación están tasadas *ex* artículo 86.1 del Código, cuando de la libertad condicional se trata, el legislador utiliza un concepto genérico a la vez que impreciso que conllevará, en caso de que concurra, directamente, el ingreso en prisión del reo para la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. Es la consecuencia directa que fija el Código:

Art. 90.6. “La revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena”.

Señala el Código que el presupuesto para la revocación es la modificación en las circunstancias del reo que fueron tenidas en cuenta para conceder la libertad condicional en relación con ese pronóstico de peligrosidad. En cambio, si la modificación en las circunstancias no afecta a ese juicio de peligrosidad, la consecuencia no podrá ser la revocación de la libertad condicional y el ingreso en prisión, sino la modificación de las reglas de conducta que en su caso se hubieran impuesto *ex* artículo 83 del Código. Realmente se permite la imposición de nuevas reglas de conducta, su modificación *strictu sensu* o su alzamiento de conformidad con el artículo 90.5 párrafo segundo:

Art. 90.5 pfo. 2°. “El juez de vigilancia penitenciaria, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas o el alzamiento de las mismas”.

Lo especialmente llamativo, dentro de esta nueva redacción dada por la L.O. 1/2015, es que el legislador haya decidido no tener en cuenta el período transcurrido en situación de libertad condicional a efectos de cómputo del tiempo de cumplimiento de condena, en caso de producirse la revocación de la libertad condicional, al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora. Es decir, lo que en la reforma de la L.O. 7/2003, de

30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se introdujo como excepción para los penados por delitos de terrorismo, se generaliza ahora para toda la población penitenciaria⁷⁸⁰. Se trata de una redacción más restrictiva que es claramente perjudicial para el reo, por lo que debiera reconsiderarse su regulación para volver al sistema anterior.

Hasta que no se produce la remisión definitiva de la condena no se entiende extinguida la responsabilidad penal; por lo que si no se permite el abono al cumplimiento de condena del tiempo cumplido en libertad condicional, la remisión definitiva se retrasa y consecuentemente el plazo de cancelación de antecedentes penales ex artículo 136.1 del Código.

Todo lo anterior hace dudoso, especialmente en las penas cortas privativas de libertad, que sea más beneficiosa la actual libertad condicional que alguna modalidad del tercer grado. Sobre todo si se tiene en cuenta que, en estos casos, el juez de vigilancia penitenciaria

No quisiera cerrar este apartado sin hacer un último apunte. Como en cualquier nueva regulación se ha de tener en cuenta el régimen normativo transitorio aplicable al caso concreto. Así, la Disposición Transitoria Primera de la L.O. 1/2015, prevé un

⁷⁸⁰ Igual de crítico se muestra FENÁNDEZ BERMEJO, “La desnaturalización de la libertad condicional...”, pp. 14 y ss., cuando manifiesta que “Esta sorprendente alteración de la naturaleza de la libertad condicional, supone una modificación de los principios estructurales característicos de la más consolidada tradición jurídica española y, lamentablemente, debilita al actual sistema de ejecución de condenas, que tantos años lleva aplicándose en España, y que se ha practicado desde sus orígenes sin haber sido cuestionado por la doctrina ni por la práctica administrativa penitenciaria, así como tampoco por la jurisprudencia”. Añade que esta nueva redacción, en la que no se computa el tiempo de cumplimiento de libertad condicional a efectos del cumplimiento de la condena provoca una “[...] ruptura con el actual sistema penitenciario de individualización científica” entendiéndose que “Aquella medida, considerada de derecho penal del enemigo, encaminada a erradicar esa categoría delictiva, traslada sus efectos a la actualidad, convirtiendo lo que era una excepción en una regla general, recordando a los esquemas retribucionistas característicos del siglo XIX”. En el mismo sentido: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Alternativas a las penas de prisión...”, p. 92, que con ocasión de la diferenciación que hacía la L.O. 7/2003 apuntaba que “Puede suscitar problemas la diferencia introducida entre las consecuencias de la revocación de la libertad condicional a los condenados por delitos de terrorismo respecto de los demás penados, pues la pérdida del tiempo disfrutado en libertad condicional basada en la tipología delictiva podría llegar a entrañar una diferencia de trato no justificada”; ESPINA RAMOS, “Exclusión del cumplimiento material de las penas...”, pp. 1 y ss.; GÓMEZ –ESCOLAR MAZUELA “La selección de la ley aplicable...”, p. 6; u ORTEGA CALDERÓN, “El nuevo régimen temporal...”, p. 2; y del mismo autor, “La revocación de la libertad condicional...”, pp. 3 y ss.

régimen transitorio sobre su propia aplicación que incluye normativa relativa a la libertad condicional⁷⁸¹.

10. La suspensión de la ejecución de la pena como causa de suspensión del plazo de prescripción de la pena.

A. Introducción.

La palabra «prescripción» proviene del latín «*praescriptio*» y se define como «acción y efecto de prescribir». Por su parte «prescribir» proviene igualmente del latín «*praescribere*» y en su tercera acepción conforme a la Real Academia de la Lengua Española se define como «dicho de un derecho, de una responsabilidad o de una obligación: extinguirse por haber transcurrido cierto período de tiempo, especialmente un plazo legal». Esta institución se regula actualmente en los diferentes ordenamientos jurídicos entendida como la necesidad de que el lapso del tiempo conlleve, en aras a la seguridad jurídica, una certeza sobre las cosas⁷⁸². Lo anterior sirve para identificar y

⁷⁸¹ Sobre esta cuestión creo conveniente destacar, por su contenido 2015, la Instrucción n° 4/2015, de 29 de junio, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Esta Instrucción interpreta cuándo ha de aplicarse esta nueva regulación manifestando que se aplicará «a todos los penados a partir de la fecha de entrada en vigor de la L.O. 1/2015»; esto es, a partir del 1 de julio de 2015. Es más, se indica que «los penados que quieran que se les aplique la nueva legislación sobre libertad condicional deberán firmar un documento de consentimiento informado». Me resulta cuanto menos sorprendente que a través de esta Instrucción el Ministerio del Interior proceda a interpretar el régimen transitorio aplicable a la libertad condicional. Creo que esta interpretación no le corresponde toda vez que el único intérprete posible es el juez de vigilancia penitenciaria que determinará la norma aplicable pudiendo ser oído el reo sobre la legislación más favorable conforme al artículo 2.2 del Código. Además, veo muy arriesgado obligar a firmar a los futuros liberados condicionales el Anexo II de la Instrucción n° 4/2015. No sé qué ocurrirá con esta cuestión, pero desde luego no tengo nada claro que esta Instrucción no deba ser modificada en un futuro no muy lejano, al igual que ocurrió con la aplicación retroactiva del período de seguridad. En todo caso, entiendo que si el legislador hubiera querido aplicar de esta forma las nuevas normas que regulan la libertad condicional, lo hubiera expresado así. Todo lo dicho, sin perjuicio de cualquier juicio sobre la constitucionalidad que de esa disposición pudiera plantearse. En consonancia argumenta GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA “La selección de la ley aplicable...”, p. 7, que “En el expediente de libertad condicional por delitos cometidos antes de la reforma la propia Administración explica al penado las dos regulaciones y las consecuencias de la aplicación de una u otra, firmando el interno un documento de «consentimiento informado», aplicándose la nueva solo cuando resulta más favorable. No se nos oculta que esta solución presenta problemas aplicativos en relación con las futuras revocaciones y «enlaces» con posibles condenas por delitos cometidos después de la reforma. En todo caso, los mismos no han sido generados por los penados, sino por la falta de atención del legislador, no debiendo ser aquéllos los que soporten las consecuencias de la falta de regulación de la cuestión”.

⁷⁸² Entre otros, MUÑOZ CUESTA, “Prescripción de la pena...”, p. 2, define la prescripción del siguiente modo “Se extingue la responsabilidad criminal, la pena impuesta al condenado por el transcurso del tiempo sin actividad procesal, es decir, por paralización de aquello que se debería legalmente llevar a cabo”. Por su parte GILI PASCUAL, “La interrupción de la prescripción...”, p. 293, dispone que “En nuestro Derecho no siempre es fácil saber con certeza, antes de la resolución última que resuelva sobre la cuestión, si una infracción, o incluso una consecuencia penal, estarán prescritas”. Añade que “La

poder entender dos figuras que existen en el sistema penal español actual como son la prescripción del delito y la prescripción de la pena⁷⁸³. A pesar de que en el presente estudio solo me interesa centrarme en la suspensión de la ejecución de la pena como causa de suspensión del plazo de prescripción de la pena, es necesario hacer una breve mención a la prescripción del delito. Ambas figuras prescripción del delito y prescripción de la pena, tienen vínculos entre sí, sin llegar a tener el mismo fundamento como tendré ocasión de exponer, a pesar de que haya autores que sí que consideren que tienen el mismo fundamento⁷⁸⁴.

En primer lugar y por lo que respecta a la prescripción del delito, se identifica esta figura con una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal como consecuencia del transcurso de un determinado período (plazo) de tiempo desde la comisión de la infracción penal sin que el procedimiento se dirija, se haya dirigido o se reanude contra el culpable. Así se deduce de los artículos 131 y 132 del actual Código

afirmación no afecta, evidente y afortunadamente para la seguridad jurídica, a todos los casos; ni mucho menos. Pero sí es cierto que, salvo en los supuestos más claros, en los que el plazo [...] ha transcurrido íntegramente y sin vicisitudes procedimentales, en un grupo determinado de supuestos resulta razonable hablar, en mayor o menor medida, de alguna sombra de duda. Da igual que se haya triplicado o cuadruplicado el plazo legalmente previsto en abstracto: eso no es lo determinante”.

⁷⁸³ Como señala la reciente STC 63/2015, de 13 de abril, “Al igual que en la regulación de la prescripción del delito, la concreta regulación de la prescripción de la pena constituye una opción de política criminal del legislador, quien debe fijar las peculiaridades de su régimen jurídico y decidir sobre la clase de delitos y de penas que quedan sometidos al régimen de prescripción, en qué condiciones, con qué plazos, y cómo deben computarse éstos. Una vez configurado normativamente el alcance de la prescripción, la aplicación de la previsión legal no puede entenderse como lesión o merma del derecho a la acción penal o del derecho a la persecución penal del delito que aleguen las partes acusadoras (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso *Stubbings y otros c. Reino Unido*, §§ 46 y ss.). Del mismo modo que las peculiaridades del régimen jurídico de la prescripción, así determinado, no pueden considerarse, en sí mismas, lesivas de ningún derecho fundamental de los acusados (en este sentido, por todas, STC 157/1990, de 18 de octubre)”.

⁷⁸⁴ Véase en la doctrina, sobre la diversa fundamentación de la prescripción del delito y de la prescripción de la pena, sobre unas bases comunes, CARDENAL MONTRAVETA, “Constitución y prescripción de la pena”, p. 323, cuando señala que “En la jurisprudencia y en la doctrina es frecuente afirmar que el fundamento de la prescripción de la pena -y también, por lo menos en esta parte, el fundamento de la prescripción del delito-, es el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), así como la desaparición o disminución de la necesidad preventiva de la ejecución de la pena como consecuencia del transcurso del tiempo”; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, p. 751; o MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código penal*, pp. 639-641. Sostienen igualmente en la jurisprudencia la diferente fundamentación de la prescripción del delito y de la prescripción de la pena, a partir de un mismo fundamento genérico, entre otras, la STS de 29 de mayo de 1999 o el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de julio de 2006. Por el contrario GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el derecho penal...*, pp. 247-250, aunque sostiene en principio el idéntico fundamento de ambas clases de prescripción, finalmente reconoce que algunos elementos justificadores de la prescripción del delito no son aplicables a la prescripción de la pena. Por su parte, RAGUÉS VALLÉS, *La prescripción penal...*, pp. 197-199, llega a una misma fundamentación para ambas instituciones tras despojar a las dos de sus fundamentos específicos y quedarse sólo con el fundamento común.

penal al igual que lo regulaban los Códigos penales anteriores. Bajo esta premisa, como señala DÍEZ RIPOLLÉS, “El fundamento de la prescripción del delito se puede considerar que tiene una triple vertiente, de diferente relevancia. El principio de necesidad de declaración de responsabilidad e imposición de pena, los principios constitucionales de seguridad jurídica y de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el derecho constitucional de defensa”⁷⁸⁵. Parece más que lógico que el transcurso de un tiempo determinado, que a su vez es fijado el propio Código (mayor plazo cuanto mayor sea la gravedad del delito), sin que haya ninguna actuación procesal o judicial contra una persona, permita que se extinga la responsabilidad penal del reo.

Creo que la seguridad jurídica, que tanto preocupa siempre al legislador, efectúa su mayor despliegue en la figura de la prescripción al llegar un momento en que la acción ya no se puede dirigir contra el culpable. Además, dada su naturaleza, se puede alegar la prescripción del delito en cualquier momento procesal en que se encuentre la causa, siempre antes de dictar sentencia firme (momento en que ya operaría, en su caso, la prescripción de la pena). A este respecto señalaba PORRES ORTIZ DE URBINA que “Al tratarse de una excepción de orden público y de interés general puede plantearse en cualquier momento, antes de la firmeza de la sentencia. Por lo tanto, puede plantearse y resolverse durante la instrucción, como cuestión previa en el procedimiento abreviado, como cuestión de previo pronunciamiento en el sumario, en el juicio, durante la sustanciación de los recursos e incluso una vez dictada sentencia y antes de ser declarada su firmeza”⁷⁸⁶. En este mismo sentido se pronuncia la STS 760/2014, de 20 de noviembre.

Junto a la prescripción del delito se encuentra la figura de la prescripción de la pena. Se concibe como una forma de extinción del *ius puniendi* del Estado; o lo que es lo mismo, de la acción oficial para la ejecución de la pena impuesta en sentencia firme⁷⁸⁷. Hoy en día ocupa un puesto indudable entre las causas de extinción de la

⁷⁸⁵ Sobre esta cuestión profundiza DÍEZ RIPOLLÉS, “Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena”, pp. 4 y ss.

⁷⁸⁶ Profundizando sobre esta cuestión, PORRES ORTIZ DE URBINA, “Algunas cuestiones sobre la prescripción...”, p. 4.

⁷⁸⁷ En todo caso es necesario precisar que la prescripción de la pena se aprecia de oficio por el juez o tribunal en cada caso concreto. Véase, por todas, y como clásicas en la materia, las SSTs de 22 de diciembre de 1950; 31 de marzo y 15 de diciembre de 1955; 16 de diciembre de 1957; 10 de junio de 1966; 30 de octubre de 1971; 10 de junio de 1985; 31 de enero de 1986 y 12 de junio de 1997.

responsabilidad penal (artículo 130.1.7º del Código) que se produce por el transcurso de los plazos previstos en el artículo 133 del mismo cuerpo legal “computados con arreglo a los criterios que se derivan de lo dispuesto en el artículo 134 y en el resto de la regulación legal sobre la ejecución de las sentencias penales y el cumplimiento de la condena”⁷⁸⁸. A pesar de ello, “lo dicho no puede llevarnos a entender, equivocadamente, que la prescripción de la pena haya sido una constante histórica en el Derecho penal”⁷⁸⁹. Lo cierto es que esta figura, que hoy día es esencial en cualquier sistema jurídico penal, no siempre lo fue así. Las primeras inclusiones de la prescripción de la pena en el Derecho europeo se refieren al siglo XVIII, en concreto a la Constitución francesa de 1791⁷⁹⁰. Esa nueva normativa se fue trasladando a otros países europeos del entorno pero tardó en implantarse en el Derecho penal español. De hecho, el Código penal español de 1822 lo impidió expresamente en su artículo 178 cuando dispuso que:

Art. 178. “En la demanda o proceso, sea de oficio o por acusación, en que se haya llegado a dar sentencia final, aunque sea en ausencia y rebeldía, no habrá lugar en tiempo alguno a prescripción contra lo sentenciado”.

Son pocas las notas que existen de esa época sobre los motivos que llevaron al legislador a prohibir expresamente la prescripción de la pena. Sobre todo habida cuenta que, décadas atrás, Francia ya lo preveía en su legislación. Pudiera ser que el legislador diera mayor preferencia a ese *ius puniendi* del Estado que no decaía en ningún caso, ni tan siquiera por el transcurso del plazo desde la sentencia firme de condena. Ante esta tesitura, no fue hasta el Código penal español de 1848 cuando se reguló por primera vez en España esta figura de la prescripción de las penas “fijando plazos relativamente

⁷⁸⁸ CARDENAL MONTRAVETA, “Constitución y prescripción de la pena”, p. 287.

⁷⁸⁹ TÉLLEZ AGUILERA, “La prescripción de las penas...”, p. 1. Añade que “[...] fueron muchos los siglos en los que los Ordenamientos punitivos desconocieron esta forma de extinguir la responsabilidad criminal. Así, por ejemplo, el Derecho romano solo contempló la prescripción del delito [...] y el Derecho penal canónico medieval la descartó debido al carácter prevalentemente espiritual de las sanciones canónicas [...]”.

⁷⁹⁰ Esta Constitución francesa de 1791 fue la primera Constitución escrita de la historia francesa promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 3 de septiembre de 1791 y redefinía al Estado francés como una monarquía constitucional. En ese nuevo escenario que se creaba en Francia se acogió la figura de la prescripción de la pena como causa de extinción de la responsabilidad penal.

cortos”⁷⁹¹, en el Título VI rubricado “De la prescripción de las penas”, ubicado en el Libro I cuyo artículo 126 establecía que:

Art. 126. “Las penas impuestas por sentencia que cause ejecutoria se prescriben:

Las de muerte y cadena perpetua a los 20 años.

Las demás penas aflictivas a los 15 años.

Las penas correccionales a los 10 años.

Las penas leves a los 5 años.

El término de la prescripción se cuenta desde que se notifique la sentencia que cause la ejecutoria en que se imponga la pena respectiva”.

Esta figura de la prescripción de las penas se fue manteniendo en los Códigos posteriores hasta el actual. Así, de igual forma que los artículos 126 y ss. del Código penal de 1848 el resto de Códigos españoles posteriores lo incluyeron en su articulado; a saber: artículos 133 y ss. del Código de 1870⁷⁹²; artículos 201 y ss. del Código de 1928; artículos 118 y ss. del Código de 1932⁷⁹³; artículos 116 y ss. del Código de 1944 que se mantuvieron en el Texto revisado de 1963 así como en el Texto refundido de 1973; y, como no, en los artículos 133 y ss. del vigente Código penal de 1995 así como el artículo 130.7 del Código que recoge a la prescripción de la pena como causa de extinción de la responsabilidad criminal.

En todo caso creo que se trata de una materia deficientemente regulada, con escaso tratamiento doctrinal y sin acceso al recurso de casación tal y como lo reconoció la STS 1327/1993, de 15 de julio (en base al anterior Código penal) así como la STS 1315/2000, de 20 de julio, de conformidad ya con el actual Código penal de 1995. Considera esta jurisprudencia del Tribunal Supremo que solo cabe recurso de casación

⁷⁹¹ MANZANARES SAMANIEGO, “La prescripción de las penas...”, p. 1, así lo considera a excepción de la penas leves que tenían un plazo de prescripción de cinco años.

⁷⁹² Como introducía MANZANARES SAMANIEGO, “La prescripción de las penas...”, p. 1, “La práctica igualdad de los plazos para la prescripción del delito y de la pena en el Código de 1870 (arts. 133 y 134) originó críticas sobre la denominada «pena del torpe», dadas las consecuencias paradójicas que se desprendían comparando las regulaciones de ambos supuestos”.

⁷⁹³ Tanto el Código penal de 1928 como el de 1932 elevaron los plazos de prescripción de las penas que pasaron a ser de mayor duración que los plazos previstos en el respectivo Código para la prescripción de los delitos.

respecto de la prescripción del delito porque el 676 de la LECRIM lo establece expresamente, pero no sucede lo mismo respecto de la prescripción de la pena. Se argumenta que la prescripción de la pena es una cuestión relativa a la ejecución de la pena y, por tanto, de la sentencia en que se acuerda dicha pena, quedando excluido el recurso de casación ante el Tribunal Supremo⁷⁹⁴.

Lo cierto es que aun cuando ambas figuras, prescripción del delito y prescripción de la pena, fueran diferentes, bajo mi punto de vista ambas tenían un sustento muy parecido que no se puede confundir con su fundamentación que entiendo que era y es diferente. Quizás por ese sustento similar, en algunos supuestos, en lo no contemplado expresamente por la Ley para la prescripción de la pena la jurisprudencia haya venido aplicando, por analogía, la normativa de la prescripción del delito lo cual, posiblemente, no siempre haya sido lo más idóneo⁷⁹⁵. A modo de ejemplo de este nuevo rumbo que se tomó fue la STS 1505/1999, de 1 de diciembre, que señalaba que “La doctrina expuesta, con clara referencia a la prescripción del delito, es de aplicación, con los matices

⁷⁹⁴ En efecto la STS 450/2012, de 24 de mayo, entre otras, recuerda que “Esta Sala en recientes sentencias como la STS 1364/2011, de 15 de diciembre, tiene declarado que los precedentes de esta Sala sobre el particular ha establecido que no procede recurso de casación contra los autos dictados en ejecución de sentencia relativos a la prescripción de la pena”. En este sentido la STS 851/2005, de 30 de junio, declaraba que “[...] esta Sala ya ha declarado en SSTS 1327/1993, de 15 de julio y 1315/2000, de 20 de julio, que conforme a lo dispuesto en el art. 848 LECrim sólo cabe casación contra autos de las Audiencias que expresamente lo autorice y no hay norma alguna que lo prevea en los supuestos de prescripción de pena. Cabe en los casos de prescripción de delito porque así lo dispone expresamente el art. 676 LECrim, pero no ocurre lo mismo en materia de prescripción de pena, que es tema de ejecución de sentencia, excluido de la casación”.

⁷⁹⁵ Autores como TÉLLEZ AGUILERA, “La prescripción de las penas...”, p. 2, considera acorde a derecho esta aplicación analógica y señalan que “[...] permite reconocer una idéntica naturaleza material y de orden público conciliándose así sus variados fundamentos en un entronque común lo que ha tenido importantes repercusiones en la práctica judicial a la hora de colmar las lagunas normativas que el Código penal presenta en materia de prescripción de la pena”. Del mismo modo MANZANARES SAMANIEGO, “La prescripción de las penas...”, p. 2, cuando apunta “El tenor literal del precepto «penas impuestas» parece denotar que se opera por separado para cada pena, lo que permite sostener a este nivel, pero con mayor fuerza, el mismo criterio de individualización que se ha defendido en la prescripción de los delitos”; o en la p. 3, cuando dice “La deplorable técnica que padece todo el Código de 1995 ofrecía aquí un ejemplo semejante al adelantado en el comentario al art. 131 respecto a los plazos para la prescripción de los delitos”. Otros, en cambio, entienden que la prescripción del delito y la prescripción de la pena no solo son conceptos distintos sino que también tienen fundamentos distintos; entre otros, CARDENAL MONTRAVETA, “Constitución y prescripción de la pena”, p. 323; DÍEZ RIPOLLÉS, “Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena”, p. 4, cuando dispone que “Los conceptos de prescripción del delito y de prescripción de la pena no son idénticos. La prescripción del delito es una causa de extinción de la responsabilidad criminal que consiste en el transcurso de un determinado plazo de tiempo desde la comisión del delito sin que el procedimiento se dirija o se reanude contra el culpable -arts. 131 y 132 del código penal (CP)-. La prescripción de la pena, por su parte, extingue la responsabilidad criminal debido al transcurso de un determinado plazo de tiempo desde la imposición firme de la pena, o desde la interrupción de su cumplimiento, sin que la pena se ejecute o se acabe de ejecutar -arts. 133 y 134 CP-”. Añade que “Al igual que los conceptos no son iguales, tampoco lo es el fundamento de cada una de estas causas de extinción”.

correspondientes, a la prescripción de la pena, en tanto los mismos fundamentos, las mismas causas y los mismos efectos se han de producir y analizar en aquellos supuestos en los que la actividad judicial y la marcha del proceso, globalmente considerado, se paraliza en la fase ya de ejecución de sentencia”⁷⁹⁶.

B. Cómputo del plazo de dies a quo para la prescripción de la pena.

Dejando nota de lo anterior, es necesario determinar cuándo comienza el cómputo del inicio del plazo de prescripción de la pena. Solo fijándose el *dies a quo* se podrá realizar correctamente dicho cálculo. Recogiendo la regulación legal, se pronunciaba la STS 2581/2004, de 15 de julio, cuando señalaba que “Para decidir si se había producido o no la prescripción es necesario señalar el día en que se inicia el cómputo de los cinco años que determine la prescripción de la pena, conforme al art. 133 del vigente Código [...]. El art. 134 del Código Penal [...] vigente como el art. 116 del Código Penal de 1973 [...] disponen que el tiempo de la prescripción de la pena comenzará a correr desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse. A su vez, el párrafo segundo del art. 116 del Código Penal de 1973 [...] añade que se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo, párrafo que no se recoge en el Código vigente”. En consecuencia, el Tribunal Supremo venía a considerar que «se habría de fijar el *dies a quo* a partir del cual se computara el plazo de prescripción de las penas». La cuestión era y es de enorme importancia. La fijación de uno u otro día será la que determine cuándo la pena se entiende prescrita lo que conlleva que el reo es libre de toda responsabilidad.

En la normativa actual, para realizar ese cómputo, se ha de tomar la referencia que dispone el párrafo primero del artículo 133.1 del Código Penal que dispone:

Art. 133.1 pfo. 1º. “Las penas impuestas por sentencia firme prescriben: [...]”.

⁷⁹⁶ Tomando la referencia del Tribunal Supremo, las Audiencias Provinciales fueron tomando este criterio; así, la sentencias de las Audiencias Provinciales de Las Palmas de 24 de julio 2003; de Barcelona de 23 de septiembre de 2004; de Guipúzcoa de 16 de febrero de 2005; de Toledo de 20 de junio de 2005 o de Almería de 17 de marzo de 2006, entre otras.

De esta redacción (en la que a continuación se fijan una serie de plazos dependiendo del tipo de pena que se hubiera impuesto, sin olvidar el artículo 133.2 del Código recoge las penas impuestas por determinados delitos que no prescriben nunca⁷⁹⁷), se pueden extraer varias conclusiones. Ante todo, aunque parezca obvio, es necesario precisar que las penas susceptibles de prescripción son las impuestas a cada penado por su propio delito; es decir, que la prescripción opera individualmente respecto de cada penado singularmente considerado y no de forma colectiva para varios o todos los penados respecto de una infracción cometida. Esto es así toda vez que la pena es una obligación personal que se le impone al condenado a quien no le afectan las circunstancias del resto de penados, si los hubiere. De lo anterior también se deduce que cada pena prescribe por separado, con independencia de las demás impuestas para el mismo delito o en la misma sentencia.

Partiendo de esta base, para computar el plazo de prescripción de la pena, se ha de partir de la pena impuesta en sentencia firme como fija expresamente el artículo 133.1 párrafo primero, lo que hay que completar con la redacción del artículo 134.1 del Código cuando señala que:

Art. 134.1. “El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la pena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse”.

Es necesario precisar que si bien este artículo no se vio realmente modificado por la reforma de 2015 (matizando lo anterior cabría decir que no se modificó su contenido sino que solo fue renumerado), lo cierto es que hasta entonces el Código no contemplaba las causas que interrumpían la prescripción. Esto daba lugar a que se discutiera la relevancia del cumplimiento de penas preferentes de igual naturaleza en los supuestos del artículo 75 del Código o de la suspensión de la ejecución de la pena por disposición legal⁷⁹⁸. Ello suponía que hasta la reforma del año 2015, la única causa de interrupción implícita que no se discutía era el inicio de cumplimiento de la pena, que se daba por aplicación expresa del artículo 134.1 del Código, ya que se podía

⁷⁹⁷ Estos son los delitos de lesa humanidad, de genocidio, delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado a excepción del artículo 614 del Código así como los delitos de terrorismo si hubieren causado la muerte de alguna persona.

⁷⁹⁸ Ahondando en esta cuestión se pronuncia, entre otros GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, “Aspectos problemáticos de la ejecución...”, p. 2 y ss.

sobreentender que si al quebrantar se iniciaba de nuevo el plazo de prescripción ello era debido a que mientras se cumplía la pena dicho plazo se encuentra interrumpido⁷⁹⁹.

Por lo tanto, para computar ese *dies a quo* habrá que contar desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la pena, si hubiera comenzado a cumplirse, como dice el propio precepto señalado. Se trata de dos supuestos que merecen análisis separado.

En el caso de que el reo aun no estuviere cumpliendo condena (que será el caso más generalizado), no se tiene en cuenta la pena o penas que en abstracto prevea el Código penal para ese tipo de delito sino que la referencia lo ha de ser de la pena o penas impuestas en sentencia firme⁸⁰⁰. Bajo esta premisa, el tiempo de duración de la

⁷⁹⁹ A esta misma conclusión llega GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, “Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución...”, p. 6, añadiendo que “[...] de no estimarlo así, se llegaría al absurdo de tener que prescribir algunas penas cuando todavía se están ejecutando”. En igual sentido se pronuncia MANZANARES SAMANIEGO, “La prescripción de las penas”, p. 4. Junto a ello podría decirse que son situaciones similares al cumplimiento de la pena, durante las cuales no corre el tiempo de prescripción, los siguientes: a) El tiempo de espera a que se acaben de cumplir otras penas de similar naturaleza no susceptibles de cumplimiento simultáneo (por ejemplo, prisión u otras penas privativas de derechos derivadas de aquélla), tanto si se han impuesto por el mismo delito, la misma causa y sentencia o en otras distintas anteriores o posteriores. Hay que recordar que las penas que no se pueden cumplir simultáneamente se cumplen por orden de gravedad, de conformidad con el artículo 75 del Código penal. Por ello, correría la prescripción desde que la pena debió empezar a cumplirse; b) El tiempo de espera a que finalicen las medidas de seguridad impuestas (artículo 99 del Código penal); c) Respecto de la pena de multa, el tiempo de espera hasta realizar todas las responsabilidades pecuniarias que han de ejecutarse con anterioridad a la exacción de la multa conforme al artículo 126 del Código, tanto si la espera deriva de la petición de pago aplazado por parte del condenado (prevista en los artículos 50.6 y 125 del Código), como si deriva de un embargo de larga duración, ya sea todo ello dentro de una ejecución o en varias causas diferentes. Las diferentes cantidades de dinero que han de abonarse en ejecución de una sentencia penal, quedan englobadas en una sola deuda en cuanto a su tramitación. Esto es, si han de practicarse embargos a fin de obtener las cantidades necesarias para el pago de los diferentes conceptos, tales embargos son para el abono de todas las responsabilidades pecuniarias pendientes (civiles, costas y multa) y luego, a medida que se va consiguiendo el dinero, se va pagando por el orden indicado en el artículo 126 del Código. La espera necesaria para que el embargo de un salario cubra las cantidades adeudadas por responsabilidad civil, de cobro preferente a la cuantía de la multa conforme al mencionado artículo 126, no puede computarse para el transcurso del plazo señalado para la prescripción de la pena; d) Respecto de pena de multa también, el tiempo de espera hasta realizar las multas que tengan preferencia dentro de la misma causa o fuera de ella, de manera similar a lo dicho en el párrafo anterior. Todos estos supuestos que tampoco se recogen expresamente en el Código penal como causa de interrupción de la prescripción se aplican por analogía con el propio cumplimiento de la pena como causa, en sí misma, de interrupción del plazo de prescripción.

⁸⁰⁰ Así ha de considerarse toda vez que a la prescripción de la pena no se le puede extender analógicamente lo establecido en el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 29 de Abril de 1997 (ratificado por Acuerdo del Pleno de 16 de diciembre de 2008), que declaró, en relación con la prescripción del delito, debía tenerse en cuenta la pena en abstracto fijada para el delito de que se trate y no la pena resultante de la aplicación de las normas sobre grados de participación y de ejecución. Siguiendo este criterio, entre otras resoluciones, las SSTs 690/2000, de 14 de abril; 198/2001, de 7 de febrero; 415/2001, de 23 de mayo; 1927/2001, de 22 de octubre; 1937/2001, de 26 de octubre; 547/2002, de 27 de marzo; 217/2004, de 18 de febrero y 1395/2004, de 3 de diciembre, entre otras. A esta misma conclusión llega la doctrina, por todos, MUÑOZ CUESTA, “Prescripción de la pena...”, p. 1, cuando apunta que “En la actividad cotidiana de los Tribunales se suelen plantear problemas prácticos respecto de

prescripción de la pena comenzará el mismo día de la firmeza de la sentencia. Evidentemente, con anterioridad a dicha firmeza puede prescribir la infracción penal (prescripción del delito) pero no la pena (prescripción de la pena)⁸⁰¹. Así lo considera DÍEZ RIPOLLÉS al señalar que “A mi juicio ha de entenderse que [la fecha de inicio del término] es la fecha de dictado de la sentencia, ya que es a partir de ese momento que no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario, salvo el de revisión -art. 141 LECrim-. No lo es, por tanto, ni la fecha de la notificación de la sentencia firme, ni el auto de declaración de firmeza dictado por el juez o tribunal *a quo* en cumplimiento del art. 988 de la LECrim. Sin embargo, en línea con lo acabado de precisar más arriba, habrá que entender que, en el caso del indulto parcial, el cómputo se iniciará en la fecha de la notificación expresa de la resolución del indulto parcial”⁸⁰².

Sin embargo, aun cuando esta premisa parezca clara, no siempre fue ni es fácil su determinación. En principio, se podría pensar que la duración del plazo de prescripción de la pena se determina en función de la duración total inicial de la pena impuesta en la sentencia firme y que no se han de recalcular los plazos prescriptivos en función de duraciones de pena sobrevenidas; tales como: la duración o cantidad restante de pena que falta por cumplir tras un quebrantamiento o incumplimiento parcial; la duración restante de pena que resulta tras descontar los abonos que procedan o por

los que su solución no está prevista legalmente ni tan siquiera hay una jurisprudencia que pueda servir de pauta para, razonadamente, llegar a la solución más adecuada, ante lo cual no quedará otra alternativa que aplicar normas por analogía o sin más hacer una interpretación, acorde con la situación, de las propias reglas que regulan una determinada institución en la que no se prevé el caso concreto al que nos enfrentamos, pero sí hay reglas generales que nos servirán para dar una respuesta a la cuestión que ineludiblemente debemos solventar”. No obstante cabe recordar la discusión que se plantea MANJÓN-CABEZA OLMEDA sobre los Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional...?”, pp. 1 y ss.

⁸⁰¹ Como es sabido, la firmeza de la sentencia se produce: en el caso de condena con conformidad del reo, en procedimiento de enjuiciamiento rápido, ante el juzgado de instrucción o ante el juzgado de violencia sobre la mujer, el mismo día en que la sentencia es dictada *in voce* y manifestando las partes su intención de no recurrir, así se declara. En el caso de condena con conformidad en acto de juicio en procedimiento abreviado en las demás sentencias, cuando tras ser notificadas pasan los plazos previstos sin ser recurridas, o cuando, recurridas, se dicta sentencia en segunda instancia o en casación que es firme porque no cabe contra ella ningún recurso (conforme al artículo 141 de la LECRIM). El órgano jurisdiccional ante el cual se produce la firmeza de la sentencia es el competente para declararla formalmente y señalar la fecha de los efectos de la misma. Por ello, si no se recurre la sentencia declarará la firmeza el órgano sentenciador mientras que si se recurre, será el órgano que dictó la sentencia contra la que no quepa o no se interponga ulterior recurso ordinario quien lo declare.

⁸⁰² DÍEZ RIPOLLÉS, “Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena”, p. 9. En igual sentido véase COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, p. 688; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código penal...*, pp. 654-655; y del mismo autor, “Una nueva edición de los «Comentarios...”, pp. 1 y ss.; o GILI PASCUAL, *La prescripción en el derecho penal*, p. 168.

remisión parcial, las reducciones de tiempo de condena por aplicación de beneficios penitenciarios, la concesión de un indulto parcial o la reducción de la extensión de la pena de multa acordada en ejecución de sentencia de conformidad con los artículos 51 y 52.3 del Código penal). Pero esta interpretación restrictiva, desde mi opinión, sería *in malam partem* y, consecuentemente, perjudicial para el reo. Se trata además de una cuestión no pacífica en la doctrina habiendo soluciones dispares con argumentaciones igual de convincentes en uno u otro sentido⁸⁰³.

En mi opinión, es necesario que, en estos casos, cuando se produzca una reducción o conmutación de pena, la pena que resultara finalmente es la que se ha de tener en cuenta a efectos prescriptivos⁸⁰⁴. Toda interpretación contraria, aun cuando sea defendible entiendo, como decía, que lo es en perjuicio del reo.

Junto a lo anterior hay que tener en cuenta que las penas que se consideran para la prescripción son las individualmente e inicialmente impuestas y no las penas podrían denominarse penas «globales» que resultan por acumulación material, por acumulación jurídica derivada de la aplicación de los límites del artículo 76 del Código penal, o por refundición de condenas. En efecto, es incorrecta la consideración global de la pena a fin de precisar el término prescriptivo. Habrá que estar a la pena impuesta y no al resultado del límite máximo, pues “una cosa es el plazo de prescripción de la pena (la propia de un delito, o de diversos delitos, individualmente considerados) y otra el límite al cumplimiento sucesivo de las penas” (STS 543/2001, de 29 de marzo), cuyo sentido es el de favorecer al reo y no computarlo como pena, lo que supondría un perjuicio, por

⁸⁰³ Como sostiene GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, “Aspectos problemáticos de la ejecución...”, p. 23, “[...] no es pacífico en la doctrina si la extensión de la pena a valorar es la impuesta en la sentencia o la que resulte de restar, por ejemplo, el tiempo de prisión preventiva sufrida o el cumplido antes de quebrantar la condena, discutiéndose sobre el cómputo también en los supuestos de indulto parcial”. Ante esta tesitura MANZANARES SAMANIEGO, “La prescripción de las penas...”, p. 4, entiende que “[...] la redacción del art. 133 no tolera desviación alguna de su clarísimo tenor literal y, por tanto, ni la prisión provisional ni el indulto tienen aquí la menor relevancia”. Por su parte, TÉLLEZ AGUILERA, “La prescripción de las penas...”, p. 3, considera que “[...] en los primeros supuestos no hay reducción nominal de la pena, pero sí en el indulto, debiendo estarse a la pena resultante como si fuera una nueva pena, al ser el criterio asumido por nuestro ordenamiento en materia de ejecución penal, concretamente a efectos de cómputo de la libertad condicional”. En igual sentido se pronuncia DIEZ RIPOLLES, “Algunas cuestiones...”, pp. 8 y ss., basándose principalmente en que se trataría de una pena nueva y distinta sobre la que se habrá de valorar el nuevo plazo de prescripción.

⁸⁰⁴ No obstante, en el caso del indulto particular previsto en el artículo 206 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, la pena a considerar será la inicial puesto que dicho indulto tiene la condición de beneficio penitenciario que implica reducción de pena durante la ejecución, conforme al artículo 202 de dicho Reglamento.

alargar el plazo prescriptivo, como si de un delito más grave se tratara. Tal interpretación, ni la prevé la Ley penal, ni existe base para ello.

El segundo de los momentos que comentaba para el cómputo del *dies a quo* es el del quebrantamiento de la condena para el caso de que ésta hubiera comenzado a cumplirse. El presupuesto es claro: se ha de dar un quebranto de la condena que esté cumpliendo; esto es, un «quebrantamiento de condena» *strictu sensu*, que además constituye un nuevo delito a los efectos del artículo 468 del Código penal. No solo no es fácil determinar el *dies a quo* en caso de quebrantamiento sino que tampoco está totalmente definido el concepto de «quebrantamiento de condena» a que se refiere el artículo 134.1 del Código.

Frente a quienes sostienen que la cuestión pasaría por determinar cuál es la fecha del quebrantamiento: si la del «hecho» (quebranto) en sí mismo considerado o la de la «sentencia» que así lo determinara o incluso quienes abogan por la fecha del auto de revocación como fecha del cómputo del nuevo plazo de prescripción; están los que consideran que no cabe hablar de distinción entre el «hecho» y la «sentencia» que condene por dicho quebrantamiento⁸⁰⁵. No puedo sino compartir la segunda postura toda vez que si el primer supuesto que prevé el artículo 134.1 del Código no es otro que el de la sentencia firme parece lógico que, por analogía, el quebrantamiento de condena haya de ser igualmente acordado en sentencia firme. Entiendo que toda interpretación contraria vulneraría el principio de legalidad, así como el de seguridad jurídica y el de derecho de defensa del reo. Lo anterior entiendo que se aplica a pesar de que el artículo solo hable de «quebrantamiento» y no de «delito de quebrantamiento», insisto, porque entiendo que es lo más favorable al reo.

⁸⁰⁵ TÉLLEZ AGUILERA, “La prescripción de las penas...”, p. 6, se encuentra entre los primeros cuando sostiene que “[...] el tenor literal del precepto parece hacer referencia al propio hecho y no a la declaración judicial de la existencia de un delito del art. 468 CP [...]”. Añade que “Obsérvese al respecto que no se habla de delito de quebrantamiento, sino de simple quebrantamiento, por lo que tampoco aquí sería dable una interpretación extensiva y desfavorable al reo que vería paralizado el plazo de prescripción desde el inicio del cumplimiento hasta que, en su caso, existiera una eventual sentencia firme que declarara el quebrantamiento de la pena”. Frente a él se postula GARCÍA SAN MARTÍN, “Interrupción del plazo...”, p. 5, cuando dice que “[...] entiendo inoportuna la distinción efectuada entre el «hecho» y la declaración judicial, por cuanto «hecho» a tales efectos no, puede ser sino aquel reconocido en una sentencia judicial, obviamente, devenida firme, porque de lo contrario ¿quién o qué, sería habilitado o sería considerado bastante, para acreditar la realización del «hecho» quebrantador?, ¿sería suficiente para entender que el reo ha quebrantado un atestado, un auto formal de imputación, dirigir el procedimiento contra el culpable, un auto de procesamiento, la transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado,...?; y [...] porque el quebrantamiento de la condena a que refiere el art. 134 CP [...] no puede ser sino el quebrantamiento de condena tipificado en el art. 468 CP [...], y ello por cuanto no es susceptible de advertirse un quebrantamiento de la condena por parte del reo que está cumpliendo la misma, ajeno al quebrantamiento típico del art. 468 CP”.

Ahondando en esta cuestión el Tribunal Supremo señalaba que varios podían ser los criterios para iniciar el cómputo de la prescripción de la pena en el caso de que se hubiera cometido un delito durante el plazo de suspensión de la pena; a saber, los siguientes: 1º) iniciarse el día en que se declaró la firmeza de la sentencia condenatoria; 2º) computarse desde que transcurra el tiempo que se hubiese fijado para la remisión definitiva; 3º) iniciarse el día en que se hubiera extinguido la pena, en el caso de que realmente se hubiera cumplido, en analogía con lo que se disponía para la cancelación de antecedentes penales; 4º) o bien, tener en cuenta para iniciar el cómputo la fecha en la que se hubiera cometido el siguiente hecho delictivo que impide la remisión definitiva y determina la revocación de los beneficios de la suspensión de la ejecución condena. La solución a la que llega el Tribunal Supremo es a esta última; esto es, entendió que la fecha término del plazo de prescripción será «aquella en la que se revoca la suspensión de la condena y se ordena su ejecución». Lo anterior es consecuencia de la nueva comisión delictiva durante el plazo de suspensión que se le hubiese fijado. Por consiguiente, la comisión del nuevo delito aparece como el presupuesto de la revocación y esa relación de causa-efecto hace que esa causa resulte especialmente relevante y deba ser tenida en cuenta para iniciar el cómputo de la prescripción⁸⁰⁶.

Sobre esta base, he de señalar que los presupuestos varían en función de tipo de quebrantamiento que se produzca así como del tipo de pena que se estuviere ejecutando cuando el reo quebranta. No pretende este obra profundizar en estas cuestiones que exceden del alcance del presente estudio, si bien creo necesario hacer una breve mención en lo relativo al tipo de quebrantamiento. Así, cuando se trate un quebrantamiento en sentido típico delictivo (por ejemplo: no reingresar a prisión cuando

⁸⁰⁶ Esta postura fue avalada por parte de la doctrina teniendo también detractores. Entre los que abogan por la postura del Tribunal Supremo, entre otros, MAGRO SERVET, “La prescripción de la pena...”, pp. 3 y 4, cuando señala que “Este criterio presenta además la ventaja de aparecer como el más ajustado a la seguridad jurídica, principio constitucional, en cuanto es una fecha normalmente fija y no sujeta a circunstancias aleatorias, como pudiera ser aquella que dependiera de la mayor o menor agilidad en la tramitación de la siguiente causa”. Contrariamente MUÑOZ CUESTA, “Prescripción de la pena...”, p. 3, al señalar que “Sin despreciar las razones expuestas [en la STS de 15 de julio de 2004] entendemos que el comienzo del plazo de prescripción de la pena en el supuesto que nos ocupa será, como así lo entendió el Fiscal del Tribunal Supremo que informó en el recurso de casación que dio lugar a la sentencia de 15 de julio de 2004 que tratamos, el día en que termina el período de suspensión de condena [...]. No hacemos una interpretación contraria al reo, sino que entendemos que las normas sustantivas aplicables al caso motivan una interpretación acorde con la realidad de la institución de la prescripción, cual es la inactividad procesal, en este caso de no ejecución de una pena por las razones expuestas, ante lo cual no cabe posicionarse a ultranza a favor del reo y sí procede dar a la norma una significación enmarcada en la seguridad jurídica, aunque no beneficie al penado”.

se esté disfrutando de un permiso penitenciario), la prescripción corre desde el día del quebrantamiento. Cuando se trate de un quebrantamiento en sentido simple de incumplimiento (por ejemplo: dejar de pagar pagos aplazados de una multa), la prescripción no corre mientras que se están haciendo pagos parciales (autorizados de conformidad con el artículo 50.6 del Código y dentro del margen temporal de dos años desde la firmeza de la sentencia que el mismo prevé) y sí corre desde el día en que se debía hacer un pago y éste no se produce y mientras no se inicie el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria. En el caso de penas conjuntas (pena principal impuesta junto con otra de carácter también principal o principal impuesta con accesoria impropia), prescribe cada pena por separado. No se aplica, pues, analógicamente, la norma sobre prescripción de delitos en caso de penas compuestas contenida en el apartado 4 del artículo 131 del Código penal, el cual dispone que cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo (relativas a prescripción de la infracción penal), a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

Junto a lo anterior, cierta duda puede plantear la determinación del plazo de prescripción de las penas accesorias en sentido propio; es decir, aquellas penas accesorias generales de los artículos 54 a 57 del Código, cuya duración es la misma que las penas de privación de libertad que las llevan consigo. Según el artículo 33.6 del Código, estas penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código. Si se considera que la pena accesoria lo es respecto de la principal no sólo en cuanto a su imposición y duración inicial sino también en cuanto a sus vicisitudes posteriores y extinción, habría que concluir que la extinción por prescripción de la pena principal así inseparable determinaría la extinción por prescripción de la accesoria, aun cuando el plazo prescriptivo previsto legalmente para ésta fuera eventualmente superior. Si se considera, por el contrario, que una vez impuesta la pena accesoria (cuya duración se determina por relación con la principal), el régimen de su ejecución y prescriptibilidad es independiente respecto del de la pena principal, entonces habrá que entender que la pena accesoria prescribe con separación de la principal.

La legalidad penal parece imponer la primera solución, puesto que estas penas accesorias (al menos las de los artículos 55 y 56 del Código), si se atiende a la dicción literal del Código, se imponen no por el tiempo de la condena sino «durante» el tiempo

de la condena, lo cual a mi juicio es interpretable en el sentido de que la pena accesoria depende, a todos los efectos, de la pena principal y por lo tanto prescribe en los mismos términos, plazos y condiciones que la pena principal. No obstante entiendo que las prohibiciones que, como penas accesorias, se prevén en el artículo 57 del Código se han de considerar con independencia de las penas principalmente impuestas, puesto que su accesoriidad tiene más que ver con la clase de bien jurídico protegido que con el tipo de pena principal prevista.

Por lo que respecta a las penas sustitutivas de otras (tanto si la sustitución se ha declarado en sentencia como posteriormente por el sentenciador o por el órgano ejecutor) prescriben en función de su propia gravedad y duración. Excepcionalmente, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa prescribirá en los mismos plazos que las penas originarias sustituidas, puesto que se considera que tienen su misma gravedad, de conformidad con el apartado 5 del artículo 33 del Código penal.

No obstante, aun cuando la dicción literal del artículo 134.1 del Código penal solo incluya dos supuestos para el inicio del cómputo del plazo de la prescripción de la pena (desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse) existe un tercer supuesto no contemplado expresamente en dicho artículo pero que es igualmente aplicable. Sería el supuesto que resulta de la regulación del artículo 60 del Código penal en materia de enajenación mental sobrevenida del reo. El *dies a quo* del cómputo de la prescripción de la pena suspendida será la del auto que acuerde la suspensión de la ejecución de aquélla para recibir la asistencia necesaria. Lo anterior se deriva de la propia dicción del precepto que indica que «restablecida la salud, cumplirá la pena impuesta, salvo que hubiera prescrito». Un estudio pormenorizado del trastorno mental sobrevenido como causa de la suspensión de la ejecución de la pena es realizado en el apartado correspondiente de esta tesis como uno de los supuestos de los denominados «casos excepcionales de suspensión de la ejecución de la pena».

C. *La suspensión de la ejecución de la pena como causa de suspensión del plazo de prescripción de la pena.*

a) Precedentes normativos.

Una vez sentadas las bases anteriores he de decir que la cuestión relativa a dilucidar y determinar las causas de interrupción del plazo prescriptivo de la pena es y ha sido hartamente controvertida. Esto ha provocado posiciones doctrinales manifiestamente contrapuestas y divergentes; realidad que tiene su origen, en gran medida, por la regulación que tradicionalmente ha dado el legislador a esta figura, traducida en una “escueta y ambigua previsión legal”⁸⁰⁷. Bajo este escenario, la interpretación y aplicación de la regulación vigente sobre la prescripción de la pena plantea cuestiones de legalidad ordinaria. No obstante también puede tener relevancia constitucional debido a que afecta a los derechos fundamentales a la libertad de las personas así como a la legalidad penal (artículos 17.1 y 25.1 de la CE)⁸⁰⁸. Ante esta tesitura, resulta clarificadora la redacción que la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ha dado al actual artículo 134.2 a) del Código penal, ya que contempla de forma expresa a la suspensión de la ejecución de la pena como causa de suspensión del plazo de

⁸⁰⁷ Así lo expone, por todos, GARCÍA SAN MARTÍN, “La interrupción del plazo...”, p. 2.

⁸⁰⁸ Tal y como señala la reciente STC 63/2015, de 13 de abril “Constituye, asimismo, una consolidada doctrina constitucional la que considera que la apreciación en cada caso concreto de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria, carente por su propio contenido de relevancia constitucional (SSTC 195/2009, de 28 de septiembre o 206/2009, de 23 de noviembre; por remisión a las SSTC 63/2001, de 17 de marzo; 63/2005, de 14 de marzo; 82/2006, de 13 de marzo; 79/2008, de 14 de julio y 195/2009, de 28 de septiembre). Cuestión distinta es que la concreta decisión judicial que aprecia o rechaza tal prescripción resulte susceptible de acceder al amparo, estando, en efecto, legitimado este Tribunal para revisar *ad causam* el canon de motivación concretamente utilizado (SSTC 214/1999, de 29 de noviembre; 63/2001, de 17 de marzo; 63/2005, de 14 de marzo; 82/2006, de 13 de marzo, o 79/2008, de 14 de julio), dada la trascendencia de los valores constitucionales y derechos fundamentales en juego, entre los cuales destacan la libertad personal (art. 17.1 CE) y la legalidad penal (art. 25.1 CE). La decisión judicial deberá así razonar los elementos tomados en cuenta a la hora de interpretar el órgano judicial las normas relativas a la prescripción penal [...] respetando, al propio tiempo, los fines que dicho instituto persigue (en este sentido, nuevamente SSTC 63/2005, de 14 de marzo; 29/2008, de 20 de febrero; 79/2008, de 14 de julio o 195/2009, de 28 de septiembre). El estándar de motivación exigible a la respuesta judicial en estos casos será, pues, especialmente riguroso, debiendo abarcar tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que concurre -o no- el supuesto previsto en la ley, como el nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que la justifican”. Añade que “Es ésta la razón por la que la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad o la apreciación de lesión en los señalados derechos fundamentales cuando la interpretación judicial de la norma reguladora de la prescripción, aun no siendo irrazonable o arbitraria, lleve consigo una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo que exceda de su significado gramatical (SSTC 207/2009, de 23 de noviembre; 37/2010, de 19 de julio; 97/2010, de 15 de noviembre o 152/2013, de 9 de septiembre)”.

prescripción de las penas⁸⁰⁹. Pero para llegar a esta regulación no se han de desconocer los antecedentes legislativos que permiten comprender el cometido que el legislador pretendió con esta nueva normativa. Solo de este modo se llega a vislumbrar el sentido de la Ley penal.

En los Códigos penales históricos españoles se admitió, con carácter general, que la prescripción de las penas se interrumpía (y bien digo interrumpía frente a la suspensión que hoy se prevé), quedando por tanto sin efecto el tiempo transcurrido, por dos motivos expresos: la comisión de un nuevo delito y la fuga del condenado. Ello suponía que ante la reiteración delictiva o la fuga del condenado se perdía todo el tiempo que se había cumplido comenzado de nuevo el cómputo total del plazo. Así cabe interpretarse del artículo 127 del Código de 1848 que, como adelantaba en el apartado anterior, fue el primer Código en recoger expresamente la figura de la prescripción de la pena, al disponer que:

Art. 127. “Para que tenga lugar la prescripción se necesita que el sentenciado, durante el término de ella, no haya cometido delito alguno ni se haya ausentado de la Península e islas adyacentes”.

De lo anterior se deducía que la nueva comisión delictiva así como la ausencia (fuga) del territorio nacional eran causas de interrupción de la prescripción; por ello, volvía a computarse desde el principio el plazo de prescripción cuando se diera cualquiera de estos dos supuestos de hecho.

Más clara y expresa fue la redacción del artículo 134 párrafo tercero del Código penal de 1870, al disponer que:

Art. 134. pfo. 3º. “Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido para el caso en que el reo se presentare o sea habido, cuando se ausentare a país extranjero con el cual España no haya celebrado traslados de extradición, o teniéndolos, no estuviere comprometido en ellos el delito, o cuando cometiere uno nuevo antes de completar el

⁸⁰⁹ Habla expresamente de suspensión y no de interrupción. En todo caso, lo que parece claro es que el plazo de prescripción se computará desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena en el caso de que hubiera comenzado a cumplirse, hasta el auto de suspensión en que se declare que el plazo de prescripción de la pena queda en suspenso, pero ¿qué sucede después? ¿se vuelve a computar el plazo de prescripción por entero o se tiene en cuenta el período o períodos que haya cumplido? Hay quienes consideran que no se podría hablar de suspensión del plazo sino de interrupción acorde a la evolución histórica que ahora abordaré pero, a mi juicio, la dicción del artículo es clara y no habla de interrupción sino de suspensión. Otros entienden, acorde a esa literalidad, que el plazo de prescripción de la pena no se interrumpe y luego se reanuda sino que se suspende y luego se retoma pero teniendo en cuenta los plazos que ya se hubieran cumplido.

tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo”.

Hablaba expresamente el artículo de «interrupción» y directamente se decía que «quedaba sin efecto el tiempo transcurrido» lo cual suponía un nuevo cómputo desde el inicio ante cualquiera de las dos mismas causas que señalaba el Código anterior (nueva comisión delictiva y fuga). Sin embargo, esta configuración no se mantuvo en el posterior Código penal de 1928 que limitó la interrupción de la prescripción a un solo supuesto, el de la nueva comisión delictiva, desterrando la fuga como causa de interrupción de la prescripción. Si bien, en esa reiteración delictiva se limitó su aplicación al disponer el artículo 203 *in fine* que:

Art. 203 *in fine*. “En caso de revocación de la libertad condicional, la prescripción comenzará a correr desde el día de la revocación”.

A partir de ese momento, los Códigos posteriores solo recogerán como única causa expresa de interrupción de la prescripción de la pena la comisión de un nuevo delito, si bien desvinculándolo de que éste solo fuere cometido durante el período de la libertad condicional como había dispuesto el Código de 1928. Así, el artículo 119 del Código penal de 1932, establecía que

Art. 119. “Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo”.

Esta redacción se mantuvo sin modificaciones en los Códigos penales de 1944 así como en el Texto revisado de 1963 y en el Texto refundido de 1973, solo cambiando el precepto en el que se regulaba, que pasó a ser el artículo 116.

No obstante todo lo anterior, junto a las causas legales de interrupción de la prescripción de las penas expresamente previstas en los Códigos penales españoles, siempre había existido otra causa de interrupción de este plazo que no era otro que el inicio de cumplimiento de la pena, como ya comentaba.

He creído necesario hacer mención a esta normativa anterior porque, cuando menos sorprende, que en el Código penal de 1995, hasta la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código penal, había desaparecido toda mención expresa a cualquier causa de interrupción de la prescripción de la pena. Por

ello, al no contemplarse causa expresa alguna solo se aplicaba como única causa interruptora la del inicio del cumplimiento de la pena en los términos que acabo se señalar. Si bien es cierto que, a pesar de la carencia de regulación legal, los tribunales de justicia, en consonancia con las realidades judiciales que en la práctica se encontraban, realizaban una interpretación amplia de la prescripción de la pena⁸¹⁰. No obstante, tal y como se ha indicado al inicio de este apartado, prescripción del delito y prescripción de la pena son dos institutos distintos, pero el propio Tribunal Supremo aplicaba un concepto amplio de prescripción entendiendo la prescripción como un instituto unitario haciendo coincidir en el mismo fundamento tanto la prescripción del delito como la prescripción de la pena. Ello era sin duda una vía para que tanto la regulación como la jurisprudencia sentada sobre la prescripción del delito (si bien con matizaciones), fuera aplicable a la prescripción de la pena⁸¹¹.

Respecto de la eficacia interruptiva de las diligencias posteriores a la firmeza, previas y/o distintas al cumplimiento, existía una línea jurisprudencial, sustentada en la STS 1505/1999, de 1 de diciembre, que mencionaba anteriormente, “favorable a la aplicación, con matices, de la doctrina sentada respecto de la prescripción del delito, concediendo dicha eficacia a todas las actuaciones dotadas de contenido sustancial, propio de una puesta en marcha del procedimiento y reveladores de que el trámite

⁸¹⁰ A este respecto GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, “Aspectos problemáticos de la ejecución...”, p. 24, se planteaba esta tesis al disponer que “No se contempla expresamente ninguna causa de interrupción de la prescripción de la pena, a diferencia de la prescripción delictiva, planteándose qué incidencia tiene en la prescripción el tiempo de espera anterior a la ejecución de una pena motivado por cumplimiento de otras responsabilidades, el inicio del cumplimiento de la pena impuesta y las actividades preparatorias de su ejecución, así como la suspensión de la ejecución con base en la propia ley (por petición de indulto, interposición de recurso de amparo, aplicación de los arts. 80 y ss. CP)”.

⁸¹¹ Ejemplo de esta interpretación unitaria era, por todas, la STS 1505/1999, de 1 de diciembre, donde se decía que “[...] la doctrina expuesta, con clara referencia a la prescripción del delito, es de aplicación, con los matices correspondientes, a la prescripción de la pena, en tanto los mismos fundamentos, las mismas causas y los mismos efectos se han de producir y analizar en aquellos supuestos en los que la actividad judicial y la marcha del proceso, globalmente considerado, se paraliza en la fase ya de ejecución de sentencia. No se trata pues de supuestos acaecidos "ex ante" de la resolución judicial, sino "ex post", tras la notificación de la resolución judicial o, por mejor decir, tras la declaración de firmeza de la Sentencia que ha de ser obedecida, si queremos respetar y dar cumplimiento a la redacción gramatical de los preceptos sustantivos arriba mencionados. Es cierto, sin embargo, que los casos prácticos traídos a colación ante los Tribunales de Justicia han afectado siempre al problema de la prescripción del delito, quizás porque las posibilidades de interrupción y las incidencias de la tramitación son más evidentes antes de la Sentencia, y no después. No puede olvidarse, ello no obstante, la trascendencia, en la culminación de la justicia de caso concreto, de lo que la fase de ejecución representa. De ahí que el principio de legalidad, estrictamente observado, ha de primar cualquier decisión que haya de adoptarse en estas cuestiones”.

procesal avanza y no a las resoluciones intrascendentes o inocuas”⁸¹². Estas actuaciones procesales serán diferentes según la pena a ejecutar lo cual no será objeto de análisis toda vez que excede del análisis del presente trabajo.

En este escenario la STC 63/2005, de 14 de marzo, produjo una gran convulsión en materia de interrupción de la prescripción penal. La única vía de solución que se atisbaba ya como posible, la legislativa, llegó por fin de la mano de la L.O. 5/2010, de 22 de junio. Una reforma hecha a la medida del conflicto según reconocía su Preámbulo y en la que, por ello, “la cuestión controvertida de la interrupción de la prescripción de la infracción fagocitó prácticamente todos los esfuerzos de la intervención legislativa, dejando así pasar la oportunidad para abordar otros problemas pendientes, destinados a tener que esperar turno, aguardando al estallido del conflicto”⁸¹³.

Es igualmente destacable el ATS de 18 de diciembre de 2009 donde se fijaban los argumentos que encontraba el tribunal para dar eficacia interruptiva a la tramitación del indulto y acordar la continuación de la ejecución de la pena por entender que no había prescrito la pena. Se entendía, tras fijar el contenido de los artículos 133 y 134 del Código, que a pesar de que sólo se contemplaba la posibilidad de interrupción de la prescripción en relación con la prescripción del delito y no así en relación con la prescripción de la pena, había supuestos específicos de suspensión de la ejecución de la pena, que permitían la suspensión de la ejecución del acto impugnado durante su tramitación. En consonancia con lo anterior, la doctrina jurisprudencial venía considerando que entre la firmeza de la sentencia y el inicio del cumplimiento de la pena (que sí que operaba como causa natural de prescripción de la interrupción de la prescripción de la pena. Estos supuestos que en la práctica se aplicaban eran los relativos a los casos de peticiones de indulto (conforme al artículo 4.4 del Código), suspensión condicional de la pena y revocación de dicha suspensión por comisión de nuevo delito (artículos 80 y ss. del Código), así como la suspensión acordada por el

⁸¹² En este sentido véase a GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, “Aspectos problemáticos de la ejecución...”, p. 26.

⁸¹³ Así lo define GILI PASCUAL, “La interrupción de la prescripción...”, pp. 300 y ss., aludiendo a la Exposición de Motivos de esta Ley que fijaba que “se había optado por una regulación detallada del instituto que pusiera fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos”. Añade este autor que “[...] al tiempo que el TS se atrincheraba en el criterio de la interrupción de la prescripción de la infracción con la simple interposición de la denuncia o querrela —que, cuando le sorprendió la STC 63/05, tenía como el más consolidado (había sostenido también otros)—, el TC fue asentando y completando su posicionamiento con un buen número de resoluciones, entre las que acostumbra a destacarse, por esperada (al extremo de levantar incluso suspicacias sobre el sentido de la anterior)”.

Tribunal Constitucional por la tramitación del recurso de amparo (artículo 56 de la LOTC).

Esta discusión doctrinal se fue plasmando en las diferentes resoluciones judiciales que resolvían la materia cuando se les planteaba la tesis. La cuestión no se resolvió con unanimidad sino que las diferentes Audiencias Provinciales se encontraban divididas entre: a) una interpretación restrictiva que abogaba por entender que al igual que el indulto y el recurso de amparo, la suspensión de la pena como forma alternativa al cumplimiento de las penas, no se encontraba entre las causas de interrupción del plazo de prescripción de la pena; y b) una interpretación extensiva por la que existirían otras causas no reguladas que producirían la interrupción del plazo de prescripción de la pena.

A favor de la tesis restrictiva se mostraban la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 263/2002, de 10 abril; el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya 144/2002, de 14 de febrero; los autos de la Audiencia Provincial de Cádiz 101/2004, de 21 de julio y 124/2007, de 7 de marzo; los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona 564/2007, de 20 de noviembre y 224/2006; 8 de julio, entre otras. Todas ellas coincidían en señalar que el artículo 134 del Código no contemplaba ninguna causa de interrupción de la prescripción de las penas a diferencia de lo que ocurría con la prescripción de los delitos y faltas en el artículo 132 del Código. En base a esta interpretación restrictiva la conclusión a la que llegaban era clara: a falta de causa legalmente prevista que interrumpiera la prescripción de la pena, si transcurría el tiempo de prescripción de la pena sin que ésta hubiera empezado a cumplirse, se declaraba extinguida la pena por prescripción. Lo contrario entendían que era una interpretación *in malam partem* y por lo tanto inadmisibles al ser perjudicial para el reo.

Por el contrario, a favor de una interpretación amplia, se mostraban, entre otros, los autos de la Audiencia Provincial de Madrid 791/2003, de 22 de octubre; 930/2003, de 23 de octubre; 122/2007, de 8 de marzo, y 569/2007, de 25 octubre; el auto de Audiencia Provincial de Girona 303/2000, de 19 de julio; el auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 321/2004, de 19 de abril; así como los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona 384/2006, de 16 de mayo y 531/2006, de 18 de diciembre.

Sin embargo, el panorama cambió con la STC 79/2010, de 15 de noviembre. En esta sentencia el Tribunal Constitucional entendía que no podían llevarse a cabo interpretaciones extensivas “*in malam partem*” en la materia relativa a la prescripción de las penas que contemplaba el artículo 134 del Código penal, siendo taxativo al fijar que no existían causas legales de interrupción de las penas en el Código. Resolviendo un recurso de amparo sobre un supuesto en el que el tribunal de instancia entendió que no había prescrito la pena al haberse interrumpido el plazo de prescripción al haber quedado en suspenso la pena por solicitud de indulto y, posteriormente, por tramitación de recurso de amparo, consideró que estas causas de interrupción de la prescripción no estaban legalmente previstas en el Código y que, por lo tanto, no se podían aplicar por analogía al resultar claramente perjudiciales para el reo⁸¹⁴. El propio Tribunal Constitucional mantuvo esta interpretación en sentencias posteriores tales como las SSTC 109/2013, de 6 de mayo; 152/2013, de 9 de septiembre; 187/2013 de 4 de noviembre; 192/2013, de 18 de noviembre; 49/2014, de 7 de abril;

Autores como TÉLLEZ AGUILERA, consideraban en relación a esta nueva interpelación del Tribunal Constitucional que “[...] En este sentido es necesario recordar que [...] la prescripción en el ámbito punitivo está conectada con el derecho a la libertad [...] y por ende sin posibilidad de interpretaciones *in malam partem* [...] (STC 29/2008, de 20 de febrero [...] resultando conculcado el derecho a la libertad «tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone» (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre [...]; 28/1985, de 27 de marzo

⁸¹⁴ Consideraba el Tribunal Constitucional que “[...] A partir de las precedentes consideraciones en torno a los preceptos legales aplicables resulta evidente que el criterio interpretativo mantenido [...] aunque no puede ser calificado como arbitrario, no satisface el canon constitucional reforzado exigido en supuestos como el que ahora nos ocupa, pues excede el propio tenor literal de los preceptos legales aplicables que, de un lado, no contemplan la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo como causas de interrupción de la prescripción, art. 134 CP de 1995 [...] ni, de otro lado, confieren a dicha suspensión en uno y otro caso la referida condición o cualidad (arts. 4.4 CP de 1995 [...] y 56 LOTC [...] con los efectos que se les ha otorgado el órgano judicial. La interpretación judicial plasmada en los Autos impugnados excede, por tanto, del más directo significado gramatical del tenor de los preceptos legales en este caso concernidos, careciendo, en definitiva, de cobertura legal. En este contexto en modo alguno resulta ocioso recordar que este Tribunal tiene declarado en relación con la prescripción de las infracciones penales, lo que resulta trasladable a la prescripción de las penas, que “es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica (STEDH de 22 de junio de 2000, caso *Coëme c. Bélgica*, § 146), así como los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción”, así como que la regulación de la prescripción es una cuestión de libre configuración legal, es decir, que queda deferida a la voluntad del legislador sin condicionamientos materiales que deriven de la Constitución, STC 29/2008, de 20 de febrero [...] con cita de la STC 63/2001, de 17 de marzo [...]”.

[...]; 241/1994, de 20 de julio [...]; 322/2005, de 12 de diciembre [...]; y 57/2008, de 28 de abril [...] y, por ello, los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor «en tanto que perjudiquen al reo» (SSTC 29/2008, de 20 de febrero [...]; y 37/2010, de 19 de julio)⁸¹⁵. En igual modo se pronunciaba MAGRO SERVET, al disponer que “Esta literalidad de la norma lleva al TC a entender que, cuando [el tribunal de instancia] entendió que la suspensión de la ejecución de la pena por petición de indulto interrumpía la prescripción, este criterio interpretativo excedía del tenor literal de los preceptos legales aplicables (art. 134 CP) [...]. Y, por ello, se realizaba una interpretación «*in malam partem*» de la norma penal aplicable y el principio de legalidad del art. 25.1 CE [...] al no contemplarse en ninguna norma legal como causas de interrupción de la prescripción de la pena la suspensión de su ejecución por razones de tramitación de un indulto o un recurso de amparo”⁸¹⁶.

A raíz de esta nueva interpretación del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que hasta ahora entendía que la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo era causa de interrupción de su prescripción, tuvo que adaptarse a esta nueva realidad. Ello suponía que solo eran causas de interrupción de la prescripción las expresamente así contempladas en el Código penal de lo cual se deducía que si el legislador no incluyó esos supuestos como causas de interrupción de la prescripción de la pena fue, sencillamente, porque no quiso hacerlo.

El problema era si esa interpretación que daba el Tribunal Constitucional en la STC 97/2010, de 15 de noviembre, en la que la petición de indulto y la tramitación de un recurso de amparo no suspendían el plazo de prescripción de la pena era aplicable a la suspensión de la ejecución de la pena de los artículos 80 a 87 del Código penal como formas de cumplimiento alternativo de las penas. Utilizando una interpretación taxativa que es lo que hace el Tribunal Constitucional en su sentencia 97/2010 pudiera parecer efectivamente que si no cabe interpretaciones analógicas en esta materia por reputarse *in malam partem*, lo mismo podría decirse de la suspensión de la ejecución de la pena de los artículos 80 a 87 del Código penal.

⁸¹⁵ TÉLLEZ AGUILERA, “La prescripción de las penas...”, p. 9.

⁸¹⁶ MAGRO SERVET, “Acerca de la eficacia interruptiva...”, p. 3.

En el ámbito de la jurisprudencia, también antes de la L.O. 1/2015, la posición favorable a la acumulación de períodos también ha sido acogida por algunas Audiencias Provinciales. Así, y en relación al valor que debía darse a la paralización de la ejecución en beneficio del reo por disposición legal consecuencia de la suspensión de condena del art. 80 CP, se dijo que “[...] tal efecto, combinando la imposibilidad de atribuir a las causas legales de suspensión de ejecución de la pena efectos interruptivos y la necesidad de otorgarle alguna trascendencia, debe ser el de suspensión del plazo de prescripción, lo que significa que cuando se produce la causa de suspensión de ejecución de la pena debe cesar el cómputo del plazo de prescripción, debiendo reanudarse, tomando en consideración el tiempo transcurrido hasta el momento en que se suspendió la ejecución de la pena, cuando se remueve esa causa” (auto de la Audiencia Provincial de Girona de 26 de julio de 2011 y auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de septiembre de 2011). En el derecho comparado, ordenamientos de nuestro entorno contemplan también la suspensión y la interrupción de la prescripción como instituciones con ámbitos de aplicación diferenciados en la ejecución de la pena.

En igual sentido se pronunció la STS 3811/2012, de 24 de mayo, a la que anteriormente me refería apostando por la posición favorable al otorgar carácter interruptivo a la prescripción de la pena en el caso de concesión de la suspensión de la ejecución de la pena. Aboga esta sentencia por esta interpretación considerando que “ni siquiera es preciso utilizar el argumento analógico en relación a las causas de interrupción de la prescripción de los delitos, que podría contradecir los argumentos de la STS 97/2010, de 15 de noviembre [...] que tiene un fundamento parcialmente distinto, sino que es suficiente con reducir teológicamente la norma que dispone el «*dies a quo*» del plazo prescriptivo de las penas y que no se sitúa inexorablemente en la fecha de la firmeza de la sentencia o el quebrantamiento de la condena, sino en el momento en que, resueltas todas las incidencias referidas a la ejecución de la pena y el modo de llevarle a cabo, debe dar comienzo el cumplimiento de la condena”.

En efecto, doctrinalmente se defiende que, ante el silencio legal sobre si la suspensión de la ejecución interrumpe o no la prescripción, la solución ha de venir condicionada por el concepto, naturaleza y caracteres en que se configura el instituto de la suspensión de la ejecución, y si se tiene como una fórmula más de cumplimiento de la pena, esto es, si la suspensión de la ejecución se entiende como «otra ejecución», consistente precisamente en suspender la ejecución de la pena privativa de libertad

cuando ésta pueda afectar negativamente al condenado, impulsando su resocialización y conminándose a una conducta no delictiva que la liberará definitivamente del castigo el plazo de prescripción no habría podido iniciar su andadura, pues el artículo 134 establece que el tiempo de prescripción de la pena se computará desde el quebrantamiento de la condena si ésta hubiere comenzado a cumplirse.

Sentado lo anterior creo que es necesario preguntarse si esta interpretación limitativa a la que llega el Tribunal Constitucional en los casos de suspensión de la pena ante la solicitud de indulto o ante la interposición del recurso de amparo es equiparable a la suspensión de la ejecución de la pena como forma alternativa al cumplimiento de la pena. Para MAGRO SERVET la solución es clara “[...] debe mantenerse por cuanto no está incluido en modo alguno en el ámbito de referencia de la Sentencia del TC, al que no se refiere con carácter de entender que se le extienden los mismos efectos negativos de no interrumpir la prescripción de la suspensión de esa ejecución en los casos de indulto y por recursos de amparo interpuestos”⁸¹⁷. Es decir; de la misma forma que el Tribunal Constitucional interpreta que no es aplicable *in malam partem* la suspensión del plazo de prescripción de la pena por la petición de indulto o por la interposición del recurso de amparo, porque la Ley no lo prevé, en el caso de la suspensión de la pena de los artículos 80 y ss. del Código, como la misma afecta al momento de inicio del cumplimiento de la pena (que es, como señalaba, causa natural de suspensión del plazo de prescripción) sí que le sería aplicable.

⁸¹⁷ MAGRO SERVET, “Acerca de la eficacia interruptiva...”, pp. 5 y 6, razona los motivos por los que así lo entiende al señalar “a) La decisión judicial de la medida de suspensión de la ejecución de la pena tiene eficacia en cuanto a la interrupción de la prescripción porque supone el inicio del cumplimiento de la pena. O, dicho de otra manera, no puede negarse algún tipo de eficacia o alcance de la medida de suspensión de la ejecución de la pena en los efectos que debe determinar en cuanto a tener por afectada la interrupción de la prescripción. b) La medida de suspensión de la ejecución de la pena supone en realidad un modo de cumplimiento de la pena alternativo a la pena de prisión, y además supeditado a la condición de no delinquir en el periodo que se pacte. c) Durante la duración de la medida de suspensión de la ejecución de la pena se impide el ingreso en prisión del condenado, por cuanto debe entenderse como un modo de cumplimiento. No se está ante la pasividad del sistema, que es la razón y causa o motivo de la prescripción. d) El Juez debe pronunciarse desde el inicio de la ejecución sobre si acepta, o no, las medidas de suspensión de la ejecución de la pena o su sustitución que le pueden solicitar en base a los arts. 87 [...] y 88 CP [...]. Y así lo establece imperativamente el art. 82 CP [...]. e) La declaración de prescripción de la pena se produce por la inactividad judicial en el ámbito de la ejecutoria penal y no puede entenderse por tal la tramitación de la suspensión de la ejecución de la pena, que supone una medida de la ejecutoria penal llevada a cabo porque tras la firmeza de la sentencia es el penado el que por medio de su dirección letrada ha instado que en lugar de verificarse el ingreso en prisión del penado se suspenda la ejecución de la pena y se conceda un plazo de remisión durante el cual se compromete a no delinquir, y es quebrantada esta confianza cuando en la ejecutoria penal se podría levantar la suspensión y acordar la revocación de esta concesión, transformándola por el ingreso en prisión”.

Sobre esta cuestión cabe destacar la STC 81/2014, de 28 de mayo que vino a matizar la STC 97/2010, de 15 de noviembre, al disponer que “la doctrina establecida en la STC 97/2010, de 15 de noviembre, no resulta directamente trasladable a aquellos supuestos de paralización de la ejecución natural de la pena derivados de cuantas formas alternativas de cumplimiento reconoce expresamente el legislador, dada su diferente naturaleza jurídica y efectos. Tal es el caso de la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración (arts. 80 y ss. del Código penal): al otorgarse alguno de estos beneficios, la ejecución de la concreta pena de prisión impuesta deviene imposible, salvo que el citado beneficio sea revocado. Es decir, su concesión impide al Estado ejercer, entretanto, el *ius puniendi* directamente resultante del fallo condenatorio. Y si el penado termina cumpliendo cuantos requisitos derivan de la norma y de la resolución judicial que ordenó esa ejecución alternativa, se producirá *ope legis* el mismo efecto que si hubiera cumplido la pena principal, esto es, la extinción de la responsabilidad penal declarada en firme”⁸¹⁸. La nueva doctrina sentada con esta sentencia se mantuvo en la STC 180/2014, de 3 de noviembre⁸¹⁹ la cual creo que fue

⁸¹⁸ Por este motivo la STC 81/2014, de 28 de mayo, llegaba a la conclusión de que el criterio sostenido en la instancia judicial, consistente en entender interrumpido en aquel caso el plazo necesario para dar por prescrita la pena durante el período al que se extendió esa ejecución alternativa, luego quebrantada, no sólo se ajusta a los parámetros de razonabilidad constitucionalmente exigibles, sino también a las finalidades asociadas a la prescripción. Se estimó, en suma, compatible tal tesis no sólo con el canon de motivación reforzada exigible *ex artículo* 134 del Código penal, sino también con la doctrina recogida en las SSTC 187/2013, de 4 de noviembre y 49/2014, de 7 de abril, que en síntesis vienen a establecer que los actos de ejecución vinculados al cumplimiento de las penas, *in natura* o por sustitución, tienen relevancia para interrumpir la prescripción.

⁸¹⁹ La STC 180/2014, de 3 de noviembre, lo fundamentaba así “El criterio sustentado por los órganos judiciales, en orden a considerar que la suspensión de la ejecución ha sido concebida como una modalidad alternativa a la ejecución en sus propios términos de las penas de prisión, esto es, a la efectiva privación de libertad, se ajusta al parámetro de razonabilidad impuesto por la doctrina constitucional. Tal aserto se asienta en la configuración legal de ese instituto jurídico, conforme a la cual, si el penado se abstiene de delinquir durante el período fijado y, en caso de ser impuestas, cumple con obligaciones y deberes fijados en la resolución que le otorga el beneficio, se producirá el mismo resultado que si hubiera cumplido en su literalidad la pena de prisión impuesta en Sentencia. Las consideraciones puestas de manifiesto por el órgano judicial en la resolución impugnada traen a colación para justificar la no prescripción de las penas, se anudan a la idea de que durante el periodo de suspensión se está desarrollando una modalidad de ejecución alternativa. Esa modalidad ha sido específicamente diseñada por el legislador y, a diferencia de otros supuestos analizados por este Tribunal, impide que el Estado pueda, por expreso mandato legal, aplicar el *ius puniendi* que la Sentencia condenatoria impone. Dicho de otra forma, el hecho de que no se compute la prescripción durante la suspensión de la ejecución no contraviene la finalidad constitucional asociada al instituto prescriptivo, puesto que ha sido el legislador quien ha establecido un modo alternativo a la ejecución de la condena que, durante su vigencia, veda el cumplimiento material de las penas privativas de libertad que exige la literalidad de la Sentencia firme. Además, si se cumplen los requisitos impuestos en la resolución judicial se produce *ope legis* el mismo efecto que si la pena se hubiera cumplido: la extinción de la responsabilidad penal. Por tanto, aunque la Sentencia goce de firmeza, en los términos requeridos por el art. 134 CP, cuando se otorga el beneficio de la suspensión de la ejecución el ejercicio del *ius puniendi* deviene imposible, salvo que el citado beneficio sea revocado, lo que también ocurre cuando la pena prescribe”.

muy clara al considerar que la suspensión de la pena era una forma sustitutiva de cumplimiento por lo que era lógico que el plazo prescriptivo se interrumpiera mientras se cumplía la pena.

En este devenir jurisprudencial se debe igualmente destacar la STC 63/2015, de 13 de abril que consideró que “el criterio interpretativo sostenido por los órganos jurisdiccionales en las resoluciones recurridas -que supuso entender interrumpida la prescripción de la pena de un año de prisión impuesta al recurrente en amparo desde la sucesión misma de decisiones judiciales tendentes a dar respuesta a sus continuas solicitudes de cumplimiento alternativo- no puede entenderse amparado en la literalidad de la norma aplicable, lo que incide en el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y repercute en los derechos del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la libertad (art. 17.1 CE), impidiendo estimar debidamente satisfecho el canon de motivación reforzada exigible en estos casos”⁸²⁰. Esta consideración lo es en línea con

⁸²⁰ Esta STC 63/2015, de 13 de abril, resolvía un recurso de amparo presentado contra el auto dictado el 4 de junio de 2012 por la Audiencia Provincial de A Coruña que a su vez había desestimado el recurso de apelación contra el auto dictado por un Juzgado de lo Penal de A Coruña de 17 de febrero de 2012, por la cual se desestimaba la petición de declarar extinguida la responsabilidad penal del demandante por prescripción de la pena de un año de prisión que le había sido impuesta en el procedimiento del que trae causa. De los dos motivos alegados me interesa traer aquí ahora el segundo consistente en determinar si la interrupción del plazo de prescripción de la pena, vulnera los derechos fundamentales invocados. Sobre esta cuestión señala que “[...] no parece que, desde los estrictos términos en que aparece redactado el art. 134 del Código penal, resulte factible afirmar que cuantos actos de ejecución se dirigieron aquí contra el condenado, siendo distintos del cumplimiento *in natura* o sustitutivo, puedan entenderse compatibles con el comienzo de ejecución al que alude el citado precepto. Tal y como consta en los antecedentes de esta resolución, después de dictarse Sentencia condenatoria y de declararse su firmeza, por Auto de 16 de marzo de 2010 se desestimó la solicitud de suspensión de la pena; a ella siguieron, de forma sucesiva, dos solicitudes de sustitución de la pena amparadas en el art. 88 del Código penal, así como una petición de suspensión durante la tramitación del indulto, peticiones que también fueron desestimadas. Hasta en tres ocasiones el órgano judicial ordenó el ingreso voluntario en prisión, no llegando a materializarse en ninguna de ellas. De este modo, las actuaciones se prolongaron en el tiempo hasta el 23 de enero de 2012, sin que existiera ninguna actuación de cumplimiento efectivo de la pena, sino tan sólo órdenes judiciales de ingreso voluntario en prisión que, por diferentes circunstancias, vinieron a quedar frustradas en su resultado material. No es, sin embargo, tal criterio vinculado a la no suspensión por la tramitación de un indulto el que resulta directamente aplicable al caso, con la sola excepción del periodo afectado por esa concreta petición del demandante, sino aquél que también recuerda la STC 49/2014, de 7 de abril, FJ 2, por remisión a las SSTC 109/2013, de 6 de mayo, y 192/2013, de 18 de noviembre, en el sentido de que el control de la prescripción penal en sede de jurisdicción constitucional se funda en el derecho a la tutela efectiva y en la conexión de la prescripción en el ámbito punitivo con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE), sin posibilidad de interpretaciones *in malam partem* en virtud del art. 25.1 CE (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12), lo que determina un control de la resolución impugnada bajo el canon de la motivación reforzada. Resultará así conculcado el derecho a la libertad «tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone» (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 322/2005, de 12 de diciembre, FJ 3, y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2) y, por ello, los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor «en tanto que perjudiquen al reo» (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12, y 37/2010, de 19 de julio, FJ 5)”.

la Consulta 1/2012 de la Fiscalía General del Estado⁸²¹ y varias sentencias del Tribunal Supremo (por todas, la STS 3811/2012, de 24 de mayo), que estimaron que la

Añade que “El único precepto que el Código penal dedica a la cuestión que analizamos es el art. 134 [...]. El legislador no contempla otras causas de interrupción de la prescripción de la pena que éstas, de manera que, desde el momento en que se trata de ejecutar una resolución firme contra persona o personas determinadas, el eje de la prescripción de la pena gira en torno al cumplimiento de la misma. Y ello porque, a diferencia de la prescripción del delito, en la fase de ejecución el culpable ya está plenamente identificado y, al menos en los casos en que no se sustrae a la acción de la justicia, se encuentra a disposición del Juez o Tribunal para la ejecución de la pena (STC 187/2013, de 4 de noviembre, FFJJ 4 y 5, citando a las SSTC 109/2013, de 6 de mayo, FJ 4 y 6, y 152/2013, de 9 de septiembre, FJ 5). Así pues, en el ámbito de ejecución de la pena no cabe hablar de otras formas de interrupción de la prescripción de la pena distintas del quebrantamiento de condena, por no existir una regulación sustantiva en tal sentido, como en cambio sí existía en el antes citado Código penal de 1973 (SSTC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4; 109/2013, de 6 de mayo, FJ 4; 187/2013, de 4 de noviembre, FJ 4; 192/2013, de 18 de noviembre, FJ 4 y 49/2014, de 7 de abril, FJ 3). Circunstancias todas ellas que llevan a excluir en este caso la justificación postulada en la instancia, que adjudica un efecto interruptor del plazo de prescripción a las diferentes resoluciones judiciales recaídas a lo largo de la ejecutoria de la que trae causa el amparo, dirigidas en su mayoría a resolver sobre las sucesivas peticiones realizadas por el penado en orden a cumplir la pena de prisión en alguna de las formas alternativas que prevén los arts. 80 y ss. del Código penal. Y ello porque la única hipótesis impeditiva del transcurso del plazo de prescripción de la pena que actualmente reconoce de modo expreso el art. 134 del Código penal es el quebrantamiento del cumplimiento de la pena ya iniciada. Por tal motivo, no cabe entender que la denegación de cada una de las formas alternativas al cumplimiento tenga cobijo en el precepto referenciado, pues precisamente su denegación impide entender iniciado un cumplimiento equivalente a la ejecución *in natura*”.

Pese a este criterio claro que mantiene el Tribunal Constitucional es necesario precisar que esta sentencia contó con un voto particular formulado por la Magistrada D^a Encarnación Roca Trías por entender que “[...] la motivación expuesta en las resoluciones judiciales frente a las que se interpone la reclamación de amparo no cubre el canon de motivación reforzada exigible en estos casos”. Considera que “[...] la dispersión normativa permite entender racional la interpretación defendida en la instancia por los órganos judiciales, en función de la cual, la prescripción de la pena no se valora limitándola al art. 134 CP, sino que se pone en relación con otros referidos a la ejecución y que, en las muy particulares circunstancias del caso, son un claro referente a tener en cuenta, como son los arts. 80 y ss. CP, efectuando así una labor integradora. Por tal motivo, no estimo que la interpretación judicial analizada en el presente amparo haya vulnerado el principio de seguridad jurídica, como tampoco el de legalidad penal. Antes al contrario, los órganos judiciales ajustaron su razonamiento a una interpretación sistemática de los diversos preceptos penales en conflicto, que no ciñeron a la exclusiva y estricta norma del art. 134 CP, sino a cuantos preceptos relacionados con la ejecución habían tenido un carácter sustancial en este caso. Resolvieron así la solicitud de prescripción de la pena respetando las garantías constitucionalmente exigibles. Por todas las razones expuestas estimo que la pretensión de amparo no hubo de ser acogida”.

⁸²¹ Ya la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2006 señaló la insatisfactoria regulación que del cómputo de la prescripción de las penas establecía el artículo 134 del Código, denunciando que sus deficiencias no deberían venir colmadas por la jurisprudencia, sino por la oportuna reforma del precepto que incluyera los supuestos de interrupción del plazo de prescripción. Disponía que “Establece la actual redacción del artículo 134 del Código Penal que "el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse". El problema estriba en que, a diferencia de la prescripción de los delitos que se interrumpe al dirigirse el procedimiento contra el culpable, la prescripción de las penas parece no interrumpirse en ningún caso salvo, como prevé el propio precepto, por el quebrantamiento de condena. Basta, por tanto, con el transcurso de los plazos previstos computados desde la fecha de la sentencia firme. Pero esta interpretación, literal y favorable al reo, conduciría al absurdo de entender que el plazo de prescripción corre aun cuando la sentencia se estuviera ejecutando de cualquiera de las maneras posibles. Una interpretación lógica nos lleva a entender que el contenido esencial de la prescripción es la inactividad y que, por tanto, el simple transcurso del tiempo habrá de ir acompañado de dicha inactividad para que produzca efectos prescriptivos, pero lo cierto que no es esto lo que dice la ley aun cuando convendría que

suspensión de la ejecución de la pena es una forma de cumplimiento alternativa al ingreso en prisión y no de paralización de la ejecución, como ocurre en los supuestos de indulto o amparo. Sentencias posteriores del Tribunal Constitucional han confirmado que esta interpretación de los tribunales ordinarios se ajusta al canon de razonabilidad constitucional que ya exponía la STC 97/2010, de 15 de noviembre⁸²².

Más recientemente aun la STC 12/2016, de 1 de febrero, señala que el periodo de suspensión de la ejecución interrumpe la prescripción de la pena al disponer que la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad regulada en el artículo 80 y ss. del Código tiene por finalidad articular un modo de ejecución alternativa al cumplimiento material de la pena privativa de libertad que, en atención al comportamiento favorable del penado, habilita un resultado del todo coincidente con el cumplimiento efectivo de la pena. Por ello, concluye que la tesis sustentada por los órganos judiciales, respecto de la incidencia de la suspensión de la ejecución de las penas en el ámbito de la prescripción, no contraviene el canon de motivación reforzada

se recogiera expresamente. El problema no se va a plantear cuando las penas se están cumpliendo efectivamente, con el condenado ingresado en prisión, pero la realidad demuestra que existen otros supuestos mucho más dudosos que, al menos, permiten a los penados esgrimir el texto literal en su beneficio. Así, cuando la condena se ha suspendido en virtud de lo establecido en los artículos 80 y siguientes del Código Penal [...] plazo en el que no se está ejecutando efectivamente la pena, o bien cuando se otorga la suspensión por el Tribunal en tanto se resuelve la concesión de indulto, o cuando, por aplicación del artículo 75 del Código Penal [...], la pena menos grave ha de cumplirse a continuación de otras más graves y, por tanto, comenzar su cumplimiento cuando ya han transcurrido los plazos de prescripción previstos en el artículo 133 [...]. Son todos ellos supuestos muy habituales y que presentan problemas prácticos porque, lógicamente, el penado pretende acogerse a una interpretación literal que le es favorable y ello pese a que esta interpretación favorable no suele ser acogida por los tribunales. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1999 expresaba taxativamente que el plazo de prescripción queda interrumpido por el acuerdo del Tribunal de suspender la ejecución de la pena por petición de indulto. Pese a la mencionada interpretación jurisprudencial, ante supuestos como los que hemos puesto de manifiesto, en los que no se produce un cumplimiento efectivo ni, por ello, es posible un quebrantamiento de la condena, convendría completar el artículo 134 del Código Penal que precisara cuándo el plazo queda interrumpido, de manera semejante a lo que el artículo 132 [...] establece para la prescripción de los delitos. Con este fin podría añadirse al artículo 134 [...] un párrafo que estableciera «Quedará interrumpido el plazo de prescripción cuando la condena comience a ejecutarse de cualquiera de las maneras legalmente previstas, incluida la suspensión, cuando se suspenda su ejecución por previsión legal o en tanto se ejecutan otras condenas que impidan su cumplimiento simultáneo»». Siguiendo esta postura se pronunciaba la Consulta 1/2012 de la Fiscalía General del Estado.

⁸²² Sobre esta consideración del “canon de razonabilidad constitucional” decía la STC 97/2010, de 15 de noviembre que “Con base en las precedentes consideraciones hemos de concluir que el criterio interpretativo mantenido [por el tribunal de instancia] en los Autos recurridos sobre la prescripción de la pena impuesta al recurrente en amparo, al estimar como causas interruptoras de la prescripción la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo, no satisface el canon de motivación reforzada exigible a toda decisión judicial en materia de prescripción penal, habiendo vulnerado, en consecuencia, su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE)”. Sobre esta cuestión, SANTAOLALLA LÓPEZ, “Interrupción de la prescripción penal...”, pp. 87 y ss.

exigible respecto del artículo 134 Código y, a su vez, se concilia con la doctrina recogida en las SSTC 187/2013, de 4 de noviembre y 49/2014, de 7 de abril y que, como ya se ha señalado, en síntesis, viene a establecer que sólo los actos de ejecución asociados al cumplimiento de las penas, *in natura o sustitutivo*, tienen relevancia para interrumpir la prescripción. Y entre ellos la suspensión se considera cumplimiento de la pena y tiene efectos interruptivos⁸²³.

Respecto de la sustitución del antiguo artículo 88 del Código (hoy vaciado de contenido por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo), se planteaba también si interrumpía la prescripción y, en tal caso, si se producía el nacimiento de un nuevo plazo prescriptivo, el correspondiente a la pena sustitutiva. En este sentido, se ha mantenido por un sector de la doctrina que las penas acordadas en sustitución prescriben en función de su propia gravedad y duración y que si no se cumplen y se acuerda el retorno a la pena principal antes de la prescripción de la pena sustitutiva, correrá de nuevo el plazo de prescripción de la principal. En cambio hay otra posición judicial que entiende que el auto que concede la sustitución no interrumpe el plazo prescriptivo y que el plazo prescriptivo a aplicar es el de la pena originaria⁸²⁴.

⁸²³ A esta misma conclusión llegan autores como MAGRO SERVET, “La interpretación de la prescripción...”, p. 10.

⁸²⁴ Este criterio ha sido asumido por algunas Audiencias Provinciales, como la de Tarragona (autos de 17 de febrero, 21 de marzo de 2011 y 26 de septiembre de 2011), justificando así su posición “en el fondo de dicha decisión late la consideración de la sustitución de la pena como mera modalidad de cumplimiento de la pena principal, cuyo incumplimiento determina precisamente el retorno a dicha pena originaria, por lo que resulta lógico que el plazo aplicable, aun habiéndose concedido la sustitución de la pena, sea el de la pena originaria”. En concreto, en el auto de 21 de marzo de 2011, el supuesto enjuiciado se había sustituido la pena de prisión por multa y para el pago de ésta se había concedido plazos por tiempo que superaba los dos años legalmente previstos. Impagada, se pretendía el ingreso en prisión pasados 5 años desde la firmeza de la sentencia. El auto de Tarragona abre la posibilidad de concesión de plazos en la pena sustitutiva, hasta dos años, por aplicación analógica del artículo 50 del Código y la obligación de revocación directa de la sustitución -sin acudir a exacción forzosa- y cumplimiento de la pena originaria. Pero aclara que dicho retorno a la pena originaria y el inicio del cumplimiento de ésta debe producirse antes del transcurso del plazo prescriptivo de la pena originaria. Finalmente, el auto considera inviable la consideración de la sustitución como causa de interrupción de la prescripción «a la luz de la doctrina de la STC 97/2010». Esta posición era discutible, toda vez que si la sustitución se regulaba con la suspensión en el Capítulo III «de las formas sustitutivas de la ejecución», debía entenderse que constituía también un modo de cumplimiento de la pena privativa de libertad, alternativo al cumplimiento en prisión, existiendo por tanto ejecución y no inactividad que pueda justificar la declaración de prescripción. En el caso de la suspensión se estimaba que el auto da inicio a una forma alternativa de cumplimiento, en la que el penado aparece sujeto a una o varias condiciones (la genérica de delinquir, más las eventuales reglas de conducta que puedan imponerse). En la sustitución el cumplimiento alternativo se hacía a través de otra pena no privativa, por lo que debería estarse a la dinámica ejecutiva propia de las mismas, multa o TBC para valorar su relevancia a efectos de prescripción. Al desaparecer la sustitución como *nomen iuris* propio, hay que reconducir el análisis de la prescripción a la institución de la suspensión, respecto de la que el TBC y la multa actúan ahora como condiciones o reglas, con el mismo tratamiento, por ejemplo, que las establecidas en el art. 83 CP. De esta forma, haciendo una aplicación estricta del art. 134 del Código

Un importante sector de la doctrina entendía, por el contrario, que la falta de referencia en el artículo 134 al tiempo pasado, a diferencia de lo que sucede para la prescripción del delito en el artículo 132.2 del Código, habría de interpretarse en el sentido de que el caso de la pena sí surtiría efecto el tiempo transcurrido. Así, DÍEZ RIPOLLES estimaba que la aplicación del art. 132.2 CP no estaría justificada por el distinto concepto y fundamento de la prescripción de delito y falta, por tratarse de una analogía *in malam partem*, y porque la falta de referencia del artículo 134 no es casual, sino deliberada, al sustituir al artículo 116.2 del Código penal de 1973 que sí prohibía expresamente la acumulación de períodos de prescripción. En cualquier caso, parecía claro que el plazo se reinicia, con pérdida del ya pasado, en los supuestos de quebrantamiento, por expresa dicción legal.

b) Regulación actual: el artículo 134.2 a) del Código penal.

Si la STS 3811/2012, de 24 de mayo, fue clara en cuanto a su interpretación en los términos que he señalado al igual que las SSTC 81/2014, de 28 de mayo y 63/2015, de 13 de abril, qué decir tiene la redacción actual del artículo 134.2 a) del Código penal de 1995, introducido por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, al disponer que:

Art. 134.2. “El plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso:

Penal, «la suspensión de la ejecución de la pena supone, desde su notificación personal al penado -como acto de comunicación que asegura el conocimiento de las obligaciones y reglas de conducta que han sido concretamente impuestas—, el inicio del cumplimiento, en forma sustitutiva, de la condena inicial. Será, por tanto, según la dicción literal del citado artículo, el quebrantamiento —materializado en la comisión del nuevo delito, en el abandono del tratamiento deshabitador o en el incumplimiento reiterado de las reglas de conducta—, el que determine el reinicio del cómputo del plazo prescriptivo. Dicho plazo volverá a correr, de este modo, desde la fecha en que se produzca la correspondiente forma de quebrantamiento, debiendo tenerse en cuenta a estos efectos, en el supuesto de infracción reiterada de reglas de conducta, la fecha del último incumplimiento acaecido, como aquel que motiva la decisión judicial de revocación». Esta era la postura de la Consulta 1/12 de la FGE y es la que se estima ajustada para la nueva regulación de la suspensión de los arts. 84 y 80.3 CP. Habrá que estar al momento en que debió declararse el incumplimiento, conforme a lo analizado en la cuarta cuestión propuesta en este artículo, como fecha de inicio del plazo prescriptivo. El nuevo 134.2 despeja las dudas sobre la relevancia de la suspensión de la ejecución y del cumplimiento sucesivo de penas homogéneas en la paralización de la prescripción, En ambos casos el CP no dice que la prescripción se interrumpe, sino que «quedará en suspenso». El legislador se posiciona con ello en la discusión que existía en la doctrina sobre si los sucesivos períodos de prescripción respecto de una misma pena son o no acumulables. En contra, se ha dicho que estamos en un supuesto de prescripción, no de caducidad, por lo que los plazos no se suspenden, sino se interrumpen, lo que comporta que los plazos no se acumulan, sino que vuelven a correr desde cero cuando se produce el hecho que interrumpe el anterior”.

- a) Durante el período de suspensión de la ejecución de la pena.
- b) Durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 75”.

Toda la discusión anterior ha quedado zanjada desde el mismo momento en el que el legislador de 2015 introduce expresamente a la suspensión de la ejecución de la pena como causa de suspensión del plazo de prescripción de las penas en el artículo 134.2 a) del Código penal. Si bien se mantienen diferentes posturas doctrinales en cuanto a si se «interrumpe» o si se «suspende» el plazo de prescripción. Estas diferentes interpretaciones se mantienen aun cuando la dicción literal del actual artículo 134.2 a) del Código penal español habla expresamente de «suspensión». Una u otra interpretación tiene su importancia puesto que la «interrupción» implica que se vuelve a computar el plazo de prescripción de la pena desde el principio mientras que la «suspensión» implica la acumulación de los períodos de prescripción anteriores a esa suspensión. Así lo considera CARDENAL MONTRAVETA, cuando señala que “Resulta conveniente distinguir entre la mera *suspensión* de la prescripción o, mejor, la suspensión del cómputo del plazo de prescripción de y la *interrupción* o, mejor, la interrupción del cómputo del plazo de prescripción”⁸²⁵.

Siendo considerada la suspensión de la ejecución de la pena como causa de suspensión de la pena en la configuración legal actual es necesario precisar cuáles son las causas de suspensión de la pena; a saber: petición de indulto (artículo 4.4 del Código); interposición de un recurso de amparo (artículo 56.3 de la LOTC); suspensión de la ejecución de la pena en virtud de lo dispuesto en los artículos 80 a 87 del Código penal; suspensión de la ejecución de la pena de conformidad con el artículo 99 del Código penal en el caso de medidas de seguridad; así como el por trastorno mental sobrevenido (artículo 60 del Código). Todas estas son objeto de estudio en la presente tesis en el apartado correspondiente referido a los supuestos extraordinarios de suspensión de la pena no recogidos en los artículos 80 a 87 del Código, por lo que todo lo dicho en el referido apartado es igualmente aplicable aquí⁸²⁶.

⁸²⁵ CARDENAL MONTRAVETA, “Constitución y prescripción de la pena”, p. 297.

⁸²⁶ Conviene destacar en este punto la postura de TÉLLEZ AGUILERA, “La prescripción de las penas...”, p. 10, que sostiene que “[...] lo que verdaderamente extingue la responsabilidad criminal no es la prescripción de la pena, la cual existe consignada en la sentencia firme y que, por tanto no «desaparece», sino la ejecución de la misma. Pues bien, dicha prescripción en nada afecta a otros pronunciamientos condenatorios de la sentencia, como las costas, la imposición de un comiso o, muy particularmente, la

Considero que se ha querido otorgar relevancia a la suspensión de la ejecución de la pena respecto de la prescripción, haciendo que deje de correr, pero no con el efecto radical de borrar las paralizaciones anteriores, que se sumarán a las que se vayan produciendo durante la ejecución a efectos del cómputo del plazo legal previsto, lo que parece una solución más justa y obligará a prestar especial atención al curso de la ejecutoria, máxime en supuestos como el que analizamos de suspensión-sustitución, que requieren una actividad continuada en el tiempo.

Por último una referencia al supuesto del artículo 134.2 b) del Código que se remite al artículo 75 del mismo para el caso de que se cumplan varias penas, ninguna de ellas puede ser prescrita porque el régimen de cumplimiento simultáneo previsto en la Ley, debe ser posible y carece de justificación aceptar la prescripción de la pena simplemente porque debe ser cumplida de forma tardía ante la ineludible necesidad de cumplir previamente otras más graves. La jurisprudencia así lo venía entendiendo y la Ley no hace sino recoger un criterio de puro sentido común que se deduce del propio sistema de cumplimiento sucesivo de penas previsto en la Ley penal.

fijación de la responsabilidad civil. Y es que, como cualquier otra causa de extinción de la responsabilidad criminal existiendo sentencia firme, como por ejemplo el cumplimiento de la pena, en nada afecta a otros pronunciamientos distintos de la pena contenidos en el fallo condenatorio”.

V. CONCLUSIONES.

Para finalizar me gustaría reflejar algunas de las ideas que se han ido plasmando a lo largo del presente trabajo.

Primera. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es una institución, de carácter probatorio, que permite el cumplimiento de las penas en libertad, teniendo su máxima expresión en el caso de penas de prisión de corta duración que desocializan al delincuente.

Desde la Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908 hasta la regulación actual la figura ha experimentado numerosas reformas en el Derecho penal español. Sin embargo, ha mantenido su espíritu inicial basado en el derecho a la segunda oportunidad del reo e inspirada en su reeducación y reinserción social.

Segunda. A pesar de todas esas reformas, la legislación actual sigue siendo vaga e imprecisa por lo que se plantean dudas sobre su aplicación práctica que han de ser solventadas por los tribunales de justicia. Prescindiendo de la síntesis de dichas controversias que ya han sido analizadas en los apartados anteriores, las principales cuestiones que se suscitan y a las que se ha intentado dar respuesta en el presente trabajo son las que reflejaré a continuación.

Tercera. La suspensión de la pena es una institución cuya ejecución se le encomienda a los tribunales de justicia con carácter facultativo. Superadas las regulaciones anteriores en las que existía una modalidad imperativa, el beneficio de la suspensión solo es aplicable cuando el juez o tribunal así lo estima valorando los criterios que recoge la Ley penal.

Cuarta. Uno de esos criterios de especial relevancia es la peligrosidad criminal del sujeto. El Código penal no define la peligrosidad criminal. Es el juez quien ha de valorarlo en cada caso. Como regla general una persona será considerada peligrosa cuando se crea que puede causar un daño o que puede cometer un acto delictivo. Personalmente considero que la valoración de la peligrosidad criminal ha de referirse tanto al momento de decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena, como a las consecuencias de tal decisión; esto es, debe valorarse tanto la necesidad de ejecutar la

pena para evitar la comisión de nuevos delitos, como los eventuales efectos criminógenos de aquella decisión.

Si en base a ese juicio de valor el órgano judicial entiende que no es necesario el cumplimiento de la pena para garantizar los fines de prevención especial otorgará el beneficio; en caso contrario, lo denegará siendo la resolución denegatoria debidamente motivada.

Además la peligrosidad criminal no puede presumirse sino que debe ser valorada en el proceso y debe ser objeto de controversia sin que quepa su aplicación automática por el hecho de haber cometido un ilícito anterior.

Quinta. El resto de los criterios que recoge el Código tampoco se encuentran definidos. A pesar de que se incluye un listado el mismo tiene la consideración de *numerus apertus* y la resolución que se pronuncie sobre la suspensión no tiene por qué hacer mención a todos ellos de forma expresa siempre que el juez los haya tenido en cuenta.

Sexta. Dentro de estos criterios, me gustaría precisar que cuando se refiere a las circunstancias del delito cometido, el texto de la Ley permite que el juez de ejecución valore circunstancias que ya han sido valoradas por el juez sentenciador. El legislador no ha reparado en qué sucede si la valoración del juez de ejecución, que no tiene por qué ser el mismo que el juez sentenciador, es diferente. Para solventar la situación, a mi juicio, las circunstancias que pueden ser valoradas se limitan a la posibilidad de futura reiteración delictiva y no al resto de circunstancias tenidas en cuenta para dictar sentencia.

Séptima. Además, en la valoración de los antecedentes del reo, este concepto se circunscribe a sus antecedentes penales. Frente a posturas que entienden que esta alusión imprecisa permite la valoración de sus antecedentes policiales; de ser así, se estaría vulnerando la presunción de inocencia del reo.

Octava. Si bien los criterios a valorar son importantes, lo esencial es que el órgano judicial otorga este beneficio bajo unas condiciones que tienen carácter *sine qua non*. No obstante, dicha obligatoriedad se ha ido atemperando en un intento de fomentar la concesión de la suspensión.

Novena. Dentro de estas condiciones destaca la primariedad delictiva. Es delincuente primario, por regla general, cuando en el momento de comisión de los hechos a valorar el sujeto no tuviera una condena previa por sentencia firme. No obstante también tiene la condición de delincuente primario aquel sujeto que tenga una condena si lo es por un delito imprudente o por un delito leve o si se tratara de condenas cuyos antecedentes están cancelados o debieran serlo. Estas condenas no se tienen en cuenta porque de ellas no se deriva un peligro de reiteración delictiva.

Si bien no surgen dudas de relevancia en cuanto a que los delitos imprudentes y los delitos leves no afectan a la primariedad delictiva, sobre todo una vez superadas las diferentes interpretaciones sobre si las faltas, hoy en día despenalizadas, afectaban a esa primariedad delictiva, no sucede lo mismo con la cancelación de los antecedentes penales.

El artículo 136 del Código fija los plazos para la cancelación de un antecedente penal si bien no se regula cuál ha de ser la fecha de referencia para que comience el cómputo de dicho plazo. Ante el silencio del Código opino que se ha de atender a la fecha de comisión de los hechos cuya cancelación se pretende.

Además si un sujeto está cumpliendo una pena, precisamente porque tenía antecedentes penales no cancelados pero luego se cancelan, es posible acordar la suspensión de la pena. Esta suspensión implica la inmediata puesta en libertad del reo. Si bien, en el caso de que se haya permitido un cumplimiento anticipado y éste se produce en ese momento se entenderá que comienza el cómputo. Por el contrario, si se le ha permitido un cumplimiento aplazado la fecha computa desde el último cumplimiento.

Añadir en este punto que la pena a tener en cuenta para dicho cómputo es la pena concreta impuesta en sentencia, no la que en abstracto fije el Código para ese tipo de delito.

Este mismo fundamento, es decir, la carencia de reiteración delictiva es el que permite que también sea considerado delincuente primario quien haya sido condenado por un delito cuya naturaleza o circunstancias no genere probabilidad de reincidencia. De nuevo se asiste a una vaguedad por parte del legislador al regular este supuesto que deberá ser interpretado por los tribunales de justicia en cada caso concreto.

Mayor controversia genera el cómputo de los plazos legales a efectos de valorar esa primariedad delictiva. Han sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han ido perfilando cuándo se entiende que el sujeto tiene la condición de delincuente primario.

Si el sujeto está cumpliendo condena por un hecho cometido con posterioridad a aquélla cuya pena se pretende suspender, el sujeto sigue siendo delincuente primario por lo que tiene derecho al beneficio de la suspensión de la pena. Del mismo modo, tiene derecho a la suspensión aun cuando la pena por ese segundo delito, enjuiciado con anterioridad, hubiera sido suspendida. Lo anterior es posible independientemente de que se supiera que había cometido el hecho siempre y cuando no hubiera recaído sentencia firme que es lo que exige el Código.

En el caso de que se hubiera suspendido la segunda pena y también la primera, no cabe revocar esa segunda suspensión. Bajo mi punto de vista, el primer delito que se suspende no ha sido cometido dentro del plazo de suspensión que es lo que exige el Código como causa de revocación. Por ello no comparto la postura de autores que defienden la posibilidad de revocación.

Décima. La segunda de las condiciones que prevé el Código lo es en relación a la duración de la pena o penas susceptibles de suspensión, que no ha de ser superior a dos años. Cuando el condenado lo sea a un único delito o a varios en una misma sentencia cuya suma no sea superior a dos años, no plantea dudas que cabe la suspensión.

A lo que no da respuesta el Código es a qué sucede cuando el sujeto es condenado a varios delitos en procedimientos diferentes cuando las penas no superaban los dos años de duración, pero en suma sí que lo hacen. Parece lógico que en el primer delito se le suspenda la pena por no superar el límite legal pero surgen dudas sobre si en el segundo caso se puede suspender la pena y no ya por superar o no ese límite, sino por si mantiene la consideración de delincuente primario toda vez que ya tiene una condena anterior.

En estos casos se entrelazan la primera y la segunda condición. A mi juicio, el delincuente no había sido condenado al cometer el primer delito por lo que lógicamente puede verse beneficiado por la suspensión.

Decimoprimera. El legislador también condiciona la suspensión de la pena a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada de la infracción penal. Si bien el mismo Código rebaja su importancia al permitir su satisfacción con un compromiso de pago suficiente atendiendo a la capacidad económica del reo. El legislador busca proteger a la víctima garantizando su resarcimiento.

Ahora bien, la valoración de cuándo es suficiente ese compromiso de pago le corresponde al juez, no pudiendo ser de tal entidad que impida al reo acceder al beneficio de la suspensión. Además su incumplimiento es causa de revocación de la suspensión por lo que la amenaza del ingreso en prisión es eficaz a los fines de la prevención especial.

Decimosegunda. Junto a la suspensión ordinaria se regula la suspensión ampliada o sustitutiva que limita las condiciones a cumplir siempre que no se trate de reos habituales. Es reo habitual a los efectos de esta suspensión, aquel que no haya sido condenado por tres o más delitos de los comprendidos en un mismo Capítulo del Código en un plazo de cinco años. No responde la Ley penal al interrogante de si el propio delito cuya pena se suspende se computa en dicho cálculo.

A mi juicio ese delito cuya pena se pretende suspender no es computable, de la misma forma que no lo son los delitos cometidos con posterioridad. Pueden revestir peligrosidad criminal pero no son valorables a efectos de ostentar la condición de reo habitual.

Decimotercera. Esta clase de suspensión ampliada se otorga siempre que la pena de prisión individualmente considerada no exceda de dos años. Lo anterior permite suspender penas de prisión que individualmente no superen ese límite aunque en su conjunto excedan de los dos años. Para el cómputo de ese máximo se ha de valor la pena concreta impuesta en sentencia.

Decimocuarta. Si bien se prescinde del concepto de primariedad delictiva y del límite de duración de la penas fijado para la suspensión ordinaria sí que se exige una reparación efectiva del daño, pero nuevamente condicionado a su capacidad económica por lo que lo señalado anteriormente tiene cabida en este caso.

Decimoquinta. Además esa reparación se puede sustituir por el cumplimiento del acuerdo de mediación al que se hubiera alcanzado. Si bien el Código penal tiene

vocación de generalidad y así se regula en este apartado, no ha reparado el legislador que la mediación está vedada en casos de delitos relacionados con la violencia de género, por lo que en este supuesto la alternatividad entre reparación y mediación desaparece siendo posible solo la reparación.

Decimosexta. En esta figura también se impone, con carácter obligatorio, una multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Se trata de verdaderas penas aunque el Código las denomine medidas o prestaciones. La consecuencia es que el reo si bien no cumple la pena principal sí cumple una pena de otra naturaleza por lo que sigue viva la esencia de la sustitución del derogado artículo 88 del Código.

Pero esa obligatoriedad va más allá cuando se trate de un delito de violencia doméstica o de género y la víctima dependa económicamente del sujeto porque se impone siempre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, no teniendo cabida la multa.

Ante esta tesitura, pudiera parecer que la suspensión sustitutiva puede ser más gravosa que el cumplimiento de la pena principal, pero no lo considero así.

Decimoséptima. La suspensión de la pena es especialmente necesaria en el caso de enfermos muy graves con padecimientos incurables. En este caso se valora el carácter humanitario de este beneficio sin distinguir el tipo de pena. Si bien hay autores que lo circunscriben a penas privativas de libertad basándose en que la suspensión de la pena, en origen, solo es referida a este tipo de penas, entiendo que puede ser suspendida cualquier pena.

Cuestión distinta es lo relativo a la suspensión por esta vía de las penas accesorias de los artículos 48 y 57 del Código que entiendo que no son suspendibles ya que el precepto está pensado para penas principales.

Ante la indefinición del Código sobre la enfermedad del reo que permite este tipo de suspensión, los tribunales han fijado que procede la suspensión por esta causa cuando la estancia en prisión del reo incida negativamente en el curso de la enfermedad acelerando su desenlace, no siendo necesario un estado terminal o de riesgo inminente de muerte.

Lo anterior puede ser verificado por el juez a través del informe forense, pero no necesariamente porque también se admiten los informes de clínicas u hospitales, públicos o privados, debidamente homologados.

No exige ninguna condición para concederse este beneficio más la de que el penado no tuviera ya otra pena suspendida por este mismo motivo en el momento de cometer el delito.

Decimoocatava. En el caso de la suspensión para drogodependientes, el sujeto lo que realmente precisa es un tratamiento con un programa específico y complejo difícilmente compatible con el internamiento en prisión. La relación causa-efecto entre el consumo de drogas y la comisión delictiva es condición indispensable para conceder esta clase de suspensión.

El drogodependiente no tiene por qué tener la condición de delincuente primario y la pena por los delitos cometidos puede ser de hasta cinco años de duración, si bien, ante el silencio del Código se ha de entender que ha de satisfacer la responsabilidad civil pero siendo suficiente ese compromiso de pago al que aludía.

Decimonovena. A pesar de que el Código suprime la previa audiencia a las partes que sí se contemplaba en la regulación anterior la misma es necesaria pudiendo entenderse por aplicación directa del artículo 82.1 del Código, pero no solo para esta clase de suspensión sino para todas.

Vigésima. En todo caso lo que sí que me gustaría recalcar es que la suspensión de la pena, ya sea una u otra modalidad, no es una mera suspensión que evita la entrada en prisión del sujeto. Es algo más. Es una suspensión condicionada a que no delinca durante el plazo de suspensión y a que cumpla con las reglas de conducta que le hubiera impuesto el juez.

Vigésimoprimera. El plazo de suspensión es un período durante el cual el reo demuestra que la confianza que el Estado ha depositado en él ha resultado eficaz a los fines de prevención especial. Parece lógico que solo se aplica a las penas privativas de libertad a pesar de que el legislador, de forma confusa, se refiera a penas leves.

La extensión del plazo permite al juez modular su duración atendiendo a la peligrosidad del sujeto. De ahí que el legislador considere necesario fijar un plazo de suspensión diferente para drogodependientes.

También este plazo de suspensión genera problemas en el cómputo de los plazos. Si tradicionalmente el Tribunal Constitucional computaba ese plazo desde la notificación al reo de la resolución en que se concedía, actualmente indica el Código que ha de serlo desde la fecha de la resolución, salvo que se hubiera acordado en sentencia en cuyo caso el plazo comenzará desde su firmeza.

En mi opinión, esta regulación es perjudicial para el reo y no exime al órgano judicial de la necesidad de notificar personalmente al reo dicha resolución. No se debe olvidar que dicha resolución afecta al derecho a la libertad del sujeto. Pero es más, si junto con el plazo de suspensión se le ha impuesto alguna regla de conducta o medida, solo con la notificación tendrá el reo conocimiento de su existencia y apercibimiento de las consecuencias de su quebranto.

Vigésimosegunda. El momento en el que el juez ha de resolver sobre la suspensión será cuando dicte sentencia. Esta regla general tiene una finalidad clara: eliminar las diversas resoluciones judiciales que provocan dilaciones indebidas en el procedimiento. No obstante, es frecuente que el juez no disponga en ese momento de todos los datos por lo que diferirá su pronunciamiento a un momento posterior en auto motivado.

Vigésimotercera. Como indicaba, junto al plazo de suspensión el juez puede condicionar el cumplimiento de la pena a una o más de las reglas de conducta del artículo 83. Dichas reglas tienen carácter facultativo salvo que se trate de la comisión de un delito de violencia de género, en cuyo caso algunas de estas reglas se convierten en obligatorias.

Vigésimocuarta. Las sucesivas reformas en este ámbito han provocado un listado prolijo de reglas de conducta. Sin embargo todas ellas mantienen una doble finalidad común: favorecer la protección de la víctima a la vez que evitar la reiteración delictiva.

Si bien el Código no lo indica nada obsta a que el juez pueda imponer una o más de estas reglas de conducta y, además, una o más medidas del artículo 84. Tal y como indicaba en relación con la suspensión sustitutiva, si así fuera, pudiera parecer que el

cumplimiento de la pena principal es más favorable al reo. No obstante considero que la suspensión por su propia configuración siempre es más beneficiosa.

Además, indicar que las reglas de conducta del artículo 83 y las prestaciones del artículo 84 son aplicables respecto de cualquier clase de suspensión, por la propia ubicación sistemática que hace el legislador incluyendo en los diferentes apartados del artículo 80 todas las clases de suspensión.

Vigesimoquinta. No es ajeno el legislador a que la resolución dictada sobre la suspensión lo es en un momento concreto y con unas circunstancias concretas, las cuales no son inamovibles. Para ello posibilita que esas reglas de conducta o medidas puedan ser modificadas, eliminadas si ya no son necesarias para los fines de prevención especial, o sustituidas por otras.

Aunque el Código no lo precisa esa modificación, alzamiento o sustitución no puede ser más gravosa para el reo. No ofrece dudas que la eliminación de alguna regla de conducta o medida siempre es más beneficiosa, si bien la modificación o sustitución pudiera ser al alza o a la baja, siendo la finalidad del artículo 85 favorecer al reo, dejando la posibilidad de agravación solo para los casos de incumplimiento previos que no generen revocación de la suspensión; es decir, incumplimientos no graves ni reiterados.

Pero no fija el Código qué cambio de circunstancias son las que permiten esa modificación en la resolución. Nuevamente el juez deberá hacer ese juicio de valor atendiendo a los elementos concretos con los que cuente en ese momento.

Vigesimosexta. Aun cuando la suspensión nace buscando la rehabilitación del reo y su reinserción social no son infrecuentes las reiteraciones delictivas que frustran la confianza que el Estado depositaba en él. Ahora bien, no toda reiteración delictiva es causa de revocación de la suspensión sino solo cuando se cometa un nuevo delito dentro del plazo de suspensión y la condena ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la suspensión ya no puede ser mantenida.

Vigesimoséptima. Nuevamente se abre el debate del cómputo sobre los plazos, cuestión sobre la que una vez más el legislador guarda silencio. Se prevé que el delito ha de ser cometido dentro del plazo de suspensión lo que excluye de dicho cómputo a los delitos cometidos antes de dicho plazo de suspensión aun cuando recaiga sentencia

firme dentro del plazo de suspensión. Pero obvia señalar y es de vital importancia que para que ese delito sea causa de revocación no solo ha de ser cometido durante el plazo de suspensión sino que ha de recaer sentencia condenatoria firme también dentro de ese plazo de suspensión.

Vigesimooctava. También el incumplimiento grave o reiterado de las reglas de conducta o medidas de los artículos 83 y 84 es causa de revocación de la suspensión. El problema es definir cuándo el incumplimiento es grave o reiterado. De su definición depende la revocación del beneficio. Si el incumplimiento es grave o reiterado será causa de revocación; por el contrario si no tiene la consideración de grave o reiterado se pueden imponer nuevas reglas de conducta o medidas, modificar las ya existentes, entiéndase al alza en relación con lo que comentaba anteriormente, o bien prorrogar el plazo de suspensión.

En mi opinión el incumplimiento tiene la consideración de grave cuando reviste un rechazo y un menosprecio total a la segunda oportunidad que le da al condenado el Estado, lo cual se valorará en el caso concreto dependiendo de la regla de conducta o medida impuesta. Por lo que respecta al incumplimiento reiterado tiene menor entidad que el grave, pero se repite, como mínimo en más de una ocasión. Entiendo que es un incumplimiento reiterado la existencia de al menos dos requerimientos personales, efectuados de forma fehaciente, en los que se deje constancia de las consecuencias del incumplimiento.

Vigesimonovena. Si como efectivamente se confía, transcurre el plazo de suspensión sin que el reo delinca y habiendo cumplido las reglas de conducta o medidas que el juez le hubiera impuesto, la consecuencia natural es la remisión definitiva de la pena que conlleva la extinción de su responsabilidad penal. En este punto tampoco es preciso el Código en su redacción cuando habla de cumplimiento suficiente de las reglas de conducta o medidas.

Para clarificar lo dicho hasta ahora merece reseñarse la triple clasificación que contempla el Código: un cumplimiento suficiente conlleva la remisión definitiva de la pena; un incumplimiento grave o reiterado es causa de revocación de la suspensión; y un incumplimiento no grave ni reiterado permite imponer nuevas reglas de conducta o medidas, modificar al alza las ya existentes o prorrogar el plazo de suspensión.

Si bien no se debe olvidar que el legislador condiciona esta remisión definitiva, en el caso de la suspensión a drogodependientes, además, a su deshabitación o la continuidad del tratamiento para tal fin. Esta condición ha de darse en el momento de dictarse el auto de remisión definitiva, no siendo relevante su abandono posterior aun cuando sea definitivo.

Trigésima. Es necesario hacer referencia a la figura de la sustitución de la ejecución de las penas de prisión para extranjeros por su expulsión del territorio nacional. Esta figura no es ni una pena ni una medida de seguridad sino una institución sustitutiva de la pena. El condenado extranjero no cumple la pena ni en España ni en su país de origen. Lo anterior implica que la condena se agota con la expulsión.

Trigesimoprimera. Las penas susceptibles de sustitución solo lo son las penas de prisión. Cuando el Código se refiere a las penas de prisión de más de un año o a una pena de más de cinco años de prisión no surgen dudas. El debate aparece cuando se refiere a varias penas que excedieran de cinco años. Las dudas han de solventarse entendiendo que se refiere a varias penas, que individualmente no excedan de cinco años pero que, sumándose entre sí, superan los cinco años de prisión.

Trigesimosegunda. Si bien la expulsión tiene carácter imperativo concurriendo los presupuestos fijados en la norma penal, el juez podrá acordar que parte de cumplimiento de la pena lo sea en España cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito o bien cuando la expulsión resulte desproporcionada. En estos casos, el cumplimiento en España no podrá ser superior a dos tercios de la condena pero no se fija un límite mínimo de cumplimiento por lo que el juez deberá fijarlo en su resolución.

Trigesimotercera. Tampoco están definidos ni el aseguramiento de la defensa del orden jurídico ni el restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida. En mi opinión, el primero de ellos supone reivindicar la vigencia del Derecho penal con el cumplimiento de la pena, mientras que el segundo se identifica con la necesidad de cumplimiento cuando de ello dependa la confianza en el sistema penal. Lo mismo sucede con el carácter desproporcionado de la expulsión en la que se atiende en particular al arraigo en España del extranjero.

Trigesimocuarta. El arraigo es un concepto en sí mismo indeterminado en relación con la sustitución de la pena por su expulsión, si bien el juez debe valorar especialmente el tiempo de permanencia en España, la convivencia familiar, así como a las consecuencias negativas de la separación de los componentes del grupo familiar.

Trigesimoquinta. Mayor atención merece la posibilidad de que juez acuerde el internamiento del extranjero en un Centro de Internamiento de Extranjeros, durante un plazo máximo de sesenta días conforme al Reglamento Penitenciario, a la espera de hacer efectiva la orden de expulsión. Esta posibilidad conlleva el cumplimiento efectivo de dos sanciones: el internamiento en dicho Centro de Internamiento de Extranjeros a la espera de expulsión y la propia expulsión cuando ésta sea efectiva.

Trigesimosexta. La última figura a la que me he referido en este trabajo es a la libertad condicional. Frente a su regulación tradicional como cuarto grado penitenciario el legislador de 2015 configura esta institución como una clase más de suspensión a pesar de que va dirigida a reos que han cumplido una parte de la pena que es lo que precisamente pretende evitar la suspensión propiamente dicha.

Trigesimoséptima. A pesar de lo impreciso del Código, es el juez de vigilancia penitenciaria el competente para conceder en su caso la libertad condicional en cualquiera de sus modalidades.

Trigesimooctava. La regla general es que el reo esté clasificado en tercer grado penitenciario lo que se determinará por la Administración solo conociendo el juez de vigilancia penitenciaria los recursos que contra esa clasificación se presentaran.

Trigesimonovena. Es necesario que se haya cumplido una parte de la pena que varía en función del tipo de libertad condicional. No plantea dudas si el condenado solo lo es a una pena o a varias con cumplimiento simultáneo que se computarían como si de una sola se tratara. En el caso no infrecuente de que el reo tenga varias penas, ante el mutismo del Código, los tribunales aplican el principio de unidad de ejecución que implica que la totalidad de las condenas en cumplimiento como si de una sola se tratara.

Cuadragésima. Hay que tener en cuenta que el tiempo de cumplimiento en libertad no se computa como tiempo efectivo de cumplimiento de pena en el caso de reincidencia y vuelta a prisión del reo.

Cuadragésimoprimera. Para terminar, he de señalar que la normativa aplicable a la suspensión de la ejecución de la pena, en cualquiera de sus modalidades, es la que exista en el momento de resolver sobre la suspensión, ya sea en el momento de dictarse sentencia o posteriormente en auto motivado. Sin perjuicio de que siempre ha de tenerse en cuenta la normativa más favorable al reo como principio esencial del Derecho penal.

VI. ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS.

AATC	Autos del Tribunal Constitucional
AATS	Autos del Tribunal Supremo
art.	artículo
arts.	artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
CP	Código Penal
D.	Don
D ^a	Doña
Dr.	Doctor
D.T.	Disposición Transitoria
ed.	edición
Ed.	Editorial
etc.	etcétera
HHP	Hoja Histórico Penal

JVP	Juez de Vigilancia Penitenciaria o Juzgado de Vigilancia Penitenciaria
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
L.O.	Ley Orgánica
LOEX	Ley Orgánica de Extranjería
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTCC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
nº	número
OMS	Organización Mundial de la Salud
p.	página
pfo.	párrafo
pfos.	párrafos
pp.	páginas
RCPR	Registro Central de Penados y Rebeldes
R.D.	Real Decreto
ref.	referencia
R.P.	Reglamento Penitenciario
SIDA	Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida
ss.	siguientes
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTEDH	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
SSTJUE	Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TBC	Trabajos en Beneficio de la Comunidad
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
vol.	volumen

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ABEL SOUTO, M.

- “Necesidad de alternativas frente a la propensión hacia el punitivismo y sustitución de la pena de prisión según el artículo 88 del Código Penal español reformado por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio”, en *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz* (directores: Muñoz Conde, J., Lorenzo Salgado, J. M., Ferrè Olivé, J. C., Cortés Becchiarelli, E. y Núñez Paz, M. Á.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 17-46.
- “¿Un nuevo sistema de penas?: "la probation" y la suspensión de la ejecución de la pena”, en *Revista Penal*, nº 27, 2011, pp. 93-110.
- “El indulto: una propuesta para incluir en el código penal su regulación adaptada a principios constitucionales básicos y al estado democrático de derecho”, en *ReCRIM: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, nº 9, 2013, pp. 2-5.
- “Suspensión de la pena: Arts. 80, 81 y 84 CP”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (director: Álvarez García, F. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 291-310.
- *La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

AGUIRRE SEOANE, J.

- “Las enfermedades muy graves con padecimientos incurables como presupuesto para la concesión de beneficios”, en *Actualidad Penal*, nº 47, 2002, pp. 1239-1265.

ALCÁCER GUIRAO, R.

- “La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 48, 1995, pp. 887-910.

ALMEIDA HERRERO, C.

- “Pena de prisión y extranjería: algunas especialidades legislativas”, en *Cuadernos de Derecho penitenciario*, 2008, nº 16, pp. 4-24.

ALONSO BUZO, R.

- “La nueva regulación de la suspensión de la pena tras la reforma del Código Penal: necesidad de la creación de la figura del juez de ejecución de penas”, en *Diario La Ley*, 2015, nº 8654, pp. 11-16.

ALTÉS MARTÍ, M. Á.

- “El extranjero presunto autor de infracciones penales. La expulsión de imputados. Procedimiento y cuestiones que plantea”, en *Estudios Jurídicos*, nº 4, 2002, pp. 139-163.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.

- “Retribución y prevención general negativa como fines de la pena”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 5, 2001, pp. 13-36.
- *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001.
- “La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación”, en *El nuevo Derecho Penal. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (coordinadores: Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F.), Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 35-55.
- “Sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español”, en *Los efectos psicosociales de la pena de prisión* (coordinador: Álvarez García, F. J.; autores: Díez González, P. R. y Álvarez Díaz, J. A.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 13-44.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.

- *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

ANTÓN ONECA, J.

- “Los antecedentes del nuevo Código penal”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 154, 1929, pp. 30-61.
- “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”, en *Anuario de Derecho Penal*, nº 25, 1972, pp. 249-287.

ARIAS SENSO, M.

- “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio de 2004”, en *Diario La Ley*, nº 6160, 2005, pp. 1-11.

ASENCIO CANTISÁN, H.

- “Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 1989, pp. 1-15.

ASÚA BATARRITA, A.

- “Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 39, 1989, pp. 605-626.
- “Política criminal y política de extranjería. La expulsión como sustitutivo de la respuesta punitiva ordinaria”, en *Actualidad Penal*, nº 42, 2001, pp. 1011-1040.
- “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en *Inmigración y Derecho penal: bases para un debate*, nº 84-8442-459-6, 2002, pp. 17-96.

BACH I FÁBREGO, R. y GIMENO JUBERO, M. A.

- “Penas, medidas de seguridad, aplicación y sustitución de las penas y comiso”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 56, 2010, pp. 1-48.

BALLESTEROS MARTÍN, J. M.

- “Intervención de la jurisdicción penal en la expulsión del territorio nacional y en el internamiento de extranjeros” (coordinador: Ballesteros Martín, J. M.), en *Extranjería y Cooperación Judicial Internacional*, CISS, Valencia, 2010, pp. 25-57.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R.

- “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 3, 2005, pp. 1-114.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y LIBERATORE S. BECHARA, A. E.

- “El proyecto de reforma del Código Penal de 2013. Algunas reflexiones político-criminales”, en *Revista Penal*, nº 34, 2014, pp. 19-33.

BERISTAIN IPIÑA, A.

- “El Proyecto de Código penal de 1980, víctima de las estructuras”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 33, 1980, p. 585-593.

BUENO ARÚS, F.

- “Los beneficios penitenciarios a la luz del Código penal y de la legislación penitenciaria vigentes”, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 565-586.
- “Prólogo”, en *La libertad condicional. Nuevo régimen jurídico (Adaptada a la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas)* (autor: Renart García, F.), Edisofer, Madrid, 2003, pp. 17-25.

CAMARASA ECHARTE, F.

- *La Condena condicional (apuntes para su estudio)*, Impresión de Maximino A. Miñón, León, 1908.

CANCIO MELIÁ, M.

- “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2005, pp. 183-215.

CANDIL JIMÉNEZ, F.

- “Consideraciones de la Condena condicional. Su regulación en la legislación alemana”, en *Revista de Documentación jurídica*, nº 13, 1974, pp. 93-119.

CANO CUENCA, A.

- “Suspensión de la ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes, prestaciones o medidas. Modificación. Revocación. Expulsión de extranjeros (arts. 83, 84, 85, 308 bis y 89)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (director: González Cussac, J. L.; coordinadoras: Matallín Evangelio, Á. y Górriz Royo, E.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 337-368.

CANO PALOMARES, G.

- “La expulsión de extranjeros como sustitución de la pena de prisión ante el Tribunal de Estrasburgo (Comentario a la Sentencia del TEDH de 15 de diciembre de 2009 en el asunto *Gurguchiani* contra España)”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 15, 2010, pp. 259-278.

CANO PAÑOS, M. Á.

- “La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 31, 2011, pp. 87-128.

CAÑADAS SANTAMARÍA, J. O.

- “Antecedentes penales y suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Diario La Ley*, nº 7382, 2010, pp. 1-4.

CARBONELL MATEU, J. C.

- “Reflexiones sobre el abuso del Derecho Penal y banalización de la legalidad”, en *Revista de Ciencias Penales*, nº 3, 2000, pp. 15 y 16.

CARDENAL MONTRAVETA, S.

- “Alternativas a la pena de prisión. Especial consideración de la suspensión de la ejecución y la sustitución”, en *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995* (director: Mir Puig, S.; coordinadores: Gómez Martín, V. y Corcoy Bidasolo, M.), Reus, Barcelona, 2006, pp. 17-48.
- “Alternativas a la pena de prisión. Especial consideración de la suspensión de la ejecución y la sustitución”, en *Política criminal y reforma penal* (director: Mir Puig, S.; coordinadores: Gómez Martín V. y Corcoy Bidasolo, M.), Edisofer, Madrid, 2007, pp. 121-151.
- “Constitución y prescripción de la pena”, en *Constitución y sistema penal* (coordinadores: Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo M., Hortal Ibarra, J. C.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 287-334.
- “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, 2015, pp. 1-44.
- “Función de la pena y suspensión de su ejecución. ¿Ya no "se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad del sujeto"”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 4, 2015, pp. 1-34.

CASTAÑEDA PAZ, M.

- *Probation. El desafío de cambiar la mentalidad. Antes y después del caso “Kosuta”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

CASTEJÓN MARTÍNEZ DE ARIZALA, F.

- *La legislación penitenciaria española*, Reus, Madrid, 1914.

CASTELLÓ NICÁS, N.

- “Suspensión de la ejecución de la pena: (art. 87)”, en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines* (coordinadores: Morillas Cueva, L. y Aránguez Sánchez, C.), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 337-347.

CEREZO MIR, J.

- “Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 1988, pp. 1012-1025.
- “Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 1996, pp. 1470-1478.
- *Curso de derecho penal español (I), Parte General. Tomo I: Introducción*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- “Los fines de la pena en el código penal después de las reformas del año 2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extra 2, 2004, pp. 13-30.
- “Los fines de la pena en la constitución y en el código penal después de las reformas del año 2003”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 217-236.

CERVELLÓ DONDERIS, V.

- “Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de la pena”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 106, 2014, pp. 44-62.
- “Suspensión de la pena y valoración de la peligrosidad criminal”, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia* (director: Orts Berenguer, E.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 445-480.

CID MOLINÉ, J.

- “Derecho a la reinserción social: consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos”, en *Jueces para la Democracia*, nº 32, 1998, pp. 36-49.
- “El sistema penitenciario español”, en *Jueces para la Democracia*, nº 45, 2002, pp. 15-27.
- ¿Es la prisión criminógena?: un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 19, 2007, pp. 427-456.
- *La elección del castigo: suspensión de la pena o "probation" versus prisión*, Bosch, Barcelona, 2009.

CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOÁN, E.

- *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997.

COBO DEL ROSAL PÉREZ, G.

- “El proceso de elaboración del Código penal de 1928”, en *Anuario de historia del derecho español*, nº 82, 2012, pp. 561-602.

COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, I.

- “Derechos fundamentales del condenado. Reeducción y reinserción social”, en *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I* (director: Cobo del Rosal, M.), Edersa, Madrid, 1982, pp. 217-232.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN T. S.

- *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M.

- “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 4, 2005, pp. 175-212.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.

- *Comentarios al Código penal. Tomo I*, Bosch, Barcelona, 2007.

CÓRDOBA RODA, J.

- “La pena y sus fines en la Constitución española de 1978”, en *Papers: Revista de sociología*, nº 13, 1980, pp. 129-140.

CÓRDOBA RODA, J. y TORNOS MAS, J.

- “Los indultos y su control jurisdiccional”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 113, nº 1, 2014, pp. 39-78.

CORELLA MIGUEL, J.

- “La nueva regulación de la suspensión y sustitución tras la entrada en vigor de la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, en *Diario La Ley*, nº 8552, 2015, pp. 1-9.

CUADRADO SALINAS, C.

- “La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, 2015, pp. 1-25.

CUELLO CALÓN, E.

- *La moderna penología (represión del delito y tratamiento de los delincuentes y penas y medidas, su ejecución)*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1974.

CUELLO CONTRERAS, J.

- *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, 3ª ed., Madrid, 2002.

CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B.

- *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2011.

CUESTA DEL CASTILLO, R.

- “Notificación personal al reo del auto concediéndole la suspensión de condena”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 27, 2008, pp. 1-11.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A.

- “La libertad condicional como forma de suspensión de la ejecución de la pena”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 21, 2014, pp. 1-44.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.

- “El sistema penitenciario: reforma o abolición”, en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, nº 12, 1983, pp. 19-32.
- “Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992”, en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, pp. 319-345.
- “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal Español de 1995”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón* (coordinador: Echano Basaldúa, J. I.), Bilbao, 2002, pp. 125-152.
- “¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 10, 2008, pp. 1-36.
- “El principio de la humanidad en Derecho penal”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 23, 2009, pp. 209-225.
- “El principio de la humanidad en Derecho penal”, en *Revista Penal México*, nº 4, 2013, pp. 9-20.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F., SUÁREZ MALAEXECHEVARRIA, B., y VICENTE DEL OLMO, M. I.

- “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad por dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. Análisis jurisprudencial”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 104, 2013, pp. 1-14.

DE LA MATA BARRANCO, N. J.

- *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, PPU, Barcelona, 1994,
- *La individualización de la pena en los Tribunales de justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del procesado en la Jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y plazos legales: algunos problemas”, en *Estudios Jurídicos*, nº 2011, 2011, pp. 1-31.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. y HERNÁNDEZ DÍAZ, L.

- “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad: algunos problemas de la práctica judicial (con especial referencia al cómputo de los plazos legales)”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 16, 2011, pp. 1-33.

DE LAMO RUBIO, J.

- “La suspensión condicional de la pena en el nuevo Código penal de 1995”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 616-617, 1996, pp. 47-62.
- *El Código Penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, Bosch, Barcelona, 1997.
- *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*, Bosch, Barcelona, 1997.

DEL MORAL GARCÍA, A.

- “Recursos frente a decisiones en materia de ejecución de penas privativas de libertad”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 17, 2003, pp. 351-414.
- “Modificaciones en materia de ejecución de sentencia penal”, en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 92, 2005, pp. 56-59.

DELGADO DEL RINCÓN, L. E.

- “El artículo 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº extraordinario 1, 2004, pp. 339-369.
- “Algunas cuestiones en torno a la interpretación de la reeducación y la reinserción social del art. 25.2 CE como fin de las penas privativas de libertad”, en *Homenaje a D. Iñigo Cavero Lataillade* (coordinador: Peña González, J.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 541-564.

DEVOTO, E. A.

- *La probation. A propósito de su oposición en el Código Penal argentino*, La Ley, Argentina, 1994.

DÍAZ ROLDÁN, C.

- “Las suspensiones de la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Estudios Jurídicos*, nº 2007, 2007, pp. 1-11.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.

- “Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, 2008, pp. 1-26.
- “Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (director: Álvarez García, F. J.;

coordinador: Dopico Gómez-Aller, J.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 26-49.

- *Derecho penal español. Parte general*, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- “El abuso del sistema penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19, 2017, pp. 1-24.

DORADO MONTERO, P.

- “Amnistía e indulto”, en *Enciclopedia Jurídica Española, Tomo II*, Francisco Seix, Barcelona, 1910, pp. 710-726.

ECHANO BASALDÚA, J. I.

- “Crítica de la suspensión condicional de la pena a la luz del Código penal alemán”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 25, 1985, pp. 139-182.

ESPINA RAMOS, J. Á.

- “Indulto parcial y suspensión judicial de la pena resultante”, en *Noticias Jurídicas Aranzadi*, nº 105, 2001, pp. 1-3.
- “Exclusión del cumplimiento material de las penas y ejecución penal”, en *Estudios Jurídicos*, nº 2005, 2005, pp. 1- 25.

FERRER GUTIÉRREZ, Á.

- *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario: doctrina, jurisprudencia y formularios (texto adaptado a la LO 5/2010, de 22 de junio y al Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo y 840/2011, de 17 de junio)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

FARALDO CABANA, P.

- *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- “Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género: la situación tras la reforma de 2010”, en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación* (director: Castillejo Manzanares, R.; coordinador: Catalina Benavente, M. Á.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 413-454.
- “Suspensión de la ejecución de la pena de prisión para condenados por delitos de violencia de género, familiar y doméstica”, en *Violencia contra la mujer. Manual de derecho penal y proceso penal: adaptado a la Ley 1/2015, de reforma del Código Penal* (director: Vázquez-Portomeñe Seijas, F.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 109-131.

FERNÁNDEZ ALBOR, A.

- “Modificaciones introducidas por la ley orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del código penal, en relación con los proyectos anteriores”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 22, 1984, pp. 5-22.

FERNÁNDEZ APARICIO, J. M.

- “Cuestiones prácticas de la suspensión de la pena tras la Reforma de la LO 1/2015”, en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 59, 2016, pp. 55-80.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.

- “Trastorno mental sobrevenido tras la firmeza de la sentencia y potestad penal”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 110, 2006, pp. 219-262.
- “Extranjeros inscritos en el Sistema de Información *Shengen* como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros estados de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 13, 2006, pp. 31-55.
- “Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 24, 2010, pp. 11-36.
- “Ejecución de sentencias penales: penas privativas de libertad. Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Aplazamientos y

paralizaciones”, en *Manual de Derecho Penitenciario* (coordinadores: Fernández Arévalo, L. y Nistal Burón, J.), 2ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 93-114.

- “Ejecución de la expulsión judicial sustitutiva y pluralidad de causas penadas y en su caso preventivas penitenciariamente activas”, en *Revista de estudios penitenciarios*, nº extra 2, 2013, pp. 85-98.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D.

- “La desnaturalización de la libertad condicional a la luz de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 115, 2015, pp. 1-33.

FERNÁNDEZ VALVERDE, R.

- “Expulsión de ciudadano extranjero por motivos de orden público”, en *Diario La Ley*, nº 8847, 2016, pp. 1-7.

FLORES MENDOZA, F.

- “La expulsión del extranjero en el Código Penal español”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, nº 18-1, 2001, pp. 311-339.
- “La expulsión del extranjero en el Código Penal español”, en *Inmigración y Derecho penal: bases para un debate*, nº 84-8442-459-6, 2002, pp. 97-132.

GALAIN PALERMO, P.

- “Mediación penal como forma alternativa a la resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces”, en *Revista Penal*, nº 24, 2009, pp. 71-89.
- “Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal”, en *Revista Penal*, nº 30, 2012, pp. 13-34.
- “Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal”, en *Estudios Jurídicos*, nº 13, 2014, pp. 163-204.

GARCÍA ARÁN, M.

- *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GARCÍA ALBERO, R. M.

- “La ejecución de las medidas de seguridad”, en *Ejecución y derecho penitenciario*, Universidad Oberta de Catalunya, Barcelona, 2012, pp. 1-33.
- “La suspensión de la ejecución de la pena”, en *Comentario a la Reforma Penal de 2015* (director y coordinador: Quintero Olivares, G.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 143-171.

GARCÍA ESTEBAN, M. D.

- “Expulsión de extranjeros en el Código Penal”, en *Revista Penal*, nº 35, 2015, pp. 45-83.

GARCÍA GONZÁLEZ, J.

- “La penalidad prevista en delitos de violencia contra la mujer. Régimen de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género. Especial mención a los adolescentes”, en *La Violencia de Género en la Adolescencia* (director: García González, J.), Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 327-352.

GARCÍA MAHAMUT, R.

- *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- “Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto”, en *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional (Libro homenaje al profesor Gurmésindo Trujillo)* (coordinador: Aguiar de Luque, L.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 611-628.

GARCÍA SAN MARTÍN, J.

- *El control jurisdiccional del indulto particular* (Tesis Doctoral dirigida por Rodríguez Bahamonde, R.), Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria, 2006.
- *El indulto particular: tratamiento y control jurisdiccional*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2007.
- “Presupuestos de la suspensión ordinaria de la ejecución de las penas”, en *La Toga*, nº 180, 2010, pp. 12-16.
- “La resolución en el procedimiento de indulto particular”, en *Revista jurídica de Canarias*, nº 16, 2010, pp. 53-68.
- “Las prohibiciones de comunicación y aproximación con la víctima en el ámbito de los delitos relacionados con la violencia de género”, en *Revista jurídica de Canarias*, nº 19, 2010, pp. 1-31.
- *La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas*, Dykinson, Madrid, 2012.
- “La interrupción del plazo de prescripción de las penas”, en *Diario La Ley*, nº 8267, 2014, pp. 1-11.
- “La suspensión ordinaria de la ejecución de las penas en el proyecto de reforma del código penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 21, 2014, pp. 1-18.

GARCÍA VALDÉS, C.

- “Sobre la libertad condicional: dos o tres propuestas de reforma”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo (libro homenaje al profesor doctor José Cerezo Mir)* (coordinador: Díez Ripollés, J. L.), Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1065-1074.

GIMENO GÓMEZ, V.

- “La gracia del indulto”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, nº 4, 1972, pp. 897-927.

GILI PASCUAL, A.

- *La prescripción en el derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001.
- “La interrupción de la prescripción pena, diez años después de la STC 63/2005”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 35, 2015, pp. 291-358.

GIMÉNEZ GARCÍA, J.

- “Alternativas sociales a las instituciones privativas de libertad”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº Extra 5, 1995, pp. 27-34.
- “La sustitución de las penas de prisión. Especial referencia a la expulsión de extranjeros”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 4, 2005, pp. 1-17.

GIMENO SENDRA, J. V.

- “La conformidad premiada de los juicios rápidos”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 5, 2004, pp. 5-14.

GÓMEZ ANGULO, J.

- “La conformidad en los juicios rápidos”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 31, 2006, pp. 26-53.

GÓMEZ COLOMER, J. L., CARBONELL MATEU, J. C. y MENGUAL I LULL, J. B.

- *Enfermedad mental y delito: aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, Civitas, Madrid, 1987.

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P.

- “Aspectos problemáticos de la ejecución de las medidas de seguridad y de la prescripción de las penas”, en *Estudios Jurídicos*, nº 2012, 2012, pp. 1-37.
- “Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución de las penas privativas de libertad”, en *Diario La Ley*, nº 8688, 2016, pp. 1-7.
- “La selección de la ley aplicable en la ejecución penal en supuestos de cambio normativo: criterios de la STC 261/2015 (1) en relación con el

artículo 58 CP y su posible traslación a la nueva regulación de la libertad condicional”, en *Diario La Ley*, nº 8717, 2016, pp. 1-7.

GONZÁLEZ CAMPO, E.

- “La expulsión del extranjero como sustitutivo penal en la reforma del código penal y de la ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *Estudios Jurídicos*, nº 4, 2003, pp. 493-519.
- “Expulsión de extranjeros: otras formas de sustitución de la pena de prisión”, en *Estudios Jurídicos*, nº 2012, 2012, pp. 1-35.

GONZÁLEZ CASSO, J.

- “La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales: los artículos 80 nº 4 y 87 del Código Penal”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 54, 1999, pp. 91-138.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.

- *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (director: González Cussac, J. L.; coordinadoras: Matallín Evangelio, Á. y Górriz Royo, E.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y ORTS BERENGUER, E.

- *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

GONZÁLEZ DEL ALBA, P.

- *La Condena condicional: Ley de 17 de marzo de 1908 y disposiciones complementarias: con extensas notas y formularios para su adecuada aplicación*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1908.

GONZÁLEZ TASCÓN, M. M.

- “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 36, 2016, pp. 1-31.

GONZÁLEZ TAPIA, M. I.

- *La prescripción en el derecho penal* (director: Palma Herrera. J. M.; coordinadora: González Tapia, M. I.), Dykinson, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ ZORRILLA, C.

- “Suspensión de la pena y «probation»”, en *Penas alternativas a la prisión* (coordinadores: Cid Moliné J. y Larrauri Pijoán, E.), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 59-89.
- “La suspensión”, en *Las penas en el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 191-202.
- “La suspensión”, en *Studia Iuridica*, nº 17, 1999, pp. 191-202.

GORJÓN BARRANCO, M. C.

- “La sustitución de la pena corta privativa de libertad y la localización permanente. Especial mención a los delitos de género”, en *La reforma penal de 2010* (coordinadores: Zúñiga Rodríguez, L., Gorjón Barranco, M. C. y Fernández García, J.), Ratio Legis, Madrid, 2011, pp. 67-91.

GRACIA MARTÍN, L.

- *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito. Adaptado a las leyes orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre y 1/2004, de 28 de diciembre; con un anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

- “Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad”, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (coordinador: Gracia Martín, L.), 5ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 131-146.

GUNDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.

- “Derecho a la vida: análisis de las circunstancias que envuelven la expulsión judicial de ciudadanos presos extranjeros que padecen la enfermedad del sida”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2013, 2010, pp. 409-440.

GUISASOLA LERMA, C.

- “Libertad condicional (arts. 90, 91 y 92)”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015* (director: González Cussac, J. L.; coordinadoras: Matallín Evangelio, Á. y Górriz Royo, E.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 371-386.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.

- “La reeducación de los condenados por actos de violencia de género: expectativas de futuro”, en *Diario La Ley*, nº 7651, 2011, pp. 1-9.
- “Hacia un nuevo Código Penal: breves comentarios a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP 1995. I. Parte General”, en *Práctica penal: cuaderno jurídico*, nº 79, 2015, pp. 14-23.

HENDLER, E.

- *La suspensión a prueba en el proceso penal*, La Ley, Argentina, 1994.

HERRÁIZ ESPAÑA, S.

- “El arraigo como elemento excluyente de la expulsión penal sustitutiva: análisis de la jurisprudencia nacional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Estudios Jurídicos*, nº 2011, 2011, pp. 1-43.

HERRERO ÁLVAREZ, S.

- “Las diez formas de que mi cliente no ingrese en la cárcel. Alternativas legales al cumplimiento de penas de prisión. (A partir de la entrada en vigor el 1 de julio de 2015 de la reforma del Código penal)”, en *Sala de Togas, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Gijón*, nº 69, 2015, pp. 1-9.
- “La nueva regulación de la suspensión de la ejecución de penas de prisión tras la reforma penal de 2015”, en *Diario La Ley*, nº 8725, 2016, pp. 1-5.

HURTADO YELO, J. J.

- “La peligrosidad criminal como criterio para denegar la suspensión de las penas privativas de libertad”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2009, pp. 149-165.

IGLESIAS RÍO, M. Á.

- “La expulsión de extranjeros”, en *Comentario a la reforma penal de 2015* (director y coordinador: Quintero Olivares, G.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 173-188.

IZQUIERDO ESCUDERO, F. J.

- “Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 106/1997, de 17 de abril”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5, 1997, pp. 1861-1865.

LAFONT NICUESA, L.

- “La expulsión de extranjeros”, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 163-176.
- “Excepciones a la expulsión judicial de extranjeros en el ámbito penal”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 10, 2005, pp. 39-66.

- “Protocolo explicativo sobre la sustitución judicial de la pena de prisión. Artículo 89 CP”, en *Protocolos sobre extranjería* (editor: Lafont Nicuesa, L.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 25-44.

LARRAURI PIJOÁN, E.

- “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 19, 1996, pp. 203-208.
- “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, en *Jueces para la Democracia*, nº 25, 1996, pp. 53-56.
- “Los programas formativos como medida penal alternativa en los casos de violencia de género ocasional”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 8, 2010, pp. 1-26.
- “Antecedentes penales”, en *Eunomía: Revista en Cultura de Legalidad*, nº 8, 2015, pp. 153-159.
- “Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, 2016, pp. 1-29.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.

- *Introducción al Derecho penal* (coordinador: Lascuráin Sánchez, J. A.), 2ª ed., Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2015.
- “Expulsión penal de extranjeros en el Proyecto de reforma penal de 2013 y necesidades preventivas de pena en el contexto de la normativa de la Unión Europea”, en *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto* (coordinadores: Maqueda Abreu, M. L., Martín Lorenzo, M. y Ventura Püschel, A.), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 157-173.

LASTRA LIENDO, S.

- “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad: la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y la libertad condicional”, en *Estudios Jurídicos*, nº 1, 2002, pp. 719-759.

LEAL MEDINA, J.

- “La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 7, 2001, pp. 1303-1310.
- “El concepto de peligrosidad en el Derecho penal español: proyección legal y alcance jurisprudencial. Perspectivas actuales y de futuro”, en *Diario La Ley*, nº 7643, 2011, pp. 1-10.
- “La motivación de las resoluciones penales: parámetros de validez formal y material”, en *Diario La Ley*, nº 8576, 2015, pp. 1-14.

LEGANÉS GÓMEZ, S.

- “La expulsión de los penados extranjeros”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 91, 2012, pp. 1-21.
- “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”, en *Diario La Ley*, nº 8579, 2015, pp. 1-17.

LLORCA ORTEGA, J.

- “La suspensión de la ejecución de la pena”, en *Studia Iuridica*, nº 17, 1999, pp. 145-190.
- “La suspensión de la ejecución de la pena”, en *Las penas en el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, pp. 145-190.
- *La Ley del indulto: comentarios, jurisprudencia, formularios y notas para su reforma*, 3ª ed. corregida, aumentada y puesta al día conforme a la jurisprudencia dictada hasta el 1 de enero de 2003, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

LÓPEZ CONTRERAS, R. E.

- *La sustitución de las penas privativas de libertad (aspectos procesales y penales)*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004.

LÓPEZ LORENZO, M. V.

- “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 9, 2004, pp. 31-48.

LUZÓN CUESTA, J. M.

- “Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Sustitución de las penas privativas de libertad. La libertad condicional”, en *Compendio de Derecho penal: Parte general*, 23ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, pp. 235-247.

LUZÓN PEÑA, D. M.

- *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

MAGRO SERVET, V.

- “Los planes de reeducación del art. 83.1.5º del Código Penal para los delitos contra la seguridad del tráfico”, en *Tráfico y seguridad vial*, nº 69, 2004, pp. 3-14.
- “Los planes de reeducación del art. 83.1.5º del Código Penal para los delitos contra la seguridad del tráfico”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 2004, pp. 2002-2009.
- “La aplicación de los planes formativos de reeducación de maltratadores: una alternativa a la prisión en la lucha contra la violencia doméstica”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 2004, pp. 1718-1726.
- “La aplicación de los planes formativos de reeducación de maltratadores”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 630, 2004, pp. 5-8.
- “Los planes formativos de reeducación en la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, como medidas complementarias en la suspensión de la ejecución de la pena (art. 83 CP)”, en *II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 381-413.

- “La petición de suspensión de ejecución de la pena por tramitación de indulto”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 39, 2007, pp. 101-107.
- “La reeducación obligatoria y el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en la seguridad vial”, en *Diario La Ley*, nº 7050-7051, 2008, pp. 1-8.
- “Reeducación de condenados por delitos de violencia de género en régimen abierto”, en *Delitos y delincuentes: cómo son, cómo actúan* (coordinadores: Avilés Gómez, M. y Gallizo Llamas, M.), Editorial Club Universitario, Madrid, 2010, pp. 361-401.
- “La insolvencia del condenado con relación a las solicitudes de suspensión y sustitución de la pena”, en *El Derecho*, ref. 1022736, 2011, pp. 1-6.
- “La prescripción de la pena, cuando se ha acordado la suspensión de la ejecución ¿se interrumpe?”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 82, 2011, pp. 1-8.
- “La revocación de la medida de suspensión de la ejecución de la pena por incumplimiento de las medidas acordadas con base en el art. 83.1.5º *in fine* del CP en la violencia de género”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 93, 2012, pp. 1-10.
- “Acerca de la eficacia interruptiva, en la prescripción de las penas, de la adopción de las medidas de suspensión de su ejecución”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 102, 2013, pp. 1-10.
- “Particularidades de la medida de gracia de indulto frente a las decisiones del poder judicial”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 103, 2013, pp. 1-6.
- “Particularidades de la medida de gracia de indulto frente a las decisiones del Poder Judicial”, en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 51, 2014, pp. 39-46.
- “La interrupción de la prescripción de la pena con la suspensión de su ejecución”, en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 53, 2015, pp. 1-11.
- “El delito de maltrato animal en el Código Penal tras la L.O. 1/2015 y la reeducación de los condenados”, en *Diario La Ley*, nº 8841, 2016, pp. 1-10.

- ¿Es preceptiva la pena de alejamiento en los casos de violencia doméstica y de género?”, en *Diario La Ley*, nº 8880, 2016, pp. 1-10.

MAGRO SERVET, V., CUÉLLAR OTÓN, J. P. y HERNÁNDEZ RAMOS, C.

- “La aplicación de programas formativos de reeducación para condenados por delitos relacionados con la violencia de género, en aplicación de las medidas de suspensión de la ejecución de la pena: el programa de la Audiencia Provincial de Alicante”, en *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género: los talleres formativos y reeducativos del artículo 49 del Código Penal (con motivo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio)* (coordinadores: Martínez García, E. y Vegas Aguilar, J. C.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 172-207.
- “Programa de intervención para casos de delincuentes sexuales condenados con suspensión de ejecución de pena”, en *Diario La Ley*, nº 8723, 2016, pp. 1-6.

MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E.

- *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas de la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2010.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.

- “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del acuerdo de 18 de julio de 2006)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 10, 2008, pp. 1-25.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.

- “La libertad condicional y los beneficios penitenciarios”, en *I Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1988, pp. 61-80.
- *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2008.

- “La prescripción de las penas y las medidas de seguridad”, en *Diario La Ley*, nº 7193, 2009, pp. 1-9.
- “La orientación de las penas privativas de libertad hacia la resocialización del reo”, en *Diario La Ley*, nº 7428, 2010, pp. 1-6.
- “Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (I): de las garantías, infracciones penales, personas criminalmente responsables y penas”, en *Diario La Ley*, nº 7989, 2012, pp. 1-14.
- “Nuevo Anteproyecto de Código Penal de 3 de abril de 2013. Novedades de la parte general”, en *Diario La Ley*, nº 8108, 2013, pp. 1-13.
- *La reforma del Código penal de 2015. Conforme a las Leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, La Ley, Madrid, 2015.
- *Comentarios al Código penal. (Tras las Leyes orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)*, La Ley, Madrid, 2016.

MAPELLI CAFFARENA, B.

- *La resocialización penitenciaria (Tesis Doctoral)* Universidad de Cádiz, Cádiz, 1982.
- *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Bosch, Madrid, 1983.
- *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

MAQUEDA ABREU, M. L.

- *Suspensión condicional de la pena y probation*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 21, 2006, pp. 1-13.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.

- *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Comares, Granada, 1999.

- “Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995”, en *Actualidad Penal*, nº 35, 2000, pp. 1-29.
- “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 11, 2014, pp. 119-146.

MARTÍ CRUCHAGA, V.

- “El sistema penal ante la violencia de género”, en *Manual de lucha contra la violencia de género* (coordinador: Marchal Escalona, A. N.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 155-182.

MERINO RODRÍGUEZ, J. F.

- “Expulsión de extranjeros relacionados con el derecho penal”, en *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 1, 2008, pp. 72-87.
- “Suspensión y otras formas de sustitución de las penas privativas de libertad a penados extranjeros sin residencial legal. Reparación del delito y responsabilidad civil en relación con el artículo 177 bis del Código Penal”, en *Estudios Jurídicos*, nº 2011, 2011, pp. 1-16.

MIR PUIG, S.

- “El sistema de sanciones”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 79, nº extra 1, 1980, pp. 21-50.
- “Alternativas a la prisión en el nuevo Código penal”, en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995* (coordinadora: Asúa Batarrita, A.), Servicio de Publicaciones Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998, pp. 55-66.
- *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.

MONTERO HERNANZ, T.

- *Compendio de legislación y jurisprudencia penitenciaria*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2009.

MORILLAS CUEVA, L.

- *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (director: Morillas Cueva, L.), Dykinson, Madrid, 2015.

MORELLO, M.

- *Probation y juicio abreviado: cuando los cambios vienen marchando*, La Ley, Argentina, 1998.

MUÑOZ CONDE, F. J.

- “La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito”, en *Sistema: Revista de ciencias sociales*, nº 31, 1979, pp. 73-84.
- “La prisión en el Estado social y democrático de derecho. Prevención general versus prevención especial: ¿un conflicto insoluble?”, en *Eguzkilo: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº extra 2, 1989, pp. 165-172.

MUÑOZ CONDE, F. J. y GARCÍA ARÁN, M.

- *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F. J. y QUINTERO OLIVARES, G.

- *La reforma penal de 1983*, Destino, Barcelona, 1983.

MUÑOZ CUESTA, F. J.

- “¿Es necesario el trámite de audiencia para proceder a la expulsión de un extranjero no residente que ha cometido un delito en España? Comentario a la STS, Sala 2ª, de 8 de julio de 2004”, en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, nº 29, 2004, pp. 1-3.
- “Prescripción de la pena, cómputo del plazo cuando se otorga la suspensión de condena y se comete delito en el plazo de suspensión. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 15 de julio de 2004”, en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, nº 29, 2004, pp. 1-4.

- “La petición de indulto como último «recurso»”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 890, 2014, pp. 1-4.

MUÑOZ LORENTE, J.

- “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2 extra, 2004, pp. 401-482.

MUÑOZ RUIZ, J.

- “La expulsión penal: nuevas tendencias legislativas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16, 2014, pp. 1-44.

NAVARRO VILLANUEVA, C.

- *La ejecución de la pena privativa de libertad: suspensión y modificación del título ejecutivo*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 1999.
- *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002.

NIETO GARCÍA, A. J.

- “La estigmatización en prisión”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 80, 2011, pp. 1-13.
- “La primariedad delictiva ante la reforma de la libertad condicional”, en *Diario La Ley*, nº 7935, 2012, pp. 1-4.

NISTAL BURÓN, J.

- “La condición de extranjero en la ejecución penal. La necesaria armonización de la política de extranjería con los fines de la actividad penitenciaria”, en *Diario La Ley*, nº 7917, 2012, pp. 1-13.
- “La libertad condicional anticipada por enfermedad grave: su necesaria consideración como una modalidad de suspensión de la pena en fase de ejecución”, en *Diario La Ley*, nº 7930, 2012, pp. 1-6.

- “El alcance en materia de expulsión judicial de la proyectada reforma del CP”, en *Diario La Ley*, nº 8207, 2013, pp. 1-6.
- “El nuevo régimen de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2015, pp. 1-25.
- “La retroactividad de las normas de ejecución penal. De nuevo a debate la tesis de la simultaneidad compensatoria del artículo 58 del Código Penal: a propósito de la STC 261/2015, de 14 de diciembre”, en *Diario La Ley*, nº 8710, 2016, pp. 1-8.

NOREÑA SALTO, J. R.

- “Medidas sustitutivas de la pena”, en *Estudios Jurídicos*, nº 2004, 2004, pp. 3475-3486.

NÚÑEZ PAZ, M. Á.

- “La aplicación de la "probation" en el derecho positivo. Suspensión del fallo y suspensión condicional de la pena”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 5, 1995, pp. 703-754.
- “Alternativas a la pena privativa de libertad. Suspensión del fallo y suspensión condicional de la pena (la aplicación de la Probation en el derecho positivo español)”, en *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito* (coordinadores: Diego Díaz-Santos M. R. y Fabián Caparrós, E. A.), Tecnos, Madrid, 1995, pp. 137-162.

ORTEGA CALDERÓN, J. L.

- “El nuevo régimen temporal de libertad condicional en el Código Penal tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, en *Diario La Ley*, nº 8652, 2015, pp. 1-10.
- “La revocación de la libertad condicional tras la LO 1/15 de 30 de marzo: competencia, partes, causas y efectos”, en *Diario La Ley*, nº 8944, 2017, pp. 1-17.

OSSET BELTRÁN, N.

- *Suspensión de la pena privativa de libertad. Especial referencia al supuesto de enfermedad muy grave con padecimientos incurables*, Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado, Madrid, 2015.

OTERO GONZÁLEZ, P.

- “Las penas privativas de libertad y formas sustitutivas”, en *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena* (director: Quintero Olivares, Q.; coordinadores: Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Ventura Püschel, A.), 3ª ed. corregida y aumentada a la LO 5/2010, de 22 de junio, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, esquema 19, pp. 247-255.

PAZ RUBIO, J. M.

- “Expulsión de extranjeros”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 4, 2003, pp. 79-232.
- “Fundamentos de casación: sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional. Análisis de la STS 2ª, de 8 de julio de 2004”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 10, 2004, pp. 80-83.
- “Fundamentos de casación: sustitución de la pena de prisión. Análisis de la STS 2ª, de 5 de febrero de 2001”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 21, 2005, pp. 99 y 100.

PERALS CALLEJA, J.

- “Medidas alternativas a la prisión para el delincuente toxicómano. Especial referencia a los programas de reducción de riesgos y daños”, en *Estudios Jurídicos*, nº 2006, 2006, pp. 1-48.

PETERS, T.

- “Justicia penal y bienestar social en Bélgica: de la probación y la asistencia postpenitenciaria a la asistencia social en materia penal”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº extra 2, 1989, pp. 221-234.

PERANDONES ALARCÓN, M.

- “El indulto y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 103, 2013, pp. 1-16.

PORRES ORTIZ DE URBINA, E.

- “Algunas cuestiones sobre la prescripción del delito y de la pena”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 47, 2015, pp. 1-19.

POZA CISNEROS, M.

- “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 24, Madrid, 1996, pp. 185-300.
- “Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los arts. 80 a 94 del Código penal”, en *Manuales de formación continuada*, nº 4, 1999, pp. 235-358.

PRAT WESTERLINDH, C.

- *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004.

PRATS CANUT, J. M.

- “Comentarios al artículo 88”, en *Comentarios al Código Penal*, Aranzadi, Madrid, 1996, pp. 480-489.

PRIETO RODRÍGUEZ, J. I.

- “La libertad condicional en el Derecho español (I)”, en *Actualidad Penal*, nº 20, 1990, pp. 195-228.
- “La libertad condicional en el Derecho español (y II)”, en *Actualidad Penal*, nº 20, 1990, pp. 211-228.
- “El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico español”, Aranzadi, Cizur Menor, 1993, pp. 42-63.

PUIG PEÑA, F.

- *Derecho Penal I*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.
- *La condena condicional*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IV, Madrid, 1952.

PUENTE SEGURA, L.

- *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Madrid, 2009.
- “La suspensión ordinaria de la ejecución del fallo”, en *Diario La Ley*, nº 665, 2011, pp. 1-72.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.

- *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.
- *Compendio de Derecho Penal I*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

QUINTERO OLIVARES, G.

- “Los delitos contra la Administración de justicia”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 79, nº extra 1, 1980, pp. 191-206.
- “La reinserción y el marco constitucional del sistema penal”, en *Constitución y Derecho público. Estudios en homenaje a Santiago Varela* (editor: Moreno Catena, V.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 437-460.

- *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- *Comentario a la reforma penal de 2015* (director y coordinador: Quintero Olivares, G.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- “Las penas y su ejecución y determinación en la reforma de 2015”, en *Escuela de Verano del Ministerio Fiscal*, A Coruña, 2015, pp. 1-34.
- *Comentarios al Código penal español, Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 7ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- “Una nueva edición de los «Comentarios al Código penal español» tras el terremoto de la reforma de 2015”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 918, 2016, pp. 1-4.

RAGUÉS VALLÉS, R.

- *La prescripción penal: fundamento o aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004.

RASILLO LÓPEZ, M. P.

- “La suspensión de las penas privativas de libertad”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 46, 2015, pp. 1-24.
- “La libertad condicional”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 46, 2015, pp. 1-9.

RENART GARCÍA, F.

- *La libertad condicional. Nuevo régimen jurídico (Adaptada a la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas)*, Edisofer, Madrid, 2003.

RÍOS MARTÍN, J. C.

- “La libertad condicional. Límites en el concurso de delitos: especial referencia a la Sentencia Parot”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 22, 2006, pp. 179-257.
- *Manual de Ejecución Penitenciaria*, 6ª ed., Colex, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ ALONSO, A.

- *Lecciones de derecho penitenciario*, 2º ed., Comares, Granada, 2001.

ROIG TORRES, M.

- “La suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad de los delitos relacionados con la violencia de género”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 15, 2006, pp. 113-134.
- “La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal: un giro hacia el Derecho penal de autor”, en *Revista Penal*, nº 33, 2014, pp. 170-207.
- “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80, 81 y 82)”, en *Comentarios a la reforma del Código penal* (director: González Cussac, J. L.; coordinadores Matallín Evangelio, Á. y Górriz Royo, E.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 323-339.
- *Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

ROJAS MORENO, J.

- *Remisión condicional de la pena (Tesis Doctoral)*, Universidad de Madrid, Madrid, 1914.

ROJO LÓPEZ, J.

- “La expulsión de extranjeros como sustitución de la pena”, en *Homenaje a Don Ramón Sastre Martín y a Don Fernando Luis Fernández Blanco*, Diputación Provincial de Ávila, Ávila, 2007, pp. 311-327.

ROLDÁN BARBERO, H.

- “Indulto e individualización de la pena”, en *Estudios Jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho* (coordinadores: Murillo de la Cueva, P. L. y Font Galán, J. I.), Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, Córdoba, vol. 2, 1991, pp. 497-512.

- *Manual de Derecho Penal: Parte General (adaptado al título de Grado de derecho y de Derecho + ADE)*, 2ª ed., Comares, Granada, 2015.

ROMA VALDÉS, A.

- “La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros”, en *Actualidad Penal*, nº 45, 1999, pp. 1-18.

RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.

- “La expulsión del extranjero en el nuevo Código penal”, en *Jueces para la Democracia*, nº 33, 1998, pp. 59-70.

RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E.

- “Algunos apuntes sobre la reforma de la parte general del Código penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2010, pp. 149-166.

RUPÉREZ PARACUELLOS, M. G.

- “Repercusiones penitenciarias de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 25, 2012, pp. 1-13.

SÁEZ MALCEÑIDO, E.

- “Reformas sustantivas y procesales en materia de libertad condicional”, en *Diario La Ley*, nº 8226, 2014, pp. 1-12.
- “Reforma penal del beneficio de la suspensión de la pena”, en *Diario La Ley*, nº 8583, 2015, pp. 1-18.

SÁENZ, R.

- *La suspensión del proceso a prueba en el proceso penal*, La Ley, Argentina, 1994.

SALAT PAISAL, M.

- “Libertad condicional”, en *Comentario a la reforma penal de 2015* (director: Quintero Olivares, G.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 189-201.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F.

- “Interrupción de la prescripción penal. Entre la justicia y los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 97/2010, de 15 de noviembre”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2011, pp. 87-96.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.

- *Comentarios prácticos al Código penal. Parte general. Artículos 1-137*, tomo I (director: Gómez Tomillo, M.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

SÁNCHEZ YLLERA, I.

- “La libertad condicional: cuestiones prácticas de su aplicación”, en *VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 135-195.

SELMA PENALVA, A.

- *La expulsión de extranjeros del territorio español. Aspectos controvertidos de su régimen jurídico*, Ediciones Laborum, Murcia, 2015.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I.

- “Artículo 90”, en *Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo I*, (coordinadores: Serrano Butragueño, I. y Del Moral García, A.), Comares, Granada, 2002, pp. 1039-1051.

SETTE, R.

- “Suspensión del proceso a prueba. Tres problemas recurrentes”, en *Revista del Instituto de Estudios Penales*, nº 1, 2009, pp. 87-118.

SIBONY, R.

- “Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Proceso penal práctico en la Ley integral contra la violencia de género: estatuto integral de la víctima de violencia de género* (coordinadores: Serrano Ochoa, M. A. y Reina, O.), Bosch, Barcelona, 2010, pp. 385-392.

SIERRA LÓPEZ, M. V.

- “La cualificación del número 1 del artículo 180 del Código Penal: agresiones sexuales, en donde la violencia o la intimidación ejercidas revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio”, en *Revista Penal*, nº 17, 2006, pp. 193-202.
- “Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de modificación del Código Penal 2013”, en *Revista Penal*, nº 34, 2014, pp. 149-169.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.

- “La inmigración ilegal y el Código penal. En especial, el artículo 188 del Código penal: tráfico de personas para su explotación sexual”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 13, 1999, pp. 25-37.
- “La expansión de la libertad vigilada y el vaivén de la custodia de seguridad en el Proyecto de 2013”, en *Algunas cuestiones relativas a las reformas de derecho penal y procesal penal* (coordinador: Ayala García, J. M.), Universidad de Deusto, Servicio de Publicaciones, Bilbao, 2014, pp. 155-180.
- “Los modelos de inejecución de la pena de prisión previstos en la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal de 1995”, en

Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº 29, 2015, pp. 199-210.

TAMARIT SUMALLA, J. M.

- “La sustitución de las penas de prisión (art. 88)”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (directores: Álvarez García, F. J. y González Cussac J. L.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 125-130.
- “De la suspensión y de la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Comentarios al Código Penal español* (director: Quintero Olivares, G.), 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 581-617.

TÉLLEZ AGUILERA, A.

- “La prescripción de las penas: un estudio a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional (STC 97/2010, de 15 de noviembre)”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 85, 2011, pp. 1-17.
- “El Libro primero del Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 114, 2015, pp. 1-18.

TENA ARAGÓN, M. F.

- “La sustitución de la pena de prisión”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 14, 2006, pp. 389-408.
- “Suspensión y sustitución de penas en delitos de violencia de género”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 14, 2010, pp. 1-30.

TERRACHET LAZCANO, E.

- “Alternativas y substitutivos penales a la pena de prisión”, en *Estudios Jurídicos*, nº 2012, 2012, pp. 1-65.

TOMÉ GARCÍA, J. A.

- “Sustitución de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión: naturaleza y clases”, en *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal: responsabilidad penal de personas jurídicas, expulsión de extranjeros sustituta de la pena, interrupción de la prescripción, instrumentos para la aplicación de la ley penal más favorable, otras modificaciones* (coordinador: Gascón Inchausti, F.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1-11.

TORRES FERNÁNDEZ, M. E.

- “La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario de la STS de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 76, 2004, pp. 231-245.
- *La expulsión de extranjeros en el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012.

TRAPERO BARREALES, M. A.

- “El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el anteproyecto de reforma del CP”, en *Diario La Ley*, nº 7941, 2012, pp. 13-23.
- “Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad: arts. 71 y 80 a 88 CP”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (director: García Álvarez, F. J.; coordinador: Dopico Gómez, J.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 329-356.

VALMAÑA OCHAÍTA, S.

- *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal Español*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.

- “La reforma del sistema de penas por la LO 15/2003 (especial referencia a la supresión de la pena de arresto de fin de semana y su sustitución por la nueva pena de localización permanente)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2 extra, 2004, pp. 527-552.

VEGA ALCOCÉN, M.

- *La libertad condicional en el derecho español*, Civitas, Cizur Menor, 2001.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES ROSELL, N.

- “El nuevo régimen de ejecución de las sanciones alternativas a la prisión”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 27, 2012, pp. 227-278.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., LUQUE REINA, M. E. y TORRES ROSELL, N.

- *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

VIVES ANTÓN, T. S.

- *Comentarios al Código penal de 1995, volumen I, arts. 1 a 233*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J.

- “El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme: el art. 60 del Código penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9, 2007, pp. 1-15.
- “Tratamiento penal del trastorno mental sobrevenido a la sentencia firme en la regulación española”, en *Revista de Derecho Penal*, nº 18, 2009, pp. 279-292.

YAÑEZ ROMÁN, P. L.

- “El «tipo de la revocación» de la condena condicional”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 25, 1972, pp. 147-170.
- “La condena condicional en España”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 25, 1972, pp. 305-424.
- *Probation system y condena condicional: un estudio histórico-jurídico y de Derecho comparado*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1972.

